

VISEGRAD JOURNAL ON HUMAN RIGHTS

№ 1 (volume 1) 2020

VISEGRAD JOURNAL ON HUMAN RIGHTS

feb, 2020

Editorial board

Chairman of the editorial board:
Doc. JUDr. Julius Kovach, CSc

Members of the editorial board:

Slovak Republic

Prof. JUDr. Jan Svak, DrSc.
Doc. JUDr. Julius Kovach, CSc.
JUDr. Ivan Ikrényi, PhD., F.I.I.
JUDr. Denisa Soukenikova, PhD.
JUDr. Ivan Roháč, LL.M, MBA, PhD.
JUDr. Martina Reřichová, PhD.
Prof. JUDr. Stanislav Mráz, CSc.
Prof. JUDr. Pavel Hollander, DrSc.
Prof. PhDr. JUDr. Milos Vecera, CSc.
Prof. JUDr. Jan Hurdik, DrSc.
JUDr. Alexandra Sestrienková
JUDr. Lukáš Cisko, Ph.D.
JUDr. Ivana Shoshková, PhD.
JUDr. Jozef Beňo, PhD.

Czech Republic

JUDr. Petr Poledník
Prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.
JUDr. Zdenka Papoušková, Ph.D.
Doc. JUDr. Blanka Vítová, LL.M., Ph.D.
Doc. et doc. JUDr. Naděžda Shishková, Ph.D.
Prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.
Prof. JUDr. Jan Hurdik, DrSc.

Ukraine

JUDr. Myroslava Hromovchuk, CSc.
Prof. JUDr. Yuriy Bysaha, DrSc.
Prof. JUDr. Oleksandr Roháč, DrSc.
Prof. JUDr. Dmytry Byelov, DrSc.
Doc. JUDr. ThDr. Oleksandr Bilash, CSc.
Prof. JUDr. Yaroslav Lazur, DrSc.
JUDr. Roman Fridmansky, CSc.
Prof. JUDr. Sibilla Buletsa, DrSc.

Romania

Prof. JUDr. Ivan Horka, PhD.

Poland

Prof. JUDr. Piotr Stanis
Ph.D. Katarzyna Szwed
Ph.D. Marta Kołodziejczyk
Ph.D. Justyna Ciechanowska
Dr. Jarosław Storczyński

Dr. Grzegorz Maroń
Prof. dr hab. Janush Nichyporuk

Russian Federation

Prof. JUDr. Oleksandr Sevrakov, DrSc.
JUDr. Helena Shekk, PhD.

Moldova

Prof. JUDr. Valeriu Bujor
Prof. JUDr. Valeriu Čerba

Macedonia

Assoc. prof Zoran Filipovski, PhD.

Croatia

Prof. JUDr. Budislav Vukas jr., DrSc.

Hungary

Dr. Tímea Barzó
Dr. Varga Norbert
Dr. habil Csilla Csak, PhD
Dr. Erika Varadi-Csema, PhD, LL.M

Kazakhstan

Prof. JUDr. Kazbek Ukanov, DrSc.

Litva

Prof. JUDr. Arvid Struzhunas, DrSc.

Latvia

Doc. JUDr. Janis Grasis

Estonia

Prof. Tanel Kerikmäe
Dr Archil Chochia
LLM Madis Ernits

Austria

Prof. JUDr. Bernd Wieser, DrSc.

Publisher:



PANEURÓPSKA
VYSOKÁ ŠKOLA

Pan-European University
Faculty of Law
Tomášikova, 10
Bratislava



Uzhhorod National University
Faculty of Law
Kapitul'na, 26
Uzhhorod



Public organization
„LEX PRO OMNES”
Mierová, 2529
Humenné

Registered number: EV 5051/14

ISSN 1339-7915

Contents

- 
Application of international law in international relations.....7
Застосування міжнародного права в міжнародних відносинах

Katarína Brocková, Rudolf Kucharčík, Stanislav Mráz
- 
Visegrad Patent Institute, as a platform to strengthen the internationalisation of patent protection.....12
Wyszehradzki Instytut Patentowy, jako platforma wzmacniająca umiędzynarodowienie ochrony patentowej

Marta Jamiołkowska
- 
Legal regulation of the review of decisions of the ICC Prosecutor at the pre-trial proceeding.....18
Правове регулювання перегляду рішень прокурором на етапі попереднього провадження

Bela Abushova
- 
Some features of conclusion of contract of property rights sale to the construction object.....22
Особливості укладення договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва

Viktorii Anatiiichuk
- 
Studies of the specific features of public administration in the prosecution authorities.....27
Дослідження специфіки особливостей публічного адміністрування в органах прокуратури

Serhii Banakh
- 
Legal principles of immunization of the population in Ukraine and European countries.....37
Правові засади проведення імунізації населення в Україні та країнах Європи

Anzhela Berzina
- 
Traces of crimes related to illegal use of budget means in health protection sphere....43
Слідова картина злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я

Valentyn Bidniak
- 
Observance of service discipline as the main condition for improving the safety of professional activity personnel of the civil protection service.....47
Дотримання службової дисципліни як головна умова підвищення безпеки професійної діяльності особового складу служби цивільного захисту

Uliana Bobko

➤ Shareholders' agreement = joint operation agreement or special partnership agreement: pro and con..... <i>Акціонерний договір = договір про спільну діяльність або договір простого товариства: за та проти</i> <i>Eduard Bondariev</i>	54
➤ About complexities at a research of criminal liability for corruption criminal offenses in Ukraine and foreign countries..... <i>Про складності при дослідженні кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення в Україні та іноземних державах</i> <i>Andrii Borovyk</i>	60
➤ Modern problems of implementation of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine in the electoral field..... <i>Сучасні проблеми імплементації рішень Конституційного Суду України у виборчій сфері</i> <i>Halyna Volosheniuk</i>	65
➤ The irreversibility of Ukraine's European and Euro-Atlantic course and features of the European model of constitutionalism..... <i>Незворотність європейського та євроатлантичного курсу України й особливості європейської моделі конституціоналізму</i> <i>Vasyl Homonai</i>	73
➤ Legal regulation of banking activity in Ukraine..... <i>Правове регулювання банківської діяльності в Україні</i> <i>Olha Drachevska</i>	78
➤ Administrative and legal regulation of legal liability in the migration law of Ukraine..... <i>Адміністративно-правове регулювання юридичної відповідальності в міграційному праві України</i> <i>Volodymyr Dordiai</i>	83
➤ European Investigation Order..... <i>Європейський ордер на проведення розслідування</i> <i>Oksolana Klymkevych</i>	88
➤ Portrait of drug addict..... <i>Портрет наркозлочинця</i> <i>Iryna Klymiuk</i>	93
➤ Typical investigative situations in the investigation of fraud in the field of banking electronic payments..... <i>Типові слідчі ситуації під час розслідування шахрайства у сфері банківських електронних платежів</i> <i>Illia Kovalenko</i>	99

➤	Shaping of the objective public opinion about police activities through media.....	104
	<i>Формування об'єктивної громадської думки про діяльність поліції за допомогою ЗМІ</i>	
	<i>Oksana Kozhukhar</i>	
➤	Human rights praxeology on freedom of religion in modern Ukraine.....	109
	<i>Праксеологія права людини на свободу віросповідання в сучасній Україні</i>	
	<i>Maksym Kolyba</i>	
➤	Risk insurance under the factoring agreement as a way to ensure its proper performance by the parties.....	115
	<i>Страхування ризиків у договорі факторингу як спосіб забезпечення його належного виконання сторонами</i>	
	<i>Karyna Kolomiets</i>	
➤	Problems and prospects of improving legal inheritance.....	120
	<i>Проблеми та перспективи вдосконалення спадкування за законом</i>	
	<i>Michailo Kolomiets</i>	
➤	Protection of human rights in the practice of the Constitutional Court of the Czech Republic.....	124
	<i>Захист прав людини в практиці Конституційного суду Чеської Республіки</i>	
	<i>Vasyl Kopcha</i>	
➤	Activities of conventional authorities and international officials in the counteraction of war propaganda.....	134
	<i>Діяльність конвенційних органів та міжнародних посадових осіб у протидії пропаганді війни</i>	
	<i>Uliana Koruts</i>	
➤	International practices for regulation of labor immigration and integration: experiences of developing countries.....	141
	<i>Міжнародна практика регулювання імміграції трудових ресурсів та їх інтеграції: досвід країн, що розвиваються</i>	
	<i>Dmytro Kostiennikov</i>	
➤	Constitutional and legal consolidation of the principles of organization and exercise of state power in the EU Member States.....	146
	<i>Конституційно-правове закріплення засад організації та здійснення державної влади у державах-учасниках ЄС</i>	
	<i>Zorina Kravtsova</i>	
➤	Just satisfaction as a form of civil and law liability of a state (experience for Ukraine).....	151
	<i>Справедлива сатисфакція як форма цивільно-правової відповідальності держави (досвід для України)</i>	
	<i>Daryna Kravchuk</i>	

- Judicial precedent as a source of the Ukrainian judicial administrative procedural law.....157**
Судовий прецедент як джерело судового адміністративного процесуального права України

Andrii Krusian
- Personal non-property rights of military personnel, which ensure their individualization.....162**
Особисті немайнові права військовослужбовців, що забезпечують їх індивідуалізацію

Maksym Levytskyi
- General aspects of public participation in law enforcement activities in Ukraine.....168**
Загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні

Diana Levchenko
- Subjects of liability in bankruptcy procedure.....173**
Суб'єкти відповідальності у процедурі банкрутства

Yana Levshyna
- The full cycle of public policy as the optimal mechanism of law in Ukraine.....178**
Повний цикл публічної політики як оптимальний механізм законотворення в Україні

Artem Lehenkyi
- Legal principles of nationalization of the Suez channel and her registration.....185**
Правові засади націоналізації Суецького каналу і її оформлення

Viktoriiia Melnyk
- Improvement of the mechanism of administrative and legal protection of intellectual property rights in scientific and educational innovative activity of universities.....191**
Удосконалення механізму адміністративно-правового захисту права інтелектуальної власності в науково-освітній інноваційній діяльності вишів

Oleksiy Khymynets
- Plagiarism through the lens of academic freedom and academic integrity.....197**
Плагіат крізь призму академічної свободи та академічної доброчесності

Olesia Chepys
- Human right to artificial abuse of pregnancy in the decisions of international and constitutional jurisdiction bodies.....203**
Право людини на штучне переривання вагітності у рішеннях органів міжнародної та конституційної юрисдикції

Viktor Checherskiy

Application of international law in international relations

Застосування міжнародного права в міжнародних відносинах

Katarína Brocková, Rudolf Kucharčík, Stanislav Mráz

Key words:

international law, national interests, bipolar world, international relations, prohibition of threat of force or use of force, UN Charter, collective security, international mechanism, foreign policy, interpretation of international law.

Ключові слова:

міжнародне право, національні інтереси, біполярний світ, міжнародні відносини, заборона загрози силою або застосування сили, Статут ООН, колективна безпека, міжнародний механізм, зовнішня політика, тлумачення міжнародного права.

Introduction. After the disintegration of the "bipolar world" and the formation of some new paradigms resulting from the international order reflecting certain revisions related to the structure of the unipolar-multipolar world and the hegemony in it, the importance of international law could be expected to grow. The role of international law is current in the struggle with the dangerous international phenomenon – international terrorism, which transcends national borders, and that is why international cooperation and international legal regulation are needed to eliminate it. Currently, it is necessary to understand in particular the issue of state sovereignty, which leads to fragmentation or its reduction. Newly emerged is also the problem of the relationship between national and international law from a global perspective, as well as the relationship between national and Community law. The role of international organizations is also increasing, although some of them, e.g. the UN, and in particular the Security Council, require some adjustments or current changes. However, the principles of international law, which play or should play an important role in international relations in the process of change and development, also need to be addressed. They themselves can also develop, change and create new principles, or old principles can acquire new accents. The question of the principles of international law should be addressed first and foremost because they are of great importance in international relations.

Dealing with this issue are many authors, namely Ján Azud, who elaborated in detail the principles of international law, Peter Vršanský with questions of international security, authors J. Klučka, P. Šturma, V. David, O. Krejčí and many others.

The historical truth is confirmed that international law is one of several means of internal or foreign policy of states, the use or non-use of which is decided by the ruling power according to its current needs. Naturally, nobody today disputes the positive influence of material sources on the creation, interpretation and application of law. However, their negative impact is noticeable. They are characterized by a purposeful blurring of the distinction between the state interest, the public interest and the private interest, and the subsequent privatization of such a distorted state and public interest. It is also confirmed that the effectiveness of existing law, its enforceability is directly proportional to the will of individual states and the international community as a whole to actually enforce it, and inversely proportional to the number of legal norms adopted in the form of laws or international treaties. In other words, with the stagnating or diminishing will of the ruling power to enforce effective rule of law, the mere fact of increasing the number of laws adopted does not automatically mean that the respect, application and protection of law as a regulatory means of national or international relations is also increased.

Is international law losing its primacy in international relations?

The historical, linguistic, systematic, logical and legal analysis of the creation and application of important international law documents in interstate practice suggests that the following phenomena occur in the field of

the creation, application and interpretation of international law, in particular following the breakdown of the “bipolar world” as a result of changing states’ attitudes towards international law. The power dimension of the foreign policy of individual states or groups of states is strengthened. The process of codification and progressive development of international law seems to have been ahead of real developments. It has been in conflict or has disproportionately exceeded the anticipated expectations formulated by individual states. This is confirmed by the stagnation of the process of codification and the progressive development of international law in the Commission for International Law, as well as by the outcome of the negotiations of the 6th Committee of the UN General Assembly.

The focus of the foreign policy of states in relation to international law is shifting from the standard area of creation to the area of application of international law, and in particular to the area of purposeful interpretation of international law. There is a contradictory development – on the one hand, the importance of the primacy of international law over the individual national interests of states is confirmed at different levels and with a different perseverance, but on the other hand, in a particular interstate practice there is opposite development – legal relativization of the primacy of international law and emphasis on the need to give priority to the national interests of states in situations where their collective solution has traditionally been foreseen in the interests of the international community of states as a whole.

The collective system of international security is practically paralyzed, as its operation is foreseen in Chapter VII of the UN Charter. The emphasis is not on the mere prohibition of the threat of force or the use of force against the political independence or territorial integrity of sovereign states, but rather on exceptions to that prohibition. Rather than “banning” the threat of force or the use of force, states in international relations tend to “avoid” the threat of force or the use of force, as introduced by the UN Charter in Article 2, par. 4¹. The difference is obvious. Unlike the prohibition, the concept of “avoiding” does not preclude the application in certain cases of the threat of force or the use of force.

The above mentioned and also other negative manifestations disproportionately favoring the protection of the national interests of states in current international relations jeopardize the importance and position of international law as a universal legal and ethical basis on which the foreign and internal policies of each sovereign state and the international community of states as a whole should behave in achieving the goals and the principles of the UN Charter. As a result, international law is gradually losing the position of primary regulator of international relations and is becoming not the first, but only one of many equivalent regulatory instruments of international policy.

In other words, instead of the traditional thesis that any state policy relating to an area governed by international law must strictly respect international law, as if more attention has shifted towards the idea that only some state policy must strictly respect international law, or that some state policy may not strictly respect international law or even the nihilistic thesis that no state policy may strictly respect international law.

This trend, if confirmed, carries a considerable risk. The risk is that the legal relativization or nihilization of the object, purpose, meaning or mission of current international law as the regulator of international relations relativizes the importance of the imperative norms of general international law (*jus cogens*), which binds boundaries by international law permitted dispositive behavior of sovereign states in international relations.

If the significance of the content, subject matter and purpose of international law were further unduly relativized in a similar way, international law would very soon find itself one of the many means of foreign and international policy which states could, if necessary, dispose of or not utilize and which states may or may not have respected as appropriate to their individual or group national interests, whether or not it is in line with the interests of the international community as a whole, expressed in the preamble, objectives and principles of the UN Charter.

Relativization of the importance and position of international law in interstate practice would open the door for exercising arbitrary power of states, including the right to unrestricted use of force to solve international problems.

Some states tend to deviate from the collective principle based on the primacy of international law for a variety of reasons, at different levels and to varying degrees, and to favor the protection of their individual or

¹ “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”.

group interests in situations where they consider their strategic security, economic or foreign policy interests being at risk.

The rationale for such a procedure can be found in the changing view of the main players in the international scene of the importance, role, and position of international law in a globalizing world.

While, on the one hand, none of the 200 sovereign states we currently find on the political map of the world, in principle doubt the importance of international law to regulate relations between states during their friendship, cooperation, rivalry or hostility, on the other hand many countries are aware in specific situations that current international regulation is not sufficiently effective in responding effectively and rapidly to the current challenges of the present. They therefore prefer individual or group measures rather than lengthy collective measures within the meaning of the applicable international law.

As long as the states concerned, act to achieve the objectives and principles of the UN Charter, such a procedure is justified because those states pursue by it the attainment of universal justice to which international law is directed.

However, when the states concerned act only in close individual or group national interest, they knowingly or by means of simulated procedures circumvent international law that does not meet their national interests, they jeopardize the international legal order.

One of the serious reasons for changing states' approach to international law may also be that the functioning of the international collective security system, the legal basis of which was created by the UN Charter, is severely paralyzed. The UN's inability to respond in a timely and effective manner to security challenges such as the rise in international terrorism, its support by some states, and other challenges is the best proof of this. Whether it is the problem of the former Yugoslavia, Kosovo, Afghanistan, Iraq, Libya, Syria, Yemen or other current international problems.

The world has changed significantly since 1945, and it is possible that the legal bases created 74 years ago may not fully meet the current needs of interstate practice.

Of course, the current crippling of the United Nations collective security system is not due to the universal values, determination, goals or principles of the UN set out in the UN Charter. They remain equally constant and strategically important today, and no state openly challenges them. Therefore, as in 1945, the UN's main commitment remains:

- to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and
- to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and
- to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and
- to promote social progress and better standards of life in larger freedom².

To this end, the people of the United Nations also expressed their determination in the Preamble to the UN Charter:

- to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and
- to unite our strength to maintain international peace and security, and
- to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest, and
- to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples³.

Rather, the current crippling of the UN collective security system is due to the failure of the mechanism, concrete collective means and methods putting into practice the abovementioned aims, objectives and principles of the UN Charter. Those states that are currently interested in somehow legally circumventing the strict premise of the primacy of international law over national interests shift the main attention from the creation and application of international law to the interpretation of international law when seeking legal justification.

² Preamble to the UN Charter.

³ Ibid.

The reason is that changing the content of non-compliant basic sources of international law through law-making would require the consent of all states concerned, which is not easy to ensure given the diversity of national interests of states.

In the area of interpretation of international law, the above trend is evident:

1. In the area of interpretation of basic sources of international law.
2. In the area of codification and the progressive development of international law.
3. In the area of utilization of auxiliary sources of international law:
 - a) interpretation of international law in judicial decisions;
 - b) interpretation in the context of doctrinal considerations *de lege ferenda*.

Conclusions. In spite of all the above circumstances and contradictory developments, the answer can be that international law remains an important means of regulating international relations and there is no fundamental risk that this legal system will be completely replaced by the discretionary right of states to act arbitrarily on the basis of preferential protection of their national or collective interests at the expense of the collective interests of the international community of states as a whole.

Collectivism in international relations has arisen as a direct consequence of the need to work together to solve such growing global problems of mankind that even the strongest individual state is simply not in a position to solve.

Every sovereign state in current international relations is not strong enough to dominate the world alone and to pursue only the need to protect its own national interests, and at the same time, every sovereign state in current international relations is not weak enough to give up completely protection of its own national interests and be governed only by the primacy of international law and the need for a collective solution to the current problems of the international community.

The emergence and development of international law has always been, and remains, objectively determined by the existing objective need of the international community of states to face global challenges together.

International practice also confirms that international law should remain the first of many means of state foreign policy that states use, provided that international law expresses their will.

If states fail to comply with international law, the norm of international law becomes an obsolete rule that, although it exists, is outside the "mainstream" of the development of international relations.

In this sense, the limits of applicability of international law standards are not absolute. They are limited by the will of states which create, amend or abolish international law in the context of bilateral, or multilateral relations at the time of their friendship, cooperation, rivalry or hostility.

The primacy of international law over the protection of the national or group interests of states is therefore an essential condition for the effectiveness of international law as regards the protection of the collective interests of the international community.

States cannot relieve themselves of their responsibility to comply with applicable obligations under international law by questioning the importance and status of international law.

International practice confirms that a new generally accepted and long-standing international practice confirmed by the customary rule of international law has not yet been established, allowing at any time to derogate from the obligation to comply with the applicable rules of international law to protect the national interests of the state. Certain customary rules are forming in this context, as evidenced by international developments and by the process of codification and progressive development of international law.

The creation of international law, if it is to be effective, must take into account, in addition to the efforts of states to achieve increasing international justice, the real interests, needs and real opportunities of states at a particular historical stage in the development of international relations.

Summary

In this paper, the authors discuss the attitude of states towards international law. They point out the consequences and weakening of the effectiveness of its creation and application. They also point out the protection of international interests, the prioritization of individual interests of states and the privatization of international and state interests. Attention is also paid to the interpretation of international law.

Анотація

У цій роботі автори обговорюють ставлення держав до міжнародного права. Вони вказують на наслідки та послаблення ефективності його створення та застосування. Вони також вказують на захист міжнародних інтересів, пріоритетність індивідуальних інтересів держав та приватизації міжнародних та державних інтересів. Також приділяється увага тлумаченню міжнародного права.

Використана література:

1. Azud, J. K niektorým otázkam výkladu zásady zákazu, hrozby a použitia sily v medzinárodných vzťahoch, In: Ročenka medzinárodného práva 2008, Slovenská spoločnosť pre medzinárodné právo.
2. Klučka, J. Medzinárodné právo verejné. Bratislava, Iura Edition, 2008.
3. Krejčí, O. Mezinárodní politika, Praha, Ekopress, 2001.
4. Mráz, S. Medzinárodné právo verejné, Bratislava, Vydavateľstvo EKONÓM, 2011.
5. Mráz, S. Medzinárodné právo verejné, Banská Bystrica, 2007.
6. Pytelová, K. Špecifiká postavenia štátu ako subjektu medzinárodného práva, Bratislava, Medzinárodné vzťahy, roč. X., č. 4/2012.
7. Tomko, J., Kopšo, A. Medzinárodné právo a politika v dokumentoch, Bratislava, 1974.
8. Vršanský, P., Valuch, J. Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť, Eurokodex, Bratislava, 2012.
9. Zbořil, F., Sladký, P., David, V. Mezinárodní právo veřejné s kauzistikou, Praha, 2008.

Dr. hab. JUDr. Ing. Katarína Brocková, PhD., LL.M.,
Faculty of International Relations
University of Economics in Bratislava

PhDr. Rudolf Kucharčík, PhD.,
Faculty of International Relations
University of Economics in Bratislava

Prof. JUDr. Stanislav Mráz CSc.,
Faculty of International Relations
University of Economics in Bratislava

Visegrad Patent Institute, as a platform to strengthen the internationalisation of patent protection

Wyszehradzki Instytut Patentowy, jako platforma wzmacniająca umiędzynarodowienie ochrony patentowej

Marta Jamiołkowska

Key words:

patent law, Visegrad Patent Institute, Patent Cooperation Treaty.

Kľúčové slová:

prawo patentowe, Wyszehradzki Instytut Patentowy, Układ o współpracy patentowej.

Geneza formowania się ochrony patentowej

Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego, rozumianego jako proces rozszerzania się wpływu sfery międzynarodowej na krajowe porządki prawne¹, jest zjawiskiem bardzo silnie zarysowanym w tradycji prawa własności intelektualnej, w szczególności – prawa patentowego. Asumptem do jego harmonizacji była rewolucja przemysłowa oraz intensywny rozwój światowego handlu w drugiej połowie XIX wieku, co skutkowało gwałtownie rosnącą liczbą nowych wynalazków i wzrostem świadomości przedsiębiorców związanej z ich ochroną². Problem był szczególnie widoczny w Europie, gdzie w ówczesnych czasach, na stosunkowo niewielkim obszarze, istniały duże odmienności w poszczególnych systemach prawa patentowego. Niektóre więc z państw, np. Szwajcaria oraz Holandia nie miały żadnego systemu, kolejne, takie jak Francja lub Włochy przyznawały patenty bez wcześniejszych badań i poszukiwań, podczas gdy w innych (np. w Niemczech) obowiązywały ściśle określone procedury dla tych czynności³.

Dążenie do zapewnienia możliwie szerokiej, globalnej protekcji innowacji doprowadziło do zawierania przez poszczególne państwa umów bilateralnych⁴. Te jednak okazały się być niewystarczającymi w dobie światowych ekspansji, obfitującej w coraz bardziej różnorodne i skomplikowane stosunki gospodarcze między podmiotami zagranicznymi. Co więcej, brak jednolitych zasad, określających granice prawnego zabezpieczenia monopolu na dane rozwiązanie techniczne w ujęciu globalnym, nie tylko nie stymulował rozwoju, lecz w istocie czynił silnie narażoną na podrabianie działalność badawczą i innowacyjną, przedsięwzięciem nieopłacalnym⁵.

Na tle powyższych okoliczności 20 marca 1883 r. w Paryżu 10 państw przyjęło konwencję o ochronie własności przemysłowej, której stroną jest obecnie 177 krajów⁶. Jest ona pierwszą i podstawową, choć oczywiście nie jedyną, wielostronną umową międzynarodową, regulującą sprawy ochrony patentowej, która obowiązuje do dzisiaj⁷.

Pomimo jednak znacznego ujednolicenia prawa materialnego dotyczącego patentów, ochrona którą zapewniają, co do zasady, ogranicza się jedynie do konkretnych państw, w których to prawo wyłączne przyznano.

¹ Farhan A.J, Perkowski M., Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego. W poszukiwaniu istoty zagadnienia, [w:] Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego Tom I, Perkowski M., Zoń W.(red), Białystok, Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo 2016, s. 13

² Skubisz R., Wynalazki i wzory użytkowe w prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej [w:] Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego. Tom 14 A, Skubisz R. (red), Warszawa, C.H. Beck 2017, s. 21.

³ Kranakis E., Patents and Power: European Patent-System Integration in the Context of Globalization, Technology and Culture, Vol. 48, No. 4, Oct 2007, s. 689.

⁴ Yu P. K., Déjà vu in the Intellectual Property Regime, [w:] The Sage Handbook of Intellectual Property, David M., Halbert D. (red), Los Angeles, Sage Publications 2015, s.120.

⁵ Bełszyński J., Powody i okoliczności zawarcia konwencji [w:] Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej. Komentarz, Adamczak A., Szewc A. (red), Warszawa, Wolters Kluwer 2007, s. 23.

⁶ Państwa-Strony Konwencji paryskiej, URL:https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=2.

⁷ Konferencje rewizyjne odbyły się w Rzymie (1886 r.), Madrycie (1891 r.), Brukseli (1900 r.), Waszyngtonie (1911 r.), Hadze (1925 r.), Londynie (1934 r.), Lizbonie (1958 r.) oraz Sztokholmie (1967 r.). Pomimo cyklicznego rozszerzania zakresu przedmiotowego umowy, jej fundamenty dotyczące traktowania narodowego (czyli zasada asymilacji) oraz pierwszeństwa konwencyjnego pozostały niezmiennie.

Skutkiem tak zarysowanej reguły terytorialności jest konieczność osobnego spełniania wymogów proceduralnych przyjętych w każdym z krajów, w których poszukuje się ochrony, w tym dokonanie zgłoszenia w ich językach urzędowych, czy obowiązek poszczególnego uiszczenia stosownych opłat.

Konsekwencje tej zasady były w XX wieku wyjątkowo doskwierające, szczególnie w przypadku chęci opatentowania wynalazku w co najmniej kilku krajach. Niemniej, w tempie szybko postępujących zmian gospodarczych, rozwoju przedsiębiorstw oraz ich dążeń do opanowania nowych rynków zbytu, takie tendencje narastały⁸. Presja rynku wywierała więc stopniowy efekt na światowych przywódcach, znajdując swój ówczesny finał w zawarciu w 1970 r. w Waszyngtonie Układu o współpracy patentowej⁹, do którego przynależą dziś 153 państwa¹⁰, w tym od 1990 r. Polska. Wspomniane porozumienie, dążąc do uproszczenia i obniżenia kosztów uzyskiwania ochrony wynalazków, miało uzupełniać o aspekty proceduralne zawartą wcześniej konwencję paryską.

Innym z takich porozumień szczególnych, ściśle związanym z układem waszyngtońskim i jego celami, jest Umowa o Wyszehradzkim Instytucie Patentowym^{11,12}, zawarta w Bratysławie 26 lutego 2015 r. między Polską, Węgrami, Czechami oraz Słowacją.

Wyszehradzki Instytut Patentowy

WIP, jako międzynarodowa organizacja do spraw współpracy patentowej z siedzibą w Budapeszcie i oddziałami na terenie państw-członków, złożona jest z organu zarządzającego w postaci Rady Administracyjnej oraz Dyrektora, którego zadaniem jest reprezentacja Instytutu. Rada mianuje Dyrektora na czas określony, nie dłuższy jednak niż cztery lata oraz sprawuje nad nim władzę dyscyplinarną. Każde z państw-członków ma prawo powołać do niej jednego przedstawiciela i jednego jego zastępcę. Pracę powyższych organów wspiera Sekretariat. Tak uformowana struktura wzorowana jest na systemie Nordyckiego Instytutu Patentowego¹³. Choć obecnie członkami WIP-u są wyłącznie jej państwa założycielskie, zgodnie z art. 17 Umowy, jej stronami mogą być nie tylko państwa Grupy Wyszehradzkiej, dostęp do niej otwarty jest bowiem także dla innych krajów europejskich. Warto także nadmienić, iż choć urząd został utworzony przez państwa V4, to z prawnego punktu widzenia, nie jest on instytucją w ramach współpracy wyszehradzkiej.

Zgodnie z intencją sygnatariuszy, powołanie do życia WIP-u miało na celu wsparcie innowacji oraz promocję wzrostu gospodarczego i konkurencyjności w Europie Środkowo-Wschodniej¹⁴. Zamiar ten miał zostać osiągnięty poprzez zwiększenie roli krajowych urzędów do spraw własności przemysłowej w procedurze uzyskiwania międzynarodowej ochrony patentowej, które miały odtąd znacząco ułatwić dostęp użytkowników do systemu utworzonego na mocy Układu PCT. Aby oddać istotę i kompetencje tej organizacji, warto opisać ją zatem na tle trybu PCT.

Rzeczona procedura współpracy międzynarodowej rozpoczyna się wraz z chwilą dokonania zgłoszenia. Co oczywiste, jego skuteczne procedowanie uzależnione jest od spełnienia wymogów formalnych. Aby wypełnić więc tę przesłankę, zgłoszenie musi zawierać m.in. podanie, opis, co najmniej jedno zastrzeżenie patentowe określające przedmiot, a tym samym, granice żądanej ochrony. W skład podania wchodzi sam wniosek o postępowanie w trybie PCT oraz wyznaczenie państw-stron, w których zgłaszający ubiega się o ochronę wynalazku, przy czym każde wyznaczenie wymaga wniesienia osobnej opłaty.

W przypadku zaś daty zgłoszenia, układ waszyngtoński stanowi, iż może być ono złożone bezpośrednio lub zgodnie z przywilejem zastrzeżenia pierwszeństwa. Dopuszcza to art. 8, który wyraźnie odsyła do art. 4 konwencji

⁸ Zgodnie ze statystykami Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO), pomiędzy 1884 r. i początkiem I Wojny Światowej liczba aplikacji patentowych zwiększyła się globalnie czterokrotnie (z około 50000 do blisko 200000 rocznie). Okres do II Wojny Światowej nie przyniósł w tym obszarze wzrostów, jednak zaraz po nim, w latach 1946 – 1973 odnotowano najsilniejsząwyżkę – liczba aplikacji wzrosła bowiem do ponad 800000 rocznie/ URL : https://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/statistics/archive/historical_data/wipo_ip_historical_data.zip

⁹ Tekst aktu dostępny na stronie internetowej Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej/ URL : https://uprp.gov.pl/sites/default/files/_gALLERY/10/32/10325/uklad_o_wspolpracy_patentowej.pdf.

¹⁰ Państwa-Strony Układu o współpracy patentowej URL : https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=13.

¹¹ Wyszehradzki Instytut Patentowy dalej jako „WIP”.

¹² Umowa o Wyszehradzkim Instytucie Patentowym, sporządzona w Bratysławie dnia 26 lutego 2015 r., Dz. U. z 2016 r. poz. 43.

¹³ Oficjalna strona WIP. URL : <http://www.vpi.int/index.php/pl/>.

¹⁴ Umowa o Wyszehradzkim Instytucie Patentowym, op.cit., Preambuła.

paryskiej, mającym swoje dodatkowe, dosłowne odzwierciedlenie w wielu narodowych aktach prawnych¹⁵. Zgodnie z tym przepisem, zgłoszenie może nastąpić w ciągu 12 miesięcy od daty wcześniejszego, prawidłowego zgłoszenia tego samego wynalazku w urzędzie patentowym państwa-strony konwencji z 1883 r. Prawo to niesie za sobą bardzo doniosłe skutki, bowiem zdarzenia takie jak publikacja wynalazku, czy wprowadzenie go do obrotu, nie niweczą w tym okresie przesłanki nowości tego rozwiązania technicznego. Wspomniana konstrukcja pozwala przedsiębiorcom na przetestowanie w wybranym przez siebie kraju zdolności rynkowej określonej innowacji, przed podjęciem ostatecznej decyzji o zabieganiu tam o kosztowną ochronę¹⁶.

Zgłoszenie może zostać wniesione do odpowiedniego urzędu przyjmującego, którym dla Polski jest Urząd Patentowy RP, Europejski Urząd Patentowy (EUP) lub bezpośrednio – Biuro Międzynarodowe Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (IB WIPO). Jednakże w dwóch ostatnich przypadkach, zgłoszenia można dokonać tylko wówczas, gdy wcześniej nastąpiło zgłoszenie w trybie krajowym, służącym uzyskaniu patentu krajowego¹⁷. Następnie urząd przyjmujący zatrzymuje jeden egzemplarz zgłoszenia dla siebie, kolejny wysyła do WIPO, a ostatni kieruje do właściwego Międzynarodowego Organu Poszukiwań. Do 2016 r. taką instytucją był dla Polski Europejski Urząd Patentowy. Ma to o tyle duże znaczenie praktyczne, gdyż zgłoszenie z zasady należy sporządzić w jednym z języków, w jakich operuje urząd. W przypadku EUP, już przy zgłoszeniu należy dokonać translacji dokumentów na język angielski, francuski lub niemiecki¹⁸, a w wypadku IB WIPO, zgłoszenie choć może być złożone w języku polskim, w ciągu miesiąca, dla celów publikacji i badania, musi być uzupełnione o jego tłumaczenie w jednym z języków, w których pracuje EUP¹⁹.

Już na tym zupełnie początkowym etapie, zgłaszający może odczuć wymierne korzyści z funkcjonowania tytułowego Instytutu. Niewątpliwą bowiem zaletą, szczególnie dla małych i średnich przedsiębiorstw, osób fizycznych oraz uniwersytetów, jest możliwość złożenia zgłoszenia międzynarodowego we własnym języku, w którym w trakcie procedury międzynarodowej można się też komunikować z Instytutem a także zmniejszenie opłat zgłoszeniowych ponoszonych przez zgłaszających²⁰. Zgłaszający, który wybierze WIP jako Międzynarodowy Organ Poszukiwań uzyska bowiem refundację 40% opłaty za sporządzenie przez Instytut sprawozdania z międzynarodowego poszukiwania w stanie techniki, o ile zgłoszenie międzynarodowe oparte jest na pierwszeństwie oraz można wykorzystać wyniki wcześniejszego poszukiwania przeprowadzonego przez urząd krajowy dowolnego z umawiających się państw²¹.

Dzięki powołaniu WIP-u, rola polskiego Urzędu Patentowego istotnie więc wzrosła, z pracy dość kancelaryjnej, do funkcji znacznie bardziej merytorycznej. Uwidacznia się to szczególnie na powyższym etapie, bowiem dzięki zaistniałym zmianom to Urząd Patentowy RP, jako oddział WIP w Polsce, alternatywnie wraz z EUP, pełni funkcję Międzynarodowego Organu Poszukiwań dla zgłoszeń dokonanych w Polsce²² – wybór między tymi dwoma organami pozostawiony jest zgłaszającemu. Aktywnie zatem uczestniczy on we właściwym etapie procedury, następującym po prawidłowo dokonanym zgłoszeniu, jakim jest faza międzynarodowa.

To tutaj bowiem następuje poszukiwanie międzynarodowe (ISR), mające na celu ujawnienie wcześniejszego stanu techniki, z jakim jest związany zgłaszany wynalazek. Efektem prac organu jest w tym zakresie sprawozdanie z międzynarodowego poszukiwania, które najczęściej jest wykazem publikacji, dotyczących przedmiotu zastrzeżeń, z należyty uwzględnieniem opisu i rysunków, które mogą mieć znaczenie przy badaniu zdolności patentowej²³.

¹⁵ Dla przykładu – w Polsce jest to art. 14 Ustawy prawo własności przemysłowej, w Niemczech – § 40 Patentgesetz.

¹⁶ Michalak A., Komentarz do art. 14 [w:] Prawo własności przemysłowej. Komentarz, Warszawa, C.H. Beck 2016, Legalis.

¹⁷ Art. 40 Ustawy prawo własności przemysłowej, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 501, 2309.

¹⁸ Zob. Art. 14, Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim Dz.U. 2004 nr 79 poz. 737, Poradnik dla Aplikujących: procedura PCT przed Europejskim Urzędem Patentowym (Euro-PCT Guide), par.169. URL : [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7C5EF05581E3AAC0C12572580035C1CE/\\$File/euro_pct_guide_2019_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7C5EF05581E3AAC0C12572580035C1CE/$File/euro_pct_guide_2019_en.pdf), s. 48.

¹⁹ A. Grzelak, Droga do międzynarodowego patentu łatwiejsza i tańsza, Dziennik Gazeta Prawna, 13.10.2015, URL : <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/898964,droga-do-miedzynarodowego-patentu-latwiejsza-i-tansza.html>.

²⁰ A. Adamczak, była Prezes Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej w wystąpieniu na posiedzeniu Komisji Gospodarki i Komisji Spraw Zagranicznych, Zapis przebiegu posiedzenia z 21.07.2015 r. URL : <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=EA0E43F0C5CD7A65C1257E9100495C47>.

²¹ Pełna opłata ustalona przez WIPO wynosi obecnie 1775 euro, co w praktyce oznacza, iż zgłaszający, korzystający z przywilejów WIP-u zapłaci 1125 euro. URL : <http://www.vpi.int/index.php/pl/produkty-i-us-ugi/tabela-op-at>.

²² Dla pozostałych państw-członków sytuacja jawi się analogicznie. Ergo dla Czech oddziałem WIP, będącym Międzynarodowym Organem Poszukiwawczym dla zgłoszeń z tego kraju, jest Urząd Własności Przemysłowej Republiki Czeskiej, dla Słowacji – Urząd Własności Przemysłowej Republiki Słowackiej oraz dla Węgier – Węgierski Urząd Własności Intelektualnej.

²³ Ilardi A., Blakeney M., op.cit, s. 30.

Po otrzymaniu takiego sprawozdania, zgłaszający decyduje o dalszych losach swojego zgłoszenia. Bazując na dostarczonych mu wynikach, może uznać, iż wątpliwym czy wręcz niemożliwym jest uzyskanie patentu i wówczas wycofać zgłoszenie. W przypadku jednak chęci dalszego starania o uzyskanie patentu, Międzynarodowe Biuro dokonuje „międzynarodowej publikacji” zgłoszenia wraz ze sprawozdaniem z międzynarodowego poszukiwania, a także informuje o tym wyznaczone przez zgłaszającego urzędy krajowe. Powyższa publikacja następuje po 18 miesiącach od daty 12-miesięcznego priorytetu konwencyjnego²⁴. W przypadku skorzystania ze ścieżki, jaką oferuje WIP, zgłaszający będzie tu zobowiązany, by w ciągu 14 miesięcy od daty pierwszeństwa dostarczyć stosowne tłumaczenia dla celów publikacji²⁵, jednakże w razie uzyskania negatywnej opinii Organu Międzynarodowego, może on wycofać zgłoszenie, a tym samym nie będzie musiał w ogóle ponosić kosztów tłumaczenia²⁶.

Po tym zaś etapie, zgłaszający ma przed sobą kolejną alternatywę. Może bowiem wszcząć postępowanie o udzielenie patentu przed właściwym urzędem patentowym (rozpoczynając fazę narodową bądź regionalną postępowania), albo też zażądać, by jego zgłoszenie zostało poddane międzynarodowemu badaniu wstępnemu (IPEA). Drugi z procesów obsługiwany jest faktycznie przez te same urzędy patentowe, które pełnią funkcję Międzynarodowych Organów Poszukiwań²⁷, a jego regulacja zawiera się w rozdziale II Układu PCT.

Ten proces ma na celu ustalenie, czy i w jakim zakresie wynalazek, o którego ochronę się wnioskuję, wydaje się spełniać wymogi co do nowości, poziomu wynalazczego oraz nadawania się do przemysłowego zastosowania. Są to bowiem obligatoryjne przesłanki, zasadniczo musi spełniać kumulatywnie wynalazek, by mogła mu zostać przyznana ochrona patentowa²⁸. Przydatność IPEA z punktu widzenia zgłaszającego zależy w szczególności od wyniku międzynarodowego poszukiwania. Daje bowiem przestrzeń do odparcia zarzutów, podniesionych w jego trakcie, co może ostatecznie skutkować pozytywną oceną zdolności patentowej wynalazku²⁹. Badanie wieńczy sprawozdanie, które choć nie jest wiążące dla urzędów bezpośrednio udzielających prawa wyłącznego, to trudno współcześnie przecenić jego znaczenie w sytuacji tak globalnie ujednoliconych standardów przyznania ochrony³⁰. Stanowi więc dla aplikanta solidną podstawę do oszacowania swoich szans na uzyskanie patentu, przed wszczęciem stosownych krajowych procedur.

W przypadku decyzji o dalszym procedowaniu, niezależnie od tego czy wniosek o badanie wstępne został złożony, faza krajowa następuje w 30 lub 31 miesiącu (w zależności od wybranego państwa) od daty pierwszeństwa. Na tym etapie zgłaszający powinien podjąć określone czynności przed wyznaczonymi przez siebie urzędami. Należy do nich między innymi uiszczenie wymaganych opłat oraz dostarczenie tłumaczenia zgłoszenia na język urzędowy danego kraju (o ile jest to wymagane). Następnie urzędy krajowe badają zgłoszenie pod względem formalnym i merytorycznym i udzielają bądź odmawiają udzielenia patentu krajowego lub regionalnego³¹.

W powyższej fazie, aplikujący z pomocą WIP-u, ponownie odczuwają wymierną korzyść finansową. W przypadku bowiem ubiegania się o patent europejski³² w ramach procedury PCT aplikujący, posiadający

²⁴ Skubisz R., op. cit., s. 160.

²⁵ Może być ono sporządzone w co najmniej jednym z 10 języków, jakimi operuje WIPO tj. arabskim, chińskim, angielskim, francuskim, niemieckim, japońskim, koreańskim, portugalskim, rosyjskim lub hiszpańskim, Art. 48.3.(b), Przepisy wykonawcze do Układu PCT z 1.07.2018 r. URL : https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/texts/pdf/pct_regs.pdf.

²⁶ Zgodnie z danymi Komisji Europejskiej, koszty tłumaczenia stanowią około 70% całego kosztu patentu, Uzasadnienie wniosku Wniosek Rozporządzenia Rady (UE) w sprawie ustaleń dotyczących tłumaczeń patentu Unii Europejskiej, 30.06.2010 r., s. 2. URL : [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0350_/com_com\(2010\)0350_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0350_/com_com(2010)0350_pl.pdf).

²⁷ Wykaz umów ISA i IPEA. URL : https://www.wipo.int/pct/en/access/isa_ipea_agreements.html.

²⁸ Warto w tym kontekście nadmienić, iż w art. 33 PCT oraz w zasadach 64 i 65 Regulaminu wykonawczego wskazane zostały przesłanki zdolności patentowej w sposób obecnie powszechnie przyjęty, jednak w okresie powstania układu PCT przesłanki te nie były ujednolicone. Z tego też powodu wprowadzono przepis, w którym zastrzeżono, iż każde państwo przynależne może stosować dodatkowe lub w ogóle inne kryteria oceny zdolności patentowej, R. Skubisz, op. cit., s. 160.

²⁹ Poradnik dla Aplikujących: procedura PCT przed Europejskim Urzędem Patentowym (Euro-PCT Guide), par. 295-299. URL : https://www.epo.org/applying/international/guide-for-applicants/html/e/ga_d_i_1.html.

³⁰ WIPO w swoim Poradniku dla Aplikujących wspomina o „znaczej wadze sprawozdania”, którego pozytywny wynik będzie „wspomagał aplikującego w narodowych procedurach przyznawania patentu”. URL : <https://www.wipo.int/pct/en/guide/ip10.html>.

³¹ Procedura międzynarodowa PCT. URL : <https://uprp.gov.pl/pl/przedmioty-ochrony/wynalazki-i-wzory-u%C5%BCytkowe/procedura-miedzynarodowa-PCT>.

³² Instytucja patentu europejskiego bazuje na koncepcji, iż na podstawie jednego zgłoszenia i w wyniku jednego postępowania prowadzonego przez Europejski Urząd Patentowy następuje udzielenie patentu europejskiego, skutecznego na terytorium tych państw-stron Konwencji o Patencie Europejskim (obecnie są nimi wszystkie państwa Unii Europejskiej), które zostały wyznaczone przez zgłaszającego. Nie jest on zatem instrumentem jednolitym, lecz stanowi „wiązkę” patentów krajowych i – po udzieleniu patentu europejskiego – „rozpada się” na patenty krajowe tych państw-stron konwencji, na których terytorium został przyznany, zgodnie z wyborem zgłaszającego, Zob. Nowicka A., Udzielanie patentów europejskich i ich skutki w Polsce, Studia Prawa Prywatnego, 01/2010, C.H. Beck, s. 53–54.

międzynarodowe sprawozdanie z poszukiwań sporządzone przez WIP, będą uprawnieni do skorzystania ze zniżki w opłacie za dodatkowe europejskie sprawozdanie z poszukiwań, którą zobowiązani są wносить zgłaszający, jeżeli ich sprawozdanie z badań wstępnych pochodzi od innych Organów Międzynarodowych niż Europejski Urząd Patentowy³³.

Odczuwalna zmiana następuje również w okresie oczekiwania na decyzję urzędu. Polski urząd patentowy działa znacznie szybciej, niż EUP, co ma odzwierciedlenie w statystykach. Średni czas rozpatrywania zgłoszenia wynosi bowiem w Polsce 39 miesięcy, podczas gdy w EUP, z uwagi na duże obciążenie pracy, okres ten może wydłużyć się nawet do 9 lat³⁴.

Korzyścią dla zgłaszającego, którą warto wymienić, jest również to, iż po uzyskaniu sprawozdania z międzynarodowych poszukiwań może on – w zakresie niewykraczającym poza rozwiązanie objęte międzynarodowym zgłoszeniem – dokonać weryfikacji zastrzeżeń patentowych³⁵. Z pewnością zabieg ten lepiej rokuje dla późniejszych postępowań o udzielenie patentu przed urzędami wyznaczonymi, tym bardziej, jeżeli wyniki badania były dla zgłaszającego negatywne. Korzyścią zaś jaką z procedury PCT odnoszą wszyscy zainteresowani informacjami o zgłaszanych rozwiązaniach, a zwłaszcza konkurenci, jest fakt publikowania sprawozdania z międzynarodowych poszukiwań, zawierającego spis dokumentów, mających związek z przedmiotem zgłoszenia³⁶. Ze swej istoty są to bowiem materiały potencjalnie stanowiące tzw. przeciwstawienie, czyli informacje, których obecność utrudnia lub nawet wyklucza przyznanie ochrony patentowej. Osoby trzecie uzyskują więc rzetelne informacje, pozwalające ocenić stopień prawdopodobieństwa przyznania patentu na podstawie zgłoszenia międzynarodowego, a także jego ewentualnego unieważnienia³⁷. Oprócz wyżej wymienionych korzyści, w dłuższej perspektywie system PCT wykazuje wiele innych zalet. Pomaga on w podniesieniu statusu państwa w zakresie ochrony własności intelektualnej na świecie, torując drogę do wzmacniania wymiany zagranicznej poprzez eksport. Polityka liberalizacji handlu nie zawsze jest bowiem wystarczająca do przyciągnięcia bezpośrednich inwestycji zagranicznych³⁸. Uproszczenie procedury ubiegania się o patent zachęca również do składania wniosków w innych krajach, a tym samym pomaga w globalnym rozwoju przedsiębiorstw. Ekspansje na nowe rynki są ponadto asekurowane dodatkowym czasem na podjęcie ostatecznej decyzji co do ubiegania się w danym miejscu o patent. Pozwala to sprawnie zarządzać patentowym portfolio i u efektywnia strategię udzielania licencji, w której dzięki licznym dostępnym, międzynarodowym opcjom, zainteresowany określonym wynalazkiem kontrahent, ma co do zasady zapewnioną elastyczność w markowaniu terytorialnych granic ochrony nabytego rozwiązania³⁹.

Wnioski

Dzięki Wyszehradzkiemu Instytutowi Patentowemu proces ubiegania się przez polskich wynalazców o patent staje się zatem tańszy, szybszy i pod względem konieczności spełnienia określonych wymogów formalnych – prostszy. Odwołując się zaś do generalnych korzyści, utworzenie WIP-u i jego przyjęcie do grona 21 pozostałych ośrodków międzynarodowych organów poszukiwań i badań wstępnych⁴⁰, to prestiżowa zmiana, bowiem sytuuje Polskę w ekskluzywnym gronie państw o uznanych kompetencjach w dziedzinie orzekania o prawach własności przemysłowej. Odnosząc się do innych aspektów międzynarodowego funkcjonowania WIP, warto wskazać na jego potencjał i przytoczyć art. 8 ust. 1, lit. b, który zakłada, iż organ ten będzie mógł obsługiwać także pozostałe zgłoszenia z zakresu współpracy patentowej, dokonane w urzędzie przyjmującym dowolnego umawiającego się państwa porozumienia PCT. Mogą one zatem dotyczyć prowadzenia poszukiwań i badań na zlecenie innych urzędów patentowych, które nie posiadają odpowiedniej kadry ani stosownych narzędzi do samodzielnego wykonywania tych zadań lub też ze względu na dużą liczbę zgłoszeń, muszą korzystać z pomocy innych instytucji.

³³ Zamiast pełnej opłaty 1300 euro, zgłaszający zobowiązany będzie do wniesienia obniżonej opłaty wynoszącej 190 euro. URL : <https://uprp.gov.pl/pl/przedmioty-ochrony/wynalazki-i-wzory-u%C5%BCytkowe/procedura-miedzynarodowa-PCT>.

³⁴ Adamczak A., op. cit.

³⁵ Art. 19, Układ PCT.

³⁶ Skubisz R., op. cit., s. 160.

³⁷ Ibidem, s. 160-161.

³⁸ Ranjan R., PCT System and Its Impact on the Developing Countries, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol 8, Styczeń 2003, s. 52-53.

³⁹ M. Zammit, Use of the PCT system, and advantages and benefits of International Preliminary Examination (IPE), 17.10.2018 r. URL : <https://www.shelstonip.com/news/use-pct-system-advantages-benefits-international-preliminary-examination-ipe/>.

⁴⁰ Do grona tego należą także Austria, Australia, Brazylia, Kanada, Chile, Chiny, Egipt, Hiszpania, Finlandia, Izrael, Indie, Japonia, Korea Południowa, Filipiny, Rosja, Szwecja, Singapur, Turcja, Ukraina, USA, a także Nordycki Instytut Patentowy oraz Europejski Urząd Patentowy. URL : https://www.wipo.int/pct/en/access/isa_ipea_agreements.html.

Summary

The aim of the article is to examine the functioning of the Visegrad Patent Institute (VPI), established in 2016, as an intergovernmental organization working for the purpose of patent cooperation. The results of the analysis showed that the VPI, in addition to the macro-scale profits consisting of filling a niche in the global PCT system in Central and Eastern Europe and raising the status of the countries involved in it, allows to achieve measurable benefits (financial, time and procedural simplification) for individuals, applying for patent protection in many countries.

Zhrnutie

Celem artykułu jest zbadanie funkcjonowania powstałego w 2016 roku Wyszehradzkiego Instytutu Patentowego (WIP), jako międzyrządowej organizacji działającej na rzecz współpracy patentowej. Rezultaty analizy wykazały, iż WIP, oprócz korzyści w skali makro, polegających na wypełnieniu niszy w ramach globalnego systemu PCT w Europie Środkowo-Wschodniej i podniesienia statusu państw w nim zaangażowanych, pozwala także na osiągnięcie wymiernych korzyści (finansowych, związanych z czasem procedowania i uproszczeniu procedur) dla indywidualnych jednostek ubiegających się o przyznanie patentu w wielu krajach.

Použitá literatúra:

1. Farhan A.J., Perkowski M., *Umiejdzynarodowienie krajowego obrotu prawnego. W poszukiwaniu istoty zagadnienia*, [w:] *Umiejdzynarodowienie krajowego obrotu prawnego Tom I*, Perkowski M., Zoń W.(red), Białystok, Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo 2016. 231 s.
2. Skubisz R., *Wynalazki i wzory użytkowe w prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej* [w:] *Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego. Tom 14 A*, Skubisz R. (red), Warszawa, C.H. Beck 2017. 1307 s.
3. Kranakis E., *Patents and Power: European Patent-System Integration in the Context of Globalization, Technology and Culture*, Vol. 48, No. 4, Oct 2007, 689–728 s.
4. Yu P. K., *Déjà vu in the Intellectual Property Regime*, [w:] *The Sage Handbook of Intellectual Property*, David M., Halbert D. (red), Los Angeles, Sage Publications 2015. 840 s.
5. Beleszyński J., *Powody i okoliczności zawarcia konwencji* [w:] *Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej. Komentarz*, Adamczak A., Szewc A. (red), Warszawa, Wolters Kluwer 2007. 495 s.
6. Michalak A., *Komentarz do art. 14, Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa, C.H. Beck 2016, Legalis. 890 s.
7. A., *Udzielanie patentów europejskich i ich skutki w Polsce*, *Studia Prawa Prywatnego*, 01/2010, C.H. Beck. 25 s.
8. Ranjan R., *PCT System and Its Impact on the Developing Countries*, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol 8, Styczeń 2003. 50–57 s.
9. Ustawa prawo własności przemysłowej, Dz.U. 2001 nr 49 poz. 508.
10. Konwencja o udzielaniu patentów europejskich, Dz.U. 2004 nr 79 poz. 737.
11. Oficjalna Strona WIPO World Intellectual Property Organization. URL : <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>.
12. Oficjalna strona Urzędu Patentowego RP. URL : <https://uprp.gov.pl/pl>.
13. Oficjalna strona WIP. URL : <http://www.vpi.int/index.php/pl/>.
14. Oficjalna strona Parlamentu Europejskiego. URL : <http://www.europarl.europa.eu/>.
15. Oficjalna strona Europejskiego Urzędu Patentowego. URL : <https://www.epo.org/>
16. M. Zammit, *Use of the PCT system, and advantages and benefits of International Preliminary Examination (IPE)*, 17.10.2018 r. URL : <https://www.shelstonip.com/news/use-pct-system-advantages-benefits-international-preliminary-examination-ipe/>.
17. Grzelak, *Droga do międzynarodowego patentu łatwiejsza i tańsza*, *Dziennik Gazeta Prawna*, 13.10.2015. URL : <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/898964,droga-do-miedzynarodowego-patentu-latwiejsza-i-tansza.html>.
18. Adamczak, *Prezes Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej w wystąpieniu na posiedzeniu Komisji Gospodarki i Komisji Spraw Zagranicznych, Zapis przebiegu posiedzenia z 21.07.2015 r.* URL : <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=EA0E43F0C5CD7A65C1257E9100495C47>.

Marta Jamiółkowska,
studentka V roku prawa
na Uniwersytecie w Białymstoku

Legal regulation of the review of decisions of the ICC Prosecutor at the pre-trial proceeding

Правове регулювання перегляду рішень прокурором на етапі попереднього провадження

Bela Abushova

Key words:

legal status, Prosecutor, side of the prosecution, the International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Rome Statute of the International Criminal Court.

Klíčové slová:

правовий статус, прокурор, сторона обвинувачення, Міжнародний кримінальний суд, Офіс Прокурора, Римський статут Міжнародного кримінального суду.

Introduction. One of the most important stages of legal proceedings in the International criminal court (ICC) is the pre-trial proceeding, since at this stage it is decided to initiate a case and start an investigation of the "situation" in the ICC. Before the legal trial begins, it goes through several stages of preliminary examination in order to determine whether it is admissible in the Court. According to the Rome Statute, there are the following stages that the "situation" goes through during the pre-trial proceeding:

- determination of jurisdiction;
- determination of eligibility;
- determination whether the situation corresponds to the interests of justice.

This article will examine the eligibility stage, which includes principle of complementarity and seriousness.

Task setting. The purpose of the article is to review the procedure for the pre-trial proceeding (PTP) of the order on the review of the decision taken by Prosecutors not to initiate an investigation. To analyze the decision of the Appeals chamber and establish the powers of the PTP when making decisions by the Prosecutor. To find out who has the right to make the final decision on the start of the ICC review.

Research result. The process of considering the admissibility of cases in the ICC is characterized by the principles of complementarity and seriousness inherent in the legal nature of the court. In the legal literature, most of the works are devoted to the principle of complementarity, which is really of great importance at the stage of determining the admissibility of a case in the Court, but another equally important component is the determination of the severity (seriousness) of the "situation". In determining whether the state is willing to conduct its own investigations and is able to do so, in determining the seriousness of the "situation", the Prosecutor must answer the question whether the situation is serious enough for further investigation to justify the purpose and further actions on the part of the Court. If the severity level meets the criteria of the Rome Statute, the situation can be reviewed by the ICC, as long as the complimentary nature of the matter is respected.

As an example, we can cite the situation that arose as a result of a roads by Israelitic naval special forces on May 31, 2010, on a Turkish ship that was part of the "humanitarian flotilla" that tried to break the blockade of the Gaza strip. Lawyers for relatives of those killed on the ship, on behalf of the government of the Comoro Islands, under whose flag the ship was sailing, filed a lawsuit against the ICC. With demands to bring to justice the government of Israel, guilty, in their opinion, of committing "war crimes"¹.

It should be noted that the Union of the Comoro Islands is a state that has signed and ratified the Rome Statute, which gives it the right to go to the Court. Thus, subject jurisdiction is defined by article 5 of the Rome Statute, according to which the Court's jurisdiction includes crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. Territorial and personal jurisdiction covers the Commission of crimes in the territory or by a national of a state party. In this regard, it was important to determine the jurisdiction where the

¹ Official website of the ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1477>

action was committed, so the claim was filed on behalf of the government of the Comoro Islands, under whose flag the ship was sailing, since the events took place on a ship that was flying the flag of the Comoro Islands, so they should be considered as taking place on the territory of the Member State.

After determining the jurisdiction, the case moved to the admissibility stage, on November 6, 2014. The Prosecutor decided not to investigate the attack because there were no grounds to start an investigation. And he declared the situation unacceptable under articles 17 (1), paragraph d, and 53 (1), paragraph b, of the Rome Statute.

Please be reminded that cl. 1 d of article 17 determines that the case cannot be accepted for production if it is not serious enough to justify further actions on the part of the Court ².

Cl. b of Article 53 states that by making a decision to start an investigation, the Prosecutor considers whether the case is admissible in accordance with article 17 of the Statute.

The main argument of the Prosecutor in this case was the lack of seriousness of the case. However, the ICC's decision on jurisdiction and admissibility of the situation can be reviewed, and the Rome Statute establishes a specific procedure for reviewing such decisions. The Prosecutor, the PTP, and the state can initiate the review of decisions.

If the Prosecutor concludes that there are no reasonable grounds for starting an investigation, article 53, cl. 3 (a), gives the PTP the right to ask the Prosecutor to review this decision.

Thus, article 53, cl. 3 (a) states that "at the request of the state that transferred the situation in accordance with article 14, or the Security Council in accordance with article 13, cl. (b), the PTP may review the Prosecutor's decision not to take action in accordance with cl. 1 or 2 of this article and may request the Prosecutor to review this decision ³.

It can be assumed that such a rule may lead to a conflict of powers between the Prosecutor and the PTP. A conflict of interest in this case may arise on the basis of the fact that it is not prescribed for whom the right to make a final decision on whether to start an investigation or not is assigned. Neither the rules of procedure and evidence nor the Rome Statute define who makes the final decision. And what to do if, after reviewing the decision again, the Prosecutor makes the same conclusion.

Thus, M.G. Yusupov writes that "the creation of the PTP has become a legal novel, with specific powers, it is designed to exercise control functions in relation to the Prosecutor who conducts investigations and criminal prosecution, and to act as a guarantor of the rights of other persons involved in the proceedings"⁴.

On the one hand, the role of the PTP as a monitoring mechanism for the actions of the Prosecutor is very important, but on the other hand, the main factor influencing the conduct of an effective case review is the independence of the Prosecutor.

A similar conclusion was reached by the appeals chamber in its decision concerning the "Application for review of the judicial decision by the government of the Union of Comoro Islands" dated September 2, 2019. It was decided by a majority vote that the final decision to start an investigation or not remains with the Prosecutor⁵.

As for the procedure, the procedure to be followed by the PTP in making such a decision is set out in rule 108 of the Rules of procedure and evidence. Thus, according to this rule, the decision of the PTP must be made by a majority of the judges who are members of it, and it must set out the reasons. The PTP should send the made decision for review to all those who participated in the process. After receiving the decision, the Prosecutor should review his decision as soon as possible. After the Prosecutor has made a final decision, he informs the PTP in writing. This report contains the Prosecutor's opinion and the reasons for this conclusion. It is passed to all those who participated in the process ⁶.

² Rome Statute of the ICC. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

³ Rome Statute of the ICC. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁴ Yusupov, M.R. International legal regulation of the ICC's procedural activities. The dissertation on competition of a scientific degree of candidate of legal Sciences. M., - 2012. 192 p.

⁵ ICC solution. URL: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_04886.PDF

⁶ Rules of procedure and evidence of the ICC. URL: https://www.un.org/ru/documents/rules/icc_rules.pdf

This rule provides for the procedure to be followed by the Prosecutor and the PTP. Proceeding from the above we see that as the solution to the PTP for review and the decisions of the Prosecutor must be reasoned and contain an explanation. It was interesting to know what exactly was meant by “reasons for the decision made”, as provided for in the procedure, and the Prosecutor must justify his decision not to initiate an investigation by reference to specific provisions of the Statute or to the facts at his disposal. It is not defined also on the basis of what the PTP can ask the Prosecutor to revise what may be the reason for such a request. It can only be assumed that the PTP’s decision to ask the Prosecutor for review can be explained by the fact that the PTP has identified errors made by the Prosecutor in making the decision.

So, in the case that we are analyzing, the PTP also used its right to ask the Prosecutor to review the decision.

On July 16, 2015, the PTP sent a request to the Prosecutor to review its decision. However, on November 29, 2017, the Prosecutor filed his decision, which he considered final, confirming his previous decision not to investigate the case. The PTP sent a second request, to which the Prosecutor did not respond in any way⁷.

In accordance with regulation 29 of the ICC Regulations, if the PTP does not comply with its orders, it may issue any order it deems necessary in the interests of justice.

So, on November 15, 2018, the PTP sent another order to the Prosecutor to review the decision. The Prosecutor refused to reconsider his decision, citing the lack of reasonable grounds for starting an investigation. The situation was then referred to the Appeals chamber, which confirmed the PTP’s decision as of 15 November 2018 that the Prosecutor should review the decision again. However, the appeals chamber concluded that the final decision on whether or not to start an investigation should be made by the Prosecutor⁸.

This decision of the Appeals chambers finally confirmed the fact that despite the right of the PTP to request the Prosecutor to review the decision made under article 17 of the Rome Statute, the final decision to start an investigation or not is always left to the Prosecutor.

It should also be noted that the Prosecutor himself can also review his decision at any time and start a case, or criminal prosecution, on the basis of new facts or information.

Summing up the analysis, it should be stated that the procedure for ordering the PTP to review the decision made by Prosecutors not to initiate an investigation is determined by the rules of procedure and evidence and the ICC Regulation. Thus, according to this rule, the decision of the PTP must be made by a majority of the judges who are members of it, and it must set out the reasons. However, what exactly is meant by “motives”, and whether they should contain references to specific rules of the Rome Statute, is not explained in these regulations. It is also established that the PTP has the power to oblige the Prosecutor to review the decision not to initiate an investigation, even after he has re-examined the decision. As a result of the analysis, it was found that only the ICC Prosecutor has the right to make a final decision on starting a case.

Summary

This article is devoted to the legal regulation of the review of decisions by the International Criminal Court (ICC) Prosecutor at the stage of pre-trial proceeding in Court. The emphasis is placed on the analysis of the decision of the Prosecutor who determined the situation regarding the claim of the Comoro Islands against the ICC, inadmissible in the Court under articles 17 (1), cl. d, and 53 (1), cl. b of the Rome Statute. The author emphasizes that the process of considering the admissibility of cases in the ICC is characterized by the principles of complementarity and seriousness inherent in the legal nature of the Court, so the Prosecutor must answer the question whether the situation is serious enough for further investigation to justify the purpose and further actions on the part of the Court and only then make a decision on the beginning of the case. In this connection, the article examines the procedure for making such a decision by the Prosecutor and the procedure for making an order by the pre-trial proceeding (PTP) to review the decision made by the Prosecutors not to start an investigation. Special attention is paid to clarifying the powers of the PTP and finding out who exactly has the right to make the final decision on starting a case in the ICC. It is determined that the role of the PTP as a monitoring mechanism

⁷ Official website of the ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1477>

⁸ Official website of the ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1477>

for the actions of the Prosecutor is very important, but the main factor influencing the conduct of an effective case review in the ICC is the independence of the Prosecutor. The article also pays special attention to the review and analysis of the decision of the court of Appeal on the "Application for review of the judicial decision by the government of the Union of Comoro Islands" dated September 2, 2019. Based on this, conclusions were made regarding the Prosecutor's authority at the stage of making a decision to start a case in the ICC. The author also clarified which "statutory documents" of the ICC regulate the procedure for issuing an order to review the decision made by Prosecutors not to start an investigation, such documents include: The rules of procedure and evidence, and the Regulation of the ICC.

Анотація

Ця стаття присвячена правовому регулюванню перегляду рішень Прокурором Міжнародного кримінального суду (МКС) на етапі попереднього провадження справ у Суді. Акцентовано на аналізі рішення Прокурора, яким було визначено ситуацію, щодо позову Коморських островів до МКС, неприйнятною для розгляду у Суді відповідно до статей 17 (1) пункт d і 53 (1) пункт b Римського Статуту. Автор наголошує, що процес розгляду допустимості справ в МКС характеризується закладеними в правову природу Суду принципами компліментарності та серйозності, тому Прокурор має відповісти на питання, чи достатньо серйозною є ситуація, щоб подальше розслідування виправдало мету і подальші дії з боку Суду і тільки після цього приймати рішення про початок розгляду справи. Тому у статті досліджується процедура прийняття Прокурором такого рішення та процедура прийняття Палатою попереднього провадження (ППП) розпорядження про перегляд прийнятого Прокурором рішення не починати розслідування. Особливу увагу приділено уточненню повноважень PPP та з'ясуванню, хто саме має право приймати остаточне рішення про початок розгляду справи в МКС. Визначається, що роль PPP як контрольного механізму за діями Прокурора є дуже важливою, але основним фактором, що впливає на проведення ефективного розгляду справи в МКС, є незалежність Прокурора. Також у статті окрему увагу приділено розгляду та аналізу рішення Апеляційної палати, щодо «Заяви про перегляд судового рішення урядом союзу Коморських островів» від 2 вересня 2019 р. На основі цього були зроблені висновки щодо повноважень Прокурора на етапі прийняття рішення, про початок розгляду справи в МКС, також автором було уточнено, якими саме «статутними документами» МКС регламентується процедура винесення PPP розпорядження про перегляд прийнятого Прокурором рішення не починати розслідування, до таких документів було зараховано Правила процедури та доказування та Регламент МКС

References:

1. Official website of the ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1477>
2. Rome Statute of the ICC. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588
3. Yusupov, M.R. International legal regulation of the ICC's procedural activities. The dissertation on competition of a scientific degree of candidate of legal Sciences. M., 2012. 192 p.
4. ICC solution. URL: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_04886.PDF
5. Rules of procedure and evidence of the ICC. URL: https://www.un.org/ru/documents/rules/icc_rules.pdf

Bela Abushova,

*Postgraduate of the Department of International Public Law
Faculty of International Trade and Law
Kyiv National University of Trade and Economics*

Some features of conclusion of contract of property rights sale to the construction object

Особливості укладення договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва

Viktoriia Anatiichuk

Key words:

contract, property rights, object of construction, state registration, form of contract.

Ключові слова:

договір, майнові права, об'єкт будівництва, державна реєстрація, форма договору.

Постановка проблеми. В умовах ринкової економіки будівництво об'єктів житлової та нежитлової нерухомості, операції щодо їх відчуження займають вагомий частку в цивільному обороті України. На практиці такі правовідносини доволі часто опосередковуються договором купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва, оскільки об'єкта нерухомості як такого ще не існує. Згадані договори особливо поширилися після закріплення майнових прав серед об'єктів цивільних прав у ЦК України та запровадження суттєвих обмежень щодо інвестування в житлове будівництво.

Укладення договору купівлі-продажу майнових прав є типовим у сфері будівництва житлової та нежитлової нерухомості. Зазвичай ці договори укладаються у письмовій формі. Хоча мають місце і випадки укладення цього виду договорів у нотаріальній формі та їх державна реєстрація.

Стан дослідження. У теорії цивільного права динаміка договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкти будівництва не була предметом окремих досліджень. Частково окремі аспекти цієї проблеми аналізувалися у працях С.І. Шимон, О.В. Воронової, І.М. Кучеренко, Д.В. Кирилюка, І.Б. Утехіна, О.С. Яворської та ін. Однак комплексного вивчення не проводилося. Тому варто проаналізувати норми цивільного законодавства, судову практику і висловити власну позицію з цього приводу.

Метою та завданням статті є з'ясування особливостей укладення договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва.

Виклад основного матеріалу. Загальними положеннями цивільного законодавства передбачено, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом (ч. 1 ст. 639 ЦК України)¹. У письмовій формі належить вчиняти: <...> 2) правочини між фізичною та юридичною особою, крім правочинів, передбачених ч. 1 ст. 206 цього Кодексу (ч. 1 ст. 208 ЦК України). На практиці договори купівлі-продажу майнових прав на об'єкти будівництва – це завжди правочини, однією зі сторін якого є юридична особа чи фізична особа-підприємець, котрі виступають у ролі забудовника, підрядника замовника будівництва. Але слід звернутися до винятків, передбачених ст. 206 ЦК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК України усно можуть вчинятися правочини, що повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Договір купівлі-продажу майнових прав на об'єкти будівництва не виконується повністю у момент їх вчинення. Сторони цього договору мають ряд прав та обов'язків після його вчинення. Забудовник здійснює будівництво об'єкта протягом визначеного строку, а покупець майнових прав вносить періодичні платежі (у разі домовленості про розтермінування платежів за договором). Навіть у тому разі, коли об'єкт вже збудований, а покупець згоден сплатити повністю всю суму, у сторін є обов'язки щодо введення об'єкта будівництва в експлуатацію, реєстрацію прав на нерухоме майно тощо.

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 40–44. Ст. 356.

Таким чином, із вищенаведених положень чинного законодавства випливає, що договір купівлі-продажу майнових прав на об'єкти будівництва в усній формі укладатися не може. Обов'язковою є письмова форма такого договору. На думку автора, додаткове дублювання обов'язковості укладення договору купівлі-продажу майнових прав у письмовій формі є безпідставним.

Важливо також визначитися з обов'язковістю чи необов'язковістю державної реєстрації договорів купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва. Так, наприклад, значна частина договорів щодо відчуження інших різновидів майнових прав підлягають державній реєстрації. Відповідно до ч. 1 ст. 1114 ЦК України ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності та договори, визначені ст. 1109, 1112 та 1113 цього Кодексу, не підлягають обов'язковій державній реєстрації, але їх державна реєстрація здійснюється на вимогу ліцензіара або ліцензіата у порядку, встановленому законом.

Тобто, хоча обов'язку державної реєстрації немає, але порядок і відповідний уповноважений орган для цього визначені. Причому державній реєстрації підлягають договори купівлі-продажу прав інтелектуальної власності, а не самі майнові права.

Відповідно до ч. 6 ст. 8-1 Закону України «Про оренду землі»² відчужене право оренди земельної ділянки підлягає державній реєстрації у встановленому законодавством порядку. У цьому разі підлягає державній реєстрації не сам договір купівлі-продажу права оренди земельної ділянки, а майнове право – право оренди землі.

Як бачимо, зважаючи на нематеріалізовану форму цих об'єктів цивільних прав, законодавець передбачив особливі процедури державної реєстрації з метою упорядкування цивільного обороту вищезгаданих різновидів майнових прав. Оскільки майнові права не належать до нерухомості, то обов'язок державної реєстрації прав на них за ст. 182 ЦК України не поширюється.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державній реєстрації прав підлягають: 1) право власності; 2) речові права, похідні від права власності; 3) право власності на об'єкт незавершеного будівництва; 4) заборона відчуження й арешт нерухомого майна, податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження. Майнових прав на об'єкт будівництва у цьому переліку немає.

Щодо майнових прав на об'єкт будівництва, то чинне законодавство не містить вимог стосовно їх державної реєстрації, державної реєстрації договорів купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва чи хоча б їх обов'язкового нотаріального посвідчення.

Але у юридичній літературі висловлюються думки про доцільність державної реєстрації, зважаючи на часті порушення прав покупців майнових прав із боку забудовників.

На думку С.І. Шимон, майнові права на об'єкт інвестування повинні бути легітимовані. Така легітимація можлива шляхом забезпечення процедури державної реєстрації права власності на майнові права на об'єкт інвестування (будівництва). Під цим розуміється і резервування права власності на майбутню річ. Обов'язок здійснити таку реєстрацію має бути покладено на забудовника³.

Сьогодні система реєстрації договорів встановлена щодо договорів інвестування у фонди фінансування будівництва та фонди операцій із нерухомістю. Але встановлена в Законі України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» системи реєстрації за довірительом об'єктів інвестування, яка покликана виключити надалі можливість виникнення прав вимоги у декількох довірительів на один і той самий об'єкт інвестування, на практиці не дала належного результату. Основна проблема полягає в тому, що закріплення (реєстрація договорів) проводиться самим управителем, як це і відбувалося раніше, що і призводило до названих вище проблем у разі недобросовісності чи халатності забудовника.

Згаданий підхід викликав критику науковців, котрі висловлювали пропозицію щодо встановлення державної реєстрації договорів про участь у ФФБ і набуття чинності такими договорами тільки після державної реєстрації⁴.

² Про оренду землі : Закон України від 6 жовтня 1998 р. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 46–47. Ст. 280.

³ Шимон С.І. Майнові права як об'єкти цивільних правовідносин (теоретичні та практичні аспекти) : дис ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. С. 364.

⁴ Воронова О.В. Підстави набуття права власності на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. С. 5.

В.А. Січевлюк вважає за необхідне ввести обов'язкову реєстрацію місцевими органами договорів, кінцевою метою яких є будівництво (реконструкція) будинків у разі залучення інших інвесторів особою, котрій виділяється земельна ділянка під будівництво. Таку реєстрацію повинні проводити органи, які видаватимуть свідоцтво на право власності на об'єкти нерухомості. Обов'язковою умовою вступу у дію такого договору повинна стати його реєстрація. У цьому разі не виникатиме спорів щодо визначення прав на окремі об'єкти нерухомості. Порядок такої реєстрації інвестиційних договорів повинен встановлюватися Законом «Про інвестиційне будівництво житла», де необхідно передбачити норму, за якою інвестиційні договори на будівництво житла повинні укладатися у письмовій формі та підлягати обов'язковій державній реєстрації⁵. На жаль, такого закону досі не було прийнято. Але і пропозиція про державну реєстрацію договорів купівлі-продажу місцевими органами влади чи місцевого самоврядування, видається, є недоцільною, оскільки уніфікація державних реєстрів у системі Міністерства юстиції України довела на практиці свою ефективність.

Підтримуємо думку І.М. Кучеренко, яка зазначає, що така реєстрація не дасть позитивного ефекту. Вчена вважає, що потрібно реєструвати не договори, а певні права й обмеження (обтяження). Незалежно від того, який договір є підставою виникнення права власності на житло (інвестиційний договір, договір на довірче управління коштами довіритель фінансовими установами тощо), головним є закріплення прав інвесторів на набуття права власності на житло через систему реєстрації не фінансовою установою, яка є управителем інвестиційних коштів, а державним органом. Зокрема, у державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень потрібно реєструвати: права забудовника на будівництво житлового будинку, право інвестора на отримання у власність житла у будинку, який будує забудовник⁶.

На думку Д.В. Кирилюка, необхідна як система державної реєстрації майнових прав на майбутнє житло на загальних засадах, аналогічна системі реєстрації прав на звичайну нерухомість, так і нотаріальне посвідчення та державна реєстрація цих договорів на загальних підставах. Тобто кожний майбутній об'єкт житла (будинки чи квартири у багатоквартирному будинку, що будуються) також повинен мати унікальний ідентифікаційний номер у системі державної реєстрації прав на нерухоме майно⁷.

Хоча майнові права на об'єкт будівництва не є майновими правами на нерухоме майно, але, видається, найбільш ефективним є правове регулювання реєстрації цього виду майнових прав саме відповідно до цього реєстру, оскільки створення окремого реєстру майнових прав на об'єкти будівництва буде недоцільним розширенням переліку наявних у державі реєстрів.

Тому вважаємо за доцільне внести зміни до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» і доповнити його положенням про обов'язкову державну реєстрацію майнових прав на об'єкт будівництва.

Таким чином, пропонуємо викласти ч. 2 ст. 4 Закону в такій редакції: «Державній реєстрації прав підлягають: <...>; майнові права на об'єкт будівництва».

Виконання договору купівлі-продажу полягає в передачі продавцем товару покупцеві й отриманні взаємін коштів. Але в договорі купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва самої лише передачі майнових прав від продавця до покупця недостатньо.

Слушно зауважує І.Б. Утехін, що слід розрізняти два різні за змістом поняття, які мають місце при купівлі майнових прав на житло: 1) повноваження чи можливість набуття майнового права; 2) набуття конкретного майнового права на майно, яке вже реально існує, правового титулу «права власності». Не можна мати те, чого ще немає⁸.

При набутті майнових прав на житло потрібно виділяти два етапи: 1) виникнення права набути майнове право в особи (до моменту, поки житла ще немає), 2) виникнення майнового права в особи (з моменту,

⁵ Січевлюк В.А. Інвестиційний договір на будівництво житла (цивільно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 119.

⁶ Кучеренко І.М. До питання гарантування фінансовими установами інтересів інвесторів у житловому будівництві. Університетські наукові записки. 2006. № 2 (18). С. 105.

⁷ Кирилюк Д.В. Цивільно-правове регулювання іпотеки незавершеного будівництва : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. С. 10.

⁸ Утехін І.Б. Договір купівлі-продажу майнових прав: теорія та практика. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2018. Вип. 2. С. 202.

коли житло вже є й уведене в експлуатацію). Водночас варто критично поставитися до думки автора про те, що відсутність уведеного в експлуатацію об'єкта житла (чи не передача збудованого) означає відсутність майнового права на нього, й особа має право вимагати набути його.

На нашу думку, саме до введення в експлуатацію у покупця є майнове право як об'єкт цивільних прав, що не тотожний із правом вимоги. А вже після введення в експлуатацію у покупця виникає право вимоги на новозбудований об'єкт.

Одна з особливостей досліджуваної договірної конструкції полягає в тому, що, на відміну від переважної більшості договорів купівлі-продажу, які виконуються в момент їх укладення, виконання договору купівлі-продажу майнових прав є достатньо розтягнутим у часі, пов'язане з необхідністю з боку продавця майнових прав (забудовника) виконання ряду обов'язків щодо завершення будівництва.

Продавець майнових прав повинен не тільки передати майнові права, але й завершити будівництво об'єкта будівництва, здати його в експлуатацію. Більше того, оскільки покупець майнових прав зацікавлений не стільки в самих майнових правах на об'єкт будівництва, як в отриманні у підсумку об'єкта нерухомості, договір вважатиметься виконаним тільки тоді, коли покупець набуде право власності на об'єкт нерухомості – квартиру чи нежитлове приміщення.

Слід відзначити, що згадані особливості такого договору не притаманні іншим різновидам договору купівлі-продажу майнових прав (наприклад, виключних майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, майнового права оренди земельної ділянки тощо), які здебільшого виконуються в момент їх укладення і не зумовлюють необхідності виконання дій, не притаманних класичній моделі договору купівлі-продажу.

Початок виконання договору тісно пов'язаний із моментом передачі майнових прав на об'єкт будівництва. На думку О.С. Яворської, майнове право передається набувачеві у момент укладення договору і передання документів, що підтверджують факт його існування та зміст. Вчена пропонує відповідне правило закріпити як законодавчу норму. Право, окрім випадків посвідчення його цінним папером, передається шляхом вручення набувачеві відповідних документів, що підтверджують факт його існування та зміст⁹.

Але укладення договору та передання відповідних документів – це дві дії, які можуть відбуватися як одночасно, так і відрізнятися в часі їх настання. Передача документів, що підтверджують факт його існування та зміст, не є тим фактом, який детермінує укладення договору. Договір купівлі-продажу майнових прав укладається в письмовій формі, а не шляхом здійснення конклюдентних дій.

Тому, на нашу думку, моментом передачі майнових прав є укладення договору купівлі-продажу, якщо інший момент не зазначений у договорі. Саме з цього часу за покупцем закріплюється право на конкретний об'єкт будівництва, який покупець може вимагати після завершення будівництва та введення об'єктів будівництва в експлуатацію.

Висновки. З метою ефективної охорони прав та інтересів сторін договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва доцільним є запровадження не державної реєстрації відповідного договору, а реєстрація майнових прав на відповідний об'єкт майнових прав. Тому пропонуємо викласти ч. 2 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» у такій редакції: «Державній реєстрації прав підлягають: <...>; майнові права на об'єкт будівництва».

Моментом передачі майнових прав на об'єкт будівництва є укладення договору купівлі-продажу, якщо інший момент не зазначений у договорі.

Анотація

У статті обґрунтовується, що достатньою підставою для набуття майнового права на об'єкт будівництва є укладення договору купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва. Передання документів, які підтверджують дійсність відчужуваного права, не є переданням майнового права. Передача майнового права відбувається у момент укладення договору, якщо інше не встановлено договором купівлі-продажу майнових прав.

⁹ Яворська О.С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 19.

Автор акцентує увагу на тому, що, зважаючи на нематеріалізовану форму майнових прав, законодавець передбачив особливі процедури державної реєстрації з метою упорядкування цивільного обороту окремих різновидів майнових прав. Оскільки майнові права не належать до нерухомості, то обов'язок державної реєстрації прав на них відповідно до ст. 182 ЦК України не поширюється. Автор з'ясовує, що чинне законодавство не містить вимог стосовно державної реєстрації договорів купівлі-продажу майнових прав на об'єкт будівництва чи хоча б їх обов'язкового нотаріального посвідчення.

Відзначається, що згадані особливості цього договору не притаманні іншим різновидам договору купівлі-продажу майнових прав (наприклад, виключних майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, майнового права оренди земельної ділянки тощо), які здебільшого виконуються в момент їх укладення і не зумовлюють необхідності виконання дій, не притаманних класичній моделі договору купівлі-продажу.

З метою кращого забезпечення інтересів покупців обґрунтовується необхідність запровадження порядку державної реєстрації саме майнових прав на об'єкт будівництва, а не державної реєстрації договорів їх купівлі-продажу.

Summary

A conclusion of contract of sale of property rights to the construction object is a minimal sufficient ground for acquiring of property right for a construction object. Submission of documents confirming the validity of the alienated right is not a transfer of property right. Transfer of property right occurs at the moment of conclusion of the contract, unless otherwise is specified by the contract of sale and purchase of property rights.

The author emphasizes that due to the non-materialized form of property rights, the legislator has envisaged special procedures for state registration in order to streamline the civil turnover of certain types of property rights. The author finds out that the current legislation does not contain requirements for state registration, state registration of contracts of sale of property rights for the object of construction or at least their obligatory notarial form.

It is noted that the above mentioned features of this contract are not inherent to other types of contract of sale and purchase of property rights (for example, exclusive property rights to objects of intellectual property, property right on lease of plot, etc.). Such other types of contracts in most cases are performed at the time of their conclusion. They do not specify the need to perform actions which are not inherent for the classic model of the contract of sale.

In order to better protect the interests of buyers, it is justified the need to introduce a procedure for state registration of property rights to the object of construction instead of state registration of sale and purchase contract.

Використана література:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
2. Про оренду землі : Закон України від 6 жовтня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 46–47. Ст. 280.
3. Шимон С.І. Майнові права як об'єкти цивільних правовідносин (теоретичні та практичні аспекти) : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 450 с.
4. Воронова О.В. Підстави набуття права власності на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. 20 с.
5. Січевлюк В.А. Інвестиційний договір на будівництво житла (цивільно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. 194 с.
6. Кучеренко І.М. До питання гарантування фінансовими установами інтересів інвесторів у житловому будівництві. *Університетські наукові записки*. 2006. № 2 (18). С. 102–106.
7. Кирилюк Д.В. Цивільно-правове регулювання іпотеки незавершеного будівництва : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 18 с.
8. Утєхін І.Б. Договір купівлі-продажу майнових прав: теорія та практика. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2018. Вип. 2. С. 196–205.
9. Яворська О.С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. 36 с.

Viktoriia Anatiichuk,

PhD Student of the Department of Civil Law

Law Institute of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University

Studies of the specific features of public administration in the prosecution authorities

Дослідження специфіки особливостей публічного адміністрування в органах прокуратури

Serhii Banakh

Key words:

public administration, prosecutor's office, public administration in prosecutor's offices, management functions in public prosecutor's offices, factors of public administration.

Ключові слова:

публічне адміністрування, прокуратура, публічне адміністрування в органах прокуратури, функції управління в органах прокуратури, чинники публічного адміністрування.

Постановка проблеми. За сучасних умов структурних трансформацій формулювання концептуалізації публічного адміністрування в органах прокуратури, яке би повною мірою відображало його правову природу, залишається одним із найактуальніших питань у системі адміністративно-правового забезпечення. Слід відзначити, що сучасні теорія і практика адміністративного права базуються на категорійних положеннях публічного адміністрування як форми реалізації публічної влади, що характеризується зовнішнім вираженням реалізації завдань (функцій) виконавчої влади, адміністративною діяльністю публічної адміністрації, що здійснюється з метою задоволення публічного інтересу; негативним відмежуванням від законодавчої діяльності; здійсненням правосуддя; політичною діяльністю виконавчої влади; діяльністю, спрямованою на задоволення приватних інтересів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню й аналізу сутності публічного адміністрування державних органів присвячено велику кількість наукових праць. Серед вчених, котрі займалися розробкою цього питання, слід відзначити В. Авер'янова, О. Бандурку, Ю. Битяка, І. Бородіна, В. Гаращука, І. Голосніченка, М. Іншина, К. Колесникова, О. Копиленка, О. Кузьменка, В. Мартиненка, М. Міненка, В. Опришка, С. Стеценка, О. Смирнова, М. Якимчука та ін. Тим часом сучасні особливості публічного адміністрування в органах прокуратури залишилися поза полем зору згаданих науковців.

Постановка завдання. Метою роботи є власне дослідження сучасної специфіки особливостей публічного адміністрування в органах прокуратури, обґрунтування основних ознак, функцій, принципів адміністративного управління в органах прокуратури, розкриття розподілу форм управлінської діяльності в системі цих органів, а також аналіз нормативно-правового забезпечення організації роботи у прокуратурі України.

Виклад основного матеріалу. На основі проведених досліджень встановлено, що дефініція «публічне адміністрування» доволі часто ототожнюється з державним управлінням і не розмежовує його сутність, оскільки адміністрування характеризується як управлінська діяльність (від лат. «administratio» – «служіння, допомога, управління»). Відзначимо, що адміністрування – це прерогатива виконавчих органів влади або чиновника (державного службовця). У вузькому розумінні публічне адміністрування розглядається як професійна діяльність державних службовців, яка включає всі види діяльності, спрямовані на реалізацію рішень уряду, як міждисциплінарна академічна сфера, що базується на теорії та концепціях економіки, політичних наук, соціології, адміністративного права, менеджменту. У широкому сенсі під публічним адмініструванням розуміють всю систему адміністративних інститутів із ієрархією влади, за допомогою якої відповідальність за виконання державних рішень спускається зверху донизу. Згідно з енциклопедією державного управління публічне адміністрування є різновидом управлінської діяльності інституцій публічної влади, завдяки якій держава та громадянське суспільство забезпечують самокерованість усієї суспільної системи та її розвиток у певному, визначеному напрямку¹.

¹ Енциклопедія державного управління. Т. 8 : Публічне врядування / наук.-ред. кол. : В.С. Загорський та ін. Львів : ЛРІДУ, НАДУ. 2011. 489 с.

Так, професор М. Міненко зазначає, що у державному секторі «бюрократична модель» перетворилася на «ринкову» – акценти змістилися з виконання роботи згідно з інструкціями і чіткими правилами на роботу, що спрямована на надання якісних публічних послуг і досягнення ефективних результатів, що, у свою чергу, спонукало до трансформації «державного управління» в «публічне адміністрування», а з часом – і у «публічне управління»².

У своїх наукових працях В. Мартиненко відзначає, що публічне адміністрування є формою реалізації публічного управління, яке здійснюють представницькі органи демократичного врядування через свої виконавчі структури³.

На думку К. Колесникова, публічне адміністрування необхідно розглядати як складову частину публічного управління (врядування), метою якого постає розвиток держави на засадах демократії з використанням ефективних новітніх методів і технологій управління та направлених на забезпечення громадян на рівні світових стандартів⁴. Отже, публічне адміністрування поєднує державне та публічне управління, складає сукупність інституцій та органів виконавчої влади, які реалізують рішення уряду⁵.

Проведене дослідження дозволяє виокремити такі види публічного адміністрування: за змістом – надання публічною адміністрацією адміністративних послуг і здійснення виконавчо-розпорядчої (управлінської) діяльності; за спрямуванням владного впливу публічної адміністрації – зовнішня адміністративна діяльність публічної адміністрації; внутрішньоорганізаційна діяльність публічної адміністрації; за юридичними наслідками для об'єктів адміністративного впливу – втручальне публічне адміністрування та сприятливе публічне адміністрування, що має на меті сприяння приватним особам у реалізації наданих їм прав, свобод або законних інтересів; забезпечувальне адміністративне провадження, пов'язане із забезпеченням нормального існування приватних осіб.

Водночас слід зазначити, що у публічному адмініструванні в органах прокуратури України варто ідентифікувати такі концепти щодо адміністративно-правового забезпечення діяльності прокуратури України:

- 1) за своєю сутністю прокурор – це державний чиновник, котрий здійснює обвинувачення відповідачів у кримінальних справах від імені держави й деякі інші виключно публічні функції з метою захисту держави і громадян;
- 2) прокуратура в Україні є конституційним органом, який належить до судової гілки влади і здійснює підтримання публічного обвинувачення в суді, організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням і вирішення відповідно до закону деяких інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними й іншими слідчими та розшуковими діями органів правопорядку з метою захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства і держави;
- 3) норми адміністративного права, які зосереджені в органічних законах про прокуратуру, судоустрій, кодексах та інших нормативно-правових актах, забезпечують діяльність прокуратури заради якісного і своєчасного підтримання прокурорами публічного обвинувачення в суді, організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, представництво інтересів громадянина або держави в суді, нагляд за додержанням законів органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; нагляд за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також під час застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян, іншими словами, норми адміністративного права є вторинними забезпечувальними в діяльності прокуратури порівняно з кримінально-процесуальними нормами та нормами кримінального права, які є первинними (основними);
- 4) основою адміністративно-правового забезпечення діяльності прокуратури України є адміністративно-правовий статус прокурорів та органів прокуратури;

² Міненко М.А. Трансформація системи державного управління в сучасні моделі регулювання суспільства. Державне управління: удосконалення та розвиток. 2013. № 6. С. 1–4. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=581>.

³ Мартиненко В.М. Демократичне врядування: проблеми теорії та практики. Публічне управління: теорія та практика. 2010. № 1. С. 20–21.

⁴ Колесникова К. Співвідношення державного управління та публічного адміністрування у процесі суспільної трансформації. Публічне управління: теорія та практика. 2013. Вип. 3. С. 41–45. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2013-3/doc/1/06.pdf>.

⁵ Філіпова Н.В. Зміна співвідношення понять «державне управління», «публічне адміністрування», «публічне управління» в системі суспільно-політичної трансформації. Державне управління: удосконалення та розвиток. 2015. № 6. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=865>.

- 5) невід'ємним складником в аналізованій сфері є адміністративно-правові відносини в діяльності органів прокуратури; питання забезпечення незалежності й деполітизації прокуратури; надання прокурорами своєрідних адміністративних послуг шляхом участі органів прокуратури у провадженні зі звернень громадян і представництво органами прокуратури інтересів держави та громадянина в адміністративному суді; здійснення розпорядчої діяльності шляхом видання Генеральним прокурором, прокурорами регіональних прокуратур нормативних актів; здійснення виконавчої діяльності шляхом участі органів прокуратури у провадженні у справах про адміністративні правопорушення, прокурорський нагляд у сфері дисциплінарної відповідальності, управління взаємодією органів прокуратури з громадськістю; реалізація контрольних і наглядових повноважень; засади юридичної відповідальності працівників прокуратури; внутрішньоорганізаційна діяльність органів прокуратури, а саме робота з кадрами в органах прокуратури, засади та методологія оцінювання професійної діяльності прокурорів;
- 6) змістом адміністративно-правового забезпечення діяльності прокуратури є система норм адміністративного права, основоположні засади (концепції, доктрини і принципи правового регулювання), адміністративно-правові відносини й адміністративний інструментарій (форми та методи адміністративної діяльності й адміністративні процедури), які в сукупності формують комплексний інститут адміністративного права, що наповнений численними вертикальними й горизонтальними зв'язками, поєднує однорідні суспільні відносини⁶.

Управлінські відносини, що виникають за ініціативою органу прокуратури, зумовлені виконанням обов'язків, які на них покладені або впливають із доручень інших органів чи посадових осіб. У цьому контексті регулювання відносин, що виникають за ініціативою органу прокуратури, має особливу цінність для захисту прав і законних інтересів особи. Адже, коли особа сама звертається до органів прокуратури, вона очікує на прийняття певного рішення. Проте, якщо управлінські відносини починаються з ініціативи органу прокуратури, прийняте рішення базується на фактах, здобутих саме органом прокуратури, вплив на прийняття рішення іншої особи (заявника) в цьому разі є обмеженим⁷.

Дотримуючись логіки нашого дослідження, варто зазначити, що основними принципами адміністративного управління в органах прокуратури є закріплені у Конституції та інших законах основні положення, керівні, основоположні ідеї, закономірності, на яких ґрунтуються організація та діяльність прокуратури, здійснення прокурорами повноважень відповідно до функцій прокуратури. Хотілося б відзначити, що система принципів організації та діяльності прокуратури містить: 1) загальні принципи, що визначають як організацію, так і діяльність прокуратури (принципи верховенства права, законності, демократизму та гуманізму); 2) принципи організації прокуратури (принцип системності побудови органів прокуратури, принцип конкурсного заміщення посад прокурорів, принцип прокурорського самоврядування та принцип прозорості організації прокуратури); 3) принципи діяльності прокуратури.

Звертаємо увагу на те, що публічне адміністрування є підсистемою, до якої належать загальні принципи діяльності прокуратури (принципи здійснення функцій прокуратури виключно прокурором, незалежності прокурора при здійсненні функцій прокуратури, політичної нейтральності прокурорів при здійсненні ними функцій прокуратури, недопустимості незаконного втручання прокуратури в діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади, неухильного дотримання прокурором вимог професійної етики та поведінки), принципи діяльності прокуратури у сфері кримінально-процесуальних правовідносин (принципи презумпції невинуватості та незмінюваності прокурора у сфері кримінального провадження) та принципи діяльності прокуратури у позакримінальному судочинстві (принципи обґрунтованості звернення прокурора до суду з позовом в інтересах держави та процесуальної рівноправності прокурора у позакримінальному судочинстві з іншими учасниками процесу, їх рівності перед судом)⁸.

Детальне вивчення цієї наукової проблематики дозволяє сформулювати основні завдання публічного адміністрування в органах прокуратури, що базується на актуальності ситуації взаємовідносин між прокуратурою та іншими суб'єктами соціально-політичної дійсності і полягають сьогодні у зміцненні авторитету органів прокуратури. До завдань управління органами прокуратури необхідно віднести:

⁶ Циганок С. Поняття і зміст адміністративно-правового забезпечення діяльності прокуратури України. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 11. С. 137–138. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/11/27.pdf>.

⁷ Рибалка Н.О. Особливості визначення системи та структури органів прокуратури України. Часопис Київського університету права. 2013. № 1. С. 284–288.

⁸ Д'ячков Д.С. Принципи організації та діяльності прокуратури України в умовах її реформування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Одеса, 2018. С. 8–9.

- підвищення прозорості у діяльності прокуратури, доведення до широких верств населення інформації про соціальне призначення, правовий статус та особливості діяльності прокуратури в Україні;
- залучення представників громадськості до обговорення напрямів реформування органів прокуратури, шляхів вирішення актуальних проблем, що постають перед її працівниками під час виконання покладених на них повноважень;
- прогнозування можливості виникнення соціальної напруженості в окремих соціальних групах у сфері інтересів діяльності прокуратури та вжиття заходів щодо їх попередження;
- підвищення кваліфікації працівників органів прокуратури, насамперед оволодіння ними навичками якісного й ефективного спілкування;
- удосконалення відомчої нормативно-правової бази;
- організації постійних соціологічних досліджень громадської думки щодо діяльності органів прокуратури⁹.

Основні засади організації та діяльності прокуратури закріплені у ст. 122 Конституції України та ст. 3 Закону України «Про прокуратуру», якими є: верховенство права та визнання людини, її життя і здоров'я, честі та гідності як найвищих соціальних цінностей; законність, справедливість, неупередженість та об'єктивність; презумпція невинуватості; політична нейтральність прокуратури; недопустимість незаконного втручання прокуратури в діяльність органів державної влади; відкритість діяльності прокуратури, що забезпечується конкурсним зайняттям посади прокурора, повноцінним доступом до інформації довідкового характеру, наданням на запити інформації, якщо законом не встановлено обмежень щодо її надання; неухильне дотримання вимог професійної етики та поведінки¹⁰.

У контексті досліджуваної проблематики можна ідентифікувати ознаки, що можуть бути покладені в основу класифікації функцій управління прокуратурою України. Аналіз запропонованих ознак класифікацій функцій управління органами прокуратури наводить на думку, що найбільш конструктивним, а тому і перспективним є спосіб багатоаспектної класифікації. Найбільш поширена класифікація функцій управління органами прокуратури за змістом виконуваних робіт. За цією ознакою розрізняються: 1) загальні функції управління, властиві всій системі управління загалом і окремим її ланкам; 2) спеціальні функції управління, які забезпечують організуючий вплив на окремі сфери соціальної діяльності, що сприяє виконанню різних видів робіт у цих сферах; 3) забезпечуючі (допоміжні) функції управління, що обслуговують процеси реалізації загальних і спеціальних функцій.

Загальні функції управління – універсальні види (напрями) діяльності суб'єктів соціального управління. Це більш-менш відокремлені групи певних видів управлінської діяльності, котрі закріплюються за суб'єктами управління, напрямів їхньої роботи, що характеризуються спільністю властивих їм ознак, які здійснюються на всіх рівнях системи управління та розрізняються лише за обсягом і межами свого здійснення відповідно до управлінської ієрархії. Без них не може здійснюватися сам процес управління. Зважаючи на наведені характерні ознаки, вони позначаються як функції управління, що мають наскрізний характер¹¹.

Незважаючи на безперечність існування і виконання у практичній роботі названих функцій управління, проблема полягає в тому, що в законодавстві про прокуратуру й у теоретичних дослідженнях фактично не розкривається зміст названих функцій, а також умови їхнього використання для вирішення завдань ефективного функціонування всієї системи органів прокуратури. Як наслідок, ці функції здійснюються найчастіше на розсуд конкретного керівника, що нерідко призводить до неузгодженості конкретних цілей і завдань організації та діяльності централізованої системи органів прокуратури.

До забезпечуючих (допоміжних) функцій управління належать: кадрова, матеріально-технічна (господарська), фінансово-господарська, систематизації законодавства, статистики, діловодства і матеріально-технічного забезпечення.

Загальні, спеціальні та забезпечуючі функції існують поряд і у взаємодії одна з одною. Зважаючи на це, недооцінка тієї чи іншої функції, несумлінне її виконання неминуче негативно відображаються на всій

⁹ Якимчук М.К. Організаційно-правові основи управління в органах прокуратури України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Чернівці, 2002. 94 с.

¹⁰ Шаганенко П. Адміністративно-правове регулювання організаційного забезпечення діяльності органів прокуратури. Visegrad Journal on Human Rights. 2015. № 5/1. С. 138.

¹¹ Кулинич С.А. Управлінські процедури в діяльності органів прокуратури України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.0. Харків, 2007. 20 с.

системі функцій і результатах управління. Розвиток і вдосконалювання всіх функцій управління сприяють поліпшенню роботи людей, пов'язаних з управлінням.

У зв'язку з викладеним функції управління як елемент процесу публічного адміністрування органами прокуратури необхідно розглядати не лише як допоміжні щодо конституційних функцій прокуратури, а і як структуроутворюючий елемент системи, що потребує належного правового закріплення в Законі України «Про прокуратуру» та у відомчих нормативно-правових актах статусу органів прокуратури різних рівнів та управлінських повноважень їх керівників. Це сприятиме запобіганню перевищенню ними і вищим керівництвом повноважень, а також гарантуватиме додержання принципу законності в організації та діяльності прокуратури¹².

Потрібно зазначити, що за сучасних постконфліктних умов в органах прокуратури поєднують ознаки державного органу виконавчої влади як правоохоронного органу з характеристиками і спрямованістю діяльності щодо забезпечення правосуддя. Таке поєднання є закономірним, когерентність повноважень прокуратури, їх змістовна сутність дозволяють виокремити прокуратуру в самостійний, незалежний від гілок влади державний орган, який рівновіддалений від виконавчої та судової гілок влади та водночас наближений до них у своєму функціональному призначенні¹³.

Звертаємо увагу також на те, що методологія стосується як управлінської діяльності прокуратури, так і здійснення нею конституційних функцій. Зазначається, що всередині прокурорської системи та її органів у процесі управління поступово змінюється співвідношення між примусом і переконанням на користь останнього, хоча і спостерігаються залишки авторитарного впливу. Переконання включає в себе різні форми виховної роботи: надання працівникам практичної допомоги, захист від посягань на їх незалежність, комплекс засобів заохочення. Заходи примусу спрямовані на те, щоб спонукати недостатньо сумлінних працівників до належного виконання ними службових обов'язків або усунути допущені ними порушення закону. Частково засобами примусу можна вважати накладення дисциплінарних стягнень, за винятком звільнення і звільнення з позбавленням класного чину.

Так, методи впливу прокурорів на інші органи та посадових осіб залежать від характеру прокурорських повноважень. Метод переконання найповніше застосовується при здійсненні нагляду за додержанням і застосування законів. При здійсненні нагляду у сферах розслідування і виконання покарань значно відчутнішим є застосування примусу, хоча не виключено використання методу переконання і пов'язаного з ним заохочення підозрюваних та обвинувачених до співробітництва зі слідством¹⁴.

Отже, нами встановлено, що органи прокуратури становлять складну соціальну систему, виконують покладені на них функції, мають відповідну компетенцію і є поєднанням людських, фінансових, технічно-матеріальних та інформаційних ресурсів, що створюють своєрідні елементи цієї системи. Результативність публічного адміністрування органів прокуратури залежить від злагодженості дій служб і підрозділів, дотримання ними загальних принципів і вимог. Отже, на нашу думку, функції публічного адміністрування в органах прокуратури – це основні напрями цілеспрямованої діяльності, що здійснюється в органах прокуратури посадовими особами, реалізуються в управлінському процесі через визначені законом процедури¹⁵.

Щодо організаційно-управлінських форм діяльності прокуратури, то основними формами діяльності прокуратури є її зовнішні прояви, пов'язані з реалізацією організаційно-управлінських і конституційних функцій та відповідних повноважень. На форми і методи її здійснення впливає дія принципу єдності та централізації прокуратури і пов'язана з цим єдиноначальність у процесі прийняття управлінських рішень. Контроль в органах прокуратури, з одного боку, посідає самостійне місце, а з іншого – є складовою частиною управління.

Управлінські правовідносини тісно пов'язані з конституційними функціями прокуратури, а управлінські рішення часто виступають підставою для реалізації наглядових та інших конституційних функцій.

¹² Рибалка Н.О. Мета, завдання та функції управління органами прокуратури України. Зовнішня торгівля: право, економіка, фінанси. 2013. № 2. С. 212.

¹³ Соколовий В.П., Тодощак О.В. Актуальні питання реформування органів прокуратури у трансформаційних умовах євроінтеграції України. Наше право. 2014. № 7. С. 66.

¹⁴ Сухонос В.В. Прокуратура в механізмі української держави: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.10. Одеса, 2009. 19 с.

¹⁵ Рибалка Н.О. Особливості визначення системи та структури органів прокуратури України. Часопис Київського університету права. 2013. № 1. С. 284–288.

Формами управлінської діяльності слід вважати способи реалізації функцій управління й управлінських повноважень органів і посадових осіб всередині прокурорської системи, передбачені законодавством і нормативними актами Генерального прокурора України.

На думку М. Якимчука, форми управлінської діяльності можна поділити на правові й організаційні (неправові). Правові форми управління випливають з офіційних управлінських актів і оформляються документально. До правових форм управління слід віднести діяльність колегіальних структур: Всеукраїнської конференції працівників прокуратури, колегій прокуратур, оперативних нарад. Організаційні форми пов'язані з вільним пошуком оптимальних варіантів визначення організаційно-управлінських проблем.

Нормативно-правові управлінські акти Генерального прокурора України є багатоплановими документами, які, з одного боку, регламентують певні аспекти управлінської діяльності, а з іншого – конкретизують окремі норми законодавства про прокуратуру. Нормативний характер мають вказівки Генерального прокурора про застосування норм кримінально-процесуального закону при розслідуванні злочинів. Юридичну силу положенням та інструкціям, розробленим в апараті Генеральної прокуратури України, надають юридичні акти затвердження (накази), видані Генеральним прокурором України. У підпорядкованих прокуратурах також видаються організаційно-управлінські акти у межах їх компетенції: накази, розпорядження, вказівки, інформаційні листи, листи зауваження тощо¹⁶.

Варто вказати, що за допомогою функцій досягається поєднання всіх компонент, забезпечується цілісність організаційної системи органів прокуратури. Так, М.І. Іншина вважає, що організацію будь-якої діяльності насамперед необхідно розглядати як її забезпечення. Так, із практичного погляду до організаційних форм публічного адміністрування в органах прокуратури доцільно віднести:

- 1) роботу аналітичного спрямування;
- 2) планування робочого процесу;
- 3) проведення нарад, зборів трудового колективу, інших заходів внутрішньо-організаційного спрямування;
- 4) діловодство;
- 5) забезпечення управління, у т. ч. інформаційне, кадрове, матеріально-технічне;
- 6) надання допомоги методичного характеру підпорядкованим підрозділам.

Публічне адміністрування має різноплановий характер: внутрішньо-управлінське, внутрішньо-апаратне значення, і, крім організаційної роботи, що спрямована на виконання визначених завдань і може вважатися адміністративною, діяльність прокуратури покликана здійснювати управлінські функції. Однак слід відзначити, що органи прокуратури здійснюють адміністративну діяльність у межах своєї компетенції щодо різних суб'єктів правовідносин.

За таких умов функціонування суб'єкти адміністративно-правових відносин за участю органів прокуратури можна поділити на чотири групи за особливостями адміністративно-правового статусу: органи прокуратури всіх рівнів, прокурори всіх рівнів та органи прокурорського самоврядування разом із Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів, а також суб'єкти державно-владних повноважень і громадяни, фізичні та юридичні особи¹⁷. Слід акцентувати увагу на тому, що в адміністративних правовідносинах із суб'єктами владних повноважень представники органів прокуратури зазвичай займають подвійне становище, будучи підпорядкованим суб'єктом у відносинах зовнішнього характеру. Адміністративно-правове регулювання забезпечення діяльності прокуратури здійснюється за двома напрямками, а саме щодо суспільних відносин, які складаються в системі органів прокуратури, а також відносин, що формуються у зовнішній сфері. У свою чергу, внутрішньо-організаційна діяльність забезпечує функціонування органів прокуратури, включаючи визначення їх організаційної структури, підбір, навчання кадрів, матеріально-технічне забезпечення, постановку поточних завдань і здійснення нагляду за їх виконанням. Якщо говорити про здійснення зовнішнього забезпечення, то органи прокуратури створюють умови для виконання своїх основних завдань. Таким чином, до особливостей правового забезпечення публічного адміністрування в органах прокуратури слід віднести норми, у яких закріплюються як зовнішні, так і внутрішньоорганізаційні відносини з управління та контролю у сфері прокуратури. Адміністративно-правове

¹⁶ Сухонос В.В. Прокуратура в механізмі української держави: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.10. Одеса, 2009. 17 с.

¹⁷ Кобилянський О.М. Адміністративно-правові відносини, що виникають за участю органів прокуратури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Державний НДІ МВС України. Київ, 2015. 10 с.

регулювання визначає повноваження прокурорів, форми та гарантії їх реалізації, а також норми, що містяться в нормативних актах. Діяльність прокуратури полягає у створенні сприятливих умов для виконання цієї діяльності, тобто під забезпечення підпадають охорона, захист і реалізація, що робить забезпечення певним об'єднувальним фактором¹⁸.

Слід зазначити, що свою діяльність органи прокуратури мають здійснювати гласно, систематично інформуючи органи державної влади та громадськість про стан законності та правопорядку в державі та її окремих регіонах, заходи, що вживаються з метою його зміцнення. Гласність у діяльності прокуратур усіх рівнів розглядається як важливий засіб запобігання злочинності, зміцнення законності та формування в суспільстві об'єктивної думки щодо виконання органами прокуратури покладених на них завдань і функцій, особисто організовувати роботу на зазначеному напрямі. Особлива увага в контексті дотримання принципу гласності під час реалізації органами прокуратури правоохоронної функції держави має приділятися подіям, які набули великого суспільного резонансу або широкого розголосу. У такому разі на запити засобів масової інформації або з власної ініціативи органи прокуратури уповноважені надавати у межах компетенції офіційні коментарі, в яких мають бути доведені до населення встановлені обставини з конкретної справи, основні вимоги національного законодавства та вжиті органами прокуратури заходи¹⁹.

Наявність принципів організації та діяльності прокуратури, а також принципів організації роботи її органів зумовлюють сутність, зміст, структуру організації діяльності тих чи інших органів прокуратури. Від того, як буде організована робота, залежить ефективність здійснення функцій, покладених на єдину систему прокуратури, а також виконання завдань прокурорського нагляду за додержанням законів. Конкретна організація роботи в органах прокуратури, її структура законом не визначається. Слід відзначити, що у Законі України «Про прокуратуру» у ст. 3 визначаються засади діяльності прокуратури, тому що організаційні заходи, управління всією системою органів прокуратури України – це загалом діяльність, спрямована на оптимізацію роботи з виконання завдань і функцій прокурорської системи, покладених на неї Конституцією України і Законом України «Про прокуратуру»²⁰. Неможливо залишити поза увагою те, що особливу роль в організації роботи органів прокуратури відіграють нормативні акти Генерального прокурора України, що видаються на підставі ст. 15 Закону України «Про прокуратуру».

Сьогодні повноваження Генерального прокурора України закріплені в Законі України «Про прокуратуру», де у ст. 9 визначається, що він організовує діяльність органів прокуратури України, затверджує акти з питань щодо організації діяльності органів прокуратури, видає накази з питань, які належать до його адміністративних повноважень, на основі та на виконання Конституції і законів України. Галузеві накази Генерального прокурора, Регламент Генеральної прокуратури України, положення, інструкції, вказівки та інші нормативні документи Генерального прокурора України охоплюють усю багатогранну практичну діяльність органів прокуратури і конкретизують порядок її здійснення на різних напрямках.

Також у Законі України «Про прокуратуру» у ст. 17 про підпорядкування прокурорів і виконання наказів і вказівок зазначається: «Прокурори здійснюють свої повноваження у межах, визначених законом, і підпорядковуються керівникам виключно в частині виконання письмових наказів адміністративного характеру, пов'язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури».

Крім внутрішньовідомчих, суто прокурорських організаційних питань, законодавець окремо визначає, що органи прокуратури України «координують діяльність правоохоронних органів відповідного рівня у сфері протидії злочинності, координаційні повноваження прокуратури здійснюють шляхом проведення спільних нарад, створення міжвідомчих робочих груп, а також проведення узгоджених заходів, здійснення аналітичної діяльності».

Порядок організації роботи з координації діяльності правоохоронних органів, взаємодії органів прокуратури із суб'єктами протидії злочинності визначається положенням, що затверджується спільним наказом Генерального прокурора України, керівників інших правоохоронних органів і підлягає реєстрації у Міністерстві юстиції України (п. 2 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру»).

¹⁸ Шаганенко П. Адміністративно-правове регулювання організаційного забезпечення діяльності органів прокуратури. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2015. № 5/1. С. 138.

¹⁹ Безпалова О.І. Пріоритетні напрямки діяльності органів прокуратури України як суб'єктів реалізації правоохоронної функції держави. *Право і безпека*. 2013. № 2 (49). С. 70–76.

²⁰ Про прокуратуру : Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 2–3. Ст. 12.

Усі ці комплексні заходи вимагають потужної нормативно-правової та практичної діяльності від прокуратури, спрямованої на реалізацію завдань і функцій, покладених на прокуратуру України згідно з новим Законом України «Про прокуратуру». До речі, згідно зі структурою Генеральної прокуратури та регіональних прокуратур у них діють відповідні спеціальні підрозділи, призначені безпосередньо займатися організацією роботи в прокуратурі та контролем виконання (організаційно-контрольні підрозділи).

Аналіз масиву чинних підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на організацію роботи в прокуратурі України, показує, що один із провідних наказів Генерального прокурора України «Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України» № 1гн діє з 26 грудня 2011 р.²¹ (з деякими змінами ГПУ від 05 квітня 2012 р., від 12 липня 2012 р., від 05 липня 2013 р., та від 13 листопада 2013 р.) й донині. Іншого, сучасного, такого, що відповідає Закону України «Про прокуратуру», так і не видано.

Регламент Генеральної прокуратури України затверджений Наказом Генерального прокурора України 12 квітня 2012 р. № 35²² (зі змінами ГПУ 22 березня 2013 р., 12 квітня 2013 р., 13 листопада 2013 р., 18 листопада 2014 р.). Наказ Генерального прокурора України від 16 січня 2013 № 1/1гн «Про координацію діяльності правоохоронних органів в сфері протидії злочинності та корупції»²³ та Положення про координацію діяльності правоохоронних органів у сфері протидії злочинності та корупції, затверджений спільним наказом Генерального прокурора України та керівниками правоохоронних органів від 11 лютого 2013 р. № 5/132/21/4/82/ОД-13/10, на сайті Міністерства юстиції України не значиться як зареєстрований.

Відсутність таких сучасних нормативно-правових актів, що регламентують організацію роботи у прокуратурі, зареєстрованих на сайті Міністерства юстиції України згідно з вимогами Закону України «Про прокуратуру», викликає запитання щодо реалізації належного сучасного рівня організації цієї важливої роботи. Аналіз організації діяльності Генеральної прокуратури за період 2016–2018 рр. показує, що цей напрям роботи значно активізувався. Так, загальна кількість наказів Генерального прокурора з різних напрямів організаційної діяльності збільшилася. Загальна кількість таких актів вже більше двох десятків. До того ж, на особливу увагу заслуговує наказ Генерального прокурора № 15 від 19 липня 2017 р. «Про основні засади організаційної роботи в органах прокуратури України». У цьому наказі відзначається необхідність забезпечення належної організації діяльності підпорядкованих органів прокуратури та працівників, спрямування її на ефективне виконання покладених на прокуратуру функцій. Першочергова увага надається удосконаленню організації роботи, управління та контролю виконання, впровадженню новітніх форм і методів, у т. ч. з використанням сучасних інформаційних технологій. Звертається увага на застосування таких організаційних форм, як надання вказівок прокурору нижчого рівня, погодження прийняття ним певних рішень.

Робота органів прокуратури має організовуватися за територіальним і функціональним (предметним) принципами. Розмежування повноважень між органами прокуратури щодо виконання покладених на них функцій повинно здійснюватися відповідно до наказів Генерального прокурора, а також наказів керівників регіональних прокуратур, які також забезпечують організацію діяльності прокуратур нижчого рівня. Розподіл обов'язків між керівниками регіональних і місцевих прокуратур визначається наказами генерального прокурора. Важливі процедурні питання організації та порядку роботи Генеральної прокуратури і регіональних прокуратур визначаються регламентами.

У регламентах встановлюються основні засади, порядок і методи управлінської діяльності, зокрема з питань розподілу повноважень між керівниками різного рівня, роботи структурних підрозділів і їх взаємодії, підготовки і розгляду документів, прийняття організаційно-розпорядчих актів, планування роботи, виїздів до прокуратур, виклику керівників і працівників прокуратури до прокуратури вищого рівня, підготовки та проведення нарад, контролю виконання, аналітичної та методичної роботи.

Доручається керівникам прокуратур у межах наданих законом повноважень координувати діяльність правоохоронних органів відповідного рівня у сфері протидії злочинності.

²¹ Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України № 1гн від 26 грудня 2011 р. URL: <http://document.ua/pro-organizaciyu-roboti-i-upravlinnja-vorganah-prokuraturi--doc82202.html>.

²² Регламент Генеральної прокуратури України, затверджений Наказом Генерального прокурора України № 35 від 12 квітня 2012 р. URL: <http://document.ua/prozatverdzhennja-reglamentu-generalnoyi-prokuraturiukrayi--doc96882.html>.

²³ Наказ Генерального прокурора України від 16 січня 2013 р. № 1/1 гн «Про координацію діяльності правоохоронних органів в сфері протидії злочинності та корупції». URL: http://www.naiu.kiev.ua/books/prokurorski_naglyad/npa/coor_corr_16_sichnia_2013.htm.

У згаданому наказі Генерального прокурора визначається, що «основними критеріями оцінки ефективності діяльності органів прокуратури вважати: додержання Конституції та законів України при здійсненні прокурорських повноважень відповідно до визначених засад діяльності прокуратури, забезпечення належної організації роботи і управління, повноти та своєчасності вжиття заходів до усунення порушень закону, реальний захист і поновлення порушених прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави, відшкодування завданих збитків»²⁴.

Виходячи з цього наказу, можна зробити висновок, що стосовно організації діяльності органів прокуратури зберігається ключовий принцип єдності та централізації прокурорської системи України, а також використання повного переліку складників щодо організаційної діяльності. Але, на наш погляд, спостерігається відсутність такої важливої складової частини організації діяльності органів прокуратури, як функціонування колегій Генеральної та регіональних прокуратур. Замість цього використовується формат оперативної наради²⁵.

На основі проведених наукових досліджень встановлено, що публічне адміністрування органів прокуратури залежить від низки чинників: по-перше, від умов, за яких вона відбувається, та принципів, на яких базується; по-друге, від змісту й узгодженості роботи суб'єктів її організації; по-третє, від правильної (методологічно) побудови структури Закону України «Про прокуратуру» та дотримання правил законодавчої техніки при викладенні норм, їх чіткості та ясності; зрозумілості змісту правових понять і категорій; чіткого розмежування компетенції прокуратури з компетенцією інших правоохоронних контролюючих органів і правозахисних суб'єктів; по-четверте, від правильно побудованої організаційної структури прокурорської системи й апаратів прокуратур. Наведеними чинниками перелік не обмежується, адже організація прокуратури залежить і від рівня фінансування, крім того, враховуючи, що компетенцію органу реалізують конкретні працівники, – від їх чисельності та рівня професіоналізму²⁶.

Висновки. Особливості публічного адміністрування в органах прокуратури свідчать про важливість та одночасно складність виконання покладених на цей орган державою обов'язків. Публічне адміністрування має проводитися з обґрунтуванням вимог до науково-методичного забезпечення діяльності органів прокуратури України, що сприятиме дотриманню принципу законності в роботі самої прокуратури та адаптації її діяльності до законодавства зарубіжних країн і рахуватиметься із потребами суспільного розвитку. Тож на основі проведених досліджень варто зазначити, що всі елементи мають бути взаємопов'язані для утворення повноцінної системи організаційних заходів, які будуть спрямовані на якісне виконання завдань, поставлених перед прокуратурою, та вдосконалення прокурорської діяльності в досліджуваній сфері.

Анотація

Досліджено теоретико-прикладні аспекти публічного адміністрування в органах прокуратури; обґрунтовано основні ознаки, функції та принципи адміністративного управління цих органів державної влади в сучасних умовах структурних трансформацій; виокремлено чинники впливу на публічне адміністрування; проаналізовано особливості нормативно-правового забезпечення організації роботи у прокуратурі України.

Summary

Theoretical and applied aspects of public administration in prosecution bodies have been studied; the main features, functions and principles of administrative management of these public authorities in modern conditions of structural transformations have been substantiated; factors of influence on public administration have been singled out; peculiarities of normative and legal support of work organization in prosecution bodies of Ukraine have been analyzed.

²⁴ Про основні засади організації роботи в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України від 19 січня 2017 р. № 15.

²⁵ Селезньов В., Курганський О. Організація роботи сучасної прокуратури України – вимоги сьогодення. Підприємництво, господарство, право. 2017. № 7. С. 158.

²⁶ Подкопаєв С.В. Організація прокуратури України. Форум права. 2013. № 2. С. 455. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2013_2_70.

Використана література:

1. Babčák V. Daňové právo Slovenskej republiky. 1. vyd. Bratislava : Epos, 2010. 640 s. ISBN 978-80-8057-851-0.
2. Безпалова О.І. Пріоритетні напрямки діяльності органів прокуратури України як суб'єктів реалізації правоохоронної функції держави. *Право і безпека*. 2013. № 2 (49). С. 70–76.
3. Д'ячков Д.С. Принципи організації та діяльності прокуратури України в умовах її реформування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Одеса, 2018. 20 с.
4. Енциклопедія державного управління. Т. 8 : Публічне врядування / наук.-ред. кол. : В.С. Загорський та ін. Львів : ЛРІДУ, НАДУ. 2011. 712 с.
5. Кобилянський О.М. Адміністративно-правові відносини, що виникають за участю органів прокуратури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Державний НДІ МВС України. Київ, 2015. 20 с.
6. Колесникова К. Співвідношення державного управління та публічного адміністрування у процесі суспільної трансформації. *Публічне управління: теорія та практика*. 2013. Вип. 3. С. 41–45. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2013-3/doc/1/06.pdf>.
7. Кулинич С.А. Управлінські процедури в діяльності органів прокуратури України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2007. 20 с.
8. Мартиненко В.М. Демократичне врядування: проблеми теорії та практики. *Публічне управління: теорія та практика*. 2010. № 1. С. 16–22.
9. Міненко М.А. Трансформація системи державного управління в сучасні моделі регулювання суспільства. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2013. № 6. С. 1–4. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=581>.
10. Наказ Генерального прокурора України від 16 січня 2013 р. № 1/1 гн «Про координацію діяльності правоохоронних органів в сфері протидії злочинності та корупції». URL: http://www.naiu.kiev.ua/books/prokurorski_naglyad/npa/coord_16_sichnia_2013.htm.
11. Подкопаєв С.В. Організація прокуратури України. *Форум права*. 2013. № 2. С. 447–458. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2013_2_70.
12. Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України: наказ Генерального прокурора України № 1гн від 26 грудня 2011 р. URL: <http://document.ua/pro-organizaciyu-roboti-i-upravlinnja-vorganah-prokuraturi--doc82202.html>.
13. Про прокуратуру : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12.
14. Про основні засади організації роботи в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України від 19 січня 2017 р. № 15.
15. Регламент Генеральної прокуратури України, затверджений Наказом Генерального прокурора України № 35 від 12 квітня 2012 р. URL: <http://document.ua/prozatverdzhennja-reglamentu-generalnoyi-prokuraturyukrayi-doc96882.html>.
16. Рибалка Н.О. Мета, завдання та функції управління органами прокуратури України. *Зовнішня торгівля: право, економіка, фінанси*. 2013. № 2. С. 211–215.
17. Рибалка Н.О. Особливості визначення системи та структури органів прокуратури України. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 284–288.
18. Селезньов В., Курганський О. Організація роботи сучасної прокуратури України – вимоги сьогодення. *Підприємництво, господарство, право*. 2017. № 7. С. 157–160.
19. Соколовий В.П., Тодощак О.В. Актуальні питання реформування органів прокуратури у трансформаційних умовах євроінтеграції України. *Наше право*. 2014. № 7. С. 65–70.
20. Сухонос В.В. Прокуратура в механізмі української держави: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.10. Одеса, 2009. 33 с.
21. Філіпова Н.В. Зміна співвідношення понять «державне управління», «публічне адміністрування», «публічне управління» в системі суспільно-політичної трансформації. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2015. № 6. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=865>.
22. Циганок С. Поняття і зміст адміністративно-правового забезпечення діяльності прокуратури України. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 11. С. 135–139. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/11/27.pdf>
23. Шаганенко П. Адміністративно-правове регулювання організаційного забезпечення діяльності органів прокуратури. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2015. № 5/1. С. 138–143.
24. Якимчук М.К. Організаційно-правові основи управління в органах прокуратури України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Чернівці, 2002. 396 с.

Serhii Banakh,

Candidate of Juridical Sciences,
Associate Professor at the Department of Criminal Law and Procedure,
Dean of Faculty of Law
Ternopil National Economic University

Legal principles of immunization of the population in Ukraine and European countries

Правові засади проведення імунізації населення в Україні та країнах Європи

Anzhela Berzina

Key words:

vaccination, harmonization, medical law, immunization, human rights.

Ключові слова:

вакцинація, гармонізація, медичне право, імунізація, права людини.

Вступ. За останні десятиліття у Європейському регіоні було прийнято цілий ряд стимулів та санкцій для покращення стану імунізації населення. Це, зокрема, кампанії з підвищення обізнаності, фінансові винагороди для батьків чи медичних працівників, а також фінансові санкції або заборона вступу до школи чи дитячого садка для тих, хто відмовляється від проведення імунізації.

Метою статті є проведення правового аналізу причини посиленого контролю за імунізацією в Європейському регіоні та з'ясування на прикладі держави Україна, чи впливає такий контроль на показники імунізації населення.

Як зазначається у Глобальному плані вакцинації Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ) на 2011–2020 рр., імунізація має допомогти знизити рівень дитячої смертності, збільшити охоптя вакцинами; вакцини проти гепатиту В і гемофільної інфекції є частиною національних планових програм імунізацій; майже ліквідовано поліомієліт¹.

Сьогодні у ряді європейських країн (зокрема Хорватії, Фінляндії, Німеччині, Греції, Ірландії, Люксембурзі, Мальті, Нідерландах) прийняті спеціальні цільові заходи для вразливих груп населення, спрямовані на покращення показників вакцинації громадян. Для прикладу, у 9 державах-членах ЄС (Болгарії, Хорватії, Чехії, Франції, Угорщині, Італії, Польщі, Словаччині та Словенії) імунізація проти кору є обов'язковою для дітей, тоді як у решті 19 країн вона є добровільною, хоча рекомендованою відповідними органами².

Відмінності добровільної й обов'язкової імунізації не завжди є чіткими. У кількох країнах (Кіпрі, Німеччині та Греції) щеплення формально є добровільними, але для прийому дітей до шкіл чи дитсадків потрібні дані про щеплення.

Загальновідомо, що Україна підписала Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої. У ст. 426 цієї Угоди сказано, що: «Сторони розвивають співробітництво в галузі охорони здоров'я з метою підвищення рівня його безпеки та захисту здоров'я людини як передумови сталого розвитку та економічного зростання»³. Одним із напрямів такого співробітництва є попередження і контроль над інфекційними хворобами, такими як ВІЛ/СНІД і туберкульоз, підвищення готовності до ризику спалахів високопатогенних хвороб.

Правове регулювання проведення імунізації населення в Україні здійснюється Цивільним кодексом України⁴, Законами України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада

¹ Global Vaccine Action Plan 2011–2020. World Health Organisation. 148 p. URL: https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/.

² Global Vaccine Action Plan 2011–2020. World Health Organisation. 148 p. URL: https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/.

³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода від 27 червня 2014 р. URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. С. 356.

1992 р.⁵, «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 06 квітня 2000 р.⁶, «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р.⁷, а також підзаконними нормативно-правовими актами, серед яких наказ МОЗ України «Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів» від 16 вересня 2011 р.⁸ та ін.

Проведення профілактичних щеплень як прояв імунізації населення є видом медичного втручання, що дотичний до найбільшої соціальної цінності, визначеної Конституцією України – життя і здоров'я кожного. А тому дивним виглядає той факт, що нині в Україні відсутня довгострокова стратегія імунопрофілактики населення, не затверджена жодна програма імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб. Більше того, остання подібна програма була прийнята ще на період 2010–2015 рр. Йдеться про Закон України «Про затвердження Загальнодержавної програми імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб на 2009–2015 рр.» від 21 жовтня 2009 р.⁹ Сьогодні можна ознайомитися лише з проектом розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку національної програми імунопрофілактики та захисту населення від вакцинокованих інфекцій до 2022 р. та плану заходів щодо її реалізації», оприлюдненим на офіційному сайті МОЗ України 15 травня 2018 р.¹⁰.

Водночас у країнах Європейського регіону підхід до проведення імунізації населення виглядає більш послідовним. ВООЗ втілює в життя затверджений Європейський план дій по вакцинації на 2015–2020 рр. Основна його мета – стати керівним началом для держав-членів у ЄС при формуванні колективного бачення Регіону як вільного від вакцинокованих інфекцій. Названий документ містить шість цілей: 1) підтримання статусу регіону як території, вільної від поліомієліту; 2) елімінація корі та краснухи; 3) контроль інфекцій гепатиту В; 4) досягнення на всіх адміністративних рівнях у всьому Регіоні регіональних цільових показників вакцинації; 5) прийняття обґрунтованих на фактичних даних рішень про впровадження нових вакцин; 6) досягнення фінансової стабільності національних програм імунізації¹¹. За допомогою статистичних досліджень і моніторингу захворювань ВООЗ інформує про рівень захворюваності на ті чи інші інфекційні хвороби.

Визначення стратегії імунопрофілактики населення є вкрай важливим ще й з тієї причини, що останні роки в Європейському регіоні (в т. ч. і в Україні) спостерігається пік захворювань на кір. Так, 28 березня 2019 р. Європейський регіон ВООЗ повідомив про те, що за 2018 р. на території Регіону було зареєстровано загалом 83 540 випадків захворювання на кір і 74 випадки смерті від цієї хвороби. Для порівняння, у 2017 р на кір захворіли 25 869 чоловік (42 з летальним результатом), а в 2016 р – 5 273 осіб (13 із летальним результатом). У 2018 р. вісім країн повідомили про виявлення на їх території понад 2 000 випадків кору, включаючи Україну (53 218), Сербію (5 076), Ізраїль (3 140), Францію (2 913), Італію (2 686), Російську Федерацію (22 56), Грузію (2 203) і Грецію (2 193)¹². Як бачимо, Україна займає першу позицію за кількістю хворих.

Ці статистичні дані наводять на думку про те, що затвердження загальнодержавної програми з імунопрофілактики та захисту населення в Україні від інфекційних хвороб є доцільним в інтересах насамперед самої держави Україна, а лише потім – як виконання одного із пунктів зобов'язань перед іноземними партнерами, які взяла на себе Україна. Адже непродуманість такої довготривалої стратегії є однією з обставин зростання рівня недовіри населення до проведення імунізації, непоінформованості соціуму про значення імунізації, видів вакцин, їх складу, походження. Все це веде до зниження рівня вакцинації населення. Для прикладу, показники охоплення імунізацією українських дітей знизилися з більш ніж 90% у 1990-х рр. до

⁵ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.

⁶ Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 06 квітня 2000 р. № 1645-III. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 29. Ст. 228.

⁷ Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 27. Ст. 218.

⁸ Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів : наказ МОЗ України від 16 вересня 2011 р. № 595. Офіційний вісник України. 2011. № 82. С. 27.

⁹ «Про затвердження Загальнодержавної програми імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб на 2009–2015 роки» від 21 жовтня 2009 р. № 1658-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 2–3. Ст. 12.

¹⁰ Про схвалення Стратегії розвитку національної програми імунопрофілактики та захисту населення від вакцинокованих інфекцій до 2022 року та плану заходів щодо її реалізації: проект наказу МОЗ України 15 травня 2018 р. URL: <https://moz.gov.ua>

¹¹ Європейський план дій в отношении вакцин, 2015–2020 гг. : веб-сайт. URL: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/257993/WHO_EVAP_RUS_v23_WEBx.pdf?ua=1.

¹² Кір в Європейському регіоні : веб-сайт. URL: <https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/ru/>

всього лише 70% в 2000-х рр. і менш ніж на 50% у 2014 р.¹³. З 2016 р. показники покращилися, однак охоплення залишається дуже низьким для всіх вакцин¹⁴.

Для відновлення такої довіри громадськість (серед якої багато впливових лікарів, міжнародних громадських організацій у сфері охорони здоров'я, громадських діячів) вимагають від ВООЗ і виробників медичних імунобіологічних препаратів показати дані про: широкі клінічні випробування вакцин, що повинні бути проведені органами, незалежними від виробників та їх фінансування, середньо тривалі та довготривалі дослідження ефективності та безпечності вакцин, тести на канцерогенні властивості, дослідження навколо питання проблеми народжуваності, тести на вагітність і спонтанні аборти та розвиток плоду, мутагенні ефекти (зміни у ДНК), тести на вплив на нервову систему і розвиток головного мозку, реальне інтерне плацебо-тестування, яке майже ніколи не проводилося для вакцин. Окрім того, є вимоги до ВООЗ провести дослідження ад'ювантів і консервантів, таких як алюміній і ртуть, їх біоаккумуляцію, інший використовуваний токсичний матеріал, такий як полісорбат, Твін 80, формальдегід тощо, безпечність вакцин і вік проведення вакцинації, вплив повних графіків вакцинації на глобальне здоров'я населення, порівняння вакцинованих і невакцинованих популяцій в умовах глобального здоров'я, передачу вірусу людьми, недавно вакцинованих живою вірусною вакциною, такою як кір, епідемічний паротит, краснуха, вітряна віспа, грип, оральна полівакцина, як приклад¹⁵.

У переважній більшості країни європейського регіону (в т. ч. і Україна) законодавчо прописана або ж обов'язковість вакцинації, або ж негативні наслідки, які можуть наставати за несвоєчасну вакцинацію чи за відмову від її проведення (як то заборона відвідувати заклади дошкільної та шкільної освіти, звільнення з роботи, штрафи). Оскільки питання обов'язковості проведення імунізації населення викликає гостру полеміку в суспільстві, пропонується з'ясувати правові засади проведення імунізації в Україні порівняно з країнами Європи і визначити, чи можемо ми сьогодні говорити про проведення імунізації як про реалізацію права чи все-таки як про виконання обов'язку кожного.

Згідно із ч. 1 ст. 27 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» профілактичні щеплення з метою запобігання захворюванням на туберкульоз, поліомієліт, дифтерію, кашлюк, правець і кір в Україні є обов'язковими¹⁶.

На обов'язковості проведення імунізації населення в Україні наголошується також в: а) п. 6 ч. 1 ст. 10 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»: громадяни України зобов'язані у передбачених законодавством випадках проходити профілактичні медичні огляди та робити щеплення; б) абз. 3 ч. 1 ст. 5 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення»: громадяни зобов'язані проходити обов'язкові медичні огляди та робити щеплення у передбачених законодавством випадках.

Календар профілактичних щеплень, затверджений наказом МОЗ України «Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів» від 16 вересня 2011 р. № 595¹⁷, є тим нормативно-правовим актом центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, яким встановлюється перелік обов'язкових профілактичних щеплень та оптимальні строки їх проведення.

Питання обов'язковості вакцинації неодноразово ставало предметом розгляду конституційних судів у країнах Європи. Із 53 країн у 10 конституційні суди визнали законною обов'язкову імунізацію. У 7 з 10 країн (Бельгії, Хорватії, Франції, Італії, Молдові, Словаччині та Швейцарії) суди ухвалили підтримку обов'язкових підходів, передбачених законодавством. Більше того, у Словаччині в судовому порядку було вирішено, що

¹³ Законодательный обзор: законодательные подходы к Иммунизации в Европейском Регионе. URL: https://www.sabin.org/sites/sabin.org/files/immunization_legislation_ukraine_case_study_ru_web.pdf

¹⁴ Анон. Украина: оценки ВОЗ и ЮНИСЕФ о национальном охвате иммунизацией (WUENIC). Всемирная организация здравоохранения, 2017. URL: https://data.unicef.org/wp-content/uploads/country_profiles/Ukraine/immunization_country_profiles/immunization_ukr.pdf.

¹⁵ Open Letter from International Organisations to the WHO on the Issue of Vaccine Safety : веб-сайт. URL: <https://childrenshealthdefense.org/child-health-topics/policy-safeguards/open-letter-from-international-organisations-to-the-who-on-the-issue-of-vaccine-safety/>.

¹⁶ Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 27. Ст. 218.

¹⁷ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.

покарання за відсутність щеплення є конституційно справедливими, оскільки уряд зобов'язаний сприяти здоров'ю¹⁸. У Молдові нещодавнє рішення суду підтвердило введення обов'язкових вимог до імунізації для відвідування школи, коли батьки оскаржували порушення прав дитини на освіту. У Швейцарії суд підтримав обов'язкові регіональні вимоги щодо імунізації (Кантон Ва) щодо федерального законодавства, яке містить положення, що роблять імунізацію добровільною. Натомість у Чехії, Литві та Туреччині суди виступили проти обов'язкового підходу. Литва та Туреччина висловилися за рекомендовану імунізацію, тоді як Чехія рекомендувала обов'язкову вакцинацію лише для відвідування школи. Водночас у Туреччині у 2016 р. суди постановили, що закон про обов'язкову імунізацію (вперше прийнятий у 1930 р.) є неконституційним, що порушує як прав дітей, так і прав батьків¹⁹.

В Україні Конституційний суд не розглядав це питання, на відміну від судів загальної юрисдикції, які в одних випадках підтримували ідею обов'язкової вакцинації, а в інших – виступали проти обов'язкового підходу, створюючи певну плутанину щодо юридичної сили обов'язкових вимог до імунізації²⁰.

Використовуючи «Шкалу Лікерта: Оцінка рівнів законодавства про імунізацію», розроблену Інститутом вакцин Сабін (Сабін), Україна отримує найсильніший рейтинг обов'язковості імунізації з ретельним моніторингом і подальшою діяльністю. Україна виконує сім із восьми позицій за критеріями дослідження, за якими імунізація контролюється державою, але не має положень, що встановлюють санкції за їх недотримання. Конституція України гарантує право громадян на здоров'я. Уряд має право надавати та фінансувати імунізацію, всі громадяни мають бути щеплені, а діти потребують імунізації для відвідування школи. Хоча не існує прямих покарань за не імунізацію дітей, уряд перевіряє, чи були діти щеплені та чи використовуються записи про імунізацію як вимогу, яка повинна бути подана до відвідування школи²¹. На практиці, однак, охоплення імунізацією значно нижче, ніж можна було б очікувати, оцінюючи законодавчу базу держави. Загальна недовіра до органів охорони здоров'я, зокрема негативне сприйняття безпеки й ефективності вакцин, призвело до того, що Україна має одні з найнижчих показників покриття у європейському регіоні.

Слушною видається думка, за якою пропонується виокремити нормативні регуляторні чинники для забезпечення належної вакцинації населення: 1) закріпити право кожної людини на вибір способу та виду «імунізації»; 2) забезпечити дотримання права на фізичну й особисту недоторканність, включаючи і випадки незаконного посягання державної влади на цю свободу; 3) закріпити, що будь-які обмеження прав громадян при проведенні вакцинації повинні здійснюватися з дотриманням законодавства, відповідати законним цілям громадського захисту²².

Враховуючи вищенаведене, доходимо таких висновків:

- 1) Імунізація населення в Україні, як і в світі – питання дискусійне, актуальне та є таким, що потребує посиленої уваги законодавця, адже дотичне до питання захисту життя і здоров'я кожного. Вакцинація у більшості країн Європейського регіону (в т. ч. і в Україні) є обов'язковою. Водночас цю медичну маніпуляцію можна відтермінувати за медичними показаннями (медичний відвід). За відмову від проведення вакцинації для осіб можуть наставати негативні наслідки (відмова у праві відвідувати заклади дошкільної та шкільної освіти, звільнення з роботи, штрафи).
- 2) Політика України, на відміну від країн ЄС, не є систематичною в питаннях імунізації населення, не має чіткої стратегії провадження, зважаючи на відсутність програми розвитку сфери вакцинації на нинішній і найближчі роки.
- 3) Міцна законодавча база процедури імунізації не завжди є гарантією поширення та підтримки ідеї вакцинування соціумом і збільшення охопту імунізованих осіб. Вона є необхідною, але також вагому роль відіграє медичний персонал, батьки, посилення координації між науковими та державними установами. Важливою є й судова практика, яка складається в регіоні. В Україні, наприклад, питання імунізації завжди було пов'язане із проблемами в секторі державних закупівель вакцин,

¹⁸ Законодательный обзор: законодательные подходы к Иммунизации в Европейском Регионе. URL: https://www.sabin.org/sites/sabin.org/files/immunization_legislation_ukraine_case_study_ru_web.pdf

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Twigg J.L. Ukraine's Health Sector Sustaining Momentum for Reform. Washington, DC: CSIS; 2017. URL: <https://www.csis.org/analysis/ukraines-health-sector>.

²² Демченко І.С., Дубицька Н.Т. Нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації: аргументи «за» та «проти». Часопис Київського університету права. 2017. № 4. С. 137.

включаючи непрозорість політики та процесів, завищені ціни на якісні вакцини. Це призвело як до нестачі вакцини, так і до зростання недовіри населення до імунізації.

- 4) Наявність судових справ, де предметом розгляду є обов'язковість проведення вакцинації, формує уявлення про ставлення у країні до імунізації, оскільки рішення з таких питань може виявити місцевий або національний діалог щодо законодавства про імунізацію. А якщо суди загальної юрисдикції систематично розглядають такі справи і в одних випадках підтримують ідею обов'язковості вакцинації, а в інших – виступають проти, створюється певна плутанина щодо юридичної сили обов'язкових вимог до імунізації населення. Така ситуація повинна бути усунена.

Анотація

У статті проаналізовані регіональні та національні стандарти проведення імунізації населення. Здійснено порівняння правових засад процедури імунізації в Україні й у країнах Європи. Запропоновано механізми впровадження рекомендаційних правил для зміцнення законодавчої бази проведення імунізації населення.

Summary

The article analyzes the regional and national standards for immunization of the population. The legal principles of the immunization procedure in Ukraine and in European countries are compared. Mechanisms of introduction of the recommended rules for strengthening the legislative framework for immunization of the population are proposed.

Використана література:

1. Global Vaccine Action Plan 2011–2020. *World Health Organisation*. 148 p. URL: https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода від 27 червня 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. С. 356.
4. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
5. Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 06 квітня 2000 р. № 1645-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 29. Ст. 228.
6. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 27. Ст. 218.
7. Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів : наказ МОЗ України від 16 вересня 2011 р. № 595. *Офіційний вісник України*. 2011. № 82. С. 27.
8. «Про затвердження Загальнодержавної програми імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб на 2009–2015 роки» від 21 жовтня 2009 р. № 1658-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 2–3. Ст. 12.
9. Про схвалення Стратегії розвитку національної програми імунопрофілактики та захисту населення від вакцинокерованих інфекцій до 2022 року та плану заходів щодо її реалізації : проект наказу МОЗ України 15 травня 2018 р. URL: <https://moz.gov.ua>.
10. Европейский план действий в отношении вакцин, 2015–2020 гг. : веб-сайт. URL: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/257993/WHO_EVAP_RUS_v23_WEBx.pdf?ua=1.
11. Кіп в Європейському регіоні : веб-сайт. URL: <https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/ru/>.
12. Законодательный обзор: законодательные подходы к Иммунизации в Европейском Регионе. URL: https://www.sabin.org/sites/sabin.org/files/immunization_legislation_ukraine_case_study_ru_web.pdf
13. Анон. Украина: оценки ВОЗ и ЮНИСЕФ о национальном охвате иммунизацией (WUENIC). Всемирная организация здравоохранения, 2017 год. URL: https://data.unicef.org/wp-content/uploads/country_profiles/Ukraine/immunization_country_profiles/immunization_ukr.pdf.

14. Open Letter from International Organisations to the WHO on the Issue of Vaccine Safety : веб-сайт. URL: <https://childrenshealthdefense.org/child-health-topics/policy-safeguards/open-letter-from-international-organisations-to-the-who-on-the-issue-of-vaccine-safety/>.
15. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 27. Ст. 218.
16. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
17. Законодательный обзор: законодательные подходы к Иммунизации в Европейском Регионе. URL: https://www.sabin.org/sites/sabin.org/files/immunization_legislation_ukraine_case_study_ru_web.pdf.
18. Twigg J.L. Ukraine's Health Sector Sustaining Momentum for Reform. Washington, DC: CSIS; 2017. URL: <https://www.csis.org/analysis/ukraines-health-sector>.
19. Демченко І.С., Дубицька Н.Т. Нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації: аргументи «за» та «проти». *Часопис Київського університету права*. 2017. № 4. С. 133–138.

Anzhela Berzina,
Candidate of Law Sciences,
Senior Lecturer at the Department of Forensic Medicine and Medical Law
Bogomolets National Medical University

Traces of crimes related to illegal use of budget means in health protection sphere

Слідова картина злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я

Valentyn Bidniak

Key words:

trace picture, health crimes, virtual traces, material traces, intellectual traces, imaginary traces.

Ключові слова:

слідова картина, злочини в сфері охорони здоров'я, віртуальні сліди, матеріальні сліди, інтелектуальні сліди, уявні сліди.

Постановка проблеми. Як відомо, будь-який злочин залишає певні сліди. З'ясування слідової картини необхідне для встановлення не тільки механізму злочинних посягань, а й інших елементів криміналістичної характеристики (способів, місця, часу, особи злочинця).

Сьогодні визначення слідів як матеріально фіксованих об'єктів поступово розширюється. Звісно, під час вчинення злочинів дедалі частіше ділове спілкування відбувається через соціальні лінії, ведеться електронне листування, функціонують сайти відкритої інформації про закупівлі тощо. Все це суттєво впливає на сучасне розуміння слідів злочину та потребує додаткового дослідження.

Стан дослідження. Окремі питання елементів криміналістичної характеристики злочинів, у т. ч. слідова картина, були неодноразово досліджені відомими вченими-криміналістами, серед яких Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкін, А.І. Вінберг, Г.Л. Грановський, А.В. Іщенко, Н.І. Клименко, В.К. Лисиченко, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, В.Ю. Шепітько, О.Р. Шляхов, М.Г. Щербаковський та ін. Окремі питання розслідування економічних злочинів вивчалися А.Ф. Волобуєвим, Г.П. Дондик, Г.А. Матусовським, М.А. Погорецьким, Р.Л. Степанюком, Л.Г. Шапіро, С.С. Чернявським та ін. Безперечно, вчені зробили вагомий внесок за вказаними напрямками, але питання визначення сучасних слідів, які притаманні злочинам, пов'язаним із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я, потребують додаткового дослідження, що зумовлено стрімким розвитком науки та вимогами практики.

Метою статті є дослідження особливостей слідової картини, яка залишається при вчиненні злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я.

Виклад основних положень. Слідова картина економічних злочинів суттєво відрізняється від інших злочинів проти власності (крадіжок, грабежів, розбоїв тощо). Злочини, пов'язані з незаконним використанням бюджетних коштів у галузі охорони здоров'я, не є винятком, але слід відзначити їх певну специфіку.

Зазвичай вчені-криміналісти під час вивчення слідової картини бюджетних злочинів акцентують увагу на документах. Вважаємо, що сучасний підхід до різновидів слідів повинен бути значно розширений, враховуючи наукові здобутки попередників.

Отже, є різні визначення поняття слідів злочину, але як раніше, так і зараз це питання залишається дискусійним. Зазначимо окремі з них.

Так, видатний криміналіст Р.С. Белкін зазначав, що у широкому розумінні сліди злочину – це будь-які матеріальні наслідки злочину, зміни зовнішньої обстановки¹.

Більш прийнятним щодо економічних злочинів вважаємо визначення М.В. Салтевського. Вчений зазначав, що сліди злочину – це результат відображення минулого, поданого в сьогоденні. Це ідеальні та матеріальні відображення, які є джерелами відомостей, інформації для пізнання події злочину².

¹ Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика : учебник / под ред. Р.С. Белкина. Москва : Изд-во НОРМА, 2000. С. 209.

² Салтевський М.В. Криміналістика (у сучасному вигляді) : підручник. Київ : Кондор, 2006. С. 86.

Г.А. Матусовський зазначив, що криміналістичною ознакою економічних злочинів є сліди, які є результатом злочинних дій відповідних суб'єктів, котрі зазіхають на економічні відносини і з більшим чи меншим ступенем вірогідності вказують на подію злочину цього виду, винних осіб, час, місце, спосіб та інші обставини, що мають значення для виявлення, розслідування і попередження таких діянь. Сліди економічних злочинів виявляються в таких особливостях: а) види слідів; б) їх поєднання, взаємозв'язок; в) частота виявлення; г) локалізація (місце формування, знаходження, можливого виявлення); д) переміщення (оборот грошових коштів, матеріальних цінностей, документів)³.

Але більш невизначеним є питання щодо класифікації слідів. Раніше криміналістами був зроблений акцент на уявні та матеріальні сліди та їх різновиди. Причому останні вважалися більш вагомими у зв'язку з їх більшою стійкістю. Останнім часом дедалі більше уваги приділяють віртуальним слідам (комп'ютерним, цифровим, електронним тощо), хоча деякі автори заперечують їх існування, обґрунтовуючи специфіку їх походження з погляду фізики. Не вдаючись у глибину формування віртуальних слідів, зазначимо результати інтерв'ювання практичних співробітників. Вони показали, що під час викриття злочинів цієї категорії у 100% випадків були виявлені сліди матеріального характеру, у 68% випадків – віртуальні, у 56% випадках сліди збереглися в уявних образах свідків, очевидців.

Виходячи із загальноприйнятої класифікації матеріальних слідів у вузькому значенні (сліди-предмети, сліди-речовини та сліди-відображення), розглянемо, як вони можуть проявлятися у злочинах, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у галузі охорони здоров'я.

Спираючись на матеріали кримінальних проваджень, необхідно зазначити, що сліди-предмети представлені у вигляді документів, різноманітного медичного обладнання (рентгенапарат, апарат ультразвукового дослідження, для вимірювання тиску тощо), будівельних матеріалів, які використовуються при реконструкції закладів охорони здоров'я, виробів медичного призначення (голки та шприци, вата, марля, маски, рукавички), медичні меблі, спеціальні продукти харчування для хворих тощо. Сліди-речовини представлені різноманітними лікарськими засобами, серед яких розчини, речовини, лікарські препарати, ліки, медикаменти, гомеопатичні засоби тощо.

Характерним прикладом викриття злочину за слідами-речовинами може слугувати такий випадок. У 2018 р. попередньо було звернено увагу, що закладом охорони здоров'я відбулася закупівля лікарського засобу «спирт етиловий» за занадто низькою вартістю (приблизно 16 грн за флакон 100 мл). Водночас собівартість виготовленого флакону становить понад 26 грн (враховуючи акцизний збір за флакон, вартість пляшки, етикетки, закрутки, спирт; не враховуючи роботу, податки, транспортування, амортизацію обладнання тощо). Надалі встановлено, що лікарський засіб було фальсифіковано, а саме виготовлено зі спирту, який призначався для виготовлення настоянок. За таких умов на спирт не нараховується акцизний збір. У такому разі держава втрачає кошти у вигляді несплати до бюджету обов'язкових платежів.

Сліди-відображення нечасто зустрічаються в зазначеній категорії злочинів. Прикладом можуть слугувати рентген-знімки, знімки магнітно-резонансного томографу, знімки апаратів УЗД тощо.

Так, у 2009 р. Міністерством охорони здоров'я було проведено закупівлю флюорографів із певними характеристиками, які б дозволяли отримувати якісні знімки внутрішніх органів пацієнтів. Однак постачальником було виготовлено та поставлено до закладів охорони здоров'я України обладнання із невідповідними характеристиками (потужність рентген-випромінювання була значно нижча за заявлену), що не дозволяло отримувати якісні знімки та завчасно діагностувати хвороби. Таким чином, державі було спричинено збитки в особливо великих розмірах.

Звісно, особливе місце серед слідів-предметів займають документи. Класифікація документів, які використовуються при вчиненні бюджетних злочинів, достатньо повно розглядалася вченими-криміналістами. У попередніх роботах умовно ми поділили такі документи на дві групи: 1) ті, що оформлюються закладом охорони здоров'я, та 2) ті, що оформлюються постачальником або виконавцем. У кожному конкретному випадку це можуть бути різні документи. Це можуть бути договори, додаткові угоди, специфікації, проектно-кошторисна документація (відомості ресурсів, проект, кошторис), фінансове зобов'язання, акти приймання-передачі виконаних робіт, акти введення в експлуатацію обладнання, накладні, рахунки, платіжні доручення, кошторис розпорядника, план закупівель тощо.

Необхідно відзначити, що у письмових документах сліди залишаються у вигляді підписів, рукописів, відбитків печаток і штампів, друкованого тексту тощо. Безсумнівно, все це матеріальні сліди. Але ж

³ Матусовський Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. Харьков : Консум, 1999. С. 112.

у письмових та електронних документах при розслідуванні зазначених злочинів відображаються ще й дані економічного характеру, бухгалтерського обліку тощо.

Вчені-криміналісти, котрі вивчали економічні злочини взагалі й у сфері бюджету зокрема, під час опису слідової картини завжди зазначають змістовну частину документів. Так, Р.Л. Степанюк акцентує увагу на вивченні в документах таких ознак, як: а) невідповідність даних про розподіл, цільове спрямування, розміри бюджетних коштів у планових документах нижчого рівня (кошторисах, планах використання бюджетних коштів і т. п.) напрямом, вказаним у планових документах вищого рівня (розписі бюджету, плані асигнувань, кошторисі вищестоящої установи);

- б) невідповідність даних про розподіл, цільове спрямування, розміри бюджетних коштів у бухгалтерських, управлінських, казначейських документах, діловому листуванні напрямом, вказаним у нормативно-правових актах і планових документах;
- в) невідповідність даних про розміри, розподіл, цільове спрямування бюджетних коштів у різних екземплярах одного документа або у різних документах, що відображають одну господарську, фінансову, нормотворчу операцію;
- г) невідповідність даних про напрями діяльності установ-одержувачів бюджетних коштів в установчих документах цілям, профінансованим із бюджету, визначеним у нормативно-правових актах і планових документах;
- г) невідповідності у змісті або формі одного документа, тобто ознаки його підлогу;
- д) невідповідність даних, вказаних у протоколах засідань колегіальних органів, які прийняли певне рішення щодо бюджету, даним, встановленим у виданому з метою втілення цього рішення службовою особою нормативно-правовому (розпорядчому) акті⁴.

А.Ф. Волобуєв також зазначає, що документи як джерела доказової інформації при розслідуванні розкрадань майна та пов'язаних із ними злочинів можуть досліджуватися і використовуватися у кількох аспектах:

- а) з погляду значення фактів, що зафіксовані в документі (наприклад, у статуті підприємства, ліцензії на право зайняття певним видом підприємницької діяльності тощо);
- б) з метою визначення способу виготовлення документа (наприклад, шляхом призначення техніко-криміналістичної експертизи підробленого документа);
- в) із метою ідентифікації особи, яка написала (підписала) документ, або голос і мову якої зафіксовано на магнітному носії інформації (шляхом призначення відповідної криміналістичної експертизи)⁵.

М.А. Погорецький, О.О. Вакулік, Д.Б. Сергєєва також звертають увагу на існування різних видів дослідження документів і виділяють логічне і технічне. При технічному дослідженні виявляють ознаки повної або часткової підробки документа. При логічному встановлюють відповідність його змісту фактам об'єктивної дійсності.⁶

Проведенням аналізом можна констатувати, що вчені завжди виділяють змістовну частину документів окремо від матеріальної підробки. При розслідуванні злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у галузі охорони здоров'я, такі сліди містять факти нецільового використання коштів, розтрата, привласнення державного майна тощо і є невід'ємною частиною доказової бази цих злочинів. Нерідко вони потребують додаткової допомоги певних фахівців, які використовують інший підхід у дослідженні. На наш погляд, оскільки вони не відображають ознаки слідоутворюючого об'єкта, то не можуть бути визнані матеріальними слідами, тому пропонуємо виділити їх в окрему групу інтелектуальних слідів.

Відносно новим різновидом слідів є віртуальні сліди. Попри всі суперечності, які існують щодо цього виду, вони широко застосовуються при розслідуванні зазначених злочинів. Такі сліди залишаються в комп'ютерній техніці у вигляді проектів документів, в електронному листуванні, в електронних гаджетах. Використовуються для спілкування між співучасниками за допомогою месенджерів, ір-телефонії тощо. Для виявлення та вилучення таких слідів проводяться оперативно-розшукові заходи, негласні та гласні

⁴ Степанюк Р.Л. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з порушеннями бюджетного законодавства : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. С. 61.

⁵ Волобуєв А.Ф. Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва : дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2001. С. 120.

⁶ Погорецький М.А., Вакулік О.О., Сергєєва Д.Б. Розслідування економічних злочинів : навчальний посібник / за ред. М.А. Погорецького. Київ : ВД «Дакор», 2014. С. 136.

слідчі (розшукові) дії. Для цього слідчий та оперативні співробітники нерідко залучають спеціалістів оперативно-технічного управління, управління протидії кіберзлочинності. Наприклад, під час вивчення документів учасників тендерів на закупівлю медобладнання у відкритому доступі на сайті Прозоро нерідко виявляють дуже схожі документи. У такому разі важливо встановити, чи з однієї ір-адреси вони направлені, що буде доказом про порушення законодавства щодо проведення закупівель.

Для розкриття повної слідової картини зазначених злочинів слід звернути увагу і на ідеальні, або уявні, сліди. Це сліди, які зберіглися у пам'яті свідків, очевидців про подію злочину. Це можуть бути працівники закладів охорони здоров'я (як медперсонал, так і працівники бухгалтерії), працівники фірми-постачальника або виконавця, учасники тендерів тощо.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що при розслідуванні злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я, залишається специфічна слідова картина, чітке розуміння якої у сукупності з іншими елементами криміналістичної характеристики слугуватиме підґрунтям для планування розслідування, проведення подальших слідчих (розшукових) дій, залучення обізнаних осіб із певних напрямів. Серед наявних різновидів слідів при розслідуванні зазначених злочинів виділені загальноприйняті – матеріальні та уявні, акцентована увага на доцільності виокремлення інтелектуальних і віртуальних слідів.

Анотація

У статті досліджуються окремі питання виявлення слідів, які залишаються після вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів у сфері охорони здоров'я. Проаналізовані думки видатних вчених за зазначеною тематикою. Акцентовується увага на різновидах слідів (як сталих, так і нових), зокрема уявних, віртуальних, матеріальних, інтелектуальних, які відображаються в електронних і паперових документах.

Summary

The article explores the specific issues of identifying the traces that remain after committing crimes related to the illicit use of budget funds in the health sector. Opinions of outstanding scientists on the subject are analyzed. Emphasis is made on the varieties of traces (both permanent and new), in particular imaginary, virtual, material, intellectual, which are reflected in electronic and paper documents.

Використана література:

1. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика : учебник / под ред. Р.С. Белкина. Москва : Изд-во НОРМА, 2000. 990 с.
2. Салтевський М.В. Криміналістика (у сучасному вигляді) : підручник. Київ : Кондор, 2006. 588 с.
3. Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. Харьков : Консум, 1999. 480 с.
4. Степанюк Р.Л. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з порушеннями бюджетного законодавства : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 261 с.
5. Волобуєв А.Ф. Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва : дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2001. 407 с.
6. Погорецький М.А., Вакулік О.О., Сергєєва Д.Б. Розслідування економічних злочинів : навчальний посібник / за ред. М.А. Погорецького. Київ : ВД «Дакор», 2014. 176 с.

Valentyn Bidniak,
Postgraduate
Academy of Personnel Management

Observance of service discipline as the main condition for improving the safety of professional activity personnel of the civil protection service

Дотримання службової дисципліни як головна умова підвищення безпеки професійної діяльності особового складу служби цивільного захисту

Uliana Bobko

Key words:

discipline, service discipline, civil protection service.

Ключові слова:

дисципліна, службова дисципліна, служба цивільного захисту.

Становлення і розвиток демократичної держави неможливі без зміцнення й удосконалення службової дисципліни як основи забезпечення якісного функціонування державних структур. Дотримання службової дисципліни є важливим чинником роботи осіб рядового та начальницького складу служби цивільного захисту (далі – СЦЗ), на яких державою Україна покладено функції щодо забезпечення пожежної охорони, захисту населення і територій від негативного впливу надзвичайних ситуацій, запобігання і реагування на надзвичайні ситуації, ліквідації їх наслідків у мирний час і в особливий період¹. Від безумовної виконавчості та дисциплінованості тих, хто рятує життя інших, залежать значною мірою не лише кількість врятованих і постраждалих людей, а також вчасно врятовані матеріальні цінності суспільства.

Різноманітні аспекти, що стосуються розкриття змісту та суті дотримання службової дисципліни державних службовців, досліджували у своїх працях такі вчені, як В.Б. Авер'янов, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, В.Т. Білоус, В.В. Богуцький, І.Л. Бородін, Н.П. Бортник, І.П. Голосніченко, Р.А. Калюжний, В.К. Колпаків, А.Т. Комзюк, П.П. Михайленко, О.М. Музичук, В.Л. Ортинський, О.І. Остапенко, В.П. Петков, С.В. Петков, О.П. Рябченко, М.Ф. Селівон, О.В. Серьогін, М.П. Стрельбицький, Л.М. Стрельбицька, І.К. Туркевич, О.Ф. Фрицький, В.О. Шамрай, О.М. Якуба, Х.П. Ярмачі, С.М. Яровий та ін. Проте проблематика порушення службової дисципліни особами рядового та начальницького складу СЦЗ об'єктом дослідження досі не була. Вивченням деяких питань щодо чинників оптимізації законності та порушення службової дисципліни в органах і підрозділах цивільного захисту займалися Ю.М. Гораченко, Ю.В. Панімаш², роботи яких можна вважати науковим фундаментом для подальших досліджень у цій сфері.

Мета написання цієї статті полягає у теоретико-правовому обґрунтуванні основних чинників, що призводять до порушення службової дисципліни під час виконання професійної діяльності особами рядового та начальницького складу та підготовки відповідних пропозицій щодо запобігання та профілактики таких порушень.

Для досягнення поставленої мети визначено такі основні завдання: окреслити поняття і сутність категорій «дисципліна» та «службова дисципліна» суб'єктів сфери цивільного захисту; висвітлити особливості та місце службової дисципліни в діяльності осіб рядового і начальницького складу СЦЗ; визначити основні причини, що призводять до порушення службової дисципліни; проаналізувати роль і значення службової дисципліни у діяльності осіб рядового та начальницького складу СЦЗ; підготувати пропозиції щодо профілактики та недопущення порушень службової дисципліни особами рядового і начальницького складу СЦЗ.

У контексті розгляду умов підвищення безпеки професійної діяльності органів і підрозділів служби цивільного захисту необхідно насамперед визначитися з поняттями категорій «дисципліна» та «службова дисципліна».

¹ Положення про порядок проходження служби цивільного захисту особами рядового і начальницького складу : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2013 р. № 59. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/593-2013-p>.

² Гораченко Ю.М., Панімаш Ю.В. Чинники оптимізації законності та службової дисципліни в органах та підрозділах цивільного захисту. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2018. № 3. С. 102.

Як зазначає Є. Гіга, дисципліна у будь-якій сфері життєдіяльності є формою соціального зв'язку суб'єктів, який реалізується у процесі спільної трудової, військової, наукової, службової та ін. діяльності, що передбачає певну узгодженість, збалансованість дій суб'єктів із метою досягнення бажаного результату³.

У наукових джерелах дисципліну (лат. *disciplina*) розуміють або як певний порядок поведінки людей, що відповідає ustalеним у суспільстві нормам права і моралі чи вимогам певної організації, або як обов'язкове для всіх членів будь-якого колективу підпорядкування встановленому порядку, правилам⁴.

Л. Мозолюк-Боднар визначає поняття дисципліни як сукупність зовнішніх (обов'язкових) елементів (вимоги, правила, обов'язки перед суспільством) і внутрішніх елементів (етично-моральні та психологічні переконання суб'єктів у виборі тієї чи іншої поведінки, які визначають належну свідому поведінку особи) у відносинах, що виникають між людьми, суспільством і державою та відповідно характеризують це явище у всьому різноманітті проявів⁵. Таке визначення, на нашу думку, є найбільш повним.

Дещо інакше з урахуванням відомчої специфіки трактують службову дисципліну законодавчі акти силових структур. Так, у Дисциплінарному статуті органів внутрішніх справ України дисципліну трактують як дотримання особами рядового і начальницького складу Конституції і законів України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України, наказів та інших нормативно-правових актів МВС України, підпорядкованих йому органів і підрозділів та Присяги працівника органів внутрішніх справ України⁶. У Законі України «Про Дисциплінарний статут служби цивільного захисту», дія якого поширюється на осіб рядового та начальницького складу СЦЗ, службова дисципліна – це бездоганне та неухильне виконання особами рядового і начальницького складу службових обов'язків, установлених Кодексом цивільного захисту України, Дисциплінарним статутом, іншими нормативно-правовими актами та контрактом про проходження служби в органах і підрозділах СЦЗ⁷.

Ще одним законодавчим актом, який містить трактування поняття «службова дисципліна», є Закон України «Про державну службу», в якому зазначено, що це неухильне дотримання Присяги державного службовця, сумлінне виконання службових обов'язків і правил внутрішнього службового розпорядку⁸. Варто наголосити, що службова дисципліна суб'єктів СЦЗ – це різновид державної дисципліни, оскільки вона реалізується у сфері діяльності спеціальної служби держави, якою є Державна служба України з надзвичайних ситуацій (ДСНС України) та спрямована на точне і неухильне дотримання суб'єктами СЦЗ встановлених державою правил поведінки та своєчасне виконання державних завдань і взятих зобов'язань.

Отже, дотримання службової дисципліни – це дотримання (виконання) суб'єктами СЦЗ законодавчих і підзаконних правових актів або, точніше, неухильне дотримання встановлених правовими нормами правил поведінки у службовій діяльності. Під суб'єктами СЦЗ мається на увазі особи рядового і начальницького складу органів і підрозділів цивільного захисту, в т. ч. слухачі та курсанти навчальних закладів, підпорядковані центральному органу виконавчої влади з питань цивільного захисту.

Також службова дисципліна суб'єктів СЦЗ є різновидом військової дисципліни, тому що діяльність ДСНС України ґрунтується не тільки на нормах Конституції України та законів України, а і на положеннях військових статутів, усних вказівок начальників тощо. Службова дисципліна передбачає усвідомлення суб'єктами СЦЗ свого основного обов'язку щодо захисту населення, територій, майна від надзвичайних ситуацій, а також запобігання таким ситуаціям, допомоги постраждалим.

По-третє, дисципліну осіб рядового та начальницького складу СЦЗ можна розглядати як службову, оскільки вона дотримується в особливій сфері державної служби для виконання надзвичайно важливих завдань щодо захисту населення, майна та запобігання надзвичайним ситуаціям у державі. Отже, вихо-

³ Гіга Є. Роль правової дисципліни в діяльності міліції. Підприємництво, господарство і право. 2012. № 1. С. 83.

⁴ Большая советская энциклопедия : в 30 т. Москва : Советская энциклопедия. Т. 8. 1972. С. 318.
Безродний Є., Ковальчук Г., Масний О. Світова класична думка про державу і право : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер. 1999. 27 с.

⁵ Мозолюк-Боднар Л.М. Зміст дисципліни: теоретико-правова характеристика. Актуальні проблеми держави і права. 2011. Вип. 61. С. 341.

⁶ Про дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України : Закон України від 22 лютого 2006 р. №3460 IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 29. Ст. 245.

⁷ Про Дисциплінарний статут служби цивільного захисту: Закон України від 05 березня 2009 р. № 1068-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2009. № 29. Ст. 398.

⁸ Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 4. Ст. 43.

дячи з вищевикладеного, можна окреслити спеціальні ознаки службової дисципліни осіб рядового та начальницького складу СЦЗ:

- дотримання норм законів і підзаконних актів загальнодержавного значення (Конституції України, законів України та інших нормативно-правових актів) і спеціальних актів, які регламентують діяльність тільки ДСНС України (Кодекс цивільного захисту України, Положення про проходження служби цивільного захисту тощо);
- дотримання морально-етичних, корпоративних та інших соціальних норм, які зобов'язують захищати життя, здоров'я, права та власність громадян, територію, інтереси суспільства і держави у разі виникнення надзвичайних ситуацій;
- розповсюджується на позаслужбові відносини осіб рядового та начальницького складу СЦЗ (сімейні, побутові, сусідські, позанавчальні), а також на відносини з особами, які не мають спеціальних звань СЦЗ, але працюють у системі ДСНС (працівники за трудовим договором);
- формуються у сфері проходження СЦЗ суб'єктами СЦЗ у структурних підрозділах, відділах, секторах під час виконання поставлених завдань;
- носії службової дисципліни наділені особливими повноваженнями, які дозволяють їм використовувати низку заходів, спрямованих на регулювання техногенної та природної безпеки, проведення оцінки рівнів ризику, завчасне реагування на загрозу виникнення надзвичайної ситуації на основі даних моніторингу, експертизи, досліджень і прогнозів щодо можливого перебігу подій з метою недопущення їх переростання у надзвичайну ситуацію або пом'якшення її можливих наслідків⁹.

Також до ознак службової дисципліни, на думку С. Морозова, можна віднести: обов'язковість дисциплінарних вимог до усіх суб'єктів СЦЗ, збіг мети законності та дисципліни, підвищену правову відповідальність за порушення порядку і правил СЦЗ, дисциплінарну, адміністративну, кримінальну відповідальність за порушення дисциплінарних правил у службовій і позаслужбовій обстановці¹⁰. Хоча ми вважаємо такі ознаки швидше загальними, аніж спеціальними, котрі можуть однаковою мірою характеризувати службову дисципліну Збройних Сил України, поліції, СБУ та інших силових підрозділів України.

Підсумовуючи викладене, ми дійшли висновку, що службова дисципліна суб'єктів СЦЗ – це комплекс правил, обов'язків, вимог, які визначені державою та викладені у правових, морально-етичних, соціальних нормах і потребують їх неухильного дотримання і виконання з метою досягнення поставлених перед ними завдань.

Безпосереднім об'єктом дотримання службової дисципліни є низка вимог до осіб рядового та начальницького складу, зокрема: дотримуватися законодавства, неухильно виконувати вимоги Присяги працівника служби цивільного захисту, статутів і наказів начальників; захищати життя, здоров'я, права та свободи громадян, власність, довкілля, інтереси суспільства і держави; поважати людську гідність, виявляти турботу про громадян і бути готовим у будь-який час надати їм допомогу; дотримуватися норм професійної та службової етики; у службовій діяльності бути чесною, об'єктивною і незалежною від будь-якого впливу громадян, їх об'єднань та інших юридичних осіб; стійко переносити всі труднощі й обмеження, пов'язані зі службою; постійно підвищувати свій професійний і культурний рівень; сприяти начальникам у зміцненні службової дисципліни, забезпеченні законності та статутного порядку; виявляти повагу до колег по службі та інших громадян, бути ввічливим, дотримуватися правил внутрішнього розпорядку, носіння встановленої форми одягу, вітання й етикету; з гідністю і честю поводитися в позаслужбовий час, бути прикладом у дотриманні громадського порядку [8].

Основним недоліком зазначених вимог дотримання службової дисципліни є, на наш погляд, те, що, по-перше, ці вимоги мають загальний характер і є загальнообов'язковими для усіх без винятку силових і мілітаризованих структур, а також поширюються як на службову діяльність суб'єктів, так і на позаслужбову. По-друге, значна частина вимог має морально-етичний характер, однак, оскільки ці положення закріплені у Дисциплінарному статуті служби цивільного захисту, вони є правовими.

Очевидно, що службова дисципліна багато в чому залежить від морально-ділових якостей особи-офіцера, його виховання, ставлення до праці та самого себе. Однак беззаперечним є той факт, що на дис-

⁹ Кодекс цивільного захисту України : Закон України від 02 жовтня 2012 р. № 5403 VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 34–35. Ст. 458.

¹⁰ Морозов С., Пономаренко О. Теоретичні засади вдосконалення службової дисциплінованості курсантів-прикордонників. Збірник наукових праць Держприкордонслужби України. 2010. № 53. С. 72.

циплінованість впливають професійні та ділові якості особи, тобто чим вища культура праці, тим вища готовність виконати поставлені завдання за будь-яких умов і за будь-яких обставин. Добре організована праця впливає на моральну атмосферу в колективі, розвиток соціальної та естетичної культури, а найголовніше – сприяє організованості, дисциплінованості особового складу, є запорукою забезпечення особистої безпеки пожежників.

Нами проведено аналіз даних низки офіційних сайтів Головних управлінь ДСНС України у Львівській, Івано-Франківській, Закарпатській областях за 2019 рік і визначено, що до основних причин, які призводять до порушення службової дисципліни особами рядового та начальницького складу, належать: волюнтаризм у дисциплінарній практиці; недостатня професійна кваліфікація та морально-етичний стан керівних кадрів; низький рівень правосвідомості працівників; неналежний рівень проведення індивідуально-виховної роботи або взагалі її відсутність; недостатність стійких моральних переконань; самовпевненість, звичка не зважати на накази керівництва, систематичне порушення загальноприйнятих норм поведінки та професійної етики; відсутність зацікавленості у проходженні служби, нерозуміння мети та характеру займаної посади; недбале ставлення до службових обов'язків¹¹.

Проаналізувавши усі вищеперераховані причини, ми дійшли висновку, що більшість дисциплінарних порушень мають морально-етичний характер. Безумовно, підрозділи ДСНС України мають свої, вироблені поколіннями специфічні професійно-моральні норми та правила поведінки. Їх службова дисципліна вимагає насамперед високого рівня культури у трудовому колективі, під час прийому громадян, перевірки різних організацій, участі у чергуванні, виїздів на надзвичайні ситуації. Недотримання цих норм є неприпустимим, однак морально-етичні якості працівника не завжди впливають на його професійні здібності, кваліфікацію та навички. Тому вчинення суб'єктом СЦЗ проступку, який має швидше морально-етичний характер, доцільніше кваліфікувати відповідно до нормативного документа, що регламентує професійну етику СЦЗ, однак такий документ відсутній, хоча інші професії, зокрема адвокати, судді, мають такі документи.

Важливим чинником порушення службової дисципліни, на нашу думку, є нехтування керівництва системою проведення службової підготовки, яка зводиться до формально-монотонного читання наказів особовому складу без проведення глибокого аналізу допущених у підрозділі дисциплінарних проступків, а також необізнаність особового складу у правових питаннях дотримання службової дисципліни та настання юридичної відповідальності.

Ще одним не менш важливим чинником порушення службової дисципліни серед осіб рядового та начальницького складу СЦЗ є непрозора та застаріла система накладення дисциплінарних стягнень на винну особу, яка не відповідає реальним вимогам сьогодення.

Дисциплінарна відповідальність осіб СЦЗ належить до спеціальної дисциплінарної відповідальності, оскільки особи рядового та начальницького складу СЦЗ характеризуються спеціальним суб'єктом дисциплінарного проступку й особливим порядком накладення й оскарження дисциплінарного стягнення згідно із Законом України «Про Дисциплінарний статут служби цивільного захисту» [8]. Суб'єктом дисциплінарного проступку є особи рядового та начальницького складу а також курсанти СЦЗ, котрі досягли 18 років, для курсантів вищих навчальних закладів ДСНС України цей вік може становити 17 років.

Відповідно до ст. 68, 69 Закону України «Про Дисциплінарний статут служби цивільного захисту» можуть застосовуватися такі дисциплінарні стягнення як: зауваження, догана, сувора догана, попередження про неповну службову відповідність, звільнення зі служби у зв'язку із систематичним невиконанням умов контракту чи через службову невідповідність, звільнення з посади, пониження у спеціальному званні на один ступінь [8]. Для курсантів навчальних закладів ДСНС України відповідно до ст. 70 вищезгаданого закону можуть застосовуватися: зауваження, догана, сувора догана, позбавлення чергового звільнення з розташування навчального закладу, позачергове призначення в наряд на службу.

Умовно заходи дисциплінарного впливу можна класифікувати на три групи: заходи, які не змінюють правового стану порушника, це, наприклад, зауваження, догана, позачергове призначення в наряд на служ-

¹¹ Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Львівській області. URL: <http://lv.dsns.gov.ua>. (дата звернення: 27.12.2019).

Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Івано-Франківській області. URL: <http://if.dsns.gov.ua>. (дата звернення: 27.12.2019).

Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Закарпатській області. URL: <http://zk.dsns.gov.ua>. (дата звернення: 27.12.2019).

бу; заходи, що змінюють правовий статус порушника, це пониження у спеціальному званні на один ступінь, звільнення з посади; виключний захід дисциплінарного стягнення – звільнення зі служби цивільного захисту у зв'язку із систематичним невиконанням умов контракту або через службову невідповідність¹².

Вагоме значення для дотримання службової дисципліни в органах і підрозділах служби цивільного захисту має служба внутрішньої безпеки (далі – СВБ) у структурних підрозділах та органах СЦЗ. Зокрема, до функцій служби відносять: контроль за дотриманням виконавчої дисципліни та правил внутрішнього розпорядку роботи; розгляд скарг на дії співробітників структурних підрозділів; оцінка результатів роботи, ділових якостей співробітників при виконанні покладених завдань; внесення пропозицій керівництву щодо вдосконалення роботи та посилення дисципліни у структурних підрозділах; внесення пропозицій щодо вжиття заходів до порушників службової дисципліни¹³.

Водночас діяльність СВБ нерозривно пов'язана із забезпеченням безпечної діяльності органів і підрозділів СЦЗ. У цьому аспекті можна виділити такі функції СВБ, як: організація і координація заходів щодо захисту особового складу СЦЗ від перешкоджання виконанню покладених на них службових обов'язків, а так само від посягань на життя, здоров'я, житло і майно співробітників, їхніх близьких родичів, пов'язаних із їхньою службовою діяльністю; захист системи СЦЗ, за якої забезпечується її стабільне функціонування¹⁴. Тому можна зробити висновок, що проблема дотримання службової дисципліни в органах і підрозділах СЦЗ, пошуку нових форм профілактики правопорушень і попередження злочинних проявів під час виконання службових обов'язків набуває особливої актуальності.

На підставі вищевикладеного можна сформулювати такі способи вдосконалення роботи СВБ щодо підвищення службової дисципліни серед особового складу СЦЗ: поліпшення психологічного відбору кандидатів у СЦЗ; покращення методик визначення профпридатності; вдосконалення системи проведення спецперевірок щодо кандидата на службу в органи та підрозділи СЦЗ; регулярне проведення нарад із питань дотримання дисципліни працівниками структурних підрозділів; аналіз особистих справ осіб, які вчинили порушення дисципліни; розробка особових карт вивчення особистості співробітників; аналіз матеріалів судової практики, що дасть можливість вивчити причини й умови вчинення порушень службової дисципліни в системі ДСНС України та надалі здійснювати їх профілактику.

Важливо зазначити, що у профілактиці підвищення службової дисципліни важливу роль відіграє особисте ставлення особового складу СЦЗ до моралі, яка проявляється у повазі та солідарності із суспільними нормами, прийняття їх як своїх внутрішніх переконань. Для успішного виховного впливу на особовий склад необхідно спонукати офіцерів СЦЗ до самодисципліни, яка полягає у професійній поведінці на службі, глибокому усвідомленні правомірних дій і їх виконанні відповідно до власних переконань. Все, що не передбачено нормами закону, визначається совістю та рівнем моральної культури кожного працівника СЦЗ. З цього випливає, що дисциплінарні вимоги, передбачені нормативними актами, не працюють без певних особистих рис особи, котра проходить службу в системі ДСНС, на які вони спираються. Відсутність особистісних моральних рис у особи та негативний вплив на розвиток особистості працівника унеможливають дисципліновану поведінку¹⁵.

На нашу думку, на поліпшення службової дисципліни серед особового складу СЦЗ впливають об'єктивні та суб'єктивні чинники. До об'єктивних чинників можна віднести рівень культури особи, моральність службовця, порядок заміщення посад у структурі ДСНС України, проходження служби та звільнення з СЦЗ, чіткість визначення функціональних обов'язків на тій чи іншій посаді. До суб'єктивних чинників відносимо особисте ставлення працівника до своїх службових обов'язків, належний рівень професійної підготовки, психофізіологічні особливості особи тощо.

Висновки. Узагальнюючи, зазначимо, що рівень службової дисципліни безпосередньо залежить від морально-культурного розвитку осіб рядового та начальницького складу СЦЗ, стану їхнього власного переконання, знання нормативно-правових актів. Надзвичайно актуальним є дотримання вимог службової

¹² Синявська О.Ю. Засоби забезпечення службової дисципліни в органах внутрішніх справ України (організаційно-правові питання) : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001. С. 107.

¹³ Сахно А.П. Значення законності та дисципліни в діяльності ОВС та шляхи їх зміцнення. Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. 2011. № 3. С. 72.

¹⁴ Заросило В.О., Беззубов Д.О., Дудник О.В., Тімакова В.М. Юридичний ризик та юридична безпека : монографія. Київ : Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі, 2012. С. 105–106.

¹⁵ Суббот А.І. Законність та дисципліна в діяльності правоохоронних органів як обов'язкові умови підвищення безпеки їхньої професійної діяльності. Держава і право. Вип. 56. С. 201–202.

дисципліни особами, які проходять службу в системі ДСНС України, як головної умови підвищення безпеки їх професійної діяльності. Це насамперед можливість і бажання кожного офіцера свідомо дотримуватися вимог правових норм, норм моралі, розуміння всієї відповідальності, що лягає на особу під час виконання своїх професійних обов'язків.

Теоретичний аналіз чинників оптимізації та покращення службової дисципліни з питань, пов'язаних із системою дисциплінування, зумовлює напрями реформи цієї системи. На наш погляд, основні зусилля доцільно зосередити на внесенні змін у нормативну базу щодо удосконалення форм і методів дисциплінування та реформування організаційно-управлінських структур. Надзвичайно актуальним є сьогодні проведення наукових досліджень і підготовка обґрунтованих рекомендацій із проблематики посилення службової дисципліни, попередження та викорінення негативних проступків у діяльності осіб рядового та начальницького складу СЦЗ.

Анотація

У статті розкриваються теоретичні питання формування та дотримання службової дисципліни особами рядового та начальницького складу служби цивільного захисту. Проведено аналіз чинників, які впливають на порушення службової дисципліни, та запропоновані способи вдосконалення роботи щодо посилення службової дисципліни серед особового складу служби цивільного захисту.

Summary

The article deals with the theoretical issues of formation and observance of official discipline by persons of the rank and command staff of the civil defense service. The factors that influence the violation of the service discipline are analyzed and the ways of improving the work on strengthening the service discipline among the personnel of the civil defense service are offered.

Використана література:

1. Положення про порядок проходження служби цивільного захисту особами рядового і начальницького складу : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2013 р. № 593. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/593-2013-p> (дата звернення: 27.02.2019).
2. Гораченко Ю.М., Панімаш Ю.В. Чинники оптимізації законності та службової дисципліни в органах та підрозділах цивільного захисту. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 3. С. 100–104.
3. Гіда Є. Роль правової дисципліни в діяльності міліції. *Підприємництво, господарство і право*. 2012. № 1. С. 83–86.
4. Большая советская энциклопедия в 30 т. Москва : Советская энциклопедия. Т. 8. 1972. 608 с.
5. Безродний Є., Ковальчук Г., Масний О. Світова класична думка про державу і право : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 400 с.
6. Мозолюк-Боднар Л.М. Зміст дисципліни: теоретико-правова характеристика. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 61. С. 336–341.
7. Про дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України : Закон України від 22 лютого 2006 р. № 3460 IV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 29. Ст. 245.
8. Про Дисциплінарний статут служби цивільного захисту : Закон України від 05 березня 2009 р. № 1068–VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 29. Ст. 398.
9. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.
10. Кодекс цивільного захисту України : Закон України від 02 жовтня 2012 р. № 5403 VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 34–35. Ст. 458.
11. Морозов С., Пономаренко О. Теоретичні засади вдосконалення службової дисциплінованості курсантів-прикордонників. *Збірник наукових праць Держприкордонслужби України*. 2010. № 53. С. 71–74.
12. Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Львівській області. URL: <http://lv.dsns.gov.ua> (дата звернення: 27.02.2019).

13. Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Івано-Франківській області. URL: <http://if.dsns.gov.ua> (дата звернення: 27.02.2019).
14. Матеріали офіційного сайту Головного управління ДСНС України в Закарпатській області. URL: <http://zk.dsns.gov.ua> (дата звернення: 27.02.2019).
15. Синявська О.Ю. Засоби забезпечення службової дисципліни в органах внутрішніх справ України (організаційно-правові питання) : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001. 215 с.
16. Сахно А.П. Значення законності та дисципліни в діяльності ОВС та шляхи їх зміцнення. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2011. № 3. С. 71–77.
17. Заросило В.О., Беззубов Д.О., Дудник О.В., Тімакова В.М. Юридичний ризик та юридична безпека : монографія. Київ : Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі, 2012. 299 с.
18. Суббот А.І. Законність та дисципліна в діяльності правоохоронних органів як обов'язкові умови підвищення безпеки хньої професійної діяльності. *Держава і право*. Вип. 56. С. 198–202.

Uliana Bobko,

Candidate of Law,

*Assistant of the Department of Civil Law and Process
Educational-Scientific Institute of Law and Psychology
of the National University "Lviv Polytechnic"*

Shareholders' agreement = joint operation agreement or special partnership agreement: pro and con

Акціонерний договір = договір про спільну діяльність або договір простого товариства: за та проти

Eduard Bondariev

Key words:

shareholders' agreement, joint operation agreement, special partnership agreement, parties to the agreement, shareholder, joint-stock company.

Ключові слова:

акціонерний договір, договір про спільну діяльність, договір простого товариства, сторони договору, акціонер, акціонерне товариство.

Постановка проблеми. Одним із питань, які сьогодні не отримали однозначної відповіді, залишається проблематика визначення місця акціонерного договору у системі договорів. Такий стан справ викликає декількома факторами: 1) відповідна договірна конструкція є новою для української правової дійсності, а сутність її правової природи у розумінні романо-германською й англосаксонською правовими сім'ями значно відрізняється; 2) назва досліджуваного договору є суперечливою та не відображає його сутність; 3) невизначеність у розумінні сутності акціонерного договору зумовлює різночитання щодо його місця у системі договорів (його розглядають як договір про спільну діяльність, договір простого товариства, корпоративний договір тощо). У зв'язку з наведеним постала проблема з'ясування співвідношення акціонерного договору з договором про спільну діяльність і договором простого товариства.

Стан дослідження. Договірні відносини в рамках акціонерних товариств у своїх працях досліджували В.Г. Бородкін, В.А. Васильєва, Ю.М. Жорнокуй, М.М. Сигидин, І.В. Спасибо-Фатєєва, Є.О. Суханов та інші правники. Сьогодні правнича наука має дати відповідь на низку питань, що постали через внесення змін до корпоративного законодавства у зв'язку з удосконаленням діяльності такої організаційно-правової форми юридичних осіб, як акціонерне товариство (далі – АТ).

Метою цієї статті є з'ясування співвідношення акціонерного договору з договором про спільну діяльність і договором простого товариства.

Виклад основного матеріалу. За договором про *спільну діяльність* сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить закону. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників (ст. 1130 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)). Натомість ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» закріплює, що договір між акціонерами товариства – це договір, предметом якого є реалізація акціонерами-власниками простих і привілейованих акцій прав на акції та/або прав за акціями, передбачених законодавством, статутом та іншими внутрішніми документами товариства. За договором між акціонерами його сторони зобов'язуються реалізувати у спосіб, передбачений таким договором, свої права та/або утримуватися від реалізації зазначених прав.

У доктрині під договорами про спільну діяльність розуміються договори, укладені між двома та більше особами, які мають загальну мету (створення юридичної особи або спільну діяльність без створення юридичної особи), які володіють ознакою «загальної спрямованості» та припускають узгоджену поведінку сторін. Наведене дозволило окремим науковцям розглядати акціонерний договір як різновид договору про спільну діяльність¹, що обґрунтовується наявністю між ними спільних ознак, такі як: а) багатосторон-

¹ Васильєва В.А. Корпоративний договір: правова природа. Принципи і тенденції застосування приватного права ЄС і пострадянських країн. Матеріали VII Міжнар. цивілістич. Форуму (м. Київ, 11–12 трав. 2017 р.). Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. С. 159; Гуреев В.А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации. Москва : Волтерс Клувер, 2007. С. 112; Трубина М.В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 11–12.

ність; б) наявність спільної для всіх учасників мети договору; в) координація діяльності учасників у процесі виконання умов договору; г) безоплатний характер договірних зобов'язань; г) корреальний характер відносин, що породжуються договором². Стверджується, що усі зазначені ознаки є характерними для акціонерних договорів, отже, їх можна визнати договором про спільну діяльність.

Дискусійність наведених тверджень зумовила появу в науці цивільного права протилежної наукової позиції. Зокрема, відстоюється думка про *відмінність* у правовій природі між договором про спільну діяльність та акціонерним договором, що ґрунтується на такому:

- 1) інтереси всіх учасників договору про спільну діяльність тісно пов'язані між собою, і кожен з них має однакові права й обов'язки, а кожен із його учасників не має права вимагати виконання договору для себе особисто і діяти лише у своїх інтересах³. Аналогічного про акціонерний договір у повному ступені ми сказати не можемо, оскільки кожен акціонер-сторона договору може діяти (і зазвичай діє) лише у власних інтересах (і якщо він голосує на загальних зборах у супереччя умовам акціонерного договору, то рішення такого органу АТ не визнається недійсним);
- 2) у договорі про спільну діяльність сторони не одержують одна від одної зустрічного надання, а діють спільно для досягнення загальної мети. Ніхто зі сторін договору нічого не передає іншій і нічого не одержує замість того⁴. Якщо один із учасників не виконає покладені на нього обов'язки за договором, то це призведе до розірвання договору. Таким чином, у договорі про спільну діяльність основний акцент поведінки його сторін акцентовано саме на *належному виконанні обов'язків*, щоб у підсумку отримати результат. Водночас в акціонерному договорі йдеться про порядок здійснення корпоративних прав з акції та прав на акцію як об'єкт цивільних правовідносин, а невиконання однією зі сторін такого договору своїх обов'язків не призводить до його розірвання;
- 3) договір про спільну діяльність є самостійним видом, який має майнову мету, натомість зобов'язання, що виникають з акціонерного договору, мають похідний характер із засновницького договору чи статуту та можуть мати як майнову, так і немайнову мету⁵;
- 4) відмінність між вказаними договірними конструкціями полягає також у порядку формуванні волі їх сторін. Зокрема, договором про спільну діяльність передбачається можливість поглинання волі меншості волевиявленням більшості під час голосування. На противагу вказаному порядок волевиявлення за акціонерним договором відбувається шляхом погодження волі усіх його сторін (голосування одноголосно).

Вважаємо, що наведені аргументи дозволяють стверджувати про недопустимість ототожнення акціонерного договору з договором про спільну діяльність.

Іншим актуальним питанням, що не вирішене однозначно у цивілістичній доктрині, залишається проблематика співвідношення акціонерного договору та *договору простого товариства*, який є одним із різновидів договорів про спільну діяльність.

Запропоновано у рамках групи договорів, спрямованих на створення різних організацій, з урахуванням мети об'єднання виділяти: договори, метою яких є створення юридичної особи (маються на увазі установчі договори <...> про створення АТ), і договори, метою яких є спільна господарська діяльність без створення юридичної особи⁶. На думку М.В. Трубіної, акціонерні договори не можна віднести до першої групи загальноцільових договорів, тому що їхнім предметом не є зобов'язання сторін щодо створення юридичної особи. Отже, акціонерні договори можна віднести до загальноцільових договорів, метою яких є спільна діяльність без створення юридичної особи. М.І. Брагинський як приклад таких загальноцільових

² Сигидин М.М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 9–10, 56–57, 59, 80.

³ Цивільне право : підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. С. 101.

⁴ Надьон В.В. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018. С. 189.

⁵ Акцесорний характер корпоративного зобов'язання, на думку В.А. Васильєвої, впливає на низку умов договору, які погоджується сторонами з урахуванням регламентації цих умов в основному зобов'язанні. Вони змушені мати похідний характер щодо усіх актів корпоративного законодавства під страхом недійсності (Васильєва В.А. Корпоративні правовідносини: поняття та особливості. Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин : Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10 річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України (23–24 вересня 2011 р.). Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника, 2012. С. 27).

⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1 : Общие положения. Москва : Статут, 2001. С. 403.

договорів про спільну діяльність без створення юридичної особи наводить лише договори простого товариства. Однак, продовжує М.В. Трубіна, з появою акціонерних договорів у законодавстві договір простого товариства перестає бути єдиним договором про спільну діяльність без створення юридичної особи⁷.

Існують різні думки з питання співвідношення понять «договір про спільну діяльність» і «договір простого товариства». Використання в синонімічному значенні таких понять у цивілістиці дало деяким авторам підставу для твердження про те, що поняття «договір про спільну діяльність» вичерпується поняттям «договір простого товариства». Однак є і протилежна думка, за якою договір простого товариства є лише одним із видів договорів про спільну діяльність⁸. Так, за договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети (ст. 1132 ЦК України).

У правовій доктрині Європи виділяються зобов'язально-правові договори, а також договори про спільну діяльність. Поняття «зобов'язально-правовий договір» використовується у праві Німеччини, Франції, Швейцарії та ін. Такий договір – це загальна назва більшості договорів у цивільному праві, які не припускають «установчий» характер, тобто не створюють спеціальної організаційно-правової форми для ведення спільної підприємницької діяльності, вони лише спрямовані на обмін товарами, виконання робіт, надання послуг. Такий підхід схожий із чинною у доктрині цивільного права системою класифікації цивільно-правових договорів, тобто виділяються договори загальноцільові та договори, предметом яких є зустрічні інтереси сторін.

Врахуємо, що в умовах вітчизняної правової системи окреслене питання має особливості, оскільки, по-перше, Україна не є країною з дуалізмом приватного права, а отже, відсутня необхідність кваліфікації цивільно-правового договору залежно від його суб'єктного складу. По-друге, оскільки, на відміну від багатьох країн Європи, в Україні конструкція «простого товариства» міститься не в системі організаційно-правових форм юридичних осіб, а в системі «звичайних» договорів, і донині не вирішене питання про правову природу цього явища.

Незважаючи на поширену в юридичній літературі думку, за якою договір простого товариства є синонімом договору про спільну діяльність, пропонуємо погодитися з М.І. Брагинським у тому, що договір простого товариства – лише один із різновидів договорів про спільну діяльність поруч з установчими договорами, а також договорами про створення АТ⁹.

Спільність між акціонерним договором і договором простого товариства вбачають у тому, що корпоративний договір має кілька видів. Це дозволяє говорити про тотожність одного з них із договором простого товариства. Та обставина, що сторони акціонерного договору як різновиду корпоративного договору формально не виступають як єдине співтовариство (єдина спільність) у відносинах з учасниками господарського товариства, що не є його сторонами, не може вплинути на можливу кваліфікацію акціонерного договору як договору простого товариства¹⁰. Отже, до акціонерних договорів можуть застосовуватися за аналогією норми, які регулюють договір простого товариства¹¹. Акціонерний договір, побудований як договір, спрямований на спільне здійснення або утримання від здійснення корпоративних прав учасниками, що переслідують єдину мету, має предмет і каузу єдину з договором простого товариства¹².

Наприклад, у Німеччині майже однотайно акціонерні договори в тому разі, коли вони спрямовані на реалізацію спільної мети, кваліфікуються як договори про спільну діяльність і регулюються нормами

⁷ Трубіна М.В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 44.

⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований : в 2 т. Москва : Статут, 2011. Кн. 5. Т. 1. С. 593; Гуреев В.А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации. Москва : Волтерс Клувер, 2007. С. 112; Трубина М.В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 45–46.

⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований : в 2 т. Москва : Статут, 2011. Кн. 5. Т. 1. С. 593.

¹⁰ Бородин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. С. 99–100.

¹¹ Кузнецов А.А. Некоторые проблемы совместного осуществления прав акционера. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 10. С. 25–26.

¹² Бородин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. С. 102.

§ 705–740 Німецького Цивільного Укладення про договір простого товариства, що не передбачають як обов'язкову ознаку простого товариства об'єднання майнових внесків. Слід зазначити, що акціонерний договір у формі «простого товариства» може мати місце виключно у тому разі, якщо його сторонами є лише фізичні особи, котрі не є підприємцями. В інших випадках акціонерні договори розглядаються як зобов'язально-правові договори про способи й особливості здійснення прав на акції та прав з них і регулюються загальними нормами про договори.

У Швейцарії щодо корпоративних договорів застосовуються положення про договір простого товариства (ст. 557 Зобов'язального закону). Зокрема, визнається декілька форм реального вираження акціонерних договорів: одно- і двосторонні зобов'язальні договори, договір простого товариства. Причому останній є здебільшого основною формою вираження акціонерних договорів¹³. Таким чином, у вказаних країнах акціонерні договори можуть укладатися як у формі договору простого товариства, так і у формі зобов'язально-правового договору. Вибір форми договору визначається практикою та доктриною і, головним чином, залежить від суб'єктного складу (статусу акціонерів і допустимості укладення акціонерного договору між акціонерами та третіми особами – не акціонерами).

За твердженням Є.О. Суханова, який критикує підхід про наявність єдності предметів корпоративного договору і договору простого товариства, заснований на континентальних правопорядках, погляд на акціонерний договір як на договір простого товариства тривалий час панував у західноєвропейській доктрині та лише в останнє двадцятиліття став піддаватися сумніву, оскільки договори про обов'язок голосування укладаються не для досягнення спільної господарської мети, а для забезпечення взаємного впливу на діяльність корпорації. Далі вчений зазначає, що тепер у континентальному праві такі договори розглядаються як договори, що зв'язують право голосу (*Stimmrechts bindungs verträge*), або договори, що зв'язують акціонерів (*Aktioner bindungs verträge*), тобто договори про здійснення прав акціонерів, причому такі, що стосуються головним чином або навіть виключно права на голосування¹⁴.

Висловлені аргументи не лише проти підміни досліджуваних договірних конструкцій, але й проти ототожнення акціонерного договору та договору простого товариства¹⁵:

- а) не збігається їхній суб'єктний склад. Так, відповідно до глави 77 ЦК України сторонами договору простого товариства можуть бути будь-які особи (фізичні або юридичні), натомість сторони акціонерного договору – це виключно особи, які мають права, посвідчені акціями та права на акції;
- б) в акціонерному договорі відсутня спрямованість на виникнення правовідносин за участю третіх осіб, що також підтверджується відсутністю елементів, необхідних для представництва;
- в) різною є й мета таких договорів. Метою договору простого товариства є одержання прибутку або інша мета, яка не суперечить закону (ст. 1132 ЦК України). Особливість мети акціонерного договору у тому, що: 1) він не передбачає отримання прибутку в принципі та 2) всі можливі види акціонерних договорів спрямовані по суті або на забезпечення прав власників акцій (наприклад, договори міноритаріїв), або на підвищення ефективності управління самим товариством (наприклад, договори про порядок управління товариством). Кожна конкретна мета може бути виражена окремо або мати комбінований вигляд;
- г) відмінною є їх природа. Так, договір простого товариства має майновий характер, оскільки спільна діяльність його сторін передбачає вчинення дій по внесенню вкладів і виконанню обов'язків з такого договору. Акціонерний договір має змішаний характер (немайново-майновий), оскільки може укладатися з метою здійснення: 1) прав з акції (корпоративних прав) і 2) прав на акції. Для досягнення цієї мети сторони акціонерного договору не об'єднують вклади та не виділяють майно, а лише домовляються про управління АТ шляхом здійснення (нездійснення) корпоративних прав;
- д) різним є правовий режим майна. Якщо за договором простого товариства вкладом учасника вважається все те, що він вносить у спільну діяльність (*спільне майно*) <...> (ч. 1 ст. 1133 ЦК України), то за акціонерним договором відсутній який-небудь спеціальний правовий режим на будь-яке

¹³ Де Монмолин Ж., Инеджан Н., Пенцов Д. Договоры акционеров по швейцарскому праву. Корпоративный юрист. 2007. № 10. С. 15.

¹⁴ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 221.

¹⁵ Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва. 2015. С. 26; Сигидин М.М. Корпоративный договор : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 59–60; Суворов Е.Д. Договоры об осуществлении корпоративных прав. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 10. С. 46–51; Трубина М.В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 11–12, 49–56.

спільне майно (статутний капітал АТ, який утворюється внаслідок об'єднання майна, отриманого як вклад до нього (оплата за емітовані акції), вважається власністю товариства (ст. 115 ЦК України)).

Вказані відмінні ознаки не дозволяють встановити знак рівності між акціонерним договором і договором простого товариства.

Висновки. Проведений аналіз дозволяє зауважити, що акціонерний договір не може визнаватися тождесним договору про спільну діяльність або договору простого товариства. Такі ознаки акціонерного договору, як відсутність майнових відносин, пов'язаних із внесенням вкладів, специфіка суб'єктного складу та мети, яку бажають досягти його сторони, тощо, дозволяють відмежувати акціонерний договір від інших різновидів договору про спільну діяльність, зокрема від договору простого товариства.

Анотація

У статті проведено порівняльний аналіз правової природи акціонерного договору з договором про спільну діяльність і договором простого товариства. Звертається увага на те, що сучасне цивільне законодавство та правова наука не проводять чіткого розмежування вказаних договірних конструкцій, що викликає певні складнощі у правозастосовній діяльності.

Результатом проведеного дослідження є твердження про різну правову природу акціонерного договору та договору про спільну діяльність, яке ґрунтується на: відмінності інтересів сторін цих договорів, порядку формування волі їх сторін, різній природі прав та обов'язків сторін за ними, самостійності або похідному характері таких договірних конструкцій. У свою чергу, відмінність між акціонерним договором і договором простого товариства полягає у: різній їх правовій природі, статусі осіб, які можуть бути їх сторонами, відсутності спрямованості на виникнення правовідносин за участю третіх осіб, різній меті укладення таких договорів, різному правовому режимі майна.

Summary

The author of the article has carried out a comparative analysis of the legal nature of a shareholders' agreement with a joint operation agreement and a special partnership agreement. Particular attention has been paid to the fact that the current civil law and legal science do not clearly distinguish between these contractual structures, which causes certain difficulties within law enforcement activities.

The result of the conducted study is an assertion about the different legal nature of a shareholders' agreement and a joint operation agreement based on: differences in the interests of the parties to these agreements, the procedure of forming the will of their parties, the different nature of the rights and obligations of the parties, the independence or the derivative nature of such contractual structures. In turn, the difference between a shareholders' agreement and a special partnership agreement is: their different legal nature, the status of the persons who may be their parties, the lack of the focus on the emergence of legal relations with the participation of third parties, different purpose of entering into such agreements, different legal regime of the property.

Використана література:

1. Васильєва В.А. Корпоративний договір: правова природа. *Принципи і тенденції застосування приватного права ЄС і пострадянських країн*. Матеріали VII Міжнар. цивілістич. Форуму (м. Київ, 11–12 трав. 2017 р.). Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. С. 158–160.
2. Гуреев В.А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации. Москва : Волтерс Клувер, 2007. 208 с.
3. Трубина М.В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. 194 с.
4. Сигидин М.М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. 236 с.
5. Цивільне право : підручник : у 2 т. Т. 1 / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. 656 с.

6. Надьон В.В. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин: дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018. 411 с.
7. Васильєва В.А. Корпоративні правочини: поняття та особливості. *Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин* : Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10 річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України (23–24 верес. 2011 р.). Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника, 2012. С. 25–28.
8. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1 : Общие положения. Москва : Статут, 2001. 842 с.
9. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований : в 2 т. Москва : Статут, 2011. Кн. 5. Т. 1. 736 с.
10. Гурьев В.Н. Акционерные соглашения как группа корпоративных договоров : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Рос. гос. акад. интеллектуальной собственности. Москва, 2012. 26 с.
11. Бородин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. 255 с.
12. Кузнецов А.А. Некоторые проблемы совместного осуществления прав акционера. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2010. № 10. С. 19–26.
13. Де Монмолин Ж., Инеджан Н., Пенцов Д. Договоры акционеров по швейцарскому праву. *Корпоративный юрист*. 2007. № 10. С. 13–16.
14. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. 456 с.
15. Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Моск. гос. ун-т имени М.В. Ломоносова. Москва, 2015. 190 с.
16. Суворов Е.Д. Договоры об осуществлении корпоративных прав. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2011. № 10. С. 44–83.

Eduard Bondariev,

Postgraduate Student of Civil Law and Procedure Department
of the Faculty № 6
Kharkiv National University of Internal Affairs

About complexities at a research of criminal liability for corruption criminal offenses in Ukraine and foreign countries

Про складності при дослідженні кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення в Україні та іноземних державах

Andrii Borovyk

Key words:

corruption criminal offenses, crime, criminal liability, counteraction to corruption.

Ключові слова:

корупційні кримінальні правопорушення, злочинність, кримінальна відповідальність, протидія корупції.

Постановка проблеми. Через постійне вдосконалення національного антикорупційного законодавства, численні зміни та доповнення до КК України й інших антикорупційних нормативно-правових актів чимало навіть сучасних праць можуть і не враховувати останні тенденції нормотворчого характеру, проте вони не втрачають своєї актуальності, оскільки містять важливі понятійно-категоріальні, методологічні та структурні розробки, створюючи підвалини для формування комплексного й системного уявлення про особливості феномену корупції взагалі та корупційним кримінальним правопорушенням зокрема.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній юриспруденції початок наукових розробок питань протидії та запобігання корупції припав на кінець XIX – початок XX ст. і відтоді цю проблематику досліджувало чимало вчених-криміналістів Російської Імперії, Радянського Союзу та незалежної України. Незважаючи на те, що завдяки проведенню численних наукових досліджень у галузях політології, кримінології, кримінального права, кримінального процесу, криміналістики сформована наукова база боротьби з корупційними злочинами, майже постійно відбуваються зміни у національному антикорупційному кримінальному законодавстві та з'являються дедалі нові й нові праці з питань кримінальної відповідальності та запобігання корупційним кримінальним правопорушенням, які потребують свого належного вивчення й об'єктивного аналізу. За цих умов важливо періодично здійснювати належну оцінку стану наукової розробки кримінально-правових і кримінологічних проблем корупційних кримінальних правопорушень в Україні.

Мета статті полягає у аналізі результатів роботи науковців із приводу проблем кримінальної відповідальності та запобігання корупційним кримінальним правопорушенням, а також виокремлення у цих роботах окремих негативних явищ, невідповідності окремих положень вимогам чинного законодавства, «псевдотлумачення» останніми антикорупційних норм.

Виклад основного матеріалу. Власне авторське спостереження дозволяє наголосити на такому прогресуючому негативному явищі: до наукових дискусій із приводу проблем кримінальної відповідальності та запобігання корупційним кримінальним правопорушенням (далі – ККП) подекуди долучаються непрофесіонали, «псевдоексперти», початківці або інші сумнівні суб'єкти. Зазвичай статтями цих авторів можуть бути захаращені різноманітні форуми чи окремі рубрики Інтернету, не говорячи про різноманітні соціальні мережі (зокрема Facebook). Звісно, публікації таких «діячів» не мають ніякої наукової новизни, адже є нічим іншим, як стислим резюме написаних раніше іншими авторами праць, переказом уже висвітлених наукових позицій або сповіщенням про загальновідомі факти. Як не дивно, але «витвори» таких авторів подекуди набирають високі рейтинги, їм ставлять масові «лайки» або пишуть слова підтримки. Ймовірно, що оцінку їм роблять такі самі випадкові читачі, яким подобається гострота стилю, формат викладення матеріалу або харизма автора, а не тонкощі змісту тексту.

Як приклад наведемо Інтернет-публікацію В. Міфтахутдінова від 21 червня 2017 р. під гучною назвою «Кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення»¹, структура та зміст якої насправді лише в стислій формі відбиває положення навчального посібника А.В. Савченка «Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика)», який був підписаний до друку ще 02 березня 2016 р.². А чого лише вартують публікації, де автори (зокрема С. Івасенко) у 2018 р. прохали президента запровадити в Україні, котра є державою з європейськими цінностями й орієнтирами, смертну кару для корупціонерів, зважаючи на досвід далекосхідного Китаю³. З іншого боку, наприклад, брошура про корупційні злочини й адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, розміщена на офіційному сайті НАЗК 18 листопада 2016 р., не оновлювалася кілька років поспіль (крім того, в ній із самого початку розрахунки розмірів шкоди та неправомірної вигоди були подані неправильно, не говорячи про низку інших стилістичних помилок – однобічність визначення поняття «службові особи», спірність виокремлення «найбільш типових (розповсюджених) корупційних злочинів» тощо)⁴. Бентежить також і підхід Держприкордонслужби України, яка за гроші платників податків, із 2016 р. й дотепер, друкує та поширює (передусім у міжнародних аеропортах) неправильну з погляду мови закону про кримінальну відповідальність брошуру «Хабар – кримінальний злочин!» (у цьому зв'язку зазначимо, що: по-перше, термін «хабар» у КК України вже давно не існує; по-друге, не буває злочинів кримінальних і некримінальних; по-третє, хабар не міг бути власне злочином, адже він був лише предметом злочину)⁵.

Поряд із цим, як вже зазначалося, існують і негативні тенденції щодо дослідження питань кримінальної відповідальності та запобігання ККП. Так, інколи безпосередні дослідники проблем і питань кримінальної відповідальності за окремі КП, що згідно з приміткою до ст. 45 КК України належать до корупційних, взагалі уникають наукових дискусій про розгляд таких правопорушень крізь призму їх корупційності. Наприклад, ні у дослідженні М.І. Карпенка⁶, ні С.О. Харитонов⁷ ані слова не йдеться про особливості кримінальної відповідальності за КП, передбачене ст. 410 КК України, в контексті того, що воно є корупційним. Таким самим шляхом йдуть і деякі інші автори, наприклад: О.А. Слабченко, який розглядав кримінально-правову характеристику ККП, передбаченого ст. 191 КК України⁸; Р.А. Волинець – дослідник кримінальної відповідальності за ККП, передбачене ст. 210 КК України⁹; В.В. Голубош, котрий розробляв питання кримінальної відповідальності за ККП проти громадської безпеки, предметом яких є зброя, бойові припаси, вибухові речовини та вибухові пристрої (ст. 262 КК України та ін.)¹⁰ тощо.

Аналогічна тенденція спостерігається і щодо кримінально-правової характеристики тих КП, які обґрунтовано можна було б віднести до розряду корупційних або тих, що пов'язані з корупцією, однак автори відповідних досліджень зовсім не розвивають таку наукову лінію. Наприклад, йдеться про праці: М.С.Пономарьової, котра розробляла кримінально-правову характеристику складу злочину постановлення

¹ Міфтахутдінов Владислав. Кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення (21 червня 2017, 18:06). Юридична Газета Online. № 25 (575). URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/kriminalna-vidpovidalnist-za-korupciyni-pravoporushennya.html> (дата звернення: 16.02.2019).

² Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навчальний посібник. Київ: Центр навчальної літератури, 2016. 168 с.

³ В Україні активісти просять у президента запровадити смертну кару для корупціонерів. Як приклад вони наводять Китай, де діє подібний закон щодо чиновників (28 січня 2018 р.). URL: https://24tv.ua/v_ukrayini_hochut_za_koruptsiyu_karati_smer_tyu_n919442 (дата звернення: 25.06.2019).

⁴ Корупційні злочини та адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією. Кримінальний кодекс України. Кодекс України про адміністративні правопорушення / НАЗК. Київ, UNDP, 2016. 12 с.

⁵ Хабарі зростають пропорційно до невідкупності прикордонників, – ДПСУ (30.11.2017, 12:01). URL: https://zik.ua/news/2017/11/30/habari_zrostayut_proportsiyno_do_nepidkupnosti_pryukordonnykiv_dpsu_1216627 (дата звернення: 02.04.2019).

⁶ Карпенко М.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): теоретичні та прикладні аспекти: монографія / за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ: ВНЗ «Національна академія управління», 2018. 420 с.

⁷ Харитонов С.О. Військові злочини: поняття, система та проблеми кваліфікації: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08 / МОН України; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2019. 437 с.

⁸ Слабченко О.А. Кримінально-правова характеристика привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2014. 20 с.

⁹ Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства України (ст. 210 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2011. 16 с.

¹⁰ Голубош В.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти громадської безпеки, предметом яких є зброя, бойові припаси, вибухові речовини та вибухові пристрої (ст. 262, 263, 263-1, 264 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2019. 20 с.

суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови¹¹; В.В. Кострицького – автора дисертації про кримінально-правову характеристику підкупу виборця або учасника референдуму¹²; В.С. Безногих, який досліджував кримінальну відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків¹³ тощо. В іншій ситуації М.В. Галабала, розглядаючи проблеми загальної частини кримінального права, навіть не говорить про необхідність встановлення переліку ККП (КЗ) і вирішення проблемних питань, що пов'язані з цими правопорушеннями (злочинами)¹⁴, а В.В. Кривенко не виділяє групу корупційних правопорушень, пов'язаних із корупцією, та не відмежовує їх від ККП, хоча назва його дисертації («Кримінологічні засади запобігання корупційним і пов'язаним із корупцією правопорушенням в органах місцевого самоврядування України», 2019 р.) та наукова спеціальність (12.00.08) прямо мотивували його це зробити¹⁵.

Зазначимо також і про іншу негативну тенденцію, що була виявлена нами: окремі провідні українські науковці (фахівці, експерти) у своїх працях дозволяють собі вживати некоректні та «рудиментарні» поняття в аспекті корупції чи ККП, підміняти одні терміни іншими або демонструвати лише поверхові знання з цього приводу. Так, наприклад, О.В. Пчеліна у своїй розробці зазначила про «хабарництво як корупційний прояв», до якого віднесла злочини, передбачені ст. 368, 369, 370 КК України¹⁶, що не коригувалося з положеннями КК України.

Але, напевно, найбільш неординарно є «антикорупційна праця», автором якої є Світлана Хєда (радник, голова практики трудового права та комплаєнсу Sayenko Kharenko, кандидат юридичних наук, сертифікований медіатор), котра у 2018 р. на всесвітньо відомому сайті «Global Legal Insights»¹⁷ англійською мовою опублікувала статтю про явно недостовірні дані щодо ситуації з приводу запобігання та протидії корупції в Україні. Пізніше ця авторка надала дещо удосконалений (але також не позбавлений змістовних помилок у контексті кримінального права та кримінології) варіант звіту щодо антикорупційної ситуації в Україні у 2020 р.¹⁸

Нами також встановлено й інший беззаперечний факт: правовий нігілізм, професійна профанація та ігнорування знань про зміни й доповнення до антикорупційного кримінального законодавства можуть бути властиві не тільки окремим вітчизняним (українським) юристам, але й зарубіжним, які відкрито позиціонують себе як міжнародних експертів з антикорупційної проблематики. Типовим підтвердженням цьому є публікації щодо відповідальності за ККП в ОАЕ. Так, представники компанії «Fichte & Co Legal Cosultancy» та антикорупційні експерти Алессандро Тріколі та Сарра Алсамаррай у своїй англомовній публікації «Bribery & Corruption 2019. United Arab Emirates», що вийшла в пакеті інших статей 04 грудня 2018 р.¹⁹, зовсім не врахували оновлені положення КК ОАЕ дворічної давності щодо відповідальності за ККП, запроваджені на підставі Декрету № 7 від 2016 р. (наприклад, не вказали, що ст. 235 і 236 цього Кодексу були скасовані, натомість у ньому з'явилися інші норми – ст. 6bis, 225bis, 230bis, 236bis, 237 (2) (bis) тощо). Відтак вказані автори, за нашим переконанням, просто дискредитують авторитет відомого британського видання «Global Legal Insights» і дезорієнтують широку світову громадськість, оскільки пишуть про рудиментарні (нечинні) кримінально-правові позиції КК ОАЕ, що зовсім не корегується із результатами дослі-

¹¹ Пономарьова М.С. Кримінально-правова характеристика складу злочину постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2018. 231 с.

¹² Кострицький В.В. Кримінально-правова характеристика підкупу виборця або учасника референдуму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2018. 20 с.

¹³ Безногих В.С. Кримінальна відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 20 с.

¹⁴ Галабала М.В. Кримінально-правова наука незалежної України. Проблеми загальної частини : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 240 с.

¹⁵ Кривенко В.В. Кримінологічні засади запобігання корупційним та пов'язаним із корупцією правопорушенням в органах місцевого самоврядування України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна академія управління персоналом». Київ, 2019. 213 с.

¹⁶ Пчеліна О.В. Хабарництво як корупційний прояв: деякі аспекти розслідування. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 3. С. 396–397.

¹⁷ Kheda Svitlana. Bribery & Corruption 2019. Ukraine. Global Legal Insights. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/ukraine> (дата звернення: 09.04.2019).

¹⁸ Там само.

¹⁹ Tricoli Alessandro, Alsamarrai Sarra. Bribery & Corruption 2019. United Arab Emirates. Global Legal Insights. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/united-arab-emirates> (дата звернення: 14.04.2019).

дження старшого юриста з команди протидії фінансовим злочинам «Al Tamimi & Company» Валіда Шалабі, котрий ще у лютому 2017 р. зробив чіткий аналіз відповідних законодавчих новел до цього Кодексу²⁰.

Висновки й перспективи подальших досліджень. Все це вкотре підтверджує складнощі в уявленні про стан і концептуальні підходи порівняльно-правового дослідження кримінальної відповідальності й запобігання ККП в Україні та іноземних державах.

Конкретизація й уточнення особливостей розвитку кримінальної відповідальності та запобігання корупційним злочинам в Україні сприяє комплексному та системному розумінню їх за сучасних умов, орієнтує на уникнення помилок, які припускали законодавці попередніх часів, а також дозволяє вирізнити позитивні здобутки у сфері кримінального права та кримінології, на які варто спиратися дослідникам нашого часу.

Анотація

У статті визначено сучасний стан дослідження кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення та їх запобігання в Україні, деталізовано відповідні напрями наукових пошуків і систематизовано їх результати. Встановлено, що донедавна проблеми кримінальної відповідальності й запобігання корупційним кримінальним правопорушенням в Україні розроблялися як проблеми боротьби з посадовими (службовими) злочинами. Навіть після появи законодавчого переліку корупційних кримінальних правопорушень у Кримінальному кодексі України вказані проблеми продовжують сприйматися з огляду на більш глобальні явища, зокрема як частини, фрагменти або компоненти запобігання та протидії корупції взагалі. Сьогодні є значна кількість досліджень у цьому напрямі, яка потребує свого осмислення, аналізу, фільтрації та систематизації. Щороку спостерігається збільшення наукових праць з антикорупційної тематики. Проте ані їх кількість, ані якість, на жаль, не справляють очікуваного українським суспільством швидкого ефекту у протидії та запобіганні корупційним проявам, що очевидно хоча б із невтішного рейтингу корупції в нашій державі.

Summary

The article defines the current state of research of criminal responsibility for corruption criminal offenses and their prevention in Ukraine, details the relevant areas of scientific prospects and systematizes their results. It was established that until recently, the problems of criminal responsibility and the prevention of corruption offenses in Ukraine were developed as problems of fighting against official (service) crimes. Even after the emergence of the legislative list of corruption criminal offenses in the Criminal Code of Ukraine, these problems continue to be perceived in view of more global phenomena, in particular as part, fragment or component of preventing and counteracting corruption in general. Today, there is a considerable amount of research in this area that needs to be understood, analyzed, filtered and systematized. At the same time, there is an increase in scientific works on anticorruption topics every year. But, neither their quantity nor the quality, unfortunately, do not produce the expected quick effect of the Ukrainian society in counteracting and preventing corruption manifestations, which is evident at least from the disappointing rating of corruption in our country.

Використана література:

1. Міфтахутдінов В. Кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення (21 червня 2017, 18:06). *Юридична Газета Online*. № 25 (575). URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/kriminalna-vidpovidalnist-za-korupsiyni-pravoporushennya.html> (дата звернення: 16.02.2019).
2. Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навчальний посібник. Київ : Центр навчальної літератури, 2016. 168 с.
3. В Україні активісти просять у президента запровадити смертну кару для корупціонерів. Як приклад вони наводять

²⁰ Shalabi Waleed. Important Amendments to the UAE Penal Code Relating to Bribery and Misappropriation of Public Funds. Dubai International Financial Centre (February 2017). URL: <https://www.tamimi.com/law-update-articles/important-amendments-to-the-uae-penal-code-relating-to-bribery-and-misappropriation-of-public-funds/> (дата звернення: 15.04.2019).

- Китай, де діє подібний закон щодо чиновників (28 січня 2018). URL: https://24tv.ua/v_ukrayini_hochut_zakoruptsiyu_karati_smertyu_n919442 (дата звернення: 25.06.2019).
4. Корупційні злочини та адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією. Кримінальний кодекс України. Кодекс України про адміністративні правопорушення / НАЗК. Київ, UNDP, 2016. 12 с.
 5. Хабарі зростають пропорційно до невідкупності прикордонників, – ДПСУ (30.11.2017, 12:01). URL: https://zik.ua/news/2017/11/30/habari_zrostayut_proportsiyno_do_nepidkupnosti_prykordonnykiv_dpsu_1216627 (дата звернення: 02.04.2019).
 6. Карпенко М.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): теоретичні та прикладні аспекти : монографія / за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : ВНЗ «Національна академія управління», 2018. 420 с.
 7. Харитонов С.О. Військові злочини: поняття, система та проблеми кваліфікації : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 / МОН України; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2019. 437 с.
 8. Слабченко О.А. Кримінально-правова характеристика привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2014. 20 с.
 9. Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства України (ст. 210 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2011. 16 с.
 10. Голубош В.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти громадської безпеки, предметом яких є зброя, бойові припаси, вибухові речовини та вибухові пристрої (ст. 262, 263, 263-1, 264 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2019. 20 с.
 11. Пономарьова М.С. Кримінально-правова характеристика складу злочину постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2018. 231 с.
 12. Кострицький В.В. Кримінально-правова характеристика підкупу виборця або учасника референдуму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2018. 20 с.
 13. Безногих В.С. Кримінальна відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 20 с.
 14. Галабала М.В. Кримінально-правова наука незалежної України. Проблеми загальної частини : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 240 с.
 15. Кривенко В.В. Кримінологічні засади запобігання корупційним та пов'язаним із корупцією правопорушенням в органах місцевого самоврядування України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна академія управління персоналом». Київ, 2019. 213 с.
 16. Пчеліна О.В. Хабарництво як корупційний прояв: деякі аспекти розслідування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 394–401.
 17. Kheda Svitlana. Bribery & Corruption 2019. Ukraine. *Global Legal Insights*. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/ukraine> (дата звернення: 09.04.2019).
 18. Kheda Svitlana. Bribery & Corruption 2020. Ukraine. *Global Legal Insights*. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/ukraine> (дата звернення: 09.01.2020).
 19. Tricoli Alessandro, Alsamarrai Sarra. Bribery & Corruption 2019. United Arab Emirates. *Global Legal Insights*. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/united-arab-emirates> (дата звернення: 14.04.2019).
 20. Shalabi Waleed. Important Amendments to the UAE Penal Code Relating to Bribery and Misappropriation of Public Funds. Dubai International Financial Centre (February 2017). URL: <https://www.tamimi.com/law-update-articles/important-amendments-to-the-uae-penal-code-relating-to-bribery-and-misappropriation-of-public-funds/> (дата звернення: 15.04.2019).

Andrii Borovyk,

Candidate of Juridical Sciences, Docent,

Corresponding Member of Academy of Economic Sciences of Ukraine,

Professor at the Department of Criminal Law and Justice

of International University of Economics and Humanities named after academician Stepan Demianchuk

Modern problems of implementation of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine in the electoral field

Сучасні проблеми імплементації рішень Конституційного Суду України у виборчій сфері

Halyna Volosheniuk

Key words:

decision of the Constitutional Court of Ukraine, precedent, improvement of electoral law, regulatory fixing.

Ключові слова:

рішення Конституційного Суду України, прецедент, вдосконалення джерел виборчого права, нормативне закріплення.

Постановка проблеми. У ряді зарубіжних країн стійко укорінилося таке джерело права як судовий прецедент. У вітчизняній юриспруденції проблема прецедентного права є однією з найбільш складних і суперечливих. Причини невизнання судової практики в будь-якій формі, в тому числі у вигляді прецеденту як джерела права, є достатньо глибокими і пов'язані не тільки з певним етапом розвитку системи права чи політичною ситуацією в державі, а, перш за все, з самою судовою практикою, визнання якої джерелом права вимагає з'ясування її юридичної природи і того, чим є судовий прецедент в тих країнах, у яких він визнаний джерелом права.

Стан опрацювання. Питаннями розуміння виборчого права, його джерелами, видами джерел виборчого права займалися такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як Д. Басай, С. Ковальчук, С. Боботов, М. Баглай, А. Венгерова, Р. Давид, К. Жоффре-Спинози, О. Денькович, Ю. Ключковський, О. Марцеляк, В. Нерсисянц, В. Погорілко, С. Савчин, Федоренко, С. Шевчук та ін.

Метою статті є аналіз джерел виборчого права, визначення ролі та місця рішень Конституційного Суду України у системі джерел виборчого права та їх імплементації у нормативну базу і вітчизняну практику державотворення.

Виклад основного матеріалу. Прецедент виникає при здійсненні правосуддя на основі аналізу реальних життєвих обставин, реалізації недосконалих чи колізійних норм. Як наслідок, створюється таке правило, яке може бути застосованим для вирішення як конкретної справи, так й аналогічних спорів, що розглядаються іншими судовими органами.

Судовий прецедент як джерело права генетично пов'язаний із владою, правосуддям, уявленнями про справедливість. Примітним є те, що у Стародавній Іудеї найдавніший період пов'язаний із правлінням суддів, які були й державними керівниками, і священиками, і моральними наставниками. В Іудеї керувати народом означало і судити його. Судді вже в той період займались державними справами, вирішували приватні спори, тяжби і були незалежними від царської влади¹.

Надалі цілий ряд країн продовжив таку практику і пішли по шляху визнання судових прецедентів джерелами права. Натомість радянська правова доктрина вважала неприпустимим визнання такої форми права як прецедент у соціалістичному праві, оскільки «за режиму соціалістичної законності судові й адміністративні органи мають застосовувати право, а не творити його»². У радянський період правотворчі повноваження судів і наявність судових прецедентів категорично заперечувались. Обґрунтовувалося це тим, що прецедент нібито «веде до відступу від начал законності і підриває роль представницьких органів держави в законодавчій діяльності»³. Ця позиція була офіційною.

¹ Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. Москва, 2003. С. 37.

² Лукьянова Е.А. Закон как источник советского государственного права. Москва, 1988. 14 с.

³ Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. Москва, 1959. 126 с.

Хоча треба зазначити, що причини невизнання судової практики в будь-якій формі, в тому числі у вигляді прецеденту як джерела права, є достатньо глибокими і пов'язані не тільки з певним етапом розвитку системи права чи політичною ситуацією в державі, а, перш за все, з самою судовою практикою. Вона суттєво змінилася в останні десятиліття, що проявляється в значному розширенні сфери застосування судової практики в Україні з початку 90-х рр. XX ст., особливо з часу утворення Конституційного Суду. В наслідок чого помітна зміна у відношенні до прецеденту серед вітчизняних дослідників, юристів-вчених та практиків в сторону визнання його в якості одного з джерел права. При цьому більшість авторів, небезпідставно, вказують на те, що таке визнання сприятиме збагаченню як теорії сутності джерел, так і теорії права.

Нині, у час радикальних соціально-економічних і політичних перетворень, відмови від ідеологічних і юридичних догм та стереотипів все більшу підтримку набуває позиція про значення судового прецеденту як джерела права, хоча доктрина прецедентного права все ще не створена. Більшість вітчизняних вчених визнають за органами судової влади не лише правозастосовчу, а й правотворчу функцію у сфері конституційно-правового регулювання. За колом суб'єктів серед них можна виділити рішення Європейського Суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та рішення судів загальної юрисдикції. Зокрема, В.Ф. Погорілко та В.Л. Федоренко зазначають: «Джерелами конституційного права України можуть бути визнані й окремі постанови Пленуму Верховного Суду України і судових колегій в їх мотивувальній частині (Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. та ін.)»⁴.

Цікавою з цього приводу є думка С. Шевчука: «Твердження про те, що континентальна система права, до якої належить Україна, традиційно не відносить до джерел права судові рішення, є правильними лише стосовно наявної політичної традиції, проте безвідносно до реальної ситуації, що склалася у Європі»⁵.

Зміст судової правотворчості полягає у заповненні прогалин у законодавстві, коли певна норма права була викладена нечітко та незрозуміло для суб'єктів правовідносин, що потребувало додаткового тлумачення при вирішенні справи; у випадку відсутності відповідної норми при вирішенні спорів; а також при вирішенні правових колізій норм права між собою, коли суди формулюють принцип пріоритетності цих норм, який потім ставав обов'язковим у судовій практиці.

В українській науці конституційного права, як і в російській, відсутній єдиний узгоджений погляд на судовий прецедент як джерело права цієї галузі. Окремі автори (С.А. Карапетян, Е.І. Козлова) не визнають нормативного значення актів судової влади. Однак Ю.М. Тодика, М.В. Баглай, Р.З. Лівшиць відносять до джерел провідної галузі права рішення не тільки Конституційного, але й Верховного Суду.

Визнання прецеденту окремими галузями права і відповідними їм галузями юридичної науки, а ще ширше – судової практики як джерела права, безумовно, буде сприяти і створювати передумови для їх подальшого розвитку і вдосконалення. Проте визнання судової практики джерелом права вимагає з'ясування її юридичної природи і з'ясування того, що являє собою судовий прецедент в тих країнах, в яких він визнаний джерелом права.

Уявляється, що з'ясування зазначеної проблеми є можливим з позицій порівняльно-правового дослідження, співставлення становища судової практики з позицій доктрини романо-германського й англо-американського права.

Напрацьоване в судах поняття «усталена судова практика» отримало різний розвиток в країнах «загального права» і романо-германського.

Для того, щоб визначити характер судового прецеденту як джерела права, необхідно враховувати його тривалу, а не постійну еволюцію. Судовий прецедент належить до достатньо «старих» джерел. За віком він конкурує з правовим звичаєм, що часто приводить до плутанини в їх розмежуванні: судовий прецедент розглядається як частина звичаєвого права. Зовнішня схожість судового прецеденту із звичаєм базується на тому, що вони створюються в основному шляхом неодноразового повторення одного й того ж положення за часом.

⁴ Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник. Київ : Правова єдність, 2010. 13 с.

⁵ Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту. Право України. 2000. № 2. С. 45.

Але є й ще один аспект. Судова практика, що складалася, багато в чому сприймала звичаї, що також дозволяє говорити про її звичаєво-правовий характер. Подібне становище складалося в країнах континентальної Європи, де «суддівське право» також розглядалось як вид звичаєвого права. Французький аналітик Р. Давид пояснював це впливом історичної школи права, для якої є характерним визнання звичаїв основою права, а юристів – інтерпретаторами загальної ідеї справедливості⁶.

У міру того, як концепція судового прецеденту набуває остаточного характеру, в його самостійності вже немає сумнівів. Більше того, він остаточно підпорядковує собі правовий звичай, маючи більшу юридичну силу.

Судовий прецедент набагато «старший» закону (статуту), який як джерело права утвердився пізніше, в XVII–XIX ст. Він багато в чому сприйняв понятійний апарат, розроблений суддями, розвивав принципи, закладені прецедентним правом. Не дивлячись на те, що країни романо-германського права уникають визнавати судовий прецедент в якості джерела права, в них відмічається помітне посилення позиції судової практики, розвиток «суддівського права». Однак поняття «суддівське право» береться в лапки оскільки відрізняється від суддівського права як синоніму суддівського прецеденту в країнах «загального права». «Суддівське право» в країнах романо-германського права розвивається на основі закону. Закон стає головним джерелом права і саме він сприяє укріпленню позицій судової практики і формує стабільне правозастосування.

Суди, здійснюючи судочинство, забезпечують реальний зв'язок між існуючими соціальними відносинами та юридичними нормами. Суб'єкти правозастосовної діяльності на основі логічних законів проводять процес кваліфікації, вибудовуючи для цього силізм, де роль більшої посилки відіграє норма, а меншої – фактичні обставини, що досліджуються у зв'язку зі справою, яка розглядається. Вони конкретизують і деталізують загальні норми, що розкривають зміст оціночних правових понять і виробляють (напрацьовують) правоположення⁷ – прообраз повноцінної норми. Це тим більш важливо, що в умовах демократичної державності неможлива відмова у правосудді (наприклад, з огляду на відсутність чи неповноту закону). Тому суди, виявляючи нормативні установлення, змушені створювати тимчасові правила *ad hoc* (для даного випадку), які потім нерідко сприймаються не тільки практикою, але й самим законодавцем. В основі подібних судових рішень лежить, як вказує видний англійський юрист Едуард Дженкс, спеціальний принцип (прийом) *ratiodecidendi*, тобто аргументи на користь винесеного рішення⁸.

Значення судової практики визначається тим, що вона набуває загального і нормативного характеру для широкого кола правозастосовувачів, виступаючи «як орієнтир для вирішення конкретних, аналогічних справ». У цьому разі вона впливає на вироблення не тільки судової політики, але і принципів права, вдосконалення законодавства, тобто має певне правотворче значення.

Судова практика сприяє одноманітному тлумаченню і застосуванню правових норм, поглибленому розумінню складних юридичних категорій у «реальному світі». Тому результат правозастосовчої діяльності – прецедент – займає певне місце в системі джерел права, враховуючи авторитет самого органу правосуддя, його місце в структурі судової влади і переконаність, аргументованість підготовленого документу.

На думку А.В. Венгерова, прецеденти доцільно іменувати правоположеннями, а не власне юридичними нормами. Оскільки судовий прецедент офіційно не визнаний законодавцем, він обов'язково містить зразкове правило, що вирішує конкретний спір із відповідною і достатньо переконливою правовою аргументацією. Рішення повинно бути офіційно опублікованим (лише в такому випадку воно являється обов'язковим), а потім підлягає неуклінному виконанню. Неодмінною умовою законності й авторитету винесеного рішення (прецеденту) є розвиток самої судової практики у формах і напрямках, встановлених законодавцем. Це передбачає наявність як досконалого законодавства (і не тільки про судоустрій та судочинство), так і ефективної правової політики.

Судовий прецедент – це зразкове правило поведінки, напрацьоване вищими судовими органами, офіційно опубліковане, яке є обов'язковим у розгляді аналогічних справ як для учасників спору (конкретної справи), так і для нижчестоящих судів. Його характерні риси полягають у тому, що:

⁶ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1998. 26 с.

⁷ «Про вибори народних депутатів України»: Закон України від 18 листопада 1993 р. № 3623-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3623-12>.

⁸ Дженкс. Э. Английское право. Москва, 1947. 44 с.

- він виробляється тільки вищими судовими інстанціями на основі закону;
- він безпосередньо пов'язаний з судовою практикою і створюється в ході судочинства;
- в його розробці велика роль вільного суддівського розсуду;
- він підлягає офіційному опублікуванню;
- він є обов'язковим не тільки для учасників спору, але і для інших судових органів.

Судова практика не повинна виходити за рамки закону, суперечити йому, а самі правозастосовувачі пов'язані законодавчими і моральними нормами. Враховуючи високе місце органів правосуддя в Україні (Конституційний Суд, Верховний Суд), їх вплив на законодавство і правову політику, можна стверджувати, що окремі акти, які ними виносяться – судові рішення – являються більше ніж правозастосовними, вони мають загальне і правотворче значення. Слід відмітити, що цими відповідальними повноваженнями володіють тільки вищезазначені суди, а не інші, хоча офіційно право на правотворчість не визнано за усіма ланками судової системи.

С.В. Боботов розглядає судові рішення «в якості важливого, але субсидіарного джерела права»⁹. Така думка поділяється В.С. Нерсисянцем¹⁰. Хоча такий підхід не зовсім відображає природу рішень Конституційного Суду.

Взагалі в юридичній науці виробилося декілька підходів до правової природи рішень Конституційного Суду України:

- 1) Декларативний підхід – ідея французьких просвітителів стосовно того, що суд є лише «вустами» закону, міцно укорінилася на Континенті. Б. Зупанчич стверджує, що причиною її появи в дійсності був тодішній брак демократичної традиції та савілля судової влади¹¹.

Певною мірою в цьому є істина. Декларативний підхід до правотлумачення пронизаний недовірою до судді, звідси й велика кількість застережень щодо відхилення від волі законодавця. Головним недоліком цієї теорії є безвідповідальне ставлення судів до раніше прийнятих рішень і принципова неможливість дії принципу усталеної судової практики (*stare decisis*). Беручи за основу роль попередньої судової практики при ухваленні нових рішень у континентальному судочинстві. Не є заборобою судам, котрі зайняли певну позицію з деякого правового питання, змінити свою думку та скористатися «переглядом». Судові рішення мають лише переконливе значення¹². Якщо бути послідовним і строго виходити із засад декларативної теорії, то судові рішення не повинні мати навіть «переконливого значення». Суд, що тлумачить Конституцію, не повинен брати до уваги нічого, що відбулося після її ухвалення, навіть наступні її інтерпретації. Це суворе «інтерпретаційна дієта»: у розпорядженні суду є лише текст Конституції (в якій від часу її ухвалення міститься істинний зміст, воля законодавця), способи тлумачення (набори прийомів для віднайдення цієї волі) й необхідні засоби (матеріали парламентських слухань, тексти пов'язаних джерел тощо). І тому суд, що дотримується декларативної теорії тлумачення буде першим інтерпретатором Конституції безвідносно до історії її прочитань. Декларативне тлумачення формується на мовних, системних та історичних аргументах (способах тлумачення). Невластивим є і посилалися на попередню практику, щоб вирішити справу для суду, котрий сповідує декларативну теорію тлумачення. *Stare decisis* – принцип, що властивий саме загальному праву, а не зрощений на Континенті декларативній теорії тлумачення. Отже, така теорія судового тлумачення є досить маргінальною і навряд чи сьогодні може застосовуватися у практиці конституційного судочинства.

- 2) Реалістичний (конститутивний) підхід – у цьому підході норми Конституції створюються у результаті тлумачення, з огляду на це рішення Конституційного суду можуть кваліфікуватися як джерела права. У такому разі і з'являються підстави для дії принципу *stare decisis*. М. Тропер, який є представником такого підходу, зазначає, що будь-яка теорія тлумачення ґрунтується на одному з двох можливих припущень: «якщо я стверджую, що тлумачити – значить вказувати на сутність, то я передбачаю існування об'єктивної сутності, що піддається описанню; і навпаки, я можу передбачити відсутність об'єктивної сутності, відповідно, описати її неможливо, її можна лише визначити».

⁹ Боботов С.В. Конституционная юстиция. Москва, 1994. С. 113.

¹⁰ Нерсисянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право. Судебная практика как источник права. Москва, 1997. 34 с.

¹¹ Zupančič M.B. On the 'Essence' of Human Rights. Manuscript. 60 p.

¹² Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой поход / пер. с фр. Wolters Kluwer Russia. 2011. 85 с.

Існують три положення, за якими виокремлюється реалістичний підхід:

- 1) тлумачення є актом волевиявлення;
- 2) його об'єктом є формулювання і факти;
- 3) суб'єкти, які здійснюють тлумачення, наділені специфічною владою.

Реалістичний підхід, на відміну від декларативного є більш ефективним і реальним. Справді, у межах закону є багато суперечливих інтерпретацій, конфлікт між якими не вдається вирішити за посередництва аргументів лише мовного, системного й історичного тлумачення. Це положення підтверджується тим фактом, що тими самими видами аргументів Конституційному Суду України іноді вдається обґрунтовувати взаємовиключні рішення¹³. Однак справжнім, «реальним» джерелом позитивного права є інтерпретаційно-правовий акт. У літературі навіть висловлювалася думка, згідно з якою рішення КСУ мають вищу юридичну силу від законів України¹⁴. Але не можна стверджувати, що висновок КСУ має вищу юридичну силу, наприклад, коли скасовує неконституційний закон, щодо цього закону. Це все одно, що кожен закон Верховної Ради, котрим скасовується попередній закон, має вищу юридичну силу ніж попередній. До того ж, юридична сила властива саме одновидовим джерелам права та визначає пріоритет їх застосування на випадок колізії. Саме в такому розумінні говорять про вищу юридичну силу закону стосовно підзаконного нормативно-правового акта, а також про пріоритет прецеденту вищого суду над прецедентом суду нижчої інстанції. Отже, варто підсумувати, що реалістичний підхід до тлумачення й до актів інтерпретації має досить велику кількість переваг, але, все ж таки, не є ідеальним і потребує вдосконалення.

Розглянемо як дві вищезгадувані теорії тлумачення застосовуються на практиці Конституційним Судом України (далі – КСУ), а саме декларативна та реалістична. Більш детально розберемося у тому, якої теорії дотримується КСУ. В одній зі своїх ухвал Суд зазначив, що: «Офіційним тлумаченням вважається діяльність компетентного органу державної влади щодо з'ясування і роз'яснення волі законодавця, матеріалізованої в нормі права (усвідомлення та роз'яснення смислу норм права з метою найбільш правильної їх реалізації», власне чим і показано, що основною є декларативна теорія. Також у своїх рішеннях єдиний орган конституційної юрисдикції України неодноразово звертався до намірів законодавця, наголошуючи на необхідності їх правильного встановлення¹⁵. У практиці КСУ, як зазначає О. Денькович, широко використовуються такі спеціальні засоби задля відображення волі законодавця, як: стенограми засідань Верховної Ради України про прийняття нормативно-правового акта, проекти таких актів, матеріали їх обговорення тощо¹⁶. Певною мірою такі висновки будуть на користь декларативної теорії. Утім, КСУ також нерідко вдається до аналізу можливих наслідків ухвалюваних рішень, а посилання на попередню практику вирішення аналогічних справ вже стало начебто доброю традицією¹⁷, що свідчить вже на користь реалістичного підходу до тлумачення. Однак і тут не обходиться без винятків, адже у деяких справах КСУ, навпаки, старанно уникає згадок про свої попередні рішення¹⁸, чим ставить під сумнів прецедентний характер власних рішень взагалі та можливість їх кваліфікації як джерел права. Можна підвести підсумок, що КСУ наразі цілковито не надає перевагу ані в бік декларативної, ані в бік реалістичної теорії тлумачення.

- 3) Герменевтичний підхід – вивчає тлумачення текстів і деякі її положення можуть пролити світло на природу означених вище ускладнень декларативної і реалістичної теорії тлумачення. Герменевтика вчить, що тлумачення тексту – а рівною мірою і Конституції – КСУ повинен бути зв'язаний своїм попереднім рішенням, якщо тільки нема абсолютно вагомих та переконливих підстав для того, аби від нього відмовитись. Рішення КСУ мають базуватися на справжніх, реальних аргументах, що схиляють Суд до ухвалення саме такого рішення. Рішення КСУ можна розглядати як «загальне право Конституції та законів України». Це не самостійне, похідне й комплементарне джерело права (М. Савчин називає його субсидіарним¹⁹). За такого підходу питання про юридичну силу рішень КСУ можна відкинути як безвартісне. Поза як ці рішення складають вторинний рівень джерел права,

¹³ Рішення Конституційного Суду України від 25 червня 2008 р. № 12-рп/2008. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.

¹⁴ Басай В.Д., Ковальчук С.О. Правова природа рішень Конституційного Суду України у механізмі правового регулювання кримінально-процесуальних відносин. Європейські перспективи. 2011. № 2 (ч. 1). С. 108.

¹⁵ Рішення Конституційного Суду України від 25 жовтня 2000 р. № 12-рп/2000. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.

¹⁶ Денькович О. Об'єкт та предмет тлумачення Конституційним Судом України в кримінальному праві. Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична. 2011. Вип. 52. С. 312–313.

¹⁷ Савчин М., Марчук Р. Динамічне тлумачення Конституції та конституційна юрисдикція в Україні. Вибори та демократія. 2009. № 4 (22). С. 23.

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України від 06 квітня 2010 р. № 11-рп/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.

¹⁹ Джерела конституційного права України / відп. ред. Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик. Київ : Наук. думка, 2010. 420 с.

вони за певних умов можуть конкурувати лише між собою, утім ніколи з джерелами права першого рівня.

Усі рішення Конституційного Суду України поділяються на два типи:

- 1) рішення, якими визнаються неконституційними нормативно-правові акти;
- 2) рішення з питань офіційного тлумачення Конституції (а до конституційної реформи 2016 р. ще й законів України).

Ми підтримуємо таку позицію, що спеціальний статус джерел виборчого права України мають рішення Конституційного Суду України. Не будучи формально законодавчими актами, його рішення в той же час беруться до уваги внаслідок своєї специфічної природи, яка ґрунтується на тому, що вони впливають на зміст законодавчих норм. До рішень Конституційного Суду України, які стосуються різних аспектів виборчого законодавства, слід віднести:

- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 26 лютого 1998 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Центральної виборчої комісії щодо офіційного тлумачення положень ч. 11 і 13 ст. 42 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 25 березня 1998 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Верховної Ради України «Про Закон України «Про порядок проведення виборів депутатів» від 27 березня 1998 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 63 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 43 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про виборчу заставу) від 30 січня 2002 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Діяка Івана Васильовича та конституційним поданням 49 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення ч. 6 ст. 29 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про строки оскарження порушень під час підрахунку голосів і встановлення результатів голосування) від 3 липня 2003 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення ч. 3 ст. 30 Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (справа про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів) від 23 жовтня 2003 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 58 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Верховної Ради України «Про Тимчасову спеціальну комісію Верховної Ради України з питань моніторингу реалізації законодавства про вибори Президента України» (справа про Тимчасову спеціальну комісію Верховної Ради України) від 18 листопада 2004 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України» при повторному голосуванні 26 грудня 2004 р.» (справа про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України») від 24 грудня 2004 р.;
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Харківської обласної державної адміністрації та Харківської обласної ради про офіційне тлумачення положень п. 4 ч. 3 ст. 56, п. 2 ч. 1, ч. 15 ст. 64 Закону України «Про вибори Президента України» (справа про вибори Президента України) від 24 березня 2005 року.
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 1 ст. 17 Закону України «Про вибори Президента України» та Постанови Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів Президента України» від 12 травня 2009 р.
- Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України та 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про вибори Президента України», «Про Державний реєстр

виборців», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України» та Кодексу адміністративного судочинства України (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України) від 19 жовтня 2009 р.

У зазначених рішеннях Конституційного Суду України акумулюється досвід проведення парламентських, президентських та місцевих виборів в Україні. І, як наголошують автори Коментаря Закону України «Про вибори народних депутатів України», є сенс уважно ставитися до правових позицій Конституційного Суду України та враховувати згадані позиції в аналізі відповідних законодавчих норм та їх правозастосуванні на практиці²⁰.

Висновки. Рішення Конституційного Суду України мають обов'язковий характер, і їх висока юридична сила засвідчує, що вони виступають джерелами права, в тому числі виборчого права України. Однак такий висновок не повинен мати доктринальний чи напівофіційний характер, що ґрунтується на позиціях науковців чи політиків, а отримати своє законодавче визнання.

Анотація

У статті розглянуто проблеми імплементації рішень Конституційного Суду України у виборчій сфері. Розглянуто дискусійні питання про визнання судової практики у формі прецеденту як в теоретичному, так і в практичному відношенні. Висвітлено декілька підходів до значень рішень Конституційного Суду України. Запропоновано можливі варіанти віднесення рішень Конституційного Суду України до джерел права та закріплення їх у правових нормах.

Summary

The article deals with the problems of implementation of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine in the election sphere. Discussion questions on the recognition of case law in the form of precedent in both theoretical and practical terms are considered. Several approaches to the meaning of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine are highlighted. Possible options of referring the decisions of the Constitutional Court of Ukraine to the sources of law and fixing the legal norms are offered.

Використана література:

1. «Про вибори народних депутатів України»: Закон України від 18 листопада 1993 р. № 3623-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3623-12>.
2. Рішення Конституційного Суду України від 25 жовтня 2000 р. № 12-рп/2000. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Рішення Конституційного Суду України від 25 червня 2008 р. № 12-рп/2008. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Рішення Конституційного Суду України від 06 квітня 2010 р. № 11-рп/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. Москва, 2003. 288 с.
6. Басай В.Д., Ковальчук С.О. Правова природа рішень Конституційного Суду України у механізмі правового регулювання кримінально-процесуальних відносин. *Європейські перспективи*. 2011. № 2 (Ч. 1). С. 103–110.
7. Боботов С.В. Конституционная юстиция. Москва, 1994. 126 с.
8. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1998. 400 с.
9. Денькович О. Об'єкт та предмет тлумачення Конституційним Судом України в кримінальному праві. *Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична*. 2011. Вип. 52. С. 309–318.
10. Дженкс. Э. Английское право. Москва, 1947. 378 с.
11. Джерела конституційного права України / відп. ред. Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик. Київ: Наук. думка, 2010. 707 с.
12. Коментар Закону України «Про вибори народних депутатів України» / за заг. ред. А.І. Мартинюка. Київ: Юридична думка, 2006. 704 с.

²⁰ Коментар Закону України «Про вибори народних депутатів України» / за заг. ред. А.І. Мартинюка. Київ: Юридична думка, 2006. С. 58–59.

13. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой поход / пер. с фр. *WoltersKluwerRussia*. 2011. 529 с.
14. Лукьянова Е.А. Закон как источник советского государственного права. Москва, 1988. 130 с.
15. Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право. *Судебная практика как источник права*. Москва, 1997. 34 с.
16. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. Москва, 1959. 157 с.
17. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник. Київ : Правова єдність, 2010. 432 с.
18. Савчин М., Марчук Р. Динамічне тлумачення Конституції та конституційна юрисдикція в Україні. *Вибори та демократія*. 2009. № 4 (22). С. 20–29.
19. Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту. *Право України*. 2000. № 2. С. 45–48.
20. Zupančič M.B. On the 'Essence' of Human Rights. Manuscript. 60 p.

The irreversibility of Ukraine's European and Euro-Atlantic course and features of the European model of constitutionalism

Незворотність європейського та євроатлантичного курсу України й особливості європейської моделі конституціоналізму

Vasyl Homonai

Key words:

constitutionalism, European model of constitutionalism, Euro-Atlantic course, eurointegration.

Ключові слова:

конституціоналізм, європейська модель конституціоналізму, євроатлантичний курс, євроінтеграція.

Постановка проблеми. Україна розвивається як демократична соціальна правова держава¹. Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Законом № 2680-VIII від 7 лютого 2019 р.² було внесено зміни до преамбули Конституції України: «Піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України та підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України». Зазначене свідчить про «зростання значення у правовій науці та політичній практиці проблем прогнозування світових соціально-правових і політичних процесів, зміни уявлень про цінності людського буття. У сучасній Україні триває пошук такої моделі демократії і таких конституційних цінностей, які зможуть відповідати інтересам і потребам суспільства»^{3,4}. Закріплення стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору актуалізує дослідження засад європейської моделі конституціоналізму.

Актуальність дослідження. Провідні вчені-конституціоналісти наголошують, що питання європейської моделі конституціоналізму є одним із ключових⁵. «Нині в Україні триває процес конституційно-правової модернізації, що охоплює усі сфери суспільних відносин. Для подальшого проведення комплексного системного реформування в державі на науку конституційного права покладається відповідальне завдання, що полягає у необхідності вироблення цілісної концепції подальшого розвитку та функціонування конституційного механізму державної влади з урахуванням національної ментальності, соціокультурної зумовленості та якісної національної автентичності. Будь-які державно-правові та політико-правові процеси трансформації та модернізації української державності без урахування зазначеної специфіки не матимуть сенсу», – підкреслює В. Шатіло⁶. Більше того, необхідно враховувати і те, що для України характерними є децентралістичні тенденції у структуруванні державної влади. Водночас цьому передував тривалий період суто владно-централістичних тенденцій. Відтак на етапі трансформації актуальним є розв'язання питання збалансування цих тенденцій у функціонуванні апарату державної влади.

Зазначене свідчить про актуальність уточнення засад європейської моделі конституціоналізму.

¹ Deshko L. European Standards of Human Rights: Course book. Donetsk : Modern Printing (Suchasny Drook), 2013. P. 5.

² Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 7 лютого 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#n6>.

³ Байрачна Л.К. Конституційні цінності в умовах демократичного транзиту. URL: <https://lj.journal.kspu.edu/index.php/lj/article/view/3/2>.

⁴ Deshko L. The principle of "de minimis non curat praetor" in International Law. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2018. № 4. С. 5–15.

⁵ Белов Д.М. Парадигма українського конституціоналізму : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2012. 523 с.

⁶ Шатіло В.А. Конституційний механізм державної влади в Україні: проблеми співвідношення організаційних структур і функцій : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2018. С. 27.

У науці конституційного права питання моделей конституціоналізму досліджували О. Бориславська, Г. Задорожня, А. Колодій, А. Крусян, О. Марцеляк, М. Савчин, О. Скрипнюк, О. Шатіло та ін. У контексті нового стратегічного курсу України, а також з урахуванням того факту, що «накладені на національні особливості, одні і ті самі конституційно-правові інститути по-різному проявляються у різних правопорядках, адже вони функціонують не ізольовано, а вплетені у загальну канву конституційної системи правління, що функціонує за законами тієї чи іншої моделі конституціоналізму», питання реформування публічно-правових відносин в Україні для виконання своїх зобов'язань зі сприйняття європейської моделі конституціоналізму викликає жваві дискусії. В. Речицький слушно зазначає: «Постає запитання, чи є український Основний Закон адекватним до органічних засад євроатлантичного конституціоналізму? Чи відповідає він стандартам західного розуміння верховенства права? Чи придатний він для здійснення ідеалів, що вважаються загальноприйнятими у вільному світі? Фактично йдеться проте, чи можна вважати Конституцію України успішним аналогом тих універсальних конституційних зразків, якими є основні закони сучасної Франції, Німеччини або Сполучених Штатів. Відповідь одержати непросто, але вкрай важливо»^{7, 8}.

Мета дослідження – уточнити особливості європейської моделі конституціоналізму.

Виклад основного матеріалу. Вчені-конституціоналісти, розглядаючи конституціоналізм як продукт західної правової традиції⁹, як сукупність конституційних цінностей¹⁰ та ідей, що складають його ідеологію, відповідної доктрини та конституційної системи обмеженого правління, виокремлюють три моделі конституціоналізму: англійську, американську та континентально-європейську (далі – європейська)^{11, 12}.

В. Шатіло наголошує: «Світові моделі організації конституційного механізму державної влади справедливо розглядати як продукт західної політико-правової думки і практики. Тому цілком зрозумілим є домінування західних доктрин, які репрезентують античну політико-правову думку та буржуазне просвітництво і спираються на спільні ідейно-політичні засади теорій демократії. Попри методологічні розбіжності, всі дослідники спиралися на ідеї народного суверенітету, принципи народного представництва, поділу влади, верховенства природних невідчужуваних прав людини, тобто у дослідників були другорядні методологічні відмінності, але основний принцип дослідження у них був однаковим»¹³. Таким чином, саме народний суверенітет, принцип народного представництва, поділ влади, права людини є елементами, які дозволяють визначити особливості однієї з трьох моделей конституціоналізму.

На думку О. Бориславської, існує три рівні конституціоналізму: ідеологічний, доктринальний, практичний. Що стосується першого рівня – доктринального, вчена наголошує, що в основі європейської моделі лежить ідеологія ліберальної демократії, доповнена ідеями соціальної держави, тоді як американської – ідеологія лібералізму, англійської – лібералізму у поєднанні з ідеями соціальної справедливості; на доктринальному рівні європейській моделі конституціоналізму, на думку вченої, притаманна інституційна концепція конституціоналізму та доктрина обмеженого правління задля недопущення державного свавілля і забезпечення прав та свобод особи; американській – формальна концепція конституціоналізму та доктрина обмеженого правління задля захисту індивідуальної свободи; англійській – матеріальна концепція конституціоналізму та доктрина обмеженого правління задля захисту індивідуальної свободи¹⁴. Термін «забезпечення» є науково ємним^{15, 16, 17}. Бачиться, що американській моделі конституціоналізму притаманне не лише охорона індивідуальної свободи, а і її охорона. Не менш важливим є і її реалізація.

⁷ Речицький В. Аксіоми конституціоналізму і Основний закон України URL: <http://khpg.org/index.php?id=1452528731>.

⁸ Deshko L. Restitutio in integrum: підходи Європейського суду з прав людини. Порівняльно-аналітичне право. 2018. № 5. URL: <http://www.pap.in.ua/index.php/arhiv-vidannja>.

⁹ Deshko L. Structural Elements of International Legal Mechanisms for Ensuring The Everyone's Right to Seek Rights Protection in International Judicial Institutions or in the Relevant Bodies of International Organizations. Закон и жизнь. 2013. № 12/3. С. 64–67.

¹⁰ Дешко Л. Правове регулювання господарювання в сфері охорони здоров'я: проблеми вдосконалення спеціального законодавства. Підприємництво, господарство і право. 2007. № 5. С. 57–62.

¹¹ Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2018. С. 5.

¹² Deshko L. Application of Legal Entities to the European Court of Human Rights: a Significant Disadvantage as the Condition of Admissibility. Croatian International Relations Review. 2018. № 24 (83). Р. 84–103.

¹³ Шатіло В.А. Конституційний механізм державної влади в Україні: проблеми співвідношення організаційних структур і функцій : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2018. С. 27.

¹⁴ Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2018. С. 10–11.

¹⁵ Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. Юридичний вісник України. 2006. № 8. С. 8.

¹⁶ Бисага Ю.М., Дешко Л.М. Методологія дослідження конституційного права звертатися до міжнародних судових установ та міжнародних організацій. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юридичні науки. 2016. № 21. С. 14–16.

¹⁷ Deshko L. The reasons and motives for national court's decision: the practice of the European Court of Human Rights and national courts. TEISE. 2016. № 99. Р. 186–193.

Крім того, і в європейській, і в англійській та американській моделях конституціоналізму йдеться не лише про «обмежене свавілля» або «обмежене правління» з метою забезпечення прав і свобод (європейська модель) чи захист індивідуальної свободи (англійська, американська модель), а по суті про об'єктивний конституційний порядок, адже саме його цінності обмежують свавілля влади.

По-третє, у правах людини (і не лише в соціальних правах) втілені відповідні позитивні обов'язки держави, в т. ч. й щодо організації певним способом самої влади. Наприклад, право на судовий захист, окрім іншого, означає позитивний обов'язок держави створити і підтримувати незалежний суд. Отже, атака на незалежність суду (суддів) не може не зачіпати права на судовий захист.

Права людини як феномен є продуктом демократії, а, з іншого боку, саме в сутності прав людини втілені механізми верховенства права. Дієвість цінностей демократії і верховенства права створює той простір, в якому лише й можливі права людини в сучасному світі. Реальність захисту прав людини залежить не від обсягу «конституційного каталогу прав», а від указаних цінностей конституційної демократії, які диктують певні вимоги до організації публічної влади та її обмеження, зокрема: поділу влади (механізму «стримувань і противаг»), незалежності судової влади, ідеологічної нейтральності держави тощо.

Як зазначалося вище, на думку О. Бориславської, на практичному рівні для європейської моделі характерні писана жорстка конституція, сильна конституційна юрисдикція, гнучкий поділ державної влади тощо¹⁸. Вчена зазначає: «Характерними рисами практичної складової частини європейської моделі конституціоналізму (конституційної системи правління) є писана жорстка конституція як акт установчої влади народу, ключова роль органу конституційної юрисдикції, гнучкий поділ державної влади, парламентаризм, децентралізованість влади, розподіл компетенції на основі принципу субсидіарності, соціальна функція держави, а також наявність наднаціональних (європейських) механізмів обмеження державної влади через захист прав людини й основоположних свобод»¹⁹. Наголосимо, по-перше, що йдеться не тільки про «писані права», а й про імпліцитні права. Їх гарантування прямо передбачено у конституціях європейських країн. Ми не маємо на увазі, що всі європейські країни мають європейську модель конституціоналізму.

По-друге, оскільки конституція є формою виразу норми права, норми конституції розвиваються в законодавстві держави, не може залишатися поза увагою і практика його застосування, то третім зрізом конституціоналізму є власне правовий.

Як зазначалося вище, існують наднаціональні (європейські) механізми обмеження державної влади через захист прав людини й основоположних свобод. Йдеться про Раду Європи і, наприклад, механізм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (конвенційний механізм), ЄС, ОБСЄ.

Такий захист зумовлений тим, що саме права людини є продуктом демократії. Більше того, механізм верховенства права втілений саме в сутності прав людини. Дієвість цінностей конституціоналізму, в якому знаходять проявляється демократія і верховенство права, створює саме той «простір», у якому можуть бути ефективно забезпечені права людини й основоположні свободи.

Ефективність забезпечення прав людини й основоположних свобод залежить від конституціоналізму як цінності, в якому проявляються цінності конституційної демократії. Саме ці цінності зумовлюють (диктують) цілком конкретні вимоги до організації публічної влади і щодо такого ключового питання, як її обмеження. Йдеться і про поділ державної влади, що передбачає існування ефективного механізму «стримувань і противаг», і про реальну незалежність судової гілки влади, і про ідеологічну нейтральність держави, і про політичний плюралізм т. д. По суті це є принципами конституційного механізму державної влади.

Вітчизняні вчені, зокрема Л. Дешко та В. Шатіло, слушно акцентують у своїх дослідженнях увагу на тому, що перелік принципів конституційного механізму державної влади є не вичерпним. До них належать «принципи народовладдя, єдності та розподілу державної влади, ідеологічного багатоманіття та політичного плюралізму, самостійності державних органів і громадських організацій демократизму механізму державної влади, гласності, легітимності, субсидіарності, підзвітності та ін.»^{20,21}

¹⁸ Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2018. С. 10–11.

¹⁹ Там само.

²⁰ Дешко Л., Боднар О. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини. Правничий часопис Донецького університету. 2008. № 2. С. 76–81.

²¹ Шатіло В.А. Конституційний механізм державної влади в Україні: проблеми співвідношення організаційних структур і функцій : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2018. С. 382.

В. Шатіло виділяє організаційні принципи конституційного механізму державної влади, які, на думку вченого, визначають порядок формування та основні засади діяльності основних його інститутів (органів державної влади та місцевого самоврядування, засобів масової інформації, політичних партій тощо). До переліку організаційних принципів конституційного механізму державної влади вчений пропонує відносити такі: 1) єдності та розподілу державної влади; 2) народного суверенітету; 3) гласності; 4) законності та верховенства права; 5) юридичної рівності суб'єктів конституційного механізму державної влади; 6) демократизму механізму державної влади; 7) легітимності конституційного механізму державної влади; 8) ідеологічного багатоманіття та політичного плюралізму; 9) унітарності територіального устрою; 10) децентралізації державної влади²².

Бачиться, що принципом конституційного механізму державної влади є верховенство права, а законність випливає з нього незалежно від моделі конституціоналізму. Щодо того, що унітарність територіального устрою є принципом конституційного механізму державної влади, то це твердження є дискусійним, зважаючи на те, що є і федеративний державний устрій.

Функціональні принципи конституційного механізму державної влади, на думку вченого, – це загальні засади реалізації окремими органами, посадовими особами, депутатами та ін. своїх повноважень, спрямованих на якісне виконання функцій держави²³. «Це такі принципи: 1) компетентності та професійності; 2) оптимальності та ефективності; 3) стимулів та обмежень; 4) реальності та економності; 5) підзвітності; 6) субсидіарності; 7) колегіальності та єдиноначальності; 8) самостійності державних органів і громадських організацій; 9) переконання і примусу та ін.»²⁴. Ці принципи характерні для всіх трьох моделей конституціоналізму. Водночас щодо принципу «самостійності державних органів і громадських організацій», то бачиться слушним акцентувати увагу і на незалежності громадських організацій як інститутів громадянського суспільства.

Наголосимо, що забезпечення прав і свобод людини і громадянина є головним обов'язком держави незалежно від моделі конституціоналізму (європейської, американської, англійської).

Висновки:

1. Уточнено особливості європейської моделі конституціоналізму: ідеологія ліберальної демократії, доповнена ідеями соціальної держави; об'єктивний конституційний порядок; організаційні та функціональні принципи конституційного механізму державної влади.
2. Уточнено організаційні принципи конституційного механізму державної влади: єдності та розподілу державної влади; народного суверенітету; гласності; верховенства права; юридичної рівності суб'єктів конституційного механізму державної влади; демократизму механізму державної влади; легітимності конституційного механізму державної влади; ідеологічного багатоманіття та політичного плюралізму; територіального устрою.
3. Уточнено функціональні принципи конституційного механізму державної влади: компетентності та професійності; оптимальності й ефективності; стимулів та обмежень; реальності й економності; підзвітності; субсидіарності; колегіальності та єдиноначальності; самостійності державних органів і незалежності громадських організацій; інші.

Анотація

Стаття присвячена уточненню особливостей європейської моделі конституціоналізму. Уточнено, що такими особливостями є: ідеологія ліберальної демократії, доповнена ідеями соціальної держави; об'єктивний конституційний порядок; організаційні та функціональні принципи конституційного механізму державної влади. Уточнено організаційні принципи конституційного механізму державної влади: єдності та розподілу державної влади; народного суверенітету; гласності; верховенства права; юридичної рівності суб'єктів конституційного механізму державної влади; демократизму механізму державної влади; легітимності конституційного механізму державної влади; ідеологічного багатоманіття та політичного плюралізму; територіального устрою. Уточнено функціональні принципи конституційного

²² Там само.

²³ Там само. С. 382–383.

²⁴ Там само.

механізму державної влади: компетентності та професійності; оптимальності й ефективності; стимулів та обмежень; реальності та економності; підзвітності; субсидіарності; колегіальності та єдиноначальності; самостійності державних органів і незалежності громадських організацій; інші.

Summary

The article is devoted to clarifying the features of the European model of constitutionalism. It is specified that such features are: the ideology of liberal democracy, supplemented by the ideas of the welfare state; an objective constitutional order; organizational and functional principles of the constitutional mechanism of state power. The organizational principles of the constitutional mechanism of state power are specified: unity and division of state power; people's sovereignty; publicity; the rule of law; the legal equality of the subjects of the constitutional mechanism of state power; democracy of the mechanism of state power; legitimacy of the constitutional mechanism of state power; ideological diversity and political pluralism; territorial structure. Functional principles of the constitutional mechanism of state power have been clarified: competence and professionalism; optimality and efficiency; incentives and restrictions; reality and economy; accountability; subsidiarity; collegiality and unity; independence of state bodies and independence of public organizations; others.

Використана література:

1. Байрачна Л.К. Конституційні цінності в умовах демократичного транзиту. URL: <https://lj.journal.kspu.edu/index.php/lj/article/view/3/2>.
2. Белов Д.М. Парадигма українського конституціоналізму : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2012. 523 с.
3. Бисага Ю.М., Дешко Л.М. Методологія дослідження конституційного права звертатися до міжнародних судових установ та міжнародних організацій. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. № 21. С. 14–16.
4. Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: формування, сучасний стан, тенденції розвитку : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2018. 428 с.
5. Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. *Юридичний вісник України*. 2006. № 8. С. 8.
6. Дешко Л. Правове регулювання господарювання в сфері охорони здоров'я: проблеми вдосконалення спеціального законодавства. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 5. С. 57–62.
7. Дешко Л., Боднар О. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини. *Правничий часопис Донецького університету*. 2008. № 2. С. 76–81.
8. Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 7 лютого 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#n6>.
9. Речицький В. Аксиоми конституціоналізму і Основний закон України. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1452528731>.
10. Шатіло В.А. Конституційний механізм державної влади в Україні: проблеми співвідношення організаційних структур і функцій : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2018. 472 с.
11. Deshko L. Application of Legal Entities to the European Court of Human Rights: a Significant Disadvantage as the Condition of Admissibility. *Croatian International Relations Review*. 2018. № 24 (83). P. 84–103.
12. Deshko L. European Standards of Human Rights: Course book. Donetsk: Modern Printing (Suchasny Drook), 2013. 142 p.
13. Deshko L. Restitutio in integrum: підходи Європейського суду з прав людини. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 5. URL: <http://www.pap.in.ua/index.php/arhiv-vidannja>.
14. Deshko L. Structural Elements of International Legal Mechanisms for Ensuring The Everyone's Right to Seek Rights Protection in International Judicial Institutions or in the Relevant Bodies of International Organizations. *Закон и жизнь*. 2013. № 12/3. С. 64–67.
15. Deshko L. The principle of "de minimis non curat praetor" in International Law. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. № 4. С. 5–15.
16. Deshko L. The reasons and motives for national court's decision: the practice of the European Court of Human Rights and national courts. *TEISE*. 2016. № 99. P. 186–193.

Vasyl Homonai,

Doctoral Student of the Department of Constitutional Law and Comparative Law
Uzhgorod National University

Legal regulation of banking activity in Ukraine

Правове регулювання банківської діяльності в Україні

Olha Drachevska

Key words:

banking legislation, legislative acts, banking, legal measures of influence, legal regulation.

Ключові слова:

банківське законодавство, законодавчі акти, банківська діяльність, правові заходи впливу, правове регулювання.

Актуальність теми. Ефективне функціонування банківської системи залежить від належного нормативно-правового регулювання. В умовах євроінтеграційних процесів особливої актуальності набуває питання узгодження вітчизняного банківського законодавства з міжнародними стандартами. Саме тому аналіз правового регулювання банківської діяльності посідає одне з провідних місць у дослідженнях вітчизняних науковців та практиків.

У науковій літературі дослідженню правового регулювання банківської діяльності приділяли увагу такі науковці: О.П. Орлюк, М.В. Старницький, М.І. Савлук, О.І. Лаврушин, О.А. Костюченко, О.В. Понеділко, К. Гавальда, С.С. Савчук, Н.А. Фукс та ін.

Метою статті є дослідження становлення і розвитку правового регулювання банківської діяльності в Україні.

Виклад основного матеріалу. Відправною точкою становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні можна вважати Декларацію про державний суверенітет України від 16.07.1990 р., якою, зокрема, проголошено економічну самостійність України. Самостійність держави у вирішенні питань економічного розвитку є складовою частиною такої сторони державного суверенітету, як незалежність у внутрішніх справах¹.

Важливим кроком у встановленні правової регламентації банківської діяльності стало прийняття Закону УРСР «Про економічну самостійність Української РСР» та Закону УРСР «Про банки і банківську діяльність» від 20.03.1991 р., який визначав правову основу діяльності Національного банку України та комерційних банків, включаючи правовий статус та функції Національного банку України, порядок створення та припинення діяльності банків, перелік банківських операцій, право клієнтів на вільний вибір банку².

До важливих нормативно-правових актів, які регулювали банківську діяльність, також належали Закон України «Про цінні папери і фондову біржу» від 18 червня 1991 р. № 1201-XII, Закон України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII та ін.

Також варто виділити Програму надзвичайних заходів щодо стабілізації економіки України та виходу її з кризового стану, затверджену Постановою Верховної Ради УРСР від 03.07.1991 р., якою було передбачено зменшення наполовину в 1991–1992 рр. процентних ставок за банківські кредити підприємствам, які нарощують потужності з виробництва продовольства і промислових товарів народного споживання, надання платних послуг населенню з компенсацією витрат банків Міністерством фінансів УРСР, та Декрет Кабінету Міністрів України від 09.12.1992 р. № 5-92 «Про звільнення суб'єктів господарської діяльності від сплати процентів за кредити та від відповідальності за прострочення їх погашення». На виконання Указу Президента України від 02.11.1993 р. № 502-93 «Про додаткові заходи щодо вдосконалення валютного регулювання» було тимчасово припинено валютні торги на Українській міжбанківській валютній біржі, а також заборонено проведення операцій із купівлі-продажу іноземної валюти на інших біржах і в кредитно-фінансових установах. Операції з купівлі-продажу іноземної валюти на Українській міжбанківській

¹ Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 560 с.

² Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96

валютній біржі були відновлені лише 01.10.1994 р. на підставі Указу Президента України від 22.08.1994 р. № 457/94³.

Важливу роль у розвитку банківської діяльності України відіграли Указ Президента України «Про грошову реформу в Україні» від 25.08.1996 р. № 762/96, Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14.06.1994 р., а також Закон України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. № 679-XIV та Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III.

Протягом 90-х рр. XX ст. відбувалося нормативно-правове та інституціональне становлення вітчизняної банківської системи, питанням розвитку банківського законодавства у цей період часу приділялося мало уваги, тому тривалий час базовим нормативно-правовим актом лишався Закон України «Про банку і банківську діяльність» 1991 р. Через практичну відсутність системи спеціальних законів, спрямованих на регулювання банківської діяльності, утворився правовий вакуум, який НБУ довелося заповнювати своїми нормативно-правовими актами. Фактично така ситуація змусила центральний банк держави самотужки вирішувати питання, що входять до його компетенції, однак ще не врегульовані чинним законодавством, й порушувати таким чином ст. 92 Конституції України⁴.

З 2000 р. спостерігається усталена тенденція розвитку та вдосконалення банківського законодавства. Так, Верховна Рада України приймає у новій редакції Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. № 2121-III, Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 5 квітня 2001 р. № 2346-III, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III, Закон України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20 вересня 2001 р. № 2740-III (втратив чинність на підставі Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 р. № 4452-VI) та інші закони. Значення наведених законодавчих актів для розвитку банківської системи важко переоцінити⁵.

Важливе значення для банківської системи України мало прийняття Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28.11.2002 р. № 249-IV, що діяв до 06.02.2015 р., а також законів України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. № 898-IV, «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV, «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р. № 1255-IV, «Про фінансовий лізинг» у редакції Закону України від 11 грудня 2003 р. № 1381-IV та ін. Варто згадати Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV та Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV.

Протягом 2008–2010 рр. Верховною Радою України переважно приймалися законодавчі акти, спрямовані на подолання наслідків фінансової кризи в банківському секторі та економіці загалом. До них, зокрема, варто зарахувати закони України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31 жовтня 2008 р. № 639-VI, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони банкам змінювати умови договору банківського вкладу та кредитного договору в односторонньому порядку» від 12 грудня 2008 р. № 661-VI, «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25 грудня 2008 р. № 800-VI, «Про внесення змін до деяких законів України з метою подолання негативних наслідків фінансової кризи» від 23 червня 2009 р. № 1533-VI, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо особливостей проведення заходів з фінансового оздоровлення банків» від 24 липня 2009 р. № 1617-VI. Серед вказаних законодавчих актів варто виділити Закон України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів», на підставі якого в сукупності з відповідними постановами Кабінету Міністрів України та НБУ було запроваджено процес капіталізації українських банків, у тому числі за участю держави⁶.

³ Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96

⁴ Фукс Н.А. Банківська система України: правові аспекти становлення та розвитку в сучасних умовах. Правове регулювання економіки. 2015. № 15. С. 72–87

⁵ Фукс Н.А. Банківська система України: правові аспекти становлення та розвитку в сучасних умовах. Правове регулювання економіки. 2015. № 15. С. 72–87

⁶ Фукс Н.А. Банківська система України: правові аспекти становлення та розвитку в сучасних умовах. Правове регулювання економіки. 2015. № 15. С. 72–87

У 2012 р. було прийнято Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 р. № 4452-VI, згідно з яким від Національного банку України до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб були передані повноваження з виведення неплатоспроможних банків із ринку, в тому числі із запровадження тимчасової адміністрації та призначення ліквідатора. При цьому Національний банк України продовжує виконувати функції з банківського регулювання та нагляду, в тому числі здійснює посиленний нагляд за діяльністю проблемних банків та затверджує програми їх фінансового оздоровлення в межах встановлених часових обмежень. Передача повноважень із виведення неплатоспроможних банків із ринку спеціальному органу відповідала Директиві Європейського парламенту та Ради 94/19/ЄС «Про схеми гарантування депозитів» від 30.05.1994 р.⁷

Суттєве погіршення фінансово-економічної ситуації в Україні в 2014–2015 рр. виявило системні проблеми в банківському секторі економіки, що частково виникли через недосконалість банківського законодавства. Слабка інституційна спроможність Національного банку України, зокрема слабка функціональна та фінансова незалежність центрального банку, недостатня ефективність банківського нагляду, відсутність у структурі Національного банку України органів, які б здійснювали ефективний нагляд за системою внутрішнього контролю, відсутність у Національного банку України доступу до державних реєстрів, відсутність стратегії капіталізації банків призводили до того, що більшість проблем, з якими зіткнувся банківський сектор в 2014–2015 рр., не була виявлена та попереджена заздалегідь. Слабкі вимоги до розкриття структури власності банків спричинили те, що станом на кінець 2013 р. Національний банк України володів інформацією про реальних власників менш ніж третини всіх діючих банків⁸.

З 2014 р. було прийнято низку нормативно-правових актів, серед яких Закон України «Про заходи, спрямовані на сприяння капіталізації та реструктуризації банків» № 78-VIII, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розбудови інституційної спроможності Національного банку України» від 18.06.2015 р. № 541-VIII, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» від 02.03.2015 р. № 218-VIII, що посилив вимоги до розкриття структури власності банків. Крім публікації інформації про власників істотної участі, від банків відтепер вимагається оприлюднювати інформацію про ключових учасників банків, тобто фізичних осіб, які прямо або опосередковано через інших юридичних осіб володіють корпоративними правами в банку⁹. Також Законом розширено перелік пов'язаних із банками осіб, встановлено жорсткі обмеження щодо проведення операцій між банками та пов'язаними особами лише на поточних ринкових умовах, передбачено цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність пов'язаних із банками осіб за доведення банку до неплатоспроможності, здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банків, а також їх обов'язок відшкодувати завдану банку шкоду. Відповідні зміни спрямовані на виконання принципів 5 «Критерії ліцензування» та 20 «Операції з пов'язаними особами» Основних принципів ефективного банківського нагляду Базельського комітету.¹⁰

З метою посилення функціональної та фінансової незалежності Національного банку України було змінено порядок перерахування прибутку Національного банку України – новий порядок передбачає першочергове спрямування прибутку на формування загальних і додаткових резервів регулятора та заборону на авансове перерахування прибутку до Державного бюджету України. Розширено повноваження Ради Національного банку України: зокрема, за Радою закріплено функцію щодо здійснення нагляду за системою внутрішнього контролю Національного банку та можливість створення за рішенням Ради аудиторського комітету Національного банку. Передбачено право регулятора мати доступ до інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Зазначені зміни спрямовані на виконання вимог принципу 2 «Незалежність, звітність, наявність ресурсів та юридичний захист органів банківського регулювання та нагляду» Основних принципів ефективного банківського нагляду Базельського комітету.¹¹

Вагомий вплив на розвиток банківського права України справило укладення в 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, ст. 133 якої передбачає поступове узгодження законодавства України у сфері регу-

⁷ Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96

⁸ Річний звіт Національного банку України за 2015 рік. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/category?cat_id=34667022

⁹ Прийняття закону про посилення відповідальності власників банків - найголовніша реформа сьогодення. URL: https://old.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=15141180

¹⁰ Core principles for effective banking supervision. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>

¹¹ Core principles for effective banking supervision. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>

лювання банківських та інших фінансових послуг з *acquis communautaire* Європейського Союзу (*acquis* ЄС) починаючи з дати підписання Угоди¹².

У травні 2015 р. було прийнято Постанову Правління Національного банку України № 312 «Про затвердження Змін до Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні». Відповідні положення спрямовані на виконання «Загальних вимог до регулювання та нагляду за діяльністю внутрішньодержавних системно важливих банків», прийнятих Базельським комітетом у 2012 р.¹³

Разом із тим значна частина роботи з узгодження банківського законодавства та нормативно-правових актів Національного банку України з міжнародними стандартами ще попереду. З-поміж перспективних напрямів варто виділити регуляторну апроксимацію банківського законодавства України до законодавства Європейського Союзу, лібералізацію фінансових ринків та набуття режиму внутрішнього ринку з ЄС у сфері фінансових послуг, зняття адміністративних обмежень для забезпечення вільного руху капіталу, вдосконалення спеціальних вимог до капіталу, ліквідності та інших показників на основі «Базелю III», переходу до ризик-орієнтованого банківського нагляду та вдосконалення принципів корпоративного управління в банках.¹⁴

Отже, з часу проголошення Україною незалежності відбулися істотні зрушення в становленні і розвитку банківського законодавства України. Як вважають науковці, етапним моментом стало прийняття 7 грудня 2000 р. Закону України «Про банки і банківську діяльність», який загалом відповідає міжнародним стандартам у сфері банківського регулювання, у тому числі рекомендаціям Базельського комітету з банківського нагляду та директивам Європейського Союзу (ЄС) з питань координації діяльності кредитних установ. Цей закон визначив і врегулював основні засади створення, реорганізації, діяльності, відновлення платоспроможності та ліквідації банків, здійснення нагляду за ними, а також порядку застосування до них відповідних заходів впливу. Таким чином, його можна розглядати як рамковий законодавчий акт, що визначив ключові засади функціонування банківської системи України.¹⁵

Проведений аналіз законодавства дає змогу говорити про наявність значної кількості нормативно-правових актів, що регулюють банківську діяльність. Однак, незважаючи на це, банківське законодавство потребує змін, удосконалення. Зокрема, фахівцями у банківській сфері анонсовано необхідність підготовки проєктів нових законів «Про фінансові послуги та діяльність з надання фінансових послуг», «Про страхування» та «Про кредитні спілки», впровадження законодавчих змін щодо розвитку вторинного ринку непрацюючих кредитів. Нормативно-правові акти, які регулюють банківську діяльність, також потребують подальшої гармонізації відповідно до європейських стандартів.

На нашу думку, особливу увагу варто приділити розробці стратегічного документа щодо подальшого розвитку банківської системи та діяльності банків в Україні. Таким документом може стати «Стратегія розвитку банківської системи та діяльності на період до 2030 року». Вказаний документ має бути розроблено та затверджено на державному рівні. Він має бути спрямований на вдосконалення роботи банківської системи України, підвищення довіри до неї з боку населення та зовнішніх інвесторів.

Серед першочергових завдань подальшого вдосконалення законодавчого регулювання у сфері банківської діяльності варто зазначити необхідність забезпечення прозорості функціонування банків, вдосконалення регулювання виведення з ринку неплатоспроможних банків та недопущення їх для подальшого надання банківських послуг, вдосконалення правового регулювання щодо поводження з непрацюючими кредитами.

Анотація

У статті проаналізовано розвиток правового регулювання банківської діяльності з часів незалежності України. Акцентовано на нормативно-правових актах, які відіграли основну роль у регулюванні банківської діяльності.

¹² Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96.

¹³ A framework for dealing with domestic systemically important banks. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs233.pdf>

¹⁴ Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96.

¹⁵ Нагребельний В.П. Законодавство про банківську діяльність: перспективи та напрямки розвитку. URL: <https://forinsurer.com/public/03/04/08/392>

Summary

The article analyzes the development of legal regulation of banking activity since the independence of Ukraine. Emphasis is placed on regulations that have played a major role in regulating banking activities.

Використана література:

1. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 560 с.
2. Савчук С.С. Становлення правової регламентації банківської діяльності в Україні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 2. Том 1. С. 91–96
3. Фукс Н.А. Банківська система України: правові аспекти становлення та розвитку в сучасних умовах. *Правове регулювання економіки*. 2015. № 15. С. 72–87.
4. Річний звіт Національного банку України за 2015 р. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/category?cat_id=34667022
5. Прийняття закону про посилення відповідальності власників банків - найголовніша реформа сьогодення. URL: https://old.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=15141180
6. Core principles for effective banking supervision. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>
7. A framework for dealing with domestic systemically important banks. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs233.pdf>
8. Нагребельний В.П. Законодавство про банківську діяльність: перспективи та напрямки розвитку. URL: <https://forinsurer.com/public/03/04/08/392>
9. Сус Л.В., Онищук М.О. Функціонування державних банків на ринку банківських послуг України. *Наукові горизонти*. 2019. № 4 (77). С. 67–76.

Administrative and legal regulation of legal liability in the migration law of Ukraine

Адміністративно-правове регулювання юридичної відповідальності в міграційному праві України

Volodymyr Dordai

Key words:

administrative law, migration law, legal responsibility, foreigners, stateless persons, diplomatic representatives, immunity.

Ключові слова:

адміністративно-правове регулювання, міграційне право, юридична відповідальність, іноземці, особи без громадянства, дипломатичні представники, імунітет.

Основоположним принципом міграційного права України є свобода пересування людини і громадянина, яка є також їх суб'єктивним правом. Згідно з положенням ст. 33 Конституції України кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом¹. Як універсальні норми міграційного права, так і їх визначальні принципи лежать в основі національного законодавства з питань міграції. Міграційне право України можна визначити як сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини, пов'язані з міграційними процесами фізичних осіб, визначення правового статусу мігранта в результаті свободи пересування, а також закріплення гарантій і обов'язків держави та її органів щодо утвердження й забезпечення статусу різних категорій мігрантів.

Дослідження міграційного права як підгалузі адміністративного права є об'єктом наукових дискусій протягом тривалого часу. Цій тематиці і особливо адміністративно-правовому регулюванню юридичної відповідальності в міграційному праві України приділяли увагу вітчизняні вчені, зокрема М.Ф. Анісімова, Н.В. Беліцер, М.В. Буроменський, О.І. Виноградова, Я.Ю. Кондратьєв, В.В. Олефір, Н.В. Кудрявцев, А.Г. Маланюк, О.С. Онищенко, Б.В. Прощаєва, С.Б. Чехович та інші.

Метою дослідження є визначення поняття міграційного права України, особливостей міграційно-правових інститутів у міграційному праві України, сутності адміністративно-правового регулювання юридичної відповідальності в міграційному праві.

Юридичною відповідальністю називається застосування до кожного (громадянин України, іноземець, особа без громадянства), хто здійснив правопорушення, в установленому для цього процесуальному порядку заходів державного примусу, передбачених санкцією порушеної норми.

Головна мета юридичної відповідальності – охорона правопорядку, правове виховання і покарання винних за вчинене.

Основним принциповим положенням є те, що примус як засіб охорони права не має порушувати саме право, а здійснюватися лише на підставі і в межах права. Одним із відображень цього стала відома формула – без закону немає ні злочину, ні покарання. Це означає, що правопорушенням визнається тільки діяння, яке до його вчинення було заборонено законом, набрало чинності й доведено до відома населення. У законі мають бути визначені межі покарання, яке застосовується до цього виду правопорушення. За ст. 58 Конституції України громадянин України, іноземець, особа без громадянства не можуть відповідати за свої діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності (ч. 2 ст. 68 Конституції України).

¹ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. С. 141.

Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності (загальні підстави, умови, форми відповідальності тощо), діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що утворюють їх склад) як підстави кримінальної, адміністративної, дисциплінарної відповідальності, а також відповідальності за такі діяння². Тобто конституційними положеннями безпосередньо не встановлюються види юридичної відповідальності, зазначені питання не можуть бути предметом регулювання підзаконних нормативно-правових актів. Вони визначені Кримінальним кодексом України, Кодексом України про адміністративні правопорушення, Цивільним кодексом України, іншими законами.

Притягнення до юридичної відповідальності має здійснюватися у певному порядку, на підставі процесуальних норм, що регламентують провадження у справі про порушення громадянами України, іноземцями, особами без громадянства норм національного законодавства України. Процесуальний порядок встановлено законом, зокрема кримінально-процесуальним, цивільним процесуальним тощо.

В основу притягнення до юридичної відповідальності має бути покладений конкретний склад правопорушення, яке вчинили громадянин України, іноземець або особа без громадянства. Відмінність у складі правопорушення як загалом, так і в конкретних його елементах дає підстави для притягнення їх до різних видів юридичної відповідальності. Відповідно до ст. 61 Конституції України громадянин України, іноземець, особа без громадянства не можуть бути двічі притягнені до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення, оскільки юридична відповідальність має індивідуальний характер.

Таким чином, юридична відповідальність встановлюється за вчинення конкретного правопорушення конкретним громадянином України, іноземцем, особою без громадянства і характеризується, наприклад, наявністю системи покарань та стягнень, можливістю призначення більш м'якого покарання, умовного засудження, відстрочки виконання вироку, звільнення від кримінальної відповідальності. Цей принцип забезпечується можливістю застосування виду юридичної відповідальності залежно від ступеня суспільної небезпечності вчиненого правопорушення.

Принцип індивідуалізації відповідальності знаходить також свій вияв у тому, що у процесі призначення покарання мають враховуватися всі особливості та обставини справи, характер правопорушення, ступінь здійснення винною особою протиправного наміру, ступінь вини, властиві їй індивідуальні риси, спосіб життя, мотиви вчинення правопорушення тощо. Види юридичної відповідальності не варто плутати з порядком їх реалізації: відповідальність у судовому, адміністративному чи в іншому порядку. Один і той самий вид відповідальності може здійснюватися в одній чи в кількох формах. Так, кримінальна відповідальність реалізується лише в судовому порядку, цивільно-правова – у судовому, адміністративному порядку тощо.

Юридична відповідальність іноземців та осіб без громадянства має певну специфіку, що пов'язано з суб'єктом правопорушення. Зокрема, відповідно до міжнародно-правових актів і національного законодавства України дипломатичні представники іноземних держав та деякі інші особи володіють дипломатичною недоторканістю (дипломатичним імунітетом). Це означає, що в разі вчинення цими особами злочину на території України вони підсудні у кримінальних справах судам України і питання щодо їх відповідальності вирішується дипломатичним шляхом (ст. 6 Кримінального кодексу України)³. Водночас на осіб, які володіють дипломатичною повною недоторканістю (зумовлює непідсудність у кримінальних справах судам України стосовно будь-яких дій, незалежно від того, вчинені вони при виконанні офіційних функцій чи у будь-яких інших, наприклад, побутових відносинах) чи обмеженою недоторканістю (зумовлює зазначену непідсудність виключно щодо дій, вчинених при здійсненні певною посадовою особою її офіційних функцій), може поширюватися кримінальна юрисдикція України, якщо відповідна держава дасть ясно виражену згоду на це і позбавить таку особу дипломатичного імунітету.

Особливою частиною Кримінального кодексу України передбачено склади злочинів, суб'єктами яких є лише громадяни України і не можуть бути іноземці та особи без громадянства (наприклад, державна зрада, злочини проти встановленого порядку несення військової служби, ухилення від призову на строкову військову службу), або, навпаки, суб'єктами можуть бути винятково іноземці та особи без громадянства (шпигунства).

² Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. С. 141.

³ Кримінальний кодекс України : Закон України № 2341-III від 1 квітня 2001 р. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. С. 131

Кодексом України про адміністративні правопорушення також передбачено склади адміністративних правопорушень, суб'єктами яких є лише іноземці та особи без громадянства (порушення правил перебування в Україні і транзитного проїзду через територію України). Адміністративне видворення з України може застосуватися виключно до іноземців та осіб без громадянства (ст. 24 КУпАП)⁴.

Загальновизначеним є поділ юридичної відповідальності за галузевою структурою права на цивільно-правову, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну. При цьому всі види юридичної відповідальності становлять передбачені санкції за правопорушення, а правопорушник зазнає державного примусу, зокрема, позбавлення волі, штрафу, відшкодування завданої шкоди.

Цивільно-правова відповідальність полягає в настанні передбачених цивільно-правовою нормою негативних майнових наслідків, які завжди є для правопорушника додатковим майновим обмеженням (додатковими майновими втратами або майновими обов'язками). Цивільна відповідальність виражає осуд державою і суспільством протиправної поведінки правопорушника. Види й умови цивільно-правової відповідальності передбачені Цивільним кодексом України⁵.

Суть кримінальної відповідальності полягає у застосуванні судом від імені держави до особи, що вчинила злочин, державного примусу у формі покарання. Кримінальна відповідальність і покарання застосовуються до особи, винної у вчиненні злочину, тобто такої, яка умисно або з необережності вчинила передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння. Кримінальним кодексом України злочини у сфері міграції визначаються таким діянням, зокрема, настає кримінальна відповідальність за торгівлю людьми, пов'язану із законним чи незаконним переміщенням за їх згодою або без згоди через державний кордон України з метою сексуальної експлуатації, використання в порнобізнесі, втягнення у злочинну діяльність, залучення в боргову кабалу, усиновлення (удочеріння) в комерційних цілях, використання у збройних конфліктах, експлуатацію їх праці⁶.

Кримінальна відповідальність відображає офіційну поведінку особи як злочинну, а її самої – як злочинця. За ч. 1 ст. 62 Конституції України громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважаються невинуватими у скоєнні злочину і не можуть бути піддані кримінальному покаранню, доки їх вину не буде доведено в законному порядку й встановлено обвинувальним вироком суду.

Адміністративна відповідальність настає за здійснення адміністративних проступків, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення та іншими законами, які передбачають адміністративну відповідальність. При цьому суб'єктами відповідальності в міграційному праві України є фізичні та юридичні особи. Ст. 203 КУпАП за порушення іноземцями та особами без громадянства правил перебування в Україні, тобто проживання без документів на право проживання в Україні, за недійсними документами, або документами, термін дії яких закінчився, або працевлаштування без відповідного дозволу на це, якщо необхідність такого дозволу передбачено законодавством України, або недодержання встановленого порядку реєстрації, або пересування і зміну місця проживання, ухилення від виїзду з України після закінчення відповідного терміну перебування, а так само порушення правил транзитного проїзду через територію України, встановила накладення штрафу від десяти до двадцяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян⁷.

Чинність цієї статті не поширюється на випадки, коли іноземці чи особи без громадянства незаконно перетнули державний кордон України з наміром набути статус біженця і перебувають на території України протягом часу, необхідного для звернення до відповідного органу міграційної служби із заявою про надання їм статусу біженця відповідно до Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»⁸.

Щодо адміністративної відповідальності підприємства (їх об'єднання), установи та організації, незалежно від форм власності, які здійснюють міжнародні пасажирські повітряні перевезення, то з повітряних перевізників за переміщення через державний кордон України пасажирів-іноземців чи осіб без

⁴ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 1984. Додаток до № 51. С. 1122 (з наступними змінами та доповненнями).

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України № 435- IV від 16 січня 2003 р.

⁶ Кузьменко О. Міри відповідальності як спосіб протидії нелегальній міграції. Право України. 2015. № 3.

⁷ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України. Відомості Верховної ради України. 1984. Додаток до № 51. С. 1122 (з наступними змінами та доповненнями).

⁸ Кузьменко О. Міри відповідальності як спосіб протидії нелегальній міграції. Право України. 2015. № 3.

громадянства без документів для в'їзду в Україну або з документами, оформленими з порушенням вимог, установлених законодавством України, стягується штраф від двохсот двадцяти до двохсот п'ятдесяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян за кожного такого пасажир.

Звернення пасажир-іноземця або особи без громадянства із заявою про надання статусу біженця чи про надання притулку в порядку, встановленому законом, не звільняє повітряного перевізника від відповідальності. Сплата штрафу не звільняє повітряного перевізника від обов'язку перевезення пасажир, якому відмовлено у в'їзді в Україну, в пункт посадки на повітряне судно або будь-яке інше місце, в'їзд в яке йому дозволено.

Дисциплінарна відповідальність настає за дисциплінарний проступок, тобто за порушення трудової, військової, службової дисципліни. Розрізняють загальну й спеціальну дисциплінарну відповідальність. Загальну дисциплінарну відповідальність несуть, зокрема, працівники за невиконання або неналежне виконання своїх трудових обов'язків, які встановлені трудовим договором (контрактом) та правила внутрішнього розпорядку. Встановлена для окремих категорій працівників спеціальна дисциплінарна відповідальність враховує особливості їхньої трудової діяльності, значущість належного виконання ними трудових обов'язків для нормального функціонування тієї чи іншої галузі народного господарства, суспільства загалом⁹.

Посадові чи службові особи, які вчинили дисциплінарний проступок, пов'язаний із невиконанням або неналежним виконанням посадових або службових обов'язків у сфері міграційного права, можуть притягатися до дисциплінарної відповідальності, застосування якої регламентується Кодексом законів про працю України¹⁰. Відповідно до ст. 147 цього Кодексу за порушення трудової дисципліни до працівника може бути вжито тільки один із заходів стягнення (догана чи звільнення). Законодавство, статuti і положення про дисципліну передбачають для окремих категорій працівників й інші дисциплінарні стягнення.

У нормах права, які регулюють міграційно-правові відносини, є також примусові заходи, які за своєю природою не належать до заходу стягнення, оскільки мають застережувальний характер і використовуються для попередження правопорушень. Зокрема, в разі надзвичайної ситуації техногенного та природного характеру може застосовуватися евакуація, щоб запобігти небезпечній хворобі, може запроваджуватися карантин тощо.

Таким чином, міграційне право України як підгалузь адміністративного права – це складна система, під якою необхідно розуміти науково обґрунтований, об'єктивно існуючий зв'язок інститутів і норм. Джерела міграційного права України мають комплексний характер, оскільки об'єднують і матеріальні, і процесуальні норми. Міграційному праву України не властива, як наприклад, цивільному чи кримінальному, наявність самостійного процесуального права. Матеріальні і процесуальні норми об'єднуються в одному міграційному акті, що зумовлюється вимогами законодавчої техніки. Здебільшого законодавець вирішує проблему шляхом об'єднання процедурних норм в один структурний підрозділ правового акта. З'ясовано, що юридична відповідальність іноземців та особи без громадянства має певну специфіку, що пов'язано з суб'єктом правопорушення. Зокрема, відповідно до міжнародно-правових актів і національного законодавства України дипломатичні представники іноземних держав та деякі інші особи володіють дипломатичною недоторканістю (дипломатичним імунітетом). Водночас необхідно зазначити, що нинішня політика відкритих дверей для біженців не є ефективною та дієвою, адже надмірний потік мігрантів на європейський континент є важким тягарем, що спричиняє низку проблем: виснаження ресурсів країн, навантаження на бюджет приймаючої країни, зростання соціальної напруги у суспільстві щодо мігрантів тощо. Тому європейським лідерам треба скоординувати свої зусилля з удосконалення міграційного та прикордонного контролю.

⁹ Міграційні процеси в сучасному світі: світовий, регіональний та національний виміри: (Понятійний апарат, концептуальні підходи, теорія та практика): Енциклопедія / Упоряд. Ю.І. Римаренко; за заг. ред.. Ю. Римаренка. Київ : Довіра, 2011. С. 813.

¹⁰ Мосьонз С. Характеристика міграційного законодавства та органів виконавчої влади у сфері міграції. Проблеми міграції. Український інформаційно-аналітичний журнал. 2002. Т. 7. № 3 (21).

Анотація

У статті розглянуто питання адміністративно-правового регулювання юридичної відповідальності в міграційному праві України. Визначено аспекти дипломатичного імунітету дипломатичних представників іноземних держав. Зосереджено увагу на характеристиці цивільно-правової, кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності у сфері міграційного права.

Summary

The article deals with the issues of administrative and legal regulation of legal responsibility in the migration law of Ukraine. Aspects of diplomatic immunity of diplomatic representatives of foreign countries are determined. The focus is on the characteristics of civil, criminal, administrative and disciplinary responsibility in the field of migration law.

Використана література:

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
2. Кримінальний кодекс України: Закон України №2341-III від 1 квітня 2001 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. С. 131
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1984. Додаток до № 51. С. 1122 (з наступними змінами та доповненнями).
4. Цивільний кодекс України : Закон України № 435- IV від 16 січня 2003 р.
5. Кузьменко О. Міри відповідальності як спосіб протидії нелегальній міграції. *Право України*. 2015. № 3.
6. Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту : Закон України № 3671-VI від 8 липня 2011 р.
7. Міграційні процеси в сучасному світі: світовий, регіональний та національний виміри: (Понятійний апарат, концептуальні підходи, теорія та практика): Енциклопедія / Упоряд. Ю.І. Римаренко; за заг. ред. Ю. Римаренка. Київ : Довіра, 2011. С. 813.
8. Мосьонз С. Характеристика міграційного законодавства та органів виконавчої влади у сфері міграції. *Проблеми міграції. Український інформаційно-аналітичний журнал*. 2002. Т. 7. № 3 (21).

Volodymyr Dordiai,

Candidate of Law,

*Lecturer in the Department of Administrative, Financial and Information Law
State Higher Educational Institution "Uzhgorod National University"*

European Investigation Order

Європейський ордер на проведення розслідування

Oksolana Klymkevych

Key words:

European Investigation Order, directive, state members, issuing state, executing state.

Ключові слова:

Європейський ордер на проведення розслідування, директива, держави-члени, запитуюча сторона, запитувана сторона.

Постановка проблеми. У сучасному світі з розвитком науково-технічного прогресу, створенням інтеграційних економічних утворень, узагалі, глобалізацією суспільних відносин спостерігається процес зближення правових систем різних держав.

Інтеграційні тенденції простежуються і у сфері кримінальної юстиції Європейського Союзу (далі – ЄС). Наднаціональні органи ЄС здійснюють активне впровадження інститутів, які базуються на принципі взаємного визнання іноземних судових рішень. Цей принцип є «наріжним каменем»¹ співробітництва між країнами-членами ЄС у боротьбі зі злочинністю. Після закріплення даної засади у Висновках Європейської ради в Тампері² держави-члени ЄС продовжують зміцнювати механізми судового співробітництва шляхом гармонізації свого законодавства.

Результатами такої гармонізації стало ухвалення низки Рамкових рішень Ради ЄС та директив Європейського парламенту і Ради ЄС у сфері кримінального процесу та міжнародного співробітництва в боротьбі зі злочинністю. Зокрема, варто згадати Рамкове рішення № 2002/584/ПВД Ради ЄС про Європейський ордер на арешт та процедури передачі осіб між державами-членами³, Рамкове рішення № 2008/978/ПВД Ради ЄС про Європейський доказовий ордер⁴ (натепер утратив чинність) тощо. Однак класичні механізми судового співробітництва в межах Європейського Союзу недостатньо ефективні та не здатні оперативно реагувати на виклики сучасної злочинності.

Стан дослідження. У теорії кримінального процесу України питання міжнародних стандартів кримінального провадження досліджувалося такими відомими вченими: О. Капліною, О. Кучинською, В. Уваровим, Т. Фулей, О. Шило й ін. Також українськими науковцями (А. Нерсисян, О. Овчаренко, М. Сенько, Т. Пшеволодська) вивчалися окремі інструменти міжнародного співробітництва ЄС.

Серед закордонних учених проблематику застосування Європейського ордеру на проведення розслідування досліджували М. Кусак, Р. Монтеро, Г. Іллумінаті.

Однак вищезазначеними науковцями досліджено лише окремі аспекти застосування даного Ордеру, що зумовлює актуальність його вивчення в умовах укладення Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованої Законом України від 16 вересня 2014 р.⁵

¹ Бирюков П. Признание в праве ЕС иностранных судебных решений по уголовным делам (опыт Испании). Московский журнал международного права. 2016. № 4. С. 63.

² Conclusion of the European Council in Tampere on 15 and 16 October 1999. URL: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

³ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision. Official Journal of the European Union. L 190. 18.07.2002. P. 1–20.

⁴ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.

⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифіковано із заявою Законом України № 1678-VII від 16 вересня 2014 р. / Верховна Рада України : офіційний вебпортал. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011?te.

Метою статті є аналіз інституту міжнародного співробітництва ЄС – Європейського ордеру на проведення розслідування, особливостей його реалізації у країнах ЄС та доцільності запровадження цього європейського досвіду у кримінальне процесуальне законодавство України.

Виклад основного матеріалу. Необхідність ухвалення єдиного європейського інструменту для збору доказів, який можна було б застосовувати для проведення будь-яких слідчих дій, наголошувалася в Зеленій книзі «Про отримання доказів між державами-членами ЄС у кримінальних справах та забезпечення їх допустимості»⁶. Окрім цього, дана тенденція простежується в п. 3.1.1. Стокгольмської програми⁷, де зазначено, що «планується впровадження вичерпної системи збору доказів у транскордонних справах, базуючись на принципі взаємного визнання, оскільки існуючі інструменти характеризуються фрагментарністю. Необхідно запровадити новий підхід, який, окрім того, що керувався б принципом взаємного визнання, також урахував би гнучкість традиційних систем взаємної правової допомоги. Нова модель повинна мати широку сферу застосування та стосуватися якомога більше видів доказів».

Унаслідок реалізації вищезазначених намірів 3 квітня 2014 р. ухвалено Директиву Європейського парламенту і Ради ЄС № 2014/41 про Європейський ордер на проведення розслідування⁸ (далі – Директива), яка мала бути впроваджена в національне законодавство держав-членів ЄС до 22 травня 2017 р.

Ця Директива замінила в передбаченому нею обсязі відповідні положення конвенцій про правову допомогу у кримінальних справах (зокрема, Європейської конвенції про правову допомогу у кримінальних справах 1959 р.⁹, Конвенції про взаємодопомогу у кримінальних справах між державами-членами ЄС 2000 р.¹⁰), а також рамкових рішень (зокрема, Рамкового рішення 2008/978/JHA про Європейський доказовий ордер¹¹). Однак окремі положення згаданих конвенцій зберігатимуть чинність тоді, коли вони регулюють питання, що виходять за межі розслідування (наприклад, у разі незаконного засудження).

Європейський ордер на проведення розслідування є новим правовим інститутом міжнародного співробітництва, який спрямований на спрощення збору доказів між окремими країнами ЄС. Європейський законодавець у ст. 1 Директиви визначає Ордер як рішення, яке видано судовим органом країни-члена ЄС для того, щоб здійснити одну чи кілька слідчих дій на території іншої країни-члена ЄС.

Директива охоплює широке коло слідчих дій: допит свідків, отримання інформації чи доказів, які вже є в розпорядженні відповідного державного органу, якому надіслали ордер, перехоплення телекомунікацій, а також отримання інформації про банківські рахунки.

Щодо суб'єктного складу видачі Ордеру, то він може видаватися не лише судом чи прокурором, а також будь-яким іншим органом, який уповноважений проводити досудове розслідування відповідно до національного законодавства країни-члена ЄС. Це не виключає органи поліції як суб'єктів видання Ордеру. Однак у такому разі Ордер повинен бути затверджений судовим органом. Така процедура видачі Ордеру видається цілком правильною.

Важливим положенням Директиви є те, що клопотати про видачу Ордеру може підозрюваний, обвинувачений або його захисник, що є однією з гарантій права на захист під час здійснення досудового розслідування та судового розгляду під час реалізації Ордеру.

Варто з'ясувати види проваджень, у яких допускається видача Ордеру на проведення розслідування. Ордер може видаватися у провадженнях таких категорій:

⁶ Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, Brussels. 11.11.2009. COM (2009). 624 final.

⁷ The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens. Official Journal of the European Union. C 115. 04.05.2010.

⁸ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters. Official Journal of the European Union. L 130.

⁹ Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20 квітня 1959 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_036.

¹⁰ Конвенція про взаємодопомогу у кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу від 29 травня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_23833.

¹¹ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters. Official Journal of the European Union. L 350. 30.12.2008. P. 72–92.

- а) у кримінальних провадженнях, які розглядаються або могли розглядатися судом, уповноваженим на це відповідно до національного законодавства держави, яка видає Ордер;
- б) у провадженні, розпочатому адміністративними органами стосовно діянь, які караються відповідно до національного законодавства держави, що видає Ордер, якщо рішення адміністративного органу може бути підставою для розгляду цієї справи в суді, зокрема у кримінальному суді;
- в) у провадженні, розпочатому судовими органами стосовно діянь, які караються відповідно до національного законодавства держави, що видає Ордер, якщо рішення адміністративного органу може бути підставою для розгляду цієї справи в суді, зокрема у кримінальному суді;
- г) у зв'язку із провадженнями, зазначеними у вищеперелічених пунктах, які стосуються правопорушень, учинених юридичними особами.

Директива містить вимоги до змісту і форми Ордера, вказуючи, яку інформацію повинен містити цей документ. У ньому необхідно зазначати відомості про орган, що видав Ордер, причини видачі Ордера, усю наявну інформацію про особу або осіб, яких стосується цей Ордер, опис кримінального правопорушення, що розслідується, з посиланням на положення кримінального законодавства держави, що видає Ордер, вказівку на процесуальні дії, які необхідно буде виконати на території запитованої держави, та докази, які необхідно зібрати. Форма Ордера міститься в додатку А до Директиви, що дуже зручно й усуває зайвий формалізм у процедурі видачі Ордера для проведення розслідування.

Директива у ст. 6 чітко регулює умови видачі Ордера. Запитуюча держава може видати Ордер лише за таких умов:

- 1) видання Ордера є необхідним та пропорційним меті провадження, у якому може видаватися Ордер. Критерії необхідності та пропорційності є новими у сфері міжнародного співробітництва, є суб'єктивними оціночними категоріями. Однак А. Ключніков¹² зазначає, що такі критерії – не лише логічні наслідки еволюції співпраці в межах єдиного простору правосуддя ЄС, а також передумова правильного застосування Ордера. Критерії необхідності і пропорційності – запорука відповідності Ордера фундаментальним вимогам справедливості кримінального процесу. Однак забезпечення правильного дотримання цих критеріїв потребує докорінних змін принципів і практики розслідування кримінальних правопорушень, посилення співпраці у сфері кримінальної юстиції, зокрема і пов'язаного з відмовою від механічної видачі судами і прокуратурою запитів про правову допомогу за кордон безвідносно до характеру справи¹³;
- 2) слідчі дії, вказані в Ордері, можуть бути здійсненні за тих самих умов, якщо б вони здійснювалися відповідно до національного процесуального законодавства. Ця вимога видається цілком логічною та правильною, оскільки протилежне означало б «обхід» вимог національного кримінального процесуального законодавства та порушення прав людини.

Вищезазначені умови повинні розглядатися запитуючою стороною в кожному конкретному випадку. Новими для правозастосування є положення Директиви про те, що коли запитована держава має підстави вважати, що ці вимоги видачі Ордера не дотримані, то вона може проконсультувати запитуючу державу щодо важливості дотримання вимог видачі Ордера, після чого запитуюча держава має право відмовитися від видання такого Ордера.

Директива встановлює умови передачі Ордера, механізм дій, коли до однієї запитованої держави надійшли кілька Ордерів від різних країн, підстави для відмови держави від виконання Ордера, час виконання Ордера, спосіб передачі зібраних доказів, питання конфіденційності та захисту персональних даних, питання витрат.

Особливість Директиви – наявність окремого розділу, що передбачає правове регулювання негласної діяльності компетентних органів країн-членів ЄС, а саме ст. 30, що передбачає проведення такої негласної слідчої дії, як перехоплення телекомунікацій¹⁴. Ордер може видаватися для перехоплення телекомуніка-

¹² Ключников А. Европейский следственный ордер как инструмент судебного сотрудничества по уголовным делам в Европейском Союзе. Международное уголовное право и международная юстиция. 2018. № 1. С. 9.

¹³ Ключников А. Европейский следственный ордер как инструмент судебного сотрудничества по уголовным делам в Европейском Союзе. Международное уголовное право и международная юстиция. 2018. № 1. С. 10.

¹⁴ В оригінальному тексті Директиви вжито термін "interception of telecommunication", що дослівно перекладається як «перехоплення телекомунікацій». Якщо проводити паралель із Кримінальним процесуальним кодексом України, то цій негласній слідчій дії найбільше кореспондує зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж, передбачене у ст. 263 Кодексу.

цій у державі-члені ЄС, від якої необхідно отримати певне технічне сприяння. Директива передбачає два способи передачі інформації: передачу інформації одразу безпосередньо запитуючій державі або переходу, фіксацію інформації з подальшою її передачею запитуючій державі.

На підставі системного тлумачення норм Директиви можна виокремити специфічні особливості Європейського ордеру на проведення розслідування:

- встановлено чіткі часові межі для виконання Ордеру – тридцять днів;
- встановлює можливість отримання всіх видів доказів у межах міжнародного співробітництва між країнами ЄС;
- наведений вичерпний перелік підстав для відмови у виконанні Ордеру;
- стандартизовано форму і процедуру направлення Ордеру запитуваній стороні;
- може застосовуватися як для здійснення процесуальних дій на території іншої держави ЄС, так і для отримання доказів, які знаходяться на території іншої держави-члена ЄС.

Однак, незважаючи на значну кількість вищезазначених переваг цього інституту міжнародного співробітництва, наявні деякі проблемні аспекти його правового регулювання.

Важливим проблемним аспектом застосування даного правового інституту є недостатня правова регламентація забезпечення прав особи під час виконання Ордеру. У ч. 4 ст. 1 Директиви прямо вказано на обов'язок держав-членів ЄС поважати права людини під час виконання Ордеру. Окрім цього, п. 1 ст. 11 Директиви посилається на Хартію основних прав ЄС¹⁵ як можливу підставу для відмови у виконанні Ордеру за невідповідності вимог запитуючої держави положенням Хартії. Окрім вищезазначених загальних норм щодо захисту прав людини, у Директиві не згадується про необхідність захисту багатьох важливих процесуальних прав людини. Наприклад, у Директиві немає положення про тривалість допиту чи право на доступ до захисника. Окрім цього, іншою прогалиною нормативного регулювання Європейського ордеру на проведення розслідування є відсутність положень, спрямованих на захист третіх осіб, зокрема свідків чи експертів. Права зазначених суб'єктів гарантуються відповідно до національного кримінального процесуального законодавства запитуваної держави. На наш погляд, варто доопрацювати текст Директиви в напрямі забезпечення прав і свобод людини, закріпивши основоположні права учасників кримінального провадження на наднаціональному рівні.

Висновки. Отже, на основі проведеного аналізу положень Директиви Європейського парламенту і Ради ЄС № 2014/41 про Європейський ордер на проведення розслідування від 3 квітня 2014 р. можна дійти висновку, що дефініція Європейського ордеру на проведення розслідування, запропонована європейським законодавцем у ст. 1 Директиви, є неповною та не враховує основні характерні риси цього правового інституту. Виходячи із системного тлумачення положень Директиви, можна запропонувати таке визначення Ордеру: Європейський ордер на проведення розслідування становить собою запит органів, компетентних проводити досудове розслідування та судовий розгляд, однієї держави-члена ЄС до аналогічних компетентних органів іншої держави-члена ЄС про здійснення слідчих (розшукових) дій та окремих негласних слідчих дій, які спрямовані на збирання та передачу доказів.

Директива зазначає обов'язок неухильного дотримання прав людини під час збирання доказів. Однак видається, що в контексті захисту прав людини лише згадки про необхідність їх дотримання, очевидно, недостатньо. На нашу думку, Директиву необхідно доповнити окремим розділом, присвяченим гарантіям захисту прав учасників кримінального провадження, включаючи право підозрюваного на захист. Запровадження в Директиві уніфікованого підходу до регулювання питання захисту прав учасників кримінального провадження було б значною перевагою цього правового акта та прогресивним, логічним кроком європейського законодавця.

Анотація

У статті проаналізовано інститут міжнародного співробітництва – Європейський ордер на проведення розслідування. Здійснено аналіз положень однойменної Директиви Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу № 2014/41, яка регулює порядок видачі та виконання Ордеру. Запропоновано власне авторське визначення Європейського ордеру на проведення розслідування та пропозиції щодо доповнення тексту Директиви в контексті захисту прав суб'єктів кримінального провадження.

¹⁵ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524.

Summary

An institute of international cooperation – European Investigation Order – is analyzed in the article. The provisions' analysis of the same name Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council, which regulates the issuing and execution of the Order has been conducted. The own authorial definition of the European Investigation Order has been proposed as well as the proposals concerning the supplement to the Directive in the rights protection sphere of subjects of criminal proceeding.

Використана література:

1. Conclusion of the European Council in Tampere on 15 and 16 October 1999. URL: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.
2. Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision. *Official Journal of the European Union*. L 190. 18.07.2002. P. 1–20.
3. Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.
4. Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters. *Official Journal of the European Union*. L 350. 30.12.2008. P. 72–92.
5. Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters. *Official Journal of the European Union*. L 130.
6. Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility. Brussels. 11.11.2009. COM (2009). 624 final.
7. The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens. *Official Journal of the European Union*. C 115. 04.05.2010.
8. Бирюков П. Признание в праве ЕС иностранных судебных решений по уголовным делам (опыт Испании). *Московский журнал международного права*. 2016. № 4. С. 63–72.
9. Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20 квітня 1959 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_036.
10. Ключников А. Европейский следственный ордер как инструмент судебного сотрудничества по уголовным делам в Европейском Союзе. *Международное уголовное право и международная юстиция*. 2018. № 1. С. 8–10.
11. Конвенція про взаємодопомогу у кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу від 29 травня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_23833.
12. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифіковано із заявою Законом України № 1678–VII від 16 вересня 2014 р. / *Верховна Рада України* : офіційний вебпортал. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011?te.
13. Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524.

Roksolana Klymkevych,

Assistant

of Department of Criminal Legal Disciplines
of the Law Faculty
Lviv State University of Internal Affairs

Portrait of drug addict

Портрет наркозлочинця

Iryna Klymiuk

Key words:

drug addict, portrait of drug addict, victim modeling of drug crime, drug businessmen, drug addicts, accidental drug offenders.

Ключові слова:

наркозлочинець, портрет наркозлочинця, віктимологічне моделювання наркотичної злочинності, наркобізнесмени, наркозалежні, випадкові наркозлочинці.

Вступ. Систематичне вживання заборонених законодавцем наркотичних речовин із плином часу сформувало у населення певне «примиренське ставлення» до наркотиків та призвело до збільшення обсягів їх вживання. Дослідження особи злочинця та особи жертви відіграє важливу роль у системі віктимологічного моделювання наркотичної злочинності, виступаючи основним елементом дослідження.

Актуальність обраної тематики дослідження обумовлено високим рівнем наркотизації суспільства. Аналіз інформації щодо наркосуб'єктів (осіб, які вчиняють злочини у сфері обігу наркотичних речовин та осіб, які залежні від наркотиків), характеристика поведінки та мотивації до здійснення незаконних операцій із наркотиками допоможуть сформувати портрет наркозлочинців, що сприятиме виявленню провокуючих ознак віктимності, допоможуть у попередженні та розслідуванні наркотичних злочинів.

Метою статті є створення портрета наркотичного злочинця.

Виклад основного матеріалу. Можна виокремити дві категорії наркозлочинців: «наркобізнесмени» та «наркозалежні». «Наркобізнесмени» є корисливими злочинцями, які прагнуть до збагачення внаслідок систематичного заняття незаконною діяльністю у сфері наркотиків. «Наркозалежними» слід вважати осіб, які внаслідок вживання наркотичних речовин набули залежності та стали суб'єктами злочинів, враховуючи кримінальну політику у сфері обігу наркотичних речовин. Такі особи характеризуються наявністю чотирьох груп ознак: соціально-демографічними ознаками; соціально-рольовими; кримінально-правовими; психологічними.

Соціально-демографічна характеристика особи, яка вчинила наркозлочини, складається з таких даних: стать, вік, рівень освіти, громадянство¹. Аналіз статистичних даних Державної судової адміністрації (далі – ДСА) показав, що протягом трьох років із 2016 до 2018 років наркотичні злочини вчинялися переважно чоловіками (у 2016 році 88% (7966), у 2017 році – 89% (9696), у 2018 році – 91% (9158)). До того ж із кожним роком збільшується кількість чоловіків, яких засуджують до позбавлення волі за наркозлочини². Цікавий і той факт, що проведене анонімне опитування вказало на високий рівень саме жіночого вживання наркотичних речовин (63%).

Характер злочинної поведінки людини залежить і від її віку. Серед тих осіб, які вчинили наркозлочини, переважають особи віком від 30 до 50 років (у 2016 році – 5185, у 2017 році – 6498, у 2018 році – 6100). Можна зробити висновок, що наркотизація є вибором, адже найбільше злочинів вчинено особами у свідомому віці, або ж вживання наркотиків почалося у більш ранньому віці, а до 30 років вже набуло свого апогею. Високий рівень наркозлочинності притаманний і особам віком від 25 до 30 років (у 2016 році – 1664, у 2017 році – 1816, у 2018 році – 1674). Гарним показником є відсутність неповнолітніх засуджених за наркотичні злочини протягом трьох років.

Відповідно до статистичних даних можна зробити висновок, що помітно зростає частка засуджених осіб, які мають повну загальну освіту (у 2016 році – 4080, у 2017 році – 4843, у 2018 році – 4515);

¹ Михайлов О.Є. Кримінологія. Навчальний посібник. К. : Знання, 2012. 565 с. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://lib-net.com/content/9320_Harakteristika_osobi_yaka_vchinila_korislivii_zlochin.html.

² Звіт про склад засуджених за 2016 р. / 2017р. / 2018 р. Офіційний сайт Державної судової адміністрації України. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2016_zvit.

пропорційно зменшується кількість засуджених за наркотичні злочини тих, хто не має освіти (у 2016 році – 102, у 2017 році – 110, у 2018 році – 30 осіб. Це пояснюється підвищеною «інтелектуальною місткістю» наркотичних злочинів, що підтверджує її приналежність і до категорії корисливих злочинів.

Аналізуючи кримінальні фактори, які впливають на процес формування злочинної поведінки, не можна не погодитися з думкою про те, що рівень освіти відіграє важливу роль у формуванні особистості, у тому числі й злочинця, багато в чому визначаючи його інтелектуальний і культурний рівень³. До числа осіб, які вчинили наркотичні злочини, належать і іноземні громадяни, їх частка становить близько 1%.

Істотну роль у характеристиці особи наркозлочинця має її соціально-рольова характеристика, вона включає такі ознаки: сфера зайнятості та професія. Існує навіть теорія «солоних огірків» Роберта Кійосакі, відповідно до якої «якщо свіжий огірок покласти до банки із солоними огірками, він також стане солоним». Найбільш небезпечними серед різних соціальних груп, які вчиняють наркотичні злочини, є працездатні особи, які не працюють і не навчаються. Ними вчинено більшість наркозлочинів: у 2016 році – 6990, у 2017 році – 8335, у 2018 році – 7662 злочини. Робітниками вчинено у 2016 році 791 злочин, у 2017 році – 1071, у 2018 році – 1099 злочинів. Трохи менший показник мають військові, засуджені за незаконні дії з наркотиками (у 2016 році – 51, у 2017 році – 68, у 2018 році – 66).

До найнижчих показників належать неповнолітніх до 16 років, які не працювали і не навчалися (ними не скоєно жодного із наркотичних злочинів). Це пояснюється тим, що останнім часом спостерігається підвищення рівня безробіття в Україні, а пошук шляхів отримання коштів на утримання сім'ї часто штовхає людей на вчинення злочинів⁴, у тому числі й до розповсюдження наркотиків. Соціально-психологічна характеристика цієї категорії осіб включає оцінку рівня знань відповідних кримінально-правових заборон; ставлення до них і їх дотримання; суб'єктивне сприйняття ризику бути викритим у вчиненому та ставлення до понесеного покарання.

Розглядаючи кримінально-правові ознаки особистості злочинця у сфері обігу наркотиків, їх умовно можна поділити на дві групи: безпосередні, непрямі. До безпосередніх відносять особливий службовий статус, який сприяє вчиненню злочину (наприклад, зв'язки у митних органах); вид співучасника; наявність не знятої або не погашеної судимості. До непрямих кримінально-правових ознак належить тяжкість учиненого злочину; форма умислу, вказівка на корисливу мету або зацікавленість як обов'язкові ознаки суб'єктивної сторони складу відповідного злочину; вид і різновид множинності вчинених злочинів; форма співучасті⁵.

Потребує особливої уваги дослідження видів співучасників наркозлочинів, враховуючи неоднозначність і залежність їх функцій від виконуваних ролей. Можна виокремити такі види співучасників:

- 1) організатор контрабанди наркотичних засобів, організатор «схем збуту наркотиків», організатор, який здійснює фінансування та «кришування» наркотичного бізнесу;
- 2) виготовлювачі наркотиків, постачальники наркотичних матеріалів;
- 3) перевізники наркотичних засобів, «наркокур'єри», у тому числі розповсюджувачі закладок;
- 4) особи, які полегшують переміщення наркотичних засобів у процесі розповсюдження (працівники «правоохоронних і митних органів» наприклад шляхом надання незаконних дозволів на переміщення, «кришування», надання приміщень для зберігання та виготовлення наркотичних речовин);
- 5) особи, яким адресовані наркотичні засоби.

Організатори злочинних груп становлять найбільшу небезпеку. Вони організовують і спрямовують діяльність груп на придбання, виробництво та розповсюдження наркотиків на чорному ринку, фінансують злочинну діяльність групи на придбання наркотичних засобів і психотропних речовин, щоб вирішити питання, які виникають під час організації доставки наркотиків за призначенням та їх реалізації. Зазвичай організатори часто самі не беруть участі в операціях купівлі-продажу наркотичних засобів, фінансують тільки цю діяльність і отримують дохід, ретельно маскуючи свою причетність до наркобізнесу⁶.

³ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» від 03.06.2005 № 8 (у редакції від 30.05.2008): [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-05>.

⁴ Васирина М.М. Соціально-психологічний портрет особи контрабандиста. Боротьба з організованою злочинністю та корупцією : матеріали наук.-практ. конф. (4-5 квітня 2000 р., м. Київ). К. : РВБ МВС України, 2001. с. 150.

⁵ Михайлов О.Є. Кримінологія. Навчальний посібник. К. : Знання, 2012. 565 с. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://libnet.com/content/9320_Harakteristika_osobi_yaka_vchynila_korislivii_zlochyn.html.

⁶ Никифорчук Д.Й. Особливості розкриття злочинів, пов'язаних із наркобізнесом. Науковий вісник НАВСУ. К., 2003. № 1. Ч. 2. С. 21–25.

За даними однієї зі справ ОСОБА_1, перебуваючи на території м. Мадрид Королівства Іспанія, здійснювала незаконне переміщення 38 блістерів із таблетками медичного препарату "Tramadol/paracetamol cінfa 37, 5 mg/325 mg" в кількості 371 шт., які запакувала серед речей і предметів особистого вжитку у картонну коробку, яку щільно і герметично перемотала скотчем. У подальшому, попередньо домовившись із водієм автомобіля марки «Мерседес Спринтер», ОСОБА_2, який не був обізнаний із її злочинними намірами, завантаживши у вказаний автомобіль серед інших речей коробку із таблетками медичного препарату, виїхала з м. Мадрид Королівства Іспанія до України. ОСОБА_1 прибула в якості пасажира автомобіля, який перебував під керуванням ОСОБА_3, на місце паркування автомобілів у населеному пункті Медика, розташованому неподалік пункту пропуску через державний кордон «Медика – Шегині» на території Республіки Польща, звідки ОСОБА_2 звернувся до свого товариша ОСОБА_4 за допомогою у перевезенні через державний кордон із Республіки Польща в Україну частини речей, які були в автомобілі, оскільки їх кількість перевищувала дозволу норму при переміщенні через державний кордон України, на що ОСОБА_4 погодився.

Під час проведення поглибленого огляду автомобіля в зоні митного контролю пункту пропуску «Шегині» митного посту «Мостиська» Львівської митниці ДФС у картонній коробці, яка належала ОСОБА_1 та переміщувалася в цьому автомобілі, працівниками правоохоронних органів було виявлено та вилучено приховані від митного контролю таблетки медичного препарату "Tramadol/paracetamol cінfa 37,5mg/325 mg" в кількості 371 шт. із вмістом наркотичного засобу «трамадол». Особу визнано винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 305 КК України.⁷

У цьому випадку бачимо ретельно продуману схему контрабанди наркотичного засобу з використанням декількох транспортних засобів, застосовуючи метод приховування та діючи у команді ще трьох осіб (не співучасників, адже їх вина не доведена). Можна тільки міркувати, чи справді це було одноосібне вчинення злочину, чи заздалегідь обумовлена співучасть у діяльності міжнародних наркокартелів, а їх ролі розподілені приблизно таким чином: ОСОБА_1 – виконавець, ОСОБА_2, 3, 4 – посібники, невстановлена особа – організатор і так далі.

Найважливішими ознаками є психологічні та кримінально-правові, саме вони у сукупності визначають специфіку типу особистості осіб, які вчинили корисливі злочини у сфері обігу наркотичних засобів. До числа психологічних ознак таких осіб відносять:

- 1) стійкість корисливої установки (спрямованості);
- 2) рівень готовності до насильницьких способів реалізації мотиву злочинів (корисливого, «залежного»);
- 3) характер мотивації, яка стимулює виникнення бажання або їх реалізацію;
- 4) ставлення до етично-правових стандартів, зокрема до кримінально-правових заборон на здійснення корисливих злочинів⁸.

Першою психологічною ознакою можна назвати стійкість корисливої установки, тобто ступінь стійкості психологічної готовності до здійснення злочинів, пов'язаних із протиправним збагаченням. Відповідно до цієї ознаки у сфері наркообігу можна виокремити такі типи наркозлочинців:

1. «Наркобізнесмен», які є найнебезпечнішим типом. Їх діяльність здійснюється виключно з метою отримання прибутку здебільшого у складі злочинної групи, рідше одноособово. Під час роботи вони можуть використовувати свою професійну діяльність і бути організаторами незаконного збуту або брати в ньому участь у якості перевізника.
2. «Випадковий тип». До цього типу належать наркозлочинці, які здійснюють незаконне переміщення наркотиків через митний кордон України, вчинили злочин внаслідок несприятливого збігу обставин чи з легковажних безвідповідальних мотивів, тобто здійснення, наприклад, перевезення наркотиків цими особами не є для них антисоціальною установкою.
3. «Наркозалежний». Цей тип злочинців здійснює злочинні дії з метою або їх використання, або продажу виключно для їх придбання. Обсяг незаконного перевезення наркотичних засобів здебільшого невеликий, тому що можливість використання наркотичних засобів безпосередньо пов'язана із небезпекою викриття⁹.

⁷ Провадження № 1-кп/448/214/19. Сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86128170>.

⁸ Михайлов О.Є. Кримінологія. Навчальний посібник. К. : Знання, 2012. 565 с. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://libnet.com/content/9320_Harakteristika_osobi_yaka_vchinita_korislivii_zlochinn.html.

⁹ Корнякова Т.В., Соколенко О.Л., Гошовський В.С., Максименцева Н.О., Сачко О.В., Климчук І.М., Юзіков Г.С. Комплексний підхід до захисту суспільства від незаконного наркообігу. Дніпро : ЛІРА, 2019. с. 321–322.

Залежна поведінка має внутрішнє походження. Існує думка, що індивід стає залежним завдяки готовності підкорятися, в певному сенсі «пристрасті бути у владі іншого», аби ним керували і вели по життю. Полізалежність є типовою і основною характеристикою. Зовнішні фактори звичайно відіграють роль у формуванні залежної поведінки, але вони є умовами, а не причинами становлення наркотичної залежностей. Залежна особистість, сформована в процесі соціалізації, сама навіть без зовнішнього ініціювання здатна легко знайти собі в навколишньому світі «відповідний» об'єкт чи суб'єкт залежності, адже спокусити можна тільки того, у кому вже дозріла спокуса¹⁰.

Емоційний фон наркозалежного визначається перш за все «взаємодією» з наркотиком. Він має або ейфоричний та апатичний, або дратівливий і похмурий відтінок. Причому всі особливості загострюються, а визначальне місце у виникненні переживань займає «афективна логіка» – когнітивні спотворення, що збільшують дисгармонію особистості. З них найбільш частими, за Р.В. Овчаровою, є:

- 1) довільне відображення: «Я – невдаха», «Я – супермен»;
- 2) селективна вибірка: «Мене ніхто не любить, тому що я погано вчуся»;
- 3) широка розповсюдженість: «Усі наркомани, тому що всі приймають ліки»;
- 4) «абсолютне» мислення: «Все або нічого», «Світ чорний або кольоровий»;
- 5) персоналізація: «Ця репліка не випадкова, вона стосується мене».

Інфантильність (інфантізм) є ключовим елементом залежної особистості. Інфантильність розглядається З. Фрейдом як фіксація на певній стадії розвитку. Людина віддає перевагу задоволенню своїх потреб більш простими, «дитячими», способами, зокрема звички гризти нігті, куріння або переїдання можуть бути пов'язані з частковою фіксацією на оральної стадії, обумовлені «неповнотою» психічної зрілості. Типовою інфантильною рисою є **залежність** – «особлива внутрішня прихильність, яка може чим-небудь замінюватися». Залежність затримує розвиток особистості, «бо ніщо так не перешкоджає розвитку як застигання в несвідомому, психічно ембріональному стані» (К. Юнг). Загальним для усіх видів наркоманії виявляється феномен фізичної та психічної залежності. Під психічною залежністю розуміється бажання суб'єкта знову пережити приємне відчуття, яке раніше вже викликалося у нього дією наркотику¹¹.

Висновки. На підставі проведеного дослідження, враховуючи соціально-демографічні, соціально-рольові, кримінально-правові та психологічні ознаки, у тому числі поглиблений аналіз фактору «залежності» та учень про жертву, вдалося сформулювати таку типологію суб'єктів наркотичних злочинів:

1. Випадкові (вкололи силоміць, «підсадили» для заняття проституцією, бродяжництвом, у клубах): без мети. Періодичність: дуже рідко. Жертва: випадковий тип.
2. Із цікавості (вживають діти, молодь). Мета: спробувати з цікавості, спробувати нові враження. Періодичність: рідко. Жертва: випадковий тип.
3. Для власного вживання (купівля, вирощування, перевезення). Мета: відчути певні враження після вживання. Періодичність: часто. Жертва: випадковий тип, наркозалежний.
4. Перевізники: а) У випадку не знання – мета відсутня. Жертва: випадковий тип; б) Якщо знав (перевезення у транспорті, на собі, у собі) – мета збагачення. Наркобізнесмен.
5. Корисливі: а) Продаж мілкий. Мета: збагачення, для власного вживання. Періодичність: час від часу. Жертва: наркозалежний, наркобізнесмен.
- б) Продаж середній (власноруч, для власного вживання; наймані працівники, із застосуванням «закладок», інтернету). Мета: збагачення. Періодичність: постійно. Наркобізнесмен.
- в) Продаж крупний на території України (співучасники, організована злочинність із застосуванням державних органів (поліція, СБУ, прокуратура, міграційні органи). Мета: аґачення. Періодичність: постійно. Наркобізнесмен.
- г) Міжнародний обіг наркотиків (органи влади різних держав, наркомафія, наркокартелі). Мета: збагачення. Періодичність: постійно. Наркобізнесмен.

У результаті проведеного дослідження, спираючись на показники Державної судової адміністрації (далі – ДСА), судових рішень Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – ЄДРСР), характеристики

¹⁰ Менделевич В.Д., Сиволап Ю.П. Наркологія : учебник. Ростов н/Д : Феникс, 2017. 346 с.: ил. (Высшее медицинское образование). с. 31.

¹¹ Менделевич В.Д., Сиволап Ю.П. Наркологія : учебник. Ростов н/Д : Феникс, 2017. 346 с.: ил. (Высшее медицинское образование). с. 19.

осіб у сфері незаконного обігу наркотиків та враховуючи матеріали опитування, вдалося розробити портрет наркотичного злочинця та жертв злочину, який має такі характеристики:

1. Чоловіча стать відповідно до соціально-демографічних показників ДСА. До того ж за результатами опитування вживали наркотичні речовини 11% із опитаних, з яких 63% жіночої статі.

Справа у тому, що за вживання наркотичних речовин не передбачена відповідальність, що слід доопрацювати. Піклуючись про здоров'я нації, у якій кожен окремий індивід є його часткою, автор вважає за потрібне огороджувати громадян від негативних факторів, до яких належить і наркоманія. Гасло сьогодення: «Життя є правом, а не обов'язком» у контексті проблеми наркоманії набуває нового забарвлення. У законодавстві не передбачено відповідальності за вживання наркотичних речовин, існує відповідальність за зберігання, виготовлення, збут, переховування, контрабанду, що наводить на думку про безкарність, а отже й відсутність високого рівня суспільної небезпеки, байдужості до людей.

2. Вік від 30 до 50 років, хоча перша спроба у 44% випадків відбулася у 16-18-річному віці, у 33% у віці 14-16 років, у 23% у віці з 18 до 24 років.

Аналіз опитування підтвердив той факт, що наркотики вживають у різних вікових категоріях люди різного зросту та кольору волосся, що є ще одним підтвердженням спростування теорії «Природженого злочинця» Чезаре Ломброзо та необхідності застосування покарань лише за вчинені незаконні дії, а не виходячи з фізіологічних показників, поважаючи право на самоствердження.

3. Стають суб'єктами наркотичних злочинів освічені люди.
4. Громадяни України.
5. Працездатні, які не працюють і не навчаються.
6. Здебільшого з корисливих мотивів.
7. До найрозповсюдженішого типу наркозлочинців можна віднести «наркозалежних», до найбільш небезпечних – «наркобізнесменів».
8. Особи з низькою самооцінкою. Просте визначення терміну «внутрішня залежність» та «боязкість».

За даними опитування, з числа вживаючих наркотичні речовини на питання: «Внаслідок чого може виникнути бажання вжити наркотичні, психотропні речовини» відповіли: з цікавості (18% опитаних); внаслідок життєвих обставин (13%); щоб розслабитися, втекти від самотності, зловити кайф, затамувати біль, образу (по 8%). Багаторічні дослідження науковців і медиків довели наявність «дитячих» коренів багатьох злочинів і життєвого шляху людини. Це наводить на думку про необхідність кропіткої праці у вихованні своїх дітей і у підготовці до цього батьків, враховуючи, що батьки можуть не знати, як виховувати дітей у випадку відсутності гарного прикладу.

У більшості випадків опитані вважають, що простіше за все дістати марихуану (88%), на другому місці метамфетамін (12%). Під опис такого портрету підходить кожен третій, що є невтішним фактором, враховуючи розповсюдженість і певне «примиренське ставлення» до наркотиків. Викликає занепокоєння і те, що люди не жалкують, що вживають наркотики (67%), як і той факт, що жоден із опитаних не вважає неможливим або ж дуже складним здобуття наркотичних речовин, хоча 33% все ж хочуть припинити вживання. Здебільшого вживання відбувається у компаніях друзів (64%) із періодичністю 1–2 рази на тиждень (38%).

У процесі здійснення заходів, спрямованих на зниження рівня наркотизму, важливо приділяти увагу моральності та вихованню підростаючого покоління, лікуванню хворих і закриттю наркотичних потоків на територію України.

Анотація

У науковій статті проводиться дослідження характерних ознак, притаманних суб'єктам наркотичних злочинів. Враховуючи багатоманіття факторів та умов, за яких особи стають наркотичними злочинцями, наведено їх класифікацію. Розкрито феномен залежності як одного із провокуючих факторів наркоманії. На підставі проведеного дослідження сформовано типологію суб'єктів наркотичних злочинів. Створено портрет наркотичного злочинця та жертв злочину.

Summary

The research article investigates the characteristic features of narcotic offenders. Given the variety of factors and conditions under which they become drug offenders, their classification is given. The phenomenon of addiction as one of the provoking factors of drug addiction is revealed. On the basis of the conducted research, a typology of the subjects of narcotic crimes was formed. A portrait of a drug offender and a crime victim has been created.

Використана література:

1. Михайлов О.Є. Кримінологія. Навчальний посібник. К. : Знання, 2012. 565 с. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://libnet.com/content/9320_Harakteristika_osobi_yaka_vchinila_korislivii_zlochin.html.
2. Звіт про склад засуджених за 2016 р. / 2017 р. / 2018 р. Офіційний сайт Державної судової адміністрації України. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2016_zvit.
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» від 03.06.2005 № 8 (у редакції від 30.05.2008). [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-05>.
4. Васирина М.М. Соціально-психологічний портрет особи контрабандиста. Боротьба з організованою злочинністю та корупцією : матеріали наук.-практ. конф. (4–5 квітня 2000 р., м. Київ). К. : РВВ МВС України, 2001. с. 150.
5. Никифорчук Д.Й. Особливості розкриття злочинів, пов'язаних із наркобізнесом. Науковий вісник НАВСУ. К., 2003. № 1. Ч. 2. С. 21–25.
6. Провадження № 1-кп/448/214/19. Сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86128170>.
7. Корнякова Т.В., Соколенко О.Л., Гошовський В.С., Максименцева Н.О., Сачко О.В., Климчук І.М., Юзіков Г.С. Комплексний підхід до захисту суспільства від незаконного наркообігу. Дніпро : ЛІРА, 2019. С. 321–322.
8. Менделевич В.Д., Сиволап Ю.П. Наркология : учебник. Ростов н/Д : Феникс, 2017. 346 с.: ил. (Высшее медицинское образование). С. 31.

Iryna Klymiuk,

Postgraduate Lecturer of the Department of Administrative and Criminal Law
Oles Honchar Dnipro National University

Typical investigative situations in the investigation of fraud in the field of banking electronic payments

Типові слідчі ситуації під час розслідування шахрайства у сфері банківських електронних платежів

Illia Kovalenko

Key words:

fraud, typical investigative situations, finances, investigations, electronic payments, forensics, criminal procedure.

Ключові слова:

шахрайство, типові слідчі ситуації, фінанси, розслідування, електронні платежі, криміналістика, кримінальний процес.

Постановка проблеми: Типові слідчі ситуації є сукупністю відомостей та інформації про злочин певного виду або групу злочинів на конкретному етапі їх розслідування. Це досить ефективна форма узагальнення відомих обставин та інформації про суспільно небезпечне діяння для його безпосереднього розкриття. Варта уваги науково-літературна класифікація та систематизація типових слідчих ситуацій, які дають змогу заощадити час, практичні рекомендації щодо запобігання вчиненню подібних злочинів, пов'язаних із електронними банківськими платежами.

Стан дослідження. Дослідження складають праці таких фахівців у галузі криміналістики та кримінального процесу, як В.К. Весельський, В.М. Шевчук, В.А. Журавель, О.В. Пчеліна, В.В. Корнієнко, В. Некрасов.

Мета дослідження: аналіз різнобічних наукових праць і досліджень; виявлення проблемних аспектів нормативно-правового регулювання та діяльності державних органів, спрямованих на створення нового правового інституту.

Виклад основних положень. Специфіка та безпосередня організація розслідування злочину, функціональні обов'язки та дії працівників органів досудового розслідування цілком залежать від кількості інформації, яка відома про подію та склад злочину, а також його учасників. Тобто, як група злочинів або один конкретний злочин відрізняються один від одного, так відрізняються і фактичні слідчі ситуації. Типові слідчі ситуації є частиною криміналістичної тактики, яка становить один із чотирьох розділів системи криміналістики поруч із загальною теорією криміналістики, криміналістичною методикою та криміналістичною технікою. Криміналістична тактика як розділ криміналістики є певною сукупністю тактичних засад, положень, норм, рекомендацій, досудового слідства, а також процесуальних дій, необхідних для оптимальної організації розслідування різних груп суспільно небезпечних діянь і попередження їх вчинення. Базується криміналістична тактика на нормативно-правових актах як загального, так і спеціального характеру, на основі яких діють органи досудового розслідування.

Типові слідчі ситуації притаманні кожному злочину на етапі досудового розслідування. Вони виступають як певна сукупність оперативно-розшукових відомостей, доказів, фактів та інформації, яка певним чином характерна кожному моменту (етапу) досудового розслідування в кримінальних провадженнях окремих категорій. Ці ситуації визначаються та послідовно аналізуються залежно від способу та характеру вчиненого злочину. Вчені дотримуються принципу систематизації тих чи інших фактичних слідчих ситуацій, які виникають під час попереднього і судового слідства, а саме вважають, що типізація слідчих ситуацій необхідна для побудови окремих криміналістичних методик. Виявлення специфіки ситуації необхідне для правильного застосування таких методик і розв'язання тактичних питань розслідування¹.

Принцип систематизації стосується як приватних, так і публічних сфер життя суспільства, галузей права та створення нормативно-правових актів, адже тільки шляхом впорядкування та зведення певних

¹ Весельський В.К. Слідча ситуація як категорія криміналістичної тактики // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). № 25. 2011). С. 196–197.

норм і положень в одну систему, документ або методику можливо досягти бажаного результату виконання визначених функцій та обов'язків. Але і в цьому напрямі є певні розбіжності. Так, більшість вчених при класифікації слідчих ситуацій беруть за основу в першу чергу критерій складності: прості та складні. При цьому слідча ситуація є складною і тоді, коли реальна інформаційна невизначеність вимагає побудови декількох її ймовірнісних моделей. Якщо ж інформації про ситуацію достатньо для побудови її однозначної моделі, то така ситуація буде простою. В основі поділу лежить характеристика одного з компонентів інформаційного характеру – проінформованості слідчого².

Наступний поділ слідчих ситуацій поділяє їх на конфліктні та безконфліктні і ґрунтується на характеристиці одного з психологічних компонентів і зайнятої позиції учасників, рівні протидії розслідуванню³. Динамічність слідчих ситуацій, які змінюють свій зміст, структуру і форму в результаті впливу різних зовнішніх і внутрішніх чинників, дає підставу розрізняти серед них вихідні (з точки зору процесу розслідування), проміжні та кінцеві¹.

Слушною з цього приводу є думка В.К. Весельського, який акцентує увагу на тому, що в основі всіх загальноприйнятих у криміналістиці класифікацій лежить якась одна ознака. Підставою ж для загальної класифікації слідчих ситуацій є її якісна, стосовно можливості досягнення цілей розслідування, характеристика. Тому він поділяє всі слідчі ситуації на сприятливі та несприятливі для розслідування і вважає, що досягнення слідчим будь-якої з окреслених цілей має починатися з оцінки наявної слідчої ситуації й, за необхідності, – з ужиття заходів щодо зміни її в сприятливу сторону⁴.

Також залежно від наявності (відсутності) в розпорядженні правоохоронних органів інформації відносно події злочину та особи, яка його вчинила, пропонують типізувати слідчі ситуації й В.А. Журавель і В.Ю. Шепітько. Приблизно такої ж думки дотримується й В.М. Шевчук, який також вважає, що типізувати слідчу ситуацію доцільно за одним із основних компонентів. Зазвичай така умова обирається за наявністю інформації про подію злочину та її учасників. Типовими є ті ситуації, з якими стикається слідчий на початку чи наступному етапі розслідування злочину залежно від повноти вихідних даних⁵.

Принцип систематизації типових слідчих ситуацій надалі дозволить виокремити більшу кількість слідчих версій для розслідування того чи іншого суспільно небезпечного діяння та пришвидшить розумні строки проведення оперативно-розшукових дій, що безпосередньо і буде впливати на більш швидкісне та якісне реагування оперативних співробітників Національної поліції України на факт вчинених кримінальних правопорушень і на відсоток їх розкриття.

Необхідно зупинитися на одному з найпоширеніших злочинів сьогодення, яким є шахрайство, що характеризується певною послідовністю дій суб'єкта злочину, спрямованою на заволодіння чужим майном незаконними шляхами, застосовуючи обман, зловживання довірою та різного роду шахрайськими методами. Щодо видів шахрайства, то вони можуть відбуватися:

- у торгівлі (обрахунок, обважування);
- у фінансах (фінансова піраміда, підроблені авізо);
- у будівництві (підробка документів, «купівля повітря», інвестування недобросовісних забудовників або підрядників);
- у стільниковому зв'язку (фрод, короткий номер);
- у мережі Інтернет (фішинг, вішинг, фармінг, клікфорд, «чарівний гаманець», «нігерійські листи»);
- у сфері банківських електронних платежів («чисте шахрайство», крадіжка персональних даних, «дружнє шахрайство», торговий фрод, міжнародний фрод, «партнерське шахрайство», «різні пристрої»).

Зважаючи на значну кількість видів шахрайств, варто розглянути саме той вид, який за останні роки набув значної популярності, адже зі стрімким розвитком вітчизняних і закордонних технологій, а також

² Шевчук В.М. Слідча ситуація: повнота, структура, види та її значення для оптимізації розслідування злочинів // Юридичний науковий електронний журнал, № 1. 2014. 143 с.

³ Журавель В.А. Ситуаційний підхід до формування окремих криміналістичних методик розслідування злочинів / В.А. Журавель // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Х. : Право, 2008. Вип. 8. 157 с.

⁴ Весельський В.К. Слідча ситуація як категорія криміналістичної тактики // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). № 25. 2011). 197 с.

⁵ Шевчук В.М. Слідча ситуація: повнота, структура, види та її значення для оптимізації розслідування злочинів // Юридичний науковий електронний журнал, № 1. 2014. 148 с.

сфери інформаційних технологій, застосування банківських електронних платежів набуло великої популярності та постійно використовується для зручності як громадян, так і банківських установ. Такий спосіб платежів створений для максимальної прозорості комерційної сфери як для самого покупця, так для і продавця, але таким чином більшого поширення набули випадки шахрайства, пов'язаного з використанням електронних банківських платежів.

Статистичні дані доводять, що більш ніж 75% від усіх збитків, заподіяних економічною злочинністю, припадає на сферу діяльності банківських установ. Згідно з проведеним аналізом найбільш криміногенними залишаються кредитно-розрахункові операції банків. Злочинні зазіхання на ресурси банків завдають збитків не лише банкам та їх клієнтам, а й негативно впливають на функціонування усієї фінансової системи держави. Більш того, банки є провідним елементом у структурі діяльності так званих конвертаційних центрів («конвертів»), які є сукупністю фіктивних і реально діючих суб'єктів підприємництва, мета яких – ухилення від податків і легалізація злочинних доходів. Діяльність зазначених структур характеризується високим рівнем латентності, злагодженою організацією учасників і складністю доказування⁶.

Проблема поширення цього виду шахрайства існує у системі й технічному оснащенні банківських установ саме з точки зору інформаційної безпеки та захисту даних. Це використання користувачами комп'ютерної техніки неліцензійного програмного забезпечення, що таким чином і використовується злочинцями, та недостатній захист комп'ютерних мереж і приватних персональних комп'ютерів. По-друге, недостатня урегульованість нормативно-правових документів щодо вимог до захищеності систем дистанційного банківського обслуговування клієнтів. Так, багато вчених сходяться на думці, що законодавством України чітко не визначено поняття ключових термінів «кіберпростір», «кібербезпека», «кіберзахист», «кібератака», «кібервійна», «кібертероризм», «кіберзброя», а лише узагальнене поняття злочинів і правопорушень, які вчиняються з використанням комп'ютерних систем і мереж.

Кіберзлочинці відчують себе вільно не тільки завдяки низькому рівню фінансової грамотності українців, а й досить лояльному кримінальному законодавству. В Україні шахрай при першій судимості несе відповідальність лише у вигляді штрафу. Водночас навіть ліберальний ЄС рекомендує за кібершахрайство призначати перше покарання у вигляді позбавлення волі не менш ніж на один рік. В Іспанії за це можна отримати 12 років, у Польщі – до 25 років, в США – три-чотири довічні терміни. В Україні у 2016 році потрапили до в'язниці лише десять шахраїв⁷.

При типізації слідчих ситуацій на початковому етапі розслідування шахрайств, пов'язаних зі сферою банківських електронних платежів, автор вважає за доцільне у їх зміст покласти дані відносно способу вчинення злочину, події злочину та особи, яка його вчинила. Виходячи з цього, можна визначити такий перелік типових слідчих ситуацій:

- 1) Виявлений факт скоєння шахрайства у сфері функціонування банківських електронних платежів, коли відомо, що злочин скоєно групою осіб, одну з яких затримано на місці злочину в момент або безпосередньо після його вчинення, інші ж злочинці зникли з місця події або їх розташування невідоме. В зазначеній ситуації напрямами розслідування буде виявлення та закріплення доказів скоєного злочину, встановлення особи злочинця та всіх співучасників, розміру заподіяної матеріальної шкоди, виявлення причин і умов, які сприяють вчиненню суспільно небезпечного діяння.
- 2) Виявлений факт скоєння шахрайства у сфері функціонування банківських електронних платежів, відомі способи, ознаки його вчинення та приховування, суб'єкт злочину зник із місця скоєння злочину. За відсутності відомостей про особу злочинця основні напрями розслідування полягають у виявленні максимальної кількості відомостей, які характеризують злочинця, визначенні кола його знайомих, вивчення поведінки і способу життя.
- 3) Виявлений факт скоєння шахрайства у сфері функціонування банківських електронних платежів відомі способи його вчинення та приховування, встановлено особу злочинця (злочинців), але його (їх) дії завуальовані під вид законних фінансових операцій. У зв'язку з виявленим фактом скоєння шахрайства варто за допомогою відповідних експертиз і спеціалістів виявити факт незаконності дій вірогідних підозрюваних, встановити ознаки, спосіб вчинення злочину та осіб учасників.

⁶ Особливості розслідування злочинів, вчинених шляхом кредитно-фінансових операцій: Методичні рекомендації / О.В. Пчеліна, В.В. Корнієнко. Х.: Харківській нац. ун-т внутр. справ, 2011. 36 с.

⁷ Некрасов В. Атака по телефону: Україну накрила хвиля кібершахрайства [Електронний ресурс] / В. Некрасов. Режим доступу: <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2017/01/30/619178/>.

- 4) Повідомлення про шахрайство у сфері функціонування банківських електронних платежів надійшло від потерпілого, злочинець відомий. Основними напрямками розслідування в зазначеному випадку є виявлення максимальної кількості відомостей, які характеризують потерпілого і злочинця, збір і фіксація доказів. Якісна перевірка інформації про вчинений злочин попередить можливі помилки. Кримінальне провадження може бути відкрите тільки при наявності приводів і достатніх підстав.
- 5) Повідомлення про шахрайство у сфері функціонування банківських електронних платежів надійшло від потерпілого, злочинець невідомий. Треба впевнитися у тому, що дійсно мала місце подія злочину. На практиці відомі випадки, коли заявник вводить в оману органи дізнання, повідомляючи про злочин із метою інсценування або приховування слідів іншого злочину.
- 6) Повідомлення про шахрайство у сфері функціонування банківських електронних платежів надійшло від організацій, установ, підприємств, юридичних осіб і податкової інспекції, служб безпеки банківських і кредитних організацій, приватних охоронних підприємств, є підозрюваний. У цій ситуації необхідно опитати заявника по суті змісту повідомлення про злочин, встановити всі можливі обставини злочину, зібрати інформацію про особу, підозрювану у його скоєнні.

Практика вказує, що серед підозрюваних (учасників технологій злочинного збагачення у сфері банківської діяльності за подібними категоріями кримінальних проваджень) дуже рідко фігурують представники банківського сектору. Хоча досить часто саме завдяки їх безпосередньої участі відбувається процес несанкціонованого доступу до рахунків клієнтів банку та подальшого розкрадання коштів. З цього приводу переважна більшість (82%) опитаних автором респондентів стверджує, що на практиці довести причетність банківських службовців до подібного роду зловживань украй важко. Труднощі, на які посилаються опитані, викликані відсутністю методичних розробок, в яких має бути розкритий зміст злочинної діяльності працівників банку у структурі технологій злочинного збагачення, особливості розкриття та розслідування комплексу економічних злочинів у цій сфері.

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, варто зазначити про необхідність розширення наукової літературної бази щодо класифікації типових слідчих ситуацій, що в перспективі розвантажить та якісно вплине на рівень розслідування суспільно небезпечних діянь. Важливого значення набувають питання та способи по запобіганню вчинення злочинів у сфері банківських електронних платежів. Для уникнення такого виду шахрайств необхідним є встановлення новітнього технічного оснащення, набір кваліфікованих як банківських співробітників, так і співробітників правоохоронних органів, проведення спеціальних курсів, конкурсів і практик.

Також необхідно виходити з того, що процесуальна послідовність розслідування завжди повинна виходити з оцінки реальної слідчої ситуації. При цьому повинні враховуватися всілякі зміни в майбутньому як у результаті реалізації наміченого плану розслідування, так і в результаті дій протилежної сторони, якщо виникає конфліктна ситуація. Таким чином, вирішення організаційних питань, які виникають у процесі розслідування шахрайств, пов'язаних зі сферою банківських електронних платежів, є метою слідчих працівників, спрямованою на запобігання вчиненню схожих злочинів у майбутньому та їх розкриття.

Також вартим уваги є ситуаційне моделювання під час розслідування шахрайств, пов'язаних зі сферою банківських електронних платежів, що сприяє встановленню криміналістично значущих обставин розслідуваної події та висуненню версій. Крім того, підхід до розслідування через з'ясування «слідчої ситуації» орієнтує слідчого у виборі правильного алгоритму дій як загалом, так і окремої слідчої (розшукової) дії. Тому активна боротьба із цим проявом кіберзлочинності – нагальна вимога часу, що потребує консолідації зусиль банківських установ, правоохоронних органів, громадських організацій і користувачів банківських карток.

Анотація

У статті розглянуто та проаналізовано теоретичні та практичні питання щодо формування типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування шахрайства, вчиненого у сфері функціонування банківських електронних платежів. Зазначено наукові погляди та думки з приводу класифікації типових слідчих ситуацій у правовій літературі. Розглянуто найвідоміші види шахрайства сьогодення. Зазначено статистичні дані щодо криміногенної ситуації економічних злочинів. Наведено класифікацію типових слідчих ситуацій на початковій стадії розслідування шахрайства, вчиненого у сфері функціонування банківських електронних платежів, з метою підвищення рівня розкриваності злочинів і їх запобігання.

Визначено процесуальні дії, які потрібно провести під час вирішення кожної типової слідчої ситуації, обґрунтовано їхню мету й послідовність проведення та висвітлено засоби, застосування яких спрямоване на досягнення позитивного результату. Наголошено на практиці розслідування, що характеризується появою складних проблемних ситуацій. Зроблено висновок, що типові слідчі ситуації та відповідні напрями розслідування злочинів в електронному середовищі у багатьох випадках вони є умовними, оскільки залежать від індивідуальних особливостей конкретних розслідуваних подій і випадкових факторів. Надано практичні рекомендації щодо запобігання вчиненню злочинів, пов'язаних із електронними банківськими платежами, та їх поєднання з організаційними заходами, застосовуваними з урахуванням конкретної обстановки, що найбільш ефективно сприяють профілактиці цього виду злочинів.

Summary

The article discusses and analyzes theoretical and practical issues on the formation of typical investigative situations of the initial stage of fraud investigation committed in the field of functioning of electronic banking payments. The scientific opinion and thoughts about the classification of typical investigative situations in the legal literature are indicated. Known types of fraud present. Statistical data on the criminal situation of economic crimes are indicated. The classification of typical investigative situations at the initial stage of the investigation of fraud committed in the field of functioning of electronic banking payments is presented in order to increase the level of detection of crimes and their prevention. The procedural actions that need to be carried out in solving each typical investigative situation are determined, their purpose and sequence of carrying out are justified, and the means, the use of which is aimed at achieving a positive result, are highlighted.

An investigation was noted in practice, characterized by the appearance of complex problem situations. It is concluded that typical investigative situations and the relevant areas of investigation of crimes in the electronic environment are considered, in many cases they are conditional, since they depend on the individual characteristics of the specific investigated events and random factors. Practical recommendations are given to prevent the commission of crimes related to electronic bank payments and their combination with organizational measures applicable to a particular situation, which most effectively contributes to the prevention of this type of crime.

Використана література:

1. Весельський В.К. Слідча ситуація як категорія криміналістичної тактики // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика. № 25. 2011. С. 193–199.
2. Шевчук В.М. Слідча ситуація: повнота, структура, види та її значення для оптимізації розслідування злочинів // Юридичний науковий електронний журнал, № 1. 2014. С. 146–150.
3. Журавель В.А. Ситуаційний підхід до формування окремих криміналістичних методик розслідування злочинів / В.А. Журавель // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Х. : Право, 2008. Вип. 8. С. 102–108.
4. Особливості розслідування злочинів, вчинених шляхом кредитно-фінансових операцій: Методичні рекомендації / О.В. Пчеліна, В.В. Корнієнко. Х. : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2011. 36 с.
5. Некрасов В. Атака по телефону: Україну накрила хвиля кібершахрайства [Електронний ресурс] / В. Некрасов. Режим доступу: <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2017/01/30/619178/>.

Illia Kovalenko,

*Graduate Student at the Department of Criminalistics, Forensic Medicine and Psychiatry
Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs*

Shaping of the objective public opinion about police activities through media

Формування об'єктивної громадської думки про діяльність поліції за допомогою ЗМІ

Oksana Kozhukhar

Key words:

police, mass media, public opinion, cooperation, positive image.

Ключові слова:

поліція, засоби масової інформації, громадська думка, співпраця, позитивний імідж.

Натепер в Україні правоохоронні органи проводять активну роботу щодо встановлення взаємодії з інститутами громадянського суспільства у справі боротьби з правопорушеннями та охороною публічного порядку. Така взаємодія є важливою умовою зміцнення правопорядку. Цілком природно, що нова соціальна обстановка, яка склалася в країні, і характер злочинності, який змінився, об'єктивно вимагають нових форм і умов взаємодії правоохоронних органів і громадськості.

Створюючи новий орган державної влади, законодавець приділив особливу увагу питанням співпраці поліції з населенням. Так, згідно з основними принципами, а саме взаємодії з населенням на засадах партнерства, діяльність Національної поліції¹ здійснюється в тісній співпраці та взаємодії з населенням, територіальними громадами та громадськими об'єднаннями на засадах партнерства і спрямовується на задоволення їхніх потреб. Важливу роль у реалізації цих демократичних інститутів відіграють саме засоби масової інформації (далі – ЗМІ), які займають особливе місце у соціальному контролі за діяльністю органів державної влади, впливаючи на світогляд людей, формуючи громадську думку і виступаючи гарантом демократичних перетворень.

Про проблеми висвітлення діяльності поліції у ЗМІ йшлося у наукових дослідженнях О.М. Бандурки, І.Г. Богатирьова, М.Г. Вербеньського, О.М. Джужі, А.П. Закалюка, М.В. Корнієнка, А.А. Музики, Т.О. Проценка, О.Н. Ярмиша та інших. Проте питання ролі ЗМІ у формуванні об'єктивної громадської думки про діяльність поліції не здобули належної уваги. Тому метою статті є дослідження ролі засобів масової інформації у формуванні об'єктивної громадської думки про діяльність поліції.

Слід зауважити, що прийнятий Закон про поліцію зокрема визначає, що Національна поліція України (поліція) – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку. Він закрив концепцію функціонування поліції як органу, який професійно здійснює покладені на нього функції держави. Для розвитку цього напрямку створена нова парадигма взаємин суспільства і поліції, тобто принцип «відкритості і публічності», що уособлює новий підхід до статусу органів поліції в українському суспільстві. Відповідно до закону поліція проголосила себе відкритим і публічним органом, покликаним регулярно інформувати державні установи та громадян про свою діяльність через засоби масової інформації, інформаційно-телекомунікаційну мережу Інтернет.

Крім того, поліція відповідно до законодавства України (закони України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні»², «Про телекомунікації»³, «Про порядок висвітлення діяльності органів

¹ Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 40–41. с. 1970. Ст. 379.

² Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні : Закон України від 16.11.1992 № 2782-XII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 1. Ст. 1.

³ Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 № 1280-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 12. Ст. 155.

державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації»⁴ тощо), надає відомості про свою діяльність засобам масової інформації за офіційними запитами їх редакцій, а також шляхом проведення прес-конференцій тощо.

Усі зміни, заплановані в межах розпочатого і триваючого реформування діяльності поліції, необхідно доводити до громадськості. Адже громадська думка – це критерій ефективності діяльності правоохоронних органів, а також індикатор для подальших змін. Разом із тим необхідно, щоб такий зв'язок був двостороннім, тобто необхідно отримувати і відповідь у вигляді конкретних оцінок, які формуються в суспільстві, про зміни, внесені до діяльності поліції, оскільки громадська думка – це свого роду «дзеркальне відображення», яке дозволяє працівникам поліції бачити свою діяльність.

Слід сказати, що до складу структурного апарату Національної поліції України⁵ входить Департамент комунікації, який координує проведення інформаційної політики територіальних органів і структурних підрозділів апарату Національної поліції України, здійснює взаємодію із засобами масової інформації та громадськістю. Основними завданнями Департаменту є координація заходів підрозділів Національної поліції України, спрямованих на реалізацію інформаційної політики поліції; впровадження гласності та відкритості в діяльності територіальних органів поліції; інформування громадян про діяльність Національної поліції України через засоби масової інформації; забезпечення функціонування офіційного веб-сайту Національної поліції України в режимі інформагентства; проведення моніторингу та аналізу інформації, викладеної в засобах масової інформації, мережі Інтернет про діяльність Національної поліції; організація нормативно-правового забезпечення Національної поліції України.

Довіра громадян має стати одним із головних показників ефективності роботи правоохоронних органів України. Ось чому стратегічно пріоритетним напрямом поліції України стало надання її діяльності гранично відкритого і соціально орієнтованого характеру. Формування довіри і поваги до працівників поліції може бути досягнуте за допомогою достовірного і об'єктивного інформування громадян про їх діяльність. Виклад у засобах масової інформації справжніх фактів, які відбулися під час здійснення поліцією своєї діяльності, а також відсутність замовчування – це основа, на якій формується громадська думка про органи поліції.

Основними інститутами, здатними здійснювати як спонтанний, так і цілеспрямований вплив на уявлення громадян про функціонування органів і підрозділів поліції, є засоби масової інформації та інтернет. У зв'язку з цим організація конструктивної взаємодії в області об'єктивного висвітлення роботи поліції має стати фактором, який визначить діяльність підрозділів інформації і громадських зв'язків поліції. До основних методів роботи, які б об'єктивно висвітлювали діяльність поліції, доцільно віднести:

- зміни у підході до подачі матеріалу про діяльність поліції в засобах масової інформації. Справа у тому, що більшість публікацій про поліцію є маленькими публікаціями, як правило це короткі повідомлення про події, нариси та статистичні звіти діяльності, такі як коментарі, повідомлення в різних форматах мережі Інтернет. Україн мало об'ємних і змістовних рубрик, які б охоплювали, описували реальну складну роботу в поліції.

Назріла необхідність створювати більш емоційні, «живі» за своїм наповненням матеріали. Найчастіше про вчинки працівників поліції інформують як про повсякденне, «звичайне» виконання своїх посадових обов'язків. І це дійсно так, адже вони виконують свої посадові обов'язки відповідно до нормативних актів, посадових інструкцій, розпоряджень керівництва. Проте водночас вони діють, зважаючи на оперативну обстановку, яка не завжди є спокійною, більше того ризикують власним життям при виконанні обов'язків. Найчастіше в описі цих фактів не вистачає емоційного складника, який би передавав усю складність, труднощі та героїзм під час виконання посадових обов'язків. Варто проводити:

- організацію взаємодії органів внутрішніх справ із представниками засобів масової інформації. Така взаємодія може здійснюватися в таких формах: як адміністративний вплив, тобто ефективність об'єктивного інформування суспільства з боку ЗМІ значно підвищиться у разі конструктивної взаємодії керівництва підрозділів поліції, посадових осіб органів влади та управління регіону з керівниками засобів масової інформації;

⁴ Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України від 23.09.1997 № 539/97-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 49. Ст. 299.

⁵ Про затвердження Положення про Національну поліцію : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 877.

- особистий контакт. Домогтися значних позитивних результатів із об'єктивного висвітлення діяльності поліції можна за допомогою особистого контакту керівників підрозділів прес-служб поліції і представників ЗМІ. Координація спільних дій повинна бути заснована на налагодженні конструктивної взаємодії керівництва ЗМІ і поліції. Виразитися вона може у проведенні спільних консультацій із представниками ЗМІ у формі індивідуальних зустрічей і в розширених групах. Така робота може сприяти якісному та всебічному інформуванню суспільства про діяльність поліції;
- активізацію діяльності громадських рад. Діяльність поліції має стати відкритою і прозорою, у зв'язку з чим важливою буде з цього приводу думка громадськості. Організаційно громадська рада є сукупністю найбільш авторитетних, відомих представників суспільства, а основне призначення цієї структури – виступати сполучною ланкою між суспільством і поліцією. Члени громадської ради незалежно і об'єктивно мають сприймати діяльність правоохоронних органів, позначати проблемні місця, коригувати та спрямовувати порадами діяльність поліції⁶.

Водночас роль громадських рад не має зводитися лише до роботи в одному напрямі, тобто до доведення побажань та інтересів суспільства до працівників поліції. Представники громадського органу безпосередньо стикаються з роботою посадових осіб у поліції, вони бачать реальну, складну діяльність професіоналів, і на них має покладатися завдання щодо об'єктивного інформування суспільства про факти і процеси здійснення своїх функцій поліцейськими. Оскільки членами громадських рад є не тільки відомі особистості, а й представники провідних засобів масової інформації, то їх об'єктивна думка і оцінка мають знайти реальне закріплення в свідомості суспільства.

Крім того, до основних напрямів функціонування громадських рад у межах формування об'єктивної громадської думки про роботу поліції можна віднести громадський контроль над діяльністю поліції, профілактику правопорушень і правове виховання підростаючого покоління, а також вжиття заходів щодо підвищення службової дисципліни поліцейських;

- активне використання у висвітленні діяльності поліції подій. Упродовж років формувалася хибна думка про поліцію як про закриту організацію, що породжувало значні іміджеві втрати і негативне ставлення до працівників поліції з боку значної частини населення. Для руйнування цих стереотипних установок слід активніше використовувати інструменти з висвітлення подій у поліції. Наприклад, інформування про урочисті та святкові заходи, які відбуваються в органах і підрозділах поліції: прийняття присяги, випуск слухачів із навчальних закладів системи Національної поліції, заходи в межах свята до «Дня Національної поліції України».

Одним із напрямів роботи із формування об'єктивної думки про діяльність поліції є присутність журналістів при здійсненні поліцейськими своїх посадових обов'язків. Тобто така «зміна професії» дозволить показати життя вартівних правопорядку зсередини. Журналісти на певний час зможуть стати дільничними, брати участь у несенні служби у складі патрульної служби тощо. Насамперед слід запрошувати для такої співпраці тих представників засобів масової інформації, які упереджено і критично налаштовані до діяльності поліції. Відчувши на собі специфіку службової діяльності, журналісти із властивим їм умінням і талантом зможуть висвітлити це у своїх матеріалах;

- регулярну, систематичну взаємодію з центрами вивчення громадської думки, доведення цих даних до громадськості. У зв'язку із заявленою концепцією відкритості і публічності діяльності поліції громадська думка стає дуже актуальною для оцінки її діяльності. Отримані в результаті дослідження дані становлять важливу і потрібну для подальшої роботи інформацію. Залежно від характеру отриманої інформації можливі коригування у реалізації стратегічно важливих завдань поліції. Ще більш перспективним є використання результатів вузько цільових опитувань громадян, які проводяться безпосередньо на місцях і охоплюють конкретні групи населення, які обслуговуються поліцією. Вивчення громадської думки в такому випадку буде спрямоване на виявлення:

- 1) проблемних ситуацій, які виникають у роботі конкретних служб і підрозділів поліції;
- 2) ступеня задоволеності, оцінки населенням результатів і форм роботи поліції;
- 3) очікувань населення щодо напрямів удосконалення діяльності поліції;
- 4) потреб у правовому інформуванні населення, пов'язаних із цим напрямом діяльності поліції;
- 5) ступеня компетентності громадської думки про роботу окремих підрозділів і служб поліції;

⁶ Положення про Громадську раду. URL: https://mvs.gov.ua/ua/pages/Polozhennya_pro_Gromadsku_radu.htm (дата звернення: 20.01.2020).

- б) наявності негативних установок, упереджень і джерел їх походження; динаміки громадської думки про роботу служб і підрозділів поліції.

Крім опитувань населення, доцільно аналізувати також дані, отримані в межах спеціалізованих опитувань працівників різних підрозділів поліції, аналізувати звернення, скарги громадян тощо. Це дозволить відрізнити справжні проблеми від уявних, які виникають під дією некоректної інформації, поширюваної суб'єктами масової комунікації, чуток, упереджень щодо поліції, а також оцінити ситуацію більш глибоко і об'єктивно⁷;

- об'єктивне висвітлення діяльності поліції у всесвітній мережі в епоху глобалізації має стати одним із пріоритетів у роботі прес-служб поліції. Оперативному поширенню інформації про роботу української поліції сприяють відомчі інтернет-ресурси: офіційний сайт Міністерства та відомчі сайти територіальних органів поліції, які з початком реформи зазнали певних змін, викликаних формуванням нового образу працівника поліції. Інтернет-сайти є важливими комунікативними каналами, за допомогою яких організована взаємодія правоохоронного відомства з українським громадянським суспільством. У найзагальнішому вигляді інтернет-ресурси стають альтернативою офіційних ЗМІ: вони компенсують недолік інформації від професійної журналістики, забезпечують участь у суспільній дискусії, надають можливість суб'єкту відчувати себе не тільки реципієнтом, а й співавтором тієї чи іншої інформації, відчувати свою власну значимість.

Крім того, спостерігається тенденція використання популярних блогів для виведення і подальшого поширення потрібної теми в ЗМІ. Громадська думка про діяльність поліції, яка формується в результаті функціонування інтернет-ресурсів, відрізняється суб'єктивізмом, адже тема діяльності органів поліції активно обговорюється в інтернет-просторі, оскільки зачіпає багатьох користувачів мережі. Коригування такої ситуації сприятиме реалізації таких напрямів:

- 1) постійний аналіз матеріалів, які розміщуються в блогах, форумах і соціальних мережах;
- 2) залучення до активної участі у веденні блогів представників поліції: професіоналів різних напрямів (науковці, професорсько-викладацький склад, фахівці в галузі PR тощо)⁸.
- 3) розширення інформаційної відкритості, надання об'єктивної інформації про процеси, які відбуваються в органах і підрозділах поліції.

Проте формування об'єктивної думки в ЗМІ і в мережі Інтернет має сприйматися не тільки як мета, а й як засіб, спосіб, за допомогою якого не тільки підрозділи зі зв'язків з громадськістю, а й самі працівники здійснюють свої професійні функції. Тотальна інформатизація, розвиток глобалізаційних процесів суспільства наклали відбиток на виконання своїх обов'язків працівниками поліції. Сьогодні без особливих проблем у мережі можна знайти кадри, на яких зображені працівники поліції в негативному світлі (халатне і протизаконне виконання своїх професійних обов'язків тощо). В цих умовах кожен працівник має усвідомити факт пильної до нього уваги з боку незліченної кількості відеокамер, які працюють в автоматичному режимі, а також ще більшої кількості громадян, які володіють такими ж камерами в мобільних пристроях. Особливо це виявилось після початку реформування правоохоронного органу, оскільки небайдужі громадяни, усвідомлюючи вартість проведеної реформи і джерела її фінансування, з особливою увагою почали ставитися до кожного повідомлення, сюжету і особистого контакту зі співробітником поліції.

Автор дійшла висновку, що ЗМІ є головним інструментом формування громадської думки про діяльність органів і підрозділів поліції. Відомо, що ЗМІ можуть внести як елемент активізації в процес формування думки про органи поліції, так і елемент дискредитації. Проте не можна говорити про односторонній характер впливу. Необхідно сформувати і підтримувати конструктивну взаємодію між представниками поліції і засобами масової інформації, спрямовану на максимально об'єктивне і достовірне інформування суспільства про функціонування органів поліції. Об'єктивність має закласти основу для втілення в життя такого принципу функціонування поліції як «публічність і відкритість», викликати відповідну реакцію у суспільства у вигляді довірчого відношення до її діяльності.

⁷ Полежаева С.А. Организация взаимодействия со СМИ в ходе сопровождения деятельности органов внутренних дел. Отчет о научно-исследовательской работе. М. : Академия управления МВД России, 2007. с. 11.

⁸ Дрючина И.Н. Коммуникации органов внутренних дел в блогосфере Рунета. Труды Академии управления МВД России. 2012. № 4. с. 115.

Анотація

У статті розглянуто проблеми, пов'язані із взаємодією поліції та засобів масової інформації у формуванні громадської думки про діяльність поліції. Закцентовано увагу на тому, що правоохоронна система і ЗМІ функціонують в одному соціальному середовищі, адже, виконуючи різні функції і маючи різну природу, вони слугують суспільним інтересам. Крім того, розглянуто роль відділів зв'язків з громадськістю у співпраці із засобами масової інформації. Важливість зв'язку поліції зі ЗМІ зумовлена тим, що висвітлення діяльності поліції в ЗМІ набуває особливого значення у формуванні позитивного іміджу Національної поліції.

Summary

Research article deals with the issues related to the cooperation of police and mass media in shaping public opinion on police activities. Attention is drawn to the fact that law enforcement system and media function in the same social environment, because, since they have different nature and perform various functions and, these institutions, however, serve the public interest. In addition, the role of public relations departments in cooperation with media is discussed. The importance of police communication with media is due to the fact that the coverage of police activities in the media is of great importance in shaping the positive image of the National Police.

Використана література:

1. Дрючина И.Н. Коммуникации органов внутренних дел в блогосфере Рунета. Труды Академии управления МВД России. 2012. № 4. с. 115.
2. Полежаева С.А. Организация взаимодействия со СМИ в ходе сопровождения деятельности органов внутренних дел. Отчет о научно-исследовательской работе. М. : Академия управления МВД России, 2007. с. 11.
3. Положення про Громадську раду. URL: https://mvs.gov.ua/ua/pages/Polozhennya_pro_Gromadsku_radu.htm (дата звернення: 20.01.2020).
4. Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні : Закон України від 16.11.1992 № 2782-XII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 1. Ст. 1.
5. Про затвердження Положення про Національну поліцію : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 877.
6. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2015. № 40–41. Ст. 379.
7. Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України від 23.09.1997 № 539/97-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 49. Ст. 299.
8. Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 № 1280-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 12. Ст. 155.

Oksana Kozhukhar,
Senior Staff Scientist

State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs Ukraine

Human rights praxeology on freedom of religion in modern Ukraine

Праксеологія права людини на свободу віросповідання в сучасній Україні

Maksym Kolyba

Key words:

human rights, freedom of religion, Ukrainian legislation, legal regulation, religious organizations, categories of norms of freedom of religion.

Ключові слова:

права людини, свобода віросповідання, українське законодавство, правове регулювання, релігійні організації, категорії норм свободи віросповідання.

Україна є світською (нейтральною щодо будь-яких різновидів віри) державою. Чинне законодавство України пропонує модель, згідно з якою церква і релігійні організації відокремлені від держави. Право на свободу совісті та віросповідання захищається ст.ст. 11, 24, 35 та 37 Конституції України. Проте питання реалізації права людини на свободу віросповідання залишається актуальним, вимагає уваги з урахуванням постійно зростаючих вимог громадянського суспільства до національного законодавства, імплементації міжнародних стандартів у зазначеній сфері. Увага до релігійних організацій в Україні не має права зменшуватися, враховуючи їхню чисельність (їх нараховується близько 37 тис.), що свідчить про постійний розвиток релігійного життя, причому, на думку Л. Филипович, «цей розвиток відбувається іноді драматично, іноді миролюбиво»¹.

За визнанням експертів розвинутих держав світу законодавство України про релігію загалом є демократичним і відповідає міжнародним стандартам, воно досі вважається одним із найкращих у Східній Європі та на пострадянському просторі². Це в останні роки сприяло своєрідному ренесансу релігійного життя в Україні, практичній реалізації права на свободу віросповідання³. Активна участь державних інституцій сприяла, не дивлячись на зовнішні й внутрішні протистояння, реалізації історичного права українського православ'я на відродження автокефалії, що завершилось 6 січня 2019 р. актом отримання Томосу від Вселенського патріарха й проголошенням Православної Церкви України.

В українському законодавстві знайшли місце європейські стандарти свободи віросповідань, вимоги норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.⁴ Так, Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації», прийнятий ще Верховною Радою УРСР 23 квітня 1991 р., відкрив реальні можливості для відокремлення церкви і держави; було сформовано правове поле для утвердження свободи совісті, віросповідань і власне реальної поліконфесійності⁵.

Питання свободи віросповідання знайшли місце у низці законів України, зокрема «Про альтернативну (невійськову) службу» (1991 р.), «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей» (1991 р.), «Про освіту» (2017 р.). Кримінальним кодексом України (2001 р.) встановлена кримінально-правова охорона свободи віросповідання у ст. 161 «Порушення рівноправності громадян залежно від їх

¹ Кількість релігійних організацій в Україні зросла до 37 тисяч. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2679097-kilkist-religijnih-v-organizacij-v-ukraini-zroslo-do-37-tisac.html>.

² Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe. Report: Honouring of obligations and commitments by Ukraine. Doc. 10676, 19 September 2005. URL: <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/Working Docs/doc05/EDOC10676.htm>.

³ Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / вид. 2-е. Харків : Консум, 2001. с. 274.

⁴ Філософія права: проблеми та підходи : Навчальний посібник для студентів спеціальності «Правознавство» / П.М. Рабінович, С.П. Добрянський, Д.А. Гудима, О.В. Гришук, Т.І. Дудаш, Т.І. Пашук, С.П. Рабінович, Л.В. Ярмол, Ю.І. Анохін. За загальною редакцією П.М. Рабіновича. Львів : Юрид. ф-т Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. с. 230–231.

⁵ Здіорук С.І. Суспільно-релігійні відносини: виклики Україні XXI століття : монографія. Київ : Знання України, 2005. с. 142.

расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками», ст. 178 «Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків», ст. 179 «Незаконне утримання, осквернення або знищення релігійних святинь», ст. 180 «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду» та ст. 181 «Посагання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів».

У цьому контексті особливе місце займає Закон України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» (2006 р.), який регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Разом із тим в Україні досі існує чимало питань, про необхідність правового врегулювання яких наголошується у рішеннях низки міжнародних організацій. Це стосується і різних аспектів свободи віросповідання. Зокрема, у висновку Парламентської асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЕ) № 190 (1995) (п. 11) Україні рекомендується «правове вирішення питання про повернення церковної власності»⁶.

У щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради з прав людини про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні ще в 2011 р. зазначалося, що у рекомендації ПАРЕ № 155 від 24 квітня 2002 р. пропонується необхідність «гарантувати релігійним інституціям, власність яких була націоналізована у минулому, реституцію цієї власності в належні строки, або, якщо це не можливо, надати справедливую компенсацію», а у доповіді «Про виконання обов'язків і зобов'язань Україною» від 5 жовтня 2005 р. ПАРЕ обґрунтовано зауважила, що «досить прогресивний закон на час його прийняття зараз потребує значних змін». З цим висновком не можна не погодитись з огляду на динамічні зміни, що відбуваються у релігійному житті України⁷.

На ваді чинного Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» вказувалось й у п. 112 рішення ЄСПЛ у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» від 14 червня 2007 р. ЄСПЛ зазначив, що Україною ст. 9 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод має тлумачитися в світлі ст. 11 Конвенції, яка захищає громадські об'єднання від невинного втручання з боку держави⁸. Однак ст. 11 «Свобода зібрань та об'єднання» Конвенції⁹ відповідно до п. 1 не містить ототожнення проведення релігійних обрядів і церемоній із правом на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами.

У загальному висновку ЄСПЛ наголосив, «що втручання у право громади-заявника на свободу віросповідання не було виправданим, і що брак гарантій проти свавільних рішень реєстрації не був виправлений національними судами, оскільки відсутність узгодженості та передбачуваності законодавства не дозволяло їм дійти інших висновків у справі». Серед прогалин Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» ЄСПЛ відзначив: 1) недостатньо чітко прописані підстави для відмови релігійній організації у реєстрації статуту; 2) незрозумілу класифікацію релігійних організацій.

У тій же справі в §§ 146, 147 і 150 рішення ЄСПЛ зазначив, що релігійні об'єднання є приватноправовими асоціаціями, які мають право самостійно визначати правила прийому та виключення членів, критерії щодо членства та процедуру обрання органів правління; що внутрішня структура релігійних організацій і правила членства мають розглядатися як засоби, за допомогою яких такі організації виражають свої переконання та зберігають релігійні традиції. ЄСПЛ вирішив (§ 151), що висновки, викладені в ухвалі Верховного Суду України від 21 квітня 2000 р. про те, що вимога «фіксованого членства» в релігійній організації не була закріплена законодавчо та що «збори парафіян» і «загальні збори релігійної групи» збігаються за значенням, і що права більшості релігійної групи та їх права на віросповідання були порушені¹⁰.

Враховуючи, що згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» національні суди зобов'язані застосовувати при розгляді справ

⁶ Рекомендація Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо вступу України № 190 (1995) Страсбург, 26 вересня 1995 року. URL: https://old.irs.in.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=80%3A1&catid=43%3Aeu&Itemid=70&lang=uk.

⁷ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради з прав людини: «Свобода світогляду та віросповідання». URL: <https://www.irs.in.ua/ua/shchorichna-dopovid-upovnovazhenogo-verhovnoji-radi-z-prav-lyudini-svoboda-svitoglyadu-ta-virospovidannya>.

⁸ Європейський суд з прав людини. П'ята сесія. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» (Заява № 77703/01). Страсбург, 14 червня 2007 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_254.

⁹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і протоколи до неї : зб. законодав. і нормат. актів: (офіц. текст) / упоряд. Ю.В. Паливода. Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2012. с. 11.

¹⁰ Європейський суд з прав людини. П'ята сесія. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» (Заява № 77703/01). Страсбург, 14 червня 2007 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_254.

Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права, вимоги ЄСПЛ до якості національних законів про захист права на свободу совісті та віросповідання, які містяться в його інших рішеннях, можна застосувати до українського законодавства. Наприклад, у § 117 рішення у справі Митрополитська Церква Бессарабії проти Молдови ЄСПЛ зазначив, що право на свободу віросповідання для цілей Конвенції принципово виключає оцінювання державою легітимності релігійних переконань чи шляхів вираження цих переконань¹¹. ЄСПЛ повторив цей принцип у рішенні в справі Московської церкви Саєнтології проти Росії (§ 72)¹², що свідчило про невідповідність норми ст. 14 (4) Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»¹³ міжнародно-правовим стандартам і зобов'язанням України.

У § 117 рішення ЄСПЛ у справі Митрополитська Церква Бессарабії проти Молдови зазначив, що коли здійснення права на свободу віросповідання або одного з її аспектів підпадає відповідно до внутрішнього права під систему попереднього узгодження, участь вже визнаних церковних органів (тобто релігійних організацій, чиї статuti було зареєстровано відповідними державними органами) у процедурі надання погоджень не може не суперечити вимогам ст. 9 (2) Конвенції¹⁴.

На думку автора, посилання на практику ЄСПЛ як аргументація зв'язку між цими правами є не зовсім коректним. Не слід забувати, що цей орган функціонує відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка містить процесуальні гарантії прав і свобод. Норми матеріального права цікавлять ЄСПЛ лише настільки, наскільки вони допомагають застосувати відповідні статті зазначеної Конвенції. Використання національних норм матеріального права *ad hoc* ЄСПЛ може мати суттєву специфіку порівняно з їх безпосереднім застосуванням у національних правових системах.

Ще одним прикладом потреби вдосконалення чинного законодавства є те, що у 2012 році деякі зміни до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» викликали стурбованість глав церков, лідерів релігійних організацій і правозахисників. Прийняття змін розширило державний контроль за дотриманням законодавства про свободу совісті. Захисники свободи релігії висловили занепокоєння тим, що такі повноваження нагадуватимуть державний контроль релігійного життя, який здійснювався за радянських часів.

Норми міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, визнаються чинним законодавством України. Особливу роль тут також відіграє ч. 1 ст. 22 Конституції України, яка передбачає, що «права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними». Це означає, що каталог прав і свобод людини може бути поповнено з інших джерел, якими можуть бути як міжнародно-правові акти, так і міжнародно-правові звичаї про права людини, в яких сформульовані права і свободи, не закріплені в Конституції¹⁵.

Не порушуючи дискусійне теоретичне питання про особливості застосування міжнародних звичаєвих норм у внутрішньому правопорядку України, автор нагадує, що ч. 3 ст. X Декларації про державний суверенітет України, якою визнається «пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права»¹⁶, доповнюється ст. 9 Конституції України. Так, міжнародно-правові зобов'язання України мають впливати з її членства в міжнародних організаціях, чинних міжнародно-правових договорів, згоду на обов'язковість яких дала Україна, та міжнародно-правових звичаїв. В сучасних умовах міжнародно-правові зобов'язання України у сфері захисту права на свободу віросповідання на практиці безпосередньо впливають з її участі у таких міжнародних організаціях, які відіграють провідну роль у галузі міжнародно-правового захисту прав людини: ООН, Раді Європи (далі – РЕ), Організації з безпеки та співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ).

Укладені в рамках цих організацій міжнародні договори, а також інші норми, викладені в їх резолюціях, є основним джерелом зобов'язань України у сфері захисту цього права, і українське законодавство

¹¹ Metropolitan church of Bessarabia and others v. Moldova, App. № 45701/99 (2001). URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=metropolitan%20%7C%20church&sessionid=6613550&skin=hudoc-en>.

¹² Church of Scientology Moscow v. Russia, App. № 18147/02 (2007) Community. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=russia%20%209&sessionid=9335646&skin=hudoc-en>, § 100, § 72.

¹³ Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації». Відомості Верховної Ради УРСР (БВР), 1991, № 25, ст. 283. Документ 987-XII, чинний, поточна редакція від 31.01.2019, підстава – 2673-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12>.

¹⁴ Metropolitan church of Bessarabia and others v. Moldova, App. № 45701/99 (2001). URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=metropolitan%20%7C%20church&sessionid=6613550&skin=hudoc-en>.

¹⁵ Міжнародне право : навч. посіб. / за ред. М.В. Буроменського. Київ : Юрінком Інтер, 2005. с. 75.

¹⁶ Декларація про державний суверенітет України. Відомості Верховної Ради УРСР (БВР). 1990. № 31. Ст. 429.

у сфері захисту релігійних прав потребує певних змін задля виконання міжнародних зобов'язань України, що й вимагають як РЄ, так і ООН¹⁷. У цьому контексті В. Сорокун справедливо вказував, що необхідно визначити, які саме зміни та куди саме їх необхідно внести для приведення українського законодавства у сфері релігійних прав у відповідність до міжнародно-правових стандартів¹⁸.

Цікавим є той факт, що питання свободи віросповідання знаходяться і в полі зору Конституційного Суду України (далі – КСУ). Так, КСУ прийняв рішення № 6-рп/2016 від 8 вересня 2016 року у справі № 1-13/2016 за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 5 ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній і процесій).

Прийняте рішення про неконституційність положення ч. 5 ст. 21 було суперечливим, про що вказували у висловлених окремих думках судді КСУ М. Гультай, О. Литвинов, М. Мельник, а це свідчить про необхідність більш прискіпливого та уважного ставлення до вивчення проблеми, на яку почасти не звертали особливої уваги в минулому. КСУ зазначив, що «право на свободу світогляду і віросповідання разом з іншими фундаментальними правами і свободами є основою створення та функціонування демократичного суспільства. Всебічне утвердження і забезпечення цих прав і свобод – головний обов'язок України як демократичної, правової держави»¹⁹.

Чимало є й філософських підходів до розуміння понять «свобода совісті» та «свобода віросповідання». Наприклад, відповідно до ст. 3 «Право на свободу совісті» Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», на думку О. Бикова, використано термін «право на свободу совісті», який не є найкращим і у випадку його широкого тлумачення не співпадає із правом на свободу віросповідання, однак ситуація, на яку вказав дослідник, не є занадто принциповою як називають право на свободу віросповідання науковці, законодавець чи міжнародна спільнота, а важливо те, як реалізують і захищають це право у кожній із країн світу²⁰.

Автор солідарний із твердженням Г. Єрмакової, що в процесі розвитку європейської цивілізації у міжнародному праві склалася система норм гарантування та захисту права на свободу совісті та віросповідання, які в подальшому знайшли своє закріплення в універсальних і регіональних міжнародних договорах із основоположних прав людини. Сучасні міжнародно-правові норми захисту права на свободу совісті та віросповідання, особливо універсального рівня, є міжнародним мінімальним стандартом захисту цього права, визнані невід'ємними правами людини і створюють певну відправну точку у вивченні міжнародно-правового забезпечення цього права²¹.

Аналіз договірної практики України дозволяє зробити важливий висновок про те, що Україна визнає норми і стандарти, які визначають права людини, у тому числі й на свободу віросповідання, що містяться в деклараціях ООН, рекомендаціях ПАРЕ та документах ОБСЄ. Унормовують питання свободи віросповідання дві універсальні категорії норм, які мають застосування (загальне та регіональне):

- 1) норми, які забороняють дискримінацію з приводу релігії чи переконань;
- 2) норми, що безпосередньо гарантують право на свободу совісті та віросповідання.

Протягом останніх років Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» отримав чимало змін, особливо в частині визначення поняття релігійної громади та реєстрації статутів (положень) релігійних організацій, майнового стану релігійних організацій, однак час вимагає більше зосередитись на світоглядних проблемах і шляхах їх вирішення.

¹⁷ Concluding observations of the Human Rights Committee: Ukraine, UN. Doc. CCPR/C/UKR/CO/6 (28 November 2006). URL: // [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.UKR.CO.6.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.UKR.CO.6.En?Opendocument).

¹⁸ Сорокун В.М. Міжнародно-правовий захист права на свободу совісті та віросповідання. Харків : Константа, 2010. 251 с.

¹⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 5 ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS16040.html.

²⁰ Биков О.М. Розвиток права людини на зміну релігійних переконань: світовий досвід. Проблеми порівняльного правознавства : збірник тез наукових доповідей III Міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання». Київ – Львів : ЛьвДУВС, 2011. С. 155–158.

²¹ Єрмакова Г.С. Міжнародно-правові норми захисту права людини на свободу совісті та віросповідання. URL: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=1837.

Право людини на свободу віросповідання є комплексною й динамічною нормою, зміст якої постійно уточнюється, розширюється, трансформується з урахуванням реалій міжнародного життя та новацій в Україні, знаходить все нові підходи як у філософсько-правовому розумінні, так і в нормативному закріпленні. Враховуючи недостатній рівень дотримання вимог Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», сучасні антиукраїнські політичні інсинуації, не врегульовані «хвилі» приватизації майна церков в Україні (особливо українських християнських церков), недостатній рівень релігійної культури населення тощо, варто звернути увагу на правові досягнення у зазначеній сфері тієї держави, народ якої закріпив і алізував у своїй правовій системі гасло Великої французької буржуазної революції «Свобода, рівність, братерство» та політику провідних держав світу щодо права людини на свободу віросповідання з тим, щоб їх досягнення отримали належне місце і в Україні.

Анотація

У статті проаналізовано складники та особливості праксеології права людини на свободу віросповідання в сучасній Україні. Проведено аналіз національного нормативного забезпечення, міжнародних вимог і проблем реалізації права людини на свободу віросповідання в Україні. Здійснено розгляд підходів до вдосконалення нормативно-правового забезпечення свободи віросповідання.

Summary

The article analyzes the components and features of the praxeology of the human right to freedom of religion in contemporary Ukraine. The analysis of national normative support, international requirements and problems of realization of the human right to freedom of religion in Ukraine is conducted. The approaches to the improvement of the normative legal support of freedom of religion are considered.

Використана література:

1. Биков О.М. Розвиток права людини на зміну релігійних переконань: світовий досвід. *Проблеми порівняльного правознавства* : збірник тез наукових доповідей III Міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання». Київ – Львів : ЛьвДУВС, 2011. С. 155–158.
2. Декларація про державний суверенітет України. Відомості Верховної Ради УРСР (БВР). 1990. № 31. Ст. 429.
3. Єрмакова Г.С. Міжнародно-правові норми захисту права людини на свободу совісті та віросповідання. URL: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=1837.
4. Європейський суд з прав людини. П'ята сесія. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» (Заява № 77703/01). Страсбург, 14 червня 2007 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_254.
5. Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації». Відомості Верховної Ради УРСР (БВР), 1991, № 25, ст. 283. Документ 987-XII, чинний, поточна редакція від 31.01.2019, підстава – 2673-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12>.
6. Здіорук С.І. Суспільно-релігійні відносини: виклики Україні XXI століття : монографія. Київ : Знання України, 2005. 552 с.
7. Карпачова Н.І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / вид. 2-е. Харків : Консум, 2001. 464 с.
8. Кількість релігійних організацій в Україні зросла до 37 тисяч. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2679097-kilkist-religijnih-v-organizacij-v-ukraini-zroslo-do-37-tisac.html>.
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і протоколи до неї : зб. законодав. і нормат. актів: (офіц. текст) / упоряд. Ю.В. Паливода. Київ : ПАЛІВОДА А.В., 2012. 120 с.
10. Міжнародне право : навч. посіб. / за ред. М.В. Буромського. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 336 с.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 5 ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній і процесій). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS16040.html.
12. Сорокун В.М. Міжнародно-правовий захист права на свободу совісті та віросповідання. Харків : Константа, 2010. 251 с.
13. Рекомендація Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо вступу України № 190 (1995) Страсбург, 26 вересня 1995 року. URL: https://old.irs.in.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=80%3A1&catid=43%3Aeu&Itemid=70&lang=uk.

14. Філософія права: проблеми та підходи. Навчальний посібник для студентів спеціальності «Правознавство» / П.М. Рабінович, С.П. Добрянський, Д.А. Гудима, О.В. Грищук, Т.І. Дудаш, Т.І. Пашук, С.П. Рабінович, Л.В. Ярмол, Ю.І. Анохін. За заг. ред. П.М. Рабіновича. Львів : Юрид. ф-т Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. 332 с.
15. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради з прав людини: «Свобода світогляду та віросповідання». URL: <https://www.irs.in.ua/ua/shchorichna-dopovid-upovnovazhenogo-verhovnoji-radi-z-prav-lyudini-svoboda-svitoglyadu-ta-virospovidannya>.
16. Church of Scientology Moscow v. Russia, App. № 18147/02 (2007) Community. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=russia%20%209&sessionid=9335646&skin=hudoc-en>, § 100, § 72/.
17. Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe. Report: Honouring of obligations and commitments by Ukraine. Doc. 10676, 19 September 2005. URL: <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/WorkingDocs/doc05/EDOC10676.htm>.
18. Concluding observations of the Human Rights Committee: Ukraine, UN. Doc. CCPR/C/UKR/CO/6 (28 November 2006). URL: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.UKR.CO.6.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.UKR.CO.6.En?Opendocument).
19. Metropolitan church of Bessarabia and others v. Moldova, App. № 45701/99(2001). URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=metropolitan%20%7C%20church&sessionid=6613550&skin=hudoc-en>.

Maksym Kolyba,

*Postgraduate of the Department of Theory and History of State and Law, Constitutional and International Law
Lviv State University of Internal Affairs*

Risk insurance under the factoring agreement as a way to ensure its proper performance by the parties

Страхування ризиків у договорі факторингу як спосіб забезпечення його належного виконання сторонами

Karyna Kolomiets

Key words:

ensuring fulfillment of the obligation, additional (accessory) obligation, factoring, factoring agreement, insurance, insurance contract.

Ключові слова:

забезпечення зобов'язання, додаткове (акцесорне) зобов'язання, факторинг, договір факторингу, страхування, договір страхування.

Одним із інститутів цивільного права, правові норми якого виступають регулятором цивільно-правових відносин, які виникають із договорів та одночасно слугують гарантією їх виконання, є інститут забезпечення виконання зобов'язань. Варто згадати, що забезпечення виконання зобов'язань – традиційний та давній інститут цивільного права. Такі види забезпечення виконання зобов'язань як завдаток, неустойка, порука, застава були відомими ще римському праву і знайшли відображення в більшості сучасних правових систем, а у процесі розвитку суспільних відносин набули значного розширення, нового практичного змісту та стали важливим інструментом виконання договірних зобов'язань.

Варто також звернути увагу на те, що вчинення правочинів, укладення договорів вимагають певної розважливості і відповідальності осіб, які їх здійснюють. Адже іноді такі дії можуть бути вкрай ризиковими, і тому будь-який кредитор, вступаючи у боргове зобов'язання, застосовує напрацьовані правові механізми щодо повернення боржником боргу. Разом із тим, наполягають деякі фахівці, не завжди вдається передбачити можливі варіанти розвитку ситуації. Тому кредитор зацікавлений мати визначені гарантії того, що надані ним грошові кошти будуть повернуті, а ризик участі в таких правовідносинах буде мінімальним¹. Такі гарантії закріплені в чинному законодавстві і тлумачаться як види забезпечення виконання зобов'язань, за допомогою яких сторони прагнуть досягти відповідного, а саме належного результату – його виконання.

Необхідність виконання зобов'язання обумовлюється тим, що кредитор має суттєвий інтерес у тому, щоб бути впевненим у виконанні зобов'язання і щоб забезпечити собі встановлення збитків, на відшкодування яких він матиме право у випадку невиконання зобов'язання. Кредитор зацікавлений у тому, щоб спонукати боржника до своєчасного виконання зобов'язання під загрозою невідповідних для нього наслідків у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання.

Питання щодо поняття та змісту видів забезпечення виконання зобов'язань є предметом наукових обговорень серед широкого кола науковців. Зокрема в юридичній літературі види забезпечення виконання зобов'язань визначаються як сукупність передбачених законом чи договором спеціальних заходів, за допомогою яких здійснюється додаткове стимулювання боржника до належного виконання свого зобов'язання, які у випадку його невиконання обумовляють настання негативних наслідків майнового характеру для боржника незалежно від того, чи понесе кредитор збитки фактично².

Видатний цивіліст минулого століття О.С. Йоффе під способами забезпечення виконання зобов'язань пропонував розуміти додаткові забезпечувальні заходи, які мають спеціальний (додатковий) характер і дають можливість досягнути виконання незалежно від того, чи заподіяні кредитором збитки

¹ Белая О.В. Залог имущественных прав : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2006. С. 3–4.

² Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання : [підручник] / [С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик]; за заг.ред. С.С. Бичкової. 3-тє вид., змін. і допов. К. : Алерта, 2014. с. 439.

і чи є у боржника майно, на яке можна звернути стягнення за виконавчими документами³. М.Б. Гонгало визначав способи забезпечення виконання зобов'язань як забезпечувальні міри майнового характеру, існуючі у вигляді акцесорних зобов'язань, які стимулюють боржників і (або) в інший спосіб гарантують захист майнових інтересів кредитора у вигляді неплатоспроможності боржника⁴. Д.В. Кушерець під забезпеченням договірних зобов'язань пропонує розуміти відокремлені спеціальні зобов'язання – прив'язки, які є невід'ємною частиною цивільно-правових договорів, спонукаючи боржника до належного виконання своїх договірних зобов'язань на кожному етапі його виконання, які набувають своєї активної форми лише при невиконанні чи неналежному виконанні договірних зобов'язань, являючи собою цивільно-правові санкції та продовжуючи при цьому договірні зобов'язання⁵.

На думку А.А. Іванова, забезпечення виконання договірних зобов'язань – це спеціальний механізм, спрямований на захист інтересів кредитора (забезпеченої сторони) від порушень боржником своїх зобов'язань. Його значення полягає у наділенні забезпеченої сторони або її уповноваженої особи, крім основних прав по забезпеченому зобов'язанню, додатковими правами, якими вони можуть скористатися у випадку порушення боржником забезпеченого зобов'язання або в інших випадках, вказаних у законі чи в договорі⁶. Подібним чином визначає види забезпечення зобов'язань і інший науковець О.С. Гринь, який підкреслює, що це встановлені законом чи договором спеціальні (додаткові) міри майнового характеру, які або стимулюють боржника до належного виконання зобов'язання, або гарантують захист майнового інтересу кредитора⁷. Автор також зауважує, що конструкція забезпечення виконання зобов'язання передбачає наявність як мінімум двох видів правових відносин, однією із яких є основне (головне, забезпечуване), а в іншому випадку знаходить вияв відповідний спосіб забезпечення зобов'язання, що є додатковим (забезпечувальним)⁸.

Даючи загальну характеристику видам забезпечення зобов'язань, В.А. Котельникова вказує, що більшість із них є традиційними, вони стимулюють боржника до виконання зобов'язання; гарантують захист майнового інтересу кредитора; наділені додатковим (акцесорним) характером, тобто є похідними і залежними від зобов'язань, які ними забезпечуються (основних зобов'язань); забезпечують усунення негативних наслідків у зв'язку з його порушенням; охоплюють ряд стадій руху зобов'язання: виникнення, зміни, забезпечення виконання, відповідальність за невиконання і його припинення⁹.

Як бачимо, науковою доктриною сформульовано підхід, за яким види забезпечення виконання зобов'язань розглядаються як додаткові, забезпечувальні міри (заходи), які спільно обираються сторонами договору, спрямовуються на належне виконання зобов'язання як з боку кредитора, так і з боку боржника.

Отже, аналіз наведених вище міркувань науковців про види забезпечення виконання зобов'язань дозволяє констатувати, що у процесі свого застосування вони покликані виконати такі завдання: створення реальної можливості задоволення інтересів кредитора у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання боржником; усунення негативних наслідків, які можуть настати для кредитора у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язання; попередження потенційних правопорушників про негативні наслідки майнового характеру, які можуть настати при невиконанні чи неналежному виконанні договірних зобов'язань.

Оскільки договір факторингу належить до договорів із високим ступенем комерційного ризику, його виконання забезпечується неустойкою, заставою, гарантією, порукою та іншими способами забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, страхуванням фінансових ризиків)¹⁰. Ю.О. Заїка доходить висновку, що виконання договору факторингу може бути забезпечене шляхом укладення договору страхування. Автор погоджується із такою позицією.

³ Иоффе О.С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит. 1975. с. 68.

⁴ Гонгало М.Б. Учение об обеспечении обязательств. М. : Спарк. 1999. с. 3.

⁵ Кушерець Д.В. Забезпечення виконання договірних зобов'язань як гарантія охорони та захисту майнових прав / Д.В. Кушерець // Часопис цивілістики. 2014. Вип. 17. с. 76.

⁶ Иванов А.А., Эриашвили Н.Д. Способы обеспечения исполнения договорных обязательств с риском в российском гражданском праве / Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 6. с. 148.

⁷ Гринь О.С. Основные подходы к пониманию способов обеспечения исполнения обязательств // Вестник университета им. О.Е. Кутафина. 2016. № 10. С. 47–48.

⁸ Там само. с. 49.

⁹ Котельникова В.А. Способы обеспечения исполнения обязательств // Молодой ученый. 2017. № 12. с. 412.

¹⁰ Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання : [підручник] / [С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик]; за заг. ред. С.С. Бичкової. 3-тє вид., змін. і допов. К. : Алерта, 2014. с. 339.

Однією із функцій, завдяки якій більшість юридичних осіб звертаються до укладення договору факторингу, є захист від неплатоспроможності боржників. Ризики самого фактора (факторингової компанії) не враховуються, що безперечно негативно відображається на його фінансовому становищі, особливо у тих випадках, коли договором не передбачено жодного з існуючих видів забезпечення виконання зобов'язання. Саме тому актуальним є питання щодо можливості і необхідності страхування сторонами договору факторингу своїх інтересів.

Юридична практика розрізняє два види факторингу – факторинг із регресом і факторинг без регресу. Якщо має місце укладення договору факторингу, який передбачає регрес, фактор, не отримавши задоволення, набуває права протягом певного часу вимагати таке задоволення від постачальника. В цьому випадку фактор бере на себе так званий ліквідний ризик (ризик несвоєчасної оплати), але при цьому кредитний ризик залишається на постачальникові. Тобто грошова вимога за своїм змістом виступає в якості забезпечення короткострокового фінансування. У випадку укладення договору факторингу без регресу ризик несплати з боку дебіторів повністю переходить до фактора. В розвинутих країнах світу саме безрегресна схема фінансування є найбільш використовуваною.

Ефективність страхування у договорі факторингу знаходить вияв у можливості здійснення захисту фактора від прогнозованих (не прогнозованих) збитків, які можуть виникнути у зв'язку з несплатою за отримані товари або надані послуги покупцями, права вимоги до яких відступлені фактору.

Досліджуючи страхування з точки зору економічної доцільності С.Л. Сухонос слушно зазначає, що ринок страхових послуг відіграє головну функцію у створенні ефективної системи захисту як держави, так і окремих її громадян¹¹. Кожний громадянин, вказує С.А. Пилипенко, прагне захистити себе від можливих небезпек і ризиків, одним із таких способів захисту є страховий захист, який пропонують страхові компанії¹².

Укладення договору страхування здійснюється на загальних засадах, визначених Цивільним Кодексом України¹³ та Законом України «Про страхування»¹⁴. Прийнято вважати, що цивільно-правовий договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Після досягнення згоди між сторонами за всіма істотними умовами договору страхування, а також сплати страхувальником страхового внеску страховик оформляє страховий поліс, який визначається як документ, що видається страхувальнику і безпосередньо засвідчує факт страхування за договором або підтверджує умови обов'язкового страхування згідно з чинним законодавством та містить зобов'язання страховика виплатити страхувальнику у разі настання страхового випадку визначену умовами договору певну суму коштів – страхове відшкодування¹⁵.

Як правило, страховий поліс (страхове свідоцтво) надає захист від невиконання боржниками своїх боргових зобов'язань як на території України, так і за її межами. Це в свою чергу дозволяє фактору встановлювати більш високі ліміти фінансування боржників. При факторингу без регресу ризик несплати дебіторів покладається саме на фактора. Страхування ж кредитних ризиків дозволяє фактору мінімізувати відкриті кредитні ризики, передаючи їх страховику. Адже, на думку В.А. Сиринько, ризик прихованих (тобто невідомих клієнту) заперечень боржника законодавець покладає на фактора, можливості інакше розподілити цей ризик натепер не існує¹⁶.

Слушними є аргументи О.М. Фролкіної, яка, досліджуючи правове регулювання факторингу, вказує, що страхування факторингу є необхідним у таких випадках: при постійному збільшенні обсягів операцій продавця, що викликає потребу в більших лімітах фінансування; при великій кількості дебіторів продавця. При цьому авторка наголошує, що при використанні страхування банк чи факторингова компанія отри-

¹¹ Сухонос С.Л. Страхова послуга як економічна категорія / 36. наук. праць Національного університету державної податкової служби України. 2011. № 1. с. 568.

¹² Пилипенко С.А. Договір страхування (цивільно-правова характеристика) // Прикарпатський юридичний вісник. 2015. № 1(7). с. 33.

¹³ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (ред. 04.11.2018 р. // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

¹⁴ Про страхування : Закон України (в ред. станом на 29.01.2020 р.) // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 18. Ст. 78.

¹⁵ Цивільне право України. Академічний курс : підручник: у 2 т. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. К. : Видавничий дім «Ін Юре». 2003. Т. 2. с. 156.

¹⁶ Сиринько В.А. Основные направления совершенствования законодательного регулирования факторинговых операций // Научные дискуссии. 2016. Т. 1. № 4. с. 75.

мують можливість надання своїм клієнтам факторингових послуг із більш високими лімітами на одного дебітора; прийняття на фінансування портфелів із більш широким спектром дебіторів; обмеження кредитних ризиків «факторингового портфеля»; мінімізації роботи з оцінки та моніторингу платоспроможності дебіторів¹⁷.

При цьому, як вказують інші дослідники, важливими показниками професійного рівня страховика є швидкість оцінки та своєчасність моніторингу ризиків фактора, здатність своєчасно реагувати на потреби фактора, можливість надати страховий захист за дебіторами, які знаходяться в будь-якій частині держави та світу. Крім того, страхуючи кредитні ризики, фактору необхідно оцінити фінансовий стан і ділову репутацію страхової компанії для уникнення проблем із виплатою страхового відшкодування. У цьому випадку при оцінці ризиків фактору необхідно враховувати ризики, пов'язані з діяльністю страхової компанії, та її платоспроможність¹⁸.

Предметно досліджуючи страхування фінансових ризиків, М.С. Клапків звертає увагу на те, що у країнах Західної Європи нещодавно з'явився гонорарний факторинг, при якому фактори викуповують право на гонорари в архітекторів, лікарів, нотаріусів, адвокатів¹⁹. Зважаючи на такі світові тенденції, слушними є висновки С. Волосович, яка вказує, що розвиток фінансових інструментів створив можливості залучення суб'єктами господарювання додаткових обігових грошових коштів не лише шляхом отримання банківських кредитів, а й через послуги факторингу, які надаються факторинговими компаніями або банківськими установами.

Факторингове обслуговування є найбільш ефективним для малих і середніх підприємств, які відчують фінансові труднощі у зв'язку з несвоєчасним погашенням боргів дебіторами та обмеженістю доступних джерел кредитування. Як наслідок у факторингу зацікавлені й підприємства, які постійно здійснюють поставки споживчих товарів торговельним мережам. Сфера застосування факторингу дедалі розширюється. Однак із розвитком факторингу спостерігається й розширення видів ризиків, які можуть негативно вплинути на його суб'єктів. У цих умовах зростає роль страхування як методу мінімізації ризиків факторингових операцій²⁰. З огляду на наведене вище можна стверджувати, що забезпечення виконання договору факторингу може здійснюватися всіма видами забезпечення зобов'язань, які визначені Цивільним кодексом України з урахуванням специфіки цього договірної правовідношення.

Є всі підстави вважати, що укладення окремого договору страхування може виступати одним із видів забезпечення виконання зобов'язання і може повноцінно розглядатися як вид забезпечення виконання договору факторингу. Проте такий вид забезпечення принципово відрізняється від інших видів забезпечення виконання зобов'язань як своєю правовою природою, так і особливостями використання на практиці.

Автор вважає теоретично обґрунтованим і практично вивіреним висновок про те, що договір факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги), в якому закріплено страхування кредитного ризику обох сторін є максимально ефективним і найбільш вигідним для кожної сторони цього договору.

Анотація

Розглядаються окремі аспекти належного виконання договору факторингу шляхом встановлення таких додаткових гарантій як страхування ризику неповернення грошових коштів. Підкреслено, що поряд із традиційними видами забезпечення виконання зобов'язання (заставою, неустойкою тощо) страхування слід розглядати повноцінним видом забезпечення виконання сторонами своїх зобов'язань за договором факторингу. Виділено особливості застосування страхування при виконанні договору факторингу. Здійснено аналіз легальних і доктринальних засад, правозастосовної практики із проблематики забезпечення виконання договору факторингу шляхом укладення окремого договору страхування. Встановлено переваги такого виду забезпечення виконання договору факторингу та наголошено на необхідності й можливості більш широкого застосування страхування при регулюванні факторингових відносин.

¹⁷ Фролкина Е.Н. К вопросу о совершенствовании гражданского законодательства о факторинге // Современное право. 2013. № 10. С. 19–20.

¹⁸ Внукова Н. Ризики факторингу та способи їх страхування // Фінансовий ринок України. 2010. № 3(77). с. 16.

¹⁹ Клапків М.С. Страхування фінансових ризиків / М.С. Клапків. Тернопіль : Економічна думка : Карт-бланш, 2002. с. 261.

²⁰ Волосович С. Страхування ризиків факторингу // Вісник КНТЕУ, 2012. № 4. с. 24.

Сформульовано висновки та окремі рекомендації, які могли б бути використані при застосуванні цивільного законодавства України з питань правового регулювання договору факторингу як підстави заміни боржника у зобов'язанні. Визначено деякі перспективи удосконалення чинного законодавства у зазначеній сфері.

Summary

The subject of consideration are certain aspects of the proper fulfillment of the factoring agreement by establishing additional guarantees such as non-refund risk insurance. It is emphasized that, along with the traditional types of securing obligations (pledge, penalty etc.) the implementation of insurance is to be considered a full-fledged type of ensuring the parties fulfil their obligations under the factoring agreement. The features of the application of insurance in the performance of the factoring agreement are highlighted. The analysis of legal and doctrinal provisions, legal practice on the issues of ensuring the implementation of the factoring agreement by concluding a separate insurance contract is carried out. The advantages of this type of the factoring agreement fulfillment are determined and the attention is focused on the necessity and possibility of a wider use of insurance in the regulation of factoring relations.

The conclusions and specific recommendations are formulated in order to be used in the application of the civil legislation of Ukraine on the legal regulation of the factoring agreement as a basis for replacement of the creditor in the obligation are formulated. Some prospects of improvement of the current legislation in this field are outlined.

Використана література:

1. Беляя О.В. Залог имущественных прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2006. 20 с.
2. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання : [підручник] / [С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик]; за заг. ред. С.С. Бичкової. 3-тє вид., змін. і допов. К. : Алерта, 2014. 496 с.
3. Иоффе О.С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит., 1975. 871 с.
4. Гонгало М.Б. Учение об обеспечении обязательств. М. :Спарк, 1999. 152 с.
5. Кушерець Д.В. Забезпечення виконання договірних зобов'язань як гарантія охорони та захисту майнових прав / Д.В. Кушерець // Часопис цивілістики. 2014. Вип. 17. С. 76–79.
6. Иванов А.А., Эриашвили Н.Д. Способы обеспечения исполнения договорных обязательств с риском в российском гражданском праве / Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 6. С. 148–154.
7. Гринь О.С. Основные подходы к пониманию способов обеспечения исполнения обязательств // Вестник университета им. О.Е. Кутафина. 2016. № 10. С. 44–51.
8. Котельникова В.А. Способы обеспечения исполнения обязательств // Молодой ученый. 2017. № 12. С. 410–412.
9. Сухонос С.Л. Страхова послуга як економічна категорія / Зб. наук. праць Національного університету державної податкової служби України. 2011. № 1. С. 568–576.
10. Пилипенко С.А. Договір страхування (цивільно-правова характеристика) // Прикарпатський юридичний вісник. 2015. № 1(7). С. 33–37.
11. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (ред. 04.11.2018 р. // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.
12. Про страхування : Закон України (в ред. станом на 29.01.2020 р.) // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 18. Ст. 78.
13. Цивільне право України. Академічний курс : підручник: у 2 т. /за заг. ред. Я.М. Шевченко. К. : Видавничий дім «Ін Юре». 2003. Т. 2. 889 с.
14. Сиринько В.А. Основные направления совершенствования законодательного регулирования факторинговых операций // Научные дискуссии. 2016. Т. 1. № 4. С. 59–78.
15. Фролкина Е.Н. К вопросу о совершенствовании гражданского законодательства о факторинге // Современное право. 2013. № 10. С. 72–78.
16. Внукова Н. Ризики факторингу та способи їх страхування // Фінансовий ринок України. 2010. № 3(77). С. 15–18.
17. Клапків М.С. Страхування фінансових ризиків / М.С. Клапків. Тернопіль : Економічна думка : Карт-бланш, 2002. 570 с.
18. Волосович С. Страхування ризиків факторингу // Вісник КНТЕУ 2012. № 4. С. 24–34.

Karyna Kolomiets,

Postgraduate at the Department of Civil Law and Process
National Academy of Internal Affairs

Problems and prospects of improving legal inheritance

Проблеми та перспективи вдосконалення спадкування за законом

Michailo Kolomiets

Key words:

inheritance, property, relations, problems, prospects, features.

Ключові слова:

спадкування, майно, відносини, проблеми, перспективи, особливості.

Постановка проблеми. Спадкування в Україні здійснюється за законом та заповітом. Головним елементом змісту спадкування за законом є визначення кола спадкоємців, які закликаються до спадкування. Однак законодавець при визначенні підстав спадкування приділив більшу увагу спадкуванню за заповітом, а спадкування за законом розглядає лише як додаткову підставу набуття спадщини, хоча, виходячи з нотаріальної практики, можна стверджувати, що на сьогоднішній день найбільш поширеним видом спадкування є саме спадкування за законом.

Обставини, які впливають на домінування спадкування за законом, є різними. Ю.О. Заїка вважає, що це і недостатня правова культура більшості населення, і передчасна смерть спадкодавця. Від укладення заповіту громадян утримують обставини психологічного характеру. Складання заповіту пересічний громадянин розглядає як передумову смерті, а ігноруючи можливість скласти заповіт сподівається таким чином «відкласти» момент її настання¹.

Таким чином, громадяни залишають правове регулювання проблем однієї із найважливіших сфер свого життя, а саме сфери майнових відносин, на розгляд держави. Це питання має не тільки теоретичне, але й практичне значення. Тому в межах дослідження приділяється увага саме проблемним питанням регулювання відносин, пов'язаних зі спадкуванням.

Останні публікації та дослідження. Різноманітні аспекти спадкування за законом досліджували такі вчені: І.А. Бірюков, С.Г. Благовісний, В.І. Борисова, В.В. Васильченко, А.О. Гелич, С.П. Гришаєв, О.В. Дзера, Л.В. Ємельянова, Ю.В. Желіховська, І.В. Жилінкова, Ю.О. Заїка, А.М. Кондратова, В.М. Коссак, О.В. Кравченко, О.О. Круглова, О.Є. Кухарев, О.В. Малик, Є.О. Мічурін, В.В. Молдован, Н.М. Оксанюк, Х.З. Піцик, З.В. Ромовська.

Мета наукової статті. Мета роботи полягає у тому, щоб на основі аналізу наукової літератури вітчизняних і зарубіжних авторів та судової практики сформувати теоретичну систему знань про спадкування за законом та розробити методики вдосконалення цивільного законодавства з цього питання.

Виклад основного матеріалу. У чинному Цивільному кодексі України важливу роль щодо черги спадкоємців відіграють родинні відносини близьких і дальніх родичів. Варто зазначити, що не завжди родинні відносини відображають характер зв'язків між померлою особою та її родичами. Саме цією обставиною зумовлена поява в новому ЦК України норми, яка надає спадкоємцям за законом право перерозподіляти спадщину. До того ж черговість спадкоємців може бути змінена і за рішенням суду. За позовом особи, яка є спадкоємцем нижчої черги, суд має право надати їй можливість отримати спадщину на рівні зі спадкоємцями першої черги, але лише у разі, коли такою особою буде доведено, що вона надавала матеріальну допомогу, опікувалася та надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який був у безпорадному стані через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво.

До спадкоємців за законом першої черги законодавцем віднесено дітей спадкодавця, у тому числі зачатих за життя померлої особи та народжених після її смерті, того із подружжя, який її пережив, батьків. Цей перелік спадкоємців за законом є вичерпним. На думку автора, не досить доцільно у нормах Сімейного

¹ Заїка Ю.О. Зміна черговості при спадкуванні за законом за новим Цивільним кодексом / Ю.О. Заїка // Підприємництво, господарство і право. 2004. № 7. С. 12–14.

кодексу України законодавець вжив формулу, за якою навіть зачата особа за життя спадкодавця і народжена живою після відкриття спадщини є також спадкоємцем. Адже дитина спадкодавця не може бути зачата не за його життя. До того ж на сьогоднішній день досить поширеним видом зачаття дитини є штучне, що досить ускладнює встановлення батьківства та материнства, адже виникає питання, чи тотожні поняття «біологічна дитина» та «спадкодавець».

Існують певні законодавчі неврегульованості щодо кола спадкоємців за законом при наявності чи відсутності кровної спорідненості з дитиною. Відповідно до ст. 123 та п. 5 ст. 136 Сімейного кодексу України чоловік не має права оскаржувати своє батьківство, якщо він надав письмову згоду на штучне запліднення своєї дружини від донора, або якщо на момент реєстрації народження цієї дитини він знав, що не є батьком цієї дитини. Тож такі діти хоч і не є біологічними, але без інституту усиновлення стають дітьми цього чоловіка в юридичному сенсі².

Окрім першої черги спадкоємців виникають питання щодо п'ятої черги, а саме утриманців спадкодавцем. Недоліками законодавчого врегулювання цього питання є відсутність строку, протягом якого спадкодавцем надавалася матеріальна допомога. Суто теоретично, виходячи із положення статті 1265 Цивільного кодексу України, можна зазначити, що будь-який період життя такого утриманця може вважатися підставою допущення до спадкування. Так, якщо особа отримувала допомогу від спадкодавця протягом трьох років, а потім із причин надання матеріальної допомоги та утримання недієздатної або неповнолітньої особи іншою особою і через це такі відносини між спадкодавцем та утриманцем припинилися за змістом цієї статті в її нинішній редакції виходить, якщо до спадкування буде закликатися п'ята черга спадкоємців, така особа (утриманець) може одержати право на спадкування, адже жодної прив'язки до моменту смерті спадкодавця Цивільний кодекс не містить. Виходячи з наведеного, автор не може погодитися із думкою науковців, які вважають, що відносини утримання, які припинилися до відкриття спадщини, не дають підстав для спадкування, оскільки зі змісту ст. 1265 Цивільного кодексу України цього не випливає.

Було б доцільно викласти у новій редакції ч. 2 ст. 1265 Цивільного кодексу України, а саме після слів «не менш як п'ять років» доповнити словами «до часу відкриття спадщини», так, як це зроблено в ст. 1264 ЦК України щодо осіб, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю. У такому випадку для утриманців факт проживання до часу відкриття спадщини із спадкодавцем ігнорується на відміну від такого проживання цими особами.

Ще однією проблемою, з якою досить часто зустрічаються на практиці спадкоємці померлої особи, є доведення документально нотаріусу родинних відносин, що є підставою для відмови у видачі свідоцтва на право отримання спадщини. Таким чином, така особа повинна звернутися до суду для встановлення такого факту. Також є досить проблемним отримання документу, що пов'язано із знаходженням архіву РАЦС на тимчасово окупованих територіях України. Навіть якщо у Державному реєстрі актів цивільного стану громадян є запис, складений на спадкодавця, на підставі якого може бути видане свідоцтво або витяг із Державного реєстру актів цивільного стану та за допомогою якого буде підтверджена наявність родинних відносин, на жаль, якщо спадкоємець вкаже у заяві дані, які не збігаються із даними в реєстрі, такому заявнику у видачі документу буде відмовлено у зв'язку з розбіжностями. Також актовий запис відділи РАЦС взагалі не зможуть надати, якщо такий документ знаходиться на окупованій території України. Це ускладнює процес доведення родинних відносин між спадкодавцем і спадкоємцем.

Так, відповідно до рішення Львівського міського суду заявник звернувся в порядку окремого провадження з метою доказу факту родинних відносин зі спадкодавцем, який є йому двоюрідним братом. Після смерті останнього була відкрита спадщина на квартиру, яка знаходилась у місті Львові. Оскільки у свідоцтві про народження батька, який є рідним братом матері спадкодавця, відсутні відомості про батьків, які б дозволили зробити висновок про їх родинні відносини, заявник просив суд встановити факт їх спорідненості з метою прийняття спадщини після смерті двоюрідного брата. Так, судом було встановлено факт родинних відносин між позивачем і спадкодавцем³. Однак Верховний Суд України зазначив, що суди, прийнявши аналогічні рішення, порушували норми матеріального та процесуального права. Так, заявник встановлення факту родинних відносин зі спадкодавцем пов'язував із подальшим вступом у спадщину, щодо якої існує спір. Оскільки він виник саме з приводу права, справа має вирішуватися у порядку позовного провадження на загальних підставах⁴.

² Прогалини та аномалії у правовому регулюванні спадкових відносин / Наталя Когут // Юридична Україна. 2016. № 1–2. с. 9.

³ Рішення Львівського міського суду від 11.03.2018 у справі № 267/5674/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63690078>.

⁴ Ухвала Верховного Суду України від 17.12.2008 у справі № 6-20639св08. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2731817>.

Аналіз судової практики дає змогу стверджувати, що суди при винесенні рішень щодо встановлення факту родинних відносин допускають ряд помилок, а саме не вимагають відомостей про смерть спадкодавця, щодо відкриття спадкової справи нотаріальною конторою, не перевіряють коло спадкоємців, які повинні були б бути зацікавленими особами у справі, наявність заповіту, право особи на обов'язкову частку⁵. Однак встановлення факту родинних відносин між подружжям чинним законодавством не передбачено. Для отримання спадщини достатньо лише підтвердити факт реєстрації шлюбу.

Дуже часто проблемою встановлення факту родинних відносин є неправильний переклад під час реєстрації народження перекладу з російської на українську мову прізвища, імені та по батькові дитини. Так, яскравим прикладом є рішення із цивільного провадження, відповідно до якого нотаріус відмовився давати спадкоємцю свідоцтво на отримання спадщини у зв'язку із ненаданням доказів родинних відносин. Адже при реєстрації смерті відділом ДРАЦС у записі про смерть було вказано прізвище батька «Єременко», тоді як прізвище заявника згідно з паспортом «Єрьоменко». Крім того, у свідоцтві про народження її прізвище та прізвище батьків вказано на російській мові «Еременко», тоді як у паспорті заявника «Єрьоменко», а у батька «Єременко». Саме тому нотаріус порекомендував громадянці звернутися до суду для підтвердження родинних відносин⁶. Аналогічною є справа, відповідно до якої нотаріус виявив розбіжності у написанні прізвища доньки та матері, що пов'язано із неправильним перекладом – у свідоцтві про смерть прізвище матері заявниці вказано «Кривоконь», а прізвище її доньки – «Кривокінь»⁷. На жаль, такі випадки не поодинокі, факт доказу родинних відносин уповільнює процес прийняття спадщини, до того ж, якщо пропустити строк прийняття спадщини, то поновити його не можливо.

На думку автора, гарним прикладом функціонування інституту спадкового законодавства є право держав-членів Європейського Союзу, тому що велика увага приділяється саме охороні особистих інтересів громадян та їхнього майна. Значна кількість нормативно-правових актів гарантує забезпечення прав громадян. Законодавець має приділити увагу такому інституту як «надзвичайний заповіт». Так, Цивільний кодекс Угорщини передбачає, що в особливих умовах за надзвичайної ситуації будь-яка особа, яка володіє заповідальною дієздатністю, може висловити свою волю в усній формі⁸. У німецькому цивільному Уложенні передбачається складення заповіту (у письмовій або усній формі) у присутності 3-х свідків⁹. Цивільне законодавство Іспанії також передбачає усну форму заповіту, якщо це відбувалося у присутності декількох свідків під час бойових дій в умовах неминучої небезпеки¹⁰. Автор сподівається, що прагнення національного законодавця відповідати стандартам права ЄС знаходитиме свій відбиток не лише на папері, а й у законотворчій діяльності.

Висновки. Виходячи з наведеного вище варто зазначити, що спадкування за законом є важливим питанням у сфері спадкового права, однак воно потребує удосконалення, певних доповнень та усунень колізій. Спадкування за законом в Україні має свої особливості, які виражаються у законодавчому підґрунті та практичній реалізації цього виду спадкування. Немає сумніву в тому, що практика правозастосовних органів викличе потребу подальшого розвитку спадкових відносин в Україні, а тому перспективи подальших наукових розвідок щодо удосконалення правових норм у питанні спадкування за законом мають бути спрямовані саме в цьому напрямі.

Анотація

У науковій статті розглянуті питання вдосконалення спадкування за законом, адже ця проблема є досить поширеною на сьогоднішній день. Це підтверджується насамперед тим, що об'єктом спадкування є право власності. Протягом життя кожна особа намагається накопичити матеріальні блага, а також набути власні нематеріальні активи з метою забезпечення добробуту своєї сім'ї та майбутнього покоління. З моменту виникнення права власності людством було запроваджено спадкове право, яке по суті є

⁵ Судова практика розгляду справ про встановлення фактів, які мають юридичне значення. Вісник Верховного Суду України. 2012. № 8. с. 20

⁶ Рішення Татарбунарського районного суду Одеської області від 21.06.2017 року. Справа № 515/732/17 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67265368>.

⁷ Рішення Яготинського районного суду Київської області від 13.07.2017 року. Справа № 382/774/17 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67082>.

⁸ Закон V, 2013 г. Magyar kozlony, 2013, № 31.

⁹ Гражданское уложение: [Извлечения] // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. М.: НОРМА, 2004. Т. 2: Современное государство и право.

¹⁰ Гражданский кодекс Испании (Codigo Civil). Книга 3. Раздел 3. О преемстве, завещании и наследовании.

могутнім стимулятором дій до праці і вдосконаленням сутності та змісту життя людини. Таким чином громадяни залишають правове регулювання проблем однієї із найважливіших сфер свого життя, а саме сфери майнових відносин, на розгляд держави.

Спадкування за законом в Україні має свої особливості, які виражаються у законодавчому підґрунті та практичній реалізації цього виду спадкування. Немає сумніву в тому, що практика правозастосовних органів викличе потребу подальшого розвитку спадкових відносин в Україні, а тому перспективи подальших наукових розвідок щодо удосконалення правових норм у питанні спадкування за законом мають бути спрямовані саме в цьому напрямі. Автором розглянуті найбільш проблемні питання, з якими найчастіше на практиці стикаються спадкоємці.

Summary

The article deals with the improvement of inheritance by law. As you know, this problem is quite common today. This is confirmed first of all by the fact that the inheritance is the property right. Throughout life, each person seeks to accumulate material goods and acquire their own intangible assets to ensure the well-being of their family and future generations. Since the emergence of property rights, humanity has been introduced inheritance law, which is essentially a powerful stimulator of action to work and improve the essence and content of human life.

Thus, citizens leave the legal regulation of the problems of one of the most important spheres of their lives, namely, the sphere of property relations – for consideration by the state. Inheritance by law in Ukraine has its own peculiarities, which are reflected in the legislative basis and practical implementation of this type of inheritance. There is no doubt that the practice of law enforcement agencies will raise the need for further development of hereditary relations in Ukraine, and therefore the prospects for further scientific exploration of the improvement of legal rules on the issue of inheritance by law should be directed in this direction. We address the most problematic issues that heirs often face in practice.

Використана література:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України* від 03.10.2003. 2003 р., № 40, стаття 356.
2. Рішення Львівського міського суду від 11.03.2018 у справі № 267/5674/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63690078> (дата звернення: 03.02.2020).
3. Ухвала Верховного Суду України від 17.12.2008 у справі № 6-20639св08. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2731817> (дата звернення: 03.02.2020).
4. Судова практика розгляду справ про встановлення фактів, які мають юридичне значення. *Вісник Верховного Суду України*. 2012. № 8. с. 20.
5. Рішення Татарбунарського районного суду Одеської області від 21.06.2017 року. Справа № 515/732/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67265368> (дата звернення: 03.02.2020).
6. Рішення Яготинського районного суду Київської області від 13.07.2017 року. Справа № 382/774/17 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67082534> (дата звернення: 03.02.2020).
7. Гражданское уложение: [Извлечения] // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. М. : НОРМА, 2004. Т. 2: Современное государство и право.
8. Заїка Ю.О. Зміна черговості при спадкуванні за законом за новим Цивільним кодексом / Ю.О. Заїка // Підприємництво, господарство і право. 2004. № 7. С. 12–14.
9. Закон V, 2013 г. Magyar kozlony, 2013, № 31. URL: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=96512&p_country=HUN&p_count=937&p_classification=01.03&p_classcount=4.
10. ПРОГАЛИНИ ТА АНОМАЛІЇ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН / Наталя Когут // Юридична Україна. 2016. № 1–2. с. 9.
11. Гражданский кодекс Испании (Codigo Civil). Книга 3. Раздел 3. О правопреимстве, завещании и наследовании. URL: https://4ru.es/ru/knowledge_base/zakon-spain/item/489-codigo_civil_cap%C3%ADtulo_3_sección_3.

Michailo Kolomiets,

Student

Yaroslav Mudryi National Law University

Protection of human rights in the practice of the Constitutional Court of the Czech Republic

Захист прав людини в практиці Конституційного суду Чеської Республіки

Vasyl Kopcha

Key words:

human rights, constitutionality, jurisprudence, Czech Republic.

Ключові слова:

права людини, конституційність, судова практика, Чеська Республіка.

Протягом майже тридцяти років діяльності Конституційного Суду Чеської Республіки ним напрацьовано широку практику в питанні захисту прав людини, що перетворило цей орган у один із найефективніших механізмів такого захисту. Особливості практики Конституційного Суду Чеської Республіки у цій сфері диктуються двома факторами: а) специфіка конституційної матерії цієї держави, до якої входять, окрім Конституції 1992 року, також Хартія про основні права і свободи 1991 року [1]¹ та конституційні закони (вживається сукупний термін «конституційний порядок»); б) широкі повноваження Конституційного Суду щодо захисту не лише так званого «конституційного порядку», а й низки інших джерел права, зокрема ратифікованих міжнародних договорів, законів і зв'язків між ними. Конституційний Суд здійснює контроль конституційності з надто широким предметом.

Актуальність теми дослідження впливає з потреб удосконалення та розвитку відповідної діяльності Конституційного Суду України в контексті його нових повноважень після конституційної реформи 2016 року.

Низка дослідників вивчали окремі аспекти проблеми. До таких авторів належать М.М. Гультай², Й.І. Горінецький³, І.Є. Переш⁴, В.В. Лемак⁵. Однак питання аналізу практики захисту Конституційним Судом Чеської Республіки прав людини досліджувалися лише фрагментарно, що підтримує актуальність цієї розробки.

Метою статті є дослідження практики Конституційного Суду Чеської Республіки в таких аспектах: а) розуміння прав людини, їх сутності та зв'язку з конституційним текстом; б) методики оцінки конституційності державного втручання до прав людини, вживані Конституційним Судом Чеської Республіки.

Конституційний Суд Чеської Республіки (далі – Конституційний Суд, Суд) було створено на підставі Конституції Чеської Республіки 1992 року та Закону «Про Конституційний Суд Чеської Республіки» від 16 червня 1993 року⁶. Станом на кінець 2019 року до цього закону було внесено 22 зміни й доповнення. Про масштаби діяльності Конституційного Суду свідчать такі цифри. У 1993 році (перший рік роботи) до Суду надійшло 523 звернення, в тому числі 476 конституційних скарг. У 1994 році ці показники становили відповідно 862 і 829. У 2018 році до Суду надійшло 4379 звернень, в тому числі 4331 конституційна скарга. У тому ж 2018 році Суд ухвалив загалом 4395 актів, з них 206 рішень, 4187 ухвал і 2 висновки Пленуму Суду⁷.

¹ Usnesení předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky. URL: <https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

² Гультай М. Інститут конституційної скарги в конституціях європейських держав. Вісник Конституційного Суду України. 2012. № 2. С. 130–139.

³ Правоохоронна функція держав Центральної Європи: теоретичні і практичні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Й.І. Горінецький; Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2005. 20 с.

⁴ Переш І.Є. Інститут конституційного контролю в Чехословаччині, Чехії і Словаччині: історико-правове дослідження (1918–2000 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2004. 19 с.

⁵ Лемак В.В. Конституційна скарга: досвід держав Центральної Європи і можливі уроки для України. Публічне право. 2016. № 4. С. 49–56.

⁶ Zákon č. 182/1993 Sb. Zákon o Ústavním soudu. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1993-182> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

⁷ The Yearbook of the Constitutional Court. 02 September 2019. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Rocenky/Ustavni_soud_Rocenka_2018_AJ_fin.pdf. (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

За критерієм значимості для офіційної конституційної доктрини з питань захисту прав людини та розвитку практики варто звернути увагу на низку рішень Конституційного Суду.

Справа про акти тоталітарного режиму (1993 року). У справі йшлося про строк давності для притягнення до кримінальної відповідальності за злочини, вчинені в період тоталітарного режиму. Група депутатів Парламенту наводила аргументи, що продовження строку давності для деяких злочинів (так звані «політичні злочини») ставить злочинців у різні умови. Конституційний Суд відкинув подібні аргументи, зазначивши, що нова Конституція не ґрунтується на нейтралітеті щодо цінностей, це не лише просте розмежування інститутів і процесів, скоріше вона включає у свій текст певні керівні ідеї, які виражають основні, непорушні цінності демократичного суспільства. При цьому Конституція приймає та поважає принцип законності як частину загальної основної структури правової держави.

Позитивне право не пов'язує його лише з формальною законністю, скоріше тлумачення та застосування правових норм підпорядковуються їх змісту та змістовному призначенню. Право розуміється з повагою до основних цінностей демократичного суспільства, і воно ж вимірює застосування правових норм за цими цінностями. Це означає, що навіть під час безперервності «старих законів» спостерігається розрив у значеннях порівняно зі «старим режимом». Ця концепція конституційної держави відкидає формально-раціональну легітимність режиму та засновується на законах держави. Якими б не були закони держави, у державі, яка визначена як демократична і яка проголошує принцип суверенітету народу, жоден режим, окрім демократичного режиму, не може вважатися законним.

Тому неодмінною складником поняття строків давності у кримінальному праві є готовність держави притягнути до кримінальної відповідальності. Без цих передумов зміст поняття не є повним, а мета цього правового принципу не може бути виконана. Принцип обмеження дій набуває справжнього значення лише після того, як відбулася тривала взаємодія двох елементів: наміру та зусиль держави покарати злочинця та постійного ризику для злочинця, який може бути покараний. Якщо держава не хоче переслідувати певні кримінальні правопорушення чи правопорушників, то обмеження дії є безглуздом: у таких випадках настання строку позовної давності не відбувається насправді, а обмеження дії є фіктивним⁸.

Справа про анонімного свідка (1994 рік). У цій справі Конституційний Суд торкнувся прав звинуваченої особи у кримінальному процесі, зазначивши, що метою права на відкрите провадження у справі у зв'язку з правом висловлювати свою думку про всі допущені докази, є надання обвинуваченому у кримінальному процесі можливості перевірки свідчень, які його викривають у присутності громадськості. Суд підкреслив, що коли йдеться про свідчення свідків, є два аспекти: перший – це перевірка точності фактичних тверджень, другий – можливість перевірити довіру до свідка. Звідси Суд зробив висновок, що практика використання анонімних свідків обмежує можливість обвинуваченого перевірити достовірність свідчень свідків, які виступають на стороні обвинувачення, оскільки це виключає можливість його особистого звернення до свідка і з'ясування довіри до нього. Тому право обвинуваченого на захист є обмеженим, що не відповідає принципу змагального процесу, зокрема принципу рівності сторін.

По-друге, у рішенні Суд сформулював юридичну позицію щодо критеріїв обмеження прав людини, зазначивши, що основні права і основоположні свободи можуть бути обмежені, незважаючи на те, що конституційний текст не передбачає такого положення, однак лише у випадку, якщо два таких права вступають у конфлікт один з одним. На його думку існує максима, що фундаментальне право або основоположна свобода можуть бути обмежені лише заради іншого основного права або основоположної свободи. Якщо Суд дійшов висновку, що доцільно надати пріоритет одному з двох конфліктуючих основних прав як умову остаточного рішення, вжити всіх можливих заходів для мінімізації посягання одного з них. Суд підсумував: метою кримінального провадження є не просто «справедливе покарання злочинця», а проведення справедливої процедури, яка є обов'язковою умовою існування демократичної правової держави⁹.

Справа про декрети Бенеша (1995 рік). У рішенні за цією справою Конституційний Суд оцінив конституційність декрету Президента Бенеша № 108/1945, яким було конфісковано майно ворогів народу у 1945 році, підкресливши, що цей акт був і законним, і легітимним. На думку Суду, з огляду на те, що цей нормативний акт вже виконав свої цілі і протягом більш ніж чотирьох десятиліть не створив жодних

⁸ 1993/12/21. Pl. ÚS 19/93: Lawlessness. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19931221-pl-us-1993-lawlessness/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

⁹ 1994/10/12. Pl. ÚS 4/94: Anonymous Witness. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19941012-pl-us-494-anonymous-witness/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

подальших правових відносин, він більше не має конституційного характеру, а тому у цій ситуації його відповідність конституційним актам або міжнародним договорам не може бути перевірено, оскільки для такого способу судочинства взагалі бракує будь-якої юридичної функції. Суд зазначив, що інакша позиція означала би поставити під сумнів принцип правової визначеності, який є однією з основних вимог сучасних демократичних правових систем ¹⁰.

Справа про подвійне громадянство (1995 рік). У рішенні в цій справі Конституційний Суд сформулював низку позицій щодо цієї проблеми, підкресливши, що якщо громадянин виявив наміри набутти громадянство іноземної держави, він повинен бути ознайомленим з тим, що *de lege lata*, як тільки він набуде громадянство іноземної держави, то втратить громадянство Чеської Республіки. Суд також звернувся до міжнародного права, в сфері якого подвійне громадянство загалом вважається небажаним ¹¹.

Справа про «п'ятивідсоткову виборчу перешкоду» (1997 рік). Мотивуючи рішення у цій справі, Суд установив, що конституційна вимога про те, що вибори є прямими, виконується, навіть якщо на підставі положення про «п'ятивідсоткову перешкоду» конкретна партія набуває права на додаткове місце або місця, які перевищують пропорційне представництво. Однак навіть у цьому випадку місця повинні бути заповнені тими кандидатами, яких їхня політична партія належним чином вписала до списку і кого виборці могли очікувати в складі парламенту від партії, через яку балотувалися кандидати. Такий спосіб розподілу місць у парламенті (депутатських мандатів) не може бути правильно виражений як адміністративний, оскільки він не є результатом повної свободи та рішенням державного органу, а є прямим результатом вибору виборцями за певних обставин і за умов знання передбачуваних результатів виборчої системи, встановленої законом.

На думку Суду, в цьому випадку певне обмеження на диференціацію при розподілі місць неминуче. Хоча метою голосування і є диференціація виборчого корпусу, мета виборів – це не просто вираження політичної волі окремих виборців, а досягнення диференційованого дзеркального відображення політичних настроїв виборців. Принцип диференціації та принцип інтеграції повинні вступати у конфлікт на тому етапі виборчого процесу, коли розподіляються мандати, якщо вибори мають наслідком створення асамблеї депутатів, склад якої дає змогу досягти політичної більшості, здатної до формування уряду, участі у законодавчій діяльності, вирішенні інших завдань, які Конституція доручає асамблеї.

На думку Суду, з точки зору принципу представницької демократії прийнятним є включення до виборчого механізму певних інтегративних стимулів, коли існують серйозні підстави для них, зокрема за припущення, що необмежена пропорційна система призведе до фрагментації голосів серед великої кількості політичних партій, безмежної «надсегментації» політичних партій, загрожуючи здатності парламентської системи функціонувати і приймати заходи, а також її безперервності. З іншого боку не дозволяється підвищувати поріг обмежувального положення, який би ставив під загрозу демократичну сутність виборів. На думку Суду, необхідно завжди оцінювати, чи є це обмеження рівного права голосу мінімальною мірою, необхідною для того, щоб сформувати в парламенті більшість, необхідну для прийняття рішень і формування уряду ¹².

Справа про рівність жінок і чоловіків (2007 рік). У цій справі заявник оскаржив положення закону про пенсійне страхування, яке встановлювало окремий пенсійний вік для жінок залежно від кількості дітей, які були виховані ними. За словами заявника, немає розумних підстав для обґрунтування різниці в умовах і розмірі відповідного пенсійного забезпечення, яке надається в старості, коли лише певній групі осіб надається перевага через виконання спеціальних умов, а інша група, яка відповідає тим самим умовам, таких переваг позбавлена. Суд відкинув таку аргументацію, вказавши, що рівність – відносна категорія, яка вимагає усунення невинуватених відмінностей. Принцип рівності прав повинен розумітися так, що юридична диференціація у підході до певних прав може не бути проявом свавілля, але це не призводить до висновку, що будь-якій особі взагалі має бути надано якесь право. Ставлення з наданням переваги повинно базуватися на об'єктивних і розумних підставах (легітимна мета), а між цією метою та засобами, які використовуються для її досягнення (між юридичними перевагами), повинно бути пропорційне співвідношення.

¹⁰ 1995/03/08. Pl. ÚS 14/94: Beneš Decrees. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19950308-pl-us-1494-benes-decrees/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

¹¹ 1995/11/08. Pl. ÚS 5/95: Citizenship Loss. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19951108-pl-us-595-citizenship-loss/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

¹² 1997/04/02. Pl. ÚS 25/96: Five Percent Electoral Threshold. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19970402-pl-us-2596-five-percent-electoral-threshold/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

Крім того, Суд зазначив, що у сфері економічних, соціальних і культурних прав законодавча влада має більше можливостей застосовувати свою ідею про допустимі межі фактичної нерівності. Встановлення різного віку виходу на пенсію для жінок залежно від кількості вихованих дітей порівняно з єдиним пенсійним віком для чоловіків незалежно від кількості вихованих дітей переслідує легітимну мету. Критерій, який полягає в статі людини та кількості вихованих дітей, не порушує принципу рівності та не є проявом довільності з боку законодавчої влади. Суд встановив, що підхід щодо надання переваг жінкам, які виховували дітей, базувався на об'єктивних і розумних підставах, які враховували історичні та соціологічні чинники, а також порівняльне право. Тому Конституційний Суд не знайшов свавілля з боку законодавчої влади при ухваленні оскаржуваного положення¹³.

Справа про обов'язкову вакцинацію (2015 рік). Заявники у цій справі оскаржували конституційність положень закону, за якими вакцинація дитини є обов'язком, порушення якого призводить до адміністративного стягнення. Суд розпочав дослідження зі з'ясування того, що йдеться про серйозне втручання до права на приватне життя у вигляді цілісності особи, бо з положення закону випливає обов'язок особи зазнавати втручання у свою фізичну недоторканність у вигляді медикаментозного лікування. Суд використав судову практику ЄСПЛ, яка передбачає 5-ступеневий тест для перевірки відповідності обмежень конфіденційності прав людини, включаючи втручання у фізичну недоторканність.

На першому етапі тесту постало запитання, чи є це втручання таким, що стосується суті захищеного права людини. Суд зазначив, що відповідь на це питання очевидна. Сфера захисту основного права на захист приватного та сімейного життя включає гарантії, надані фізичним особам, які держава зобов'язана поважати та втручатися лише в неминучих випадках. Якщо медичне втручання впливає на недоторканність людини, і при цьому не йдеться про втручання через її хворобу, а йдеться про осіб, які не досягли 15 років, а опікуни дитини відповідають за втручання, то цілком природно говорити про таке обмеження права людини, яке підлягає тестуванню.

Друге питання тесту мало на меті встановити, чи дійсно в конкретному випадку були порушені основні права людини. Суд також надав позитивну відповідь, бо йшлося про втручання у фізичну цілісність вакцинованої людини з очікуваною довгостроковою ефективністю. У разі обов'язкової вакцинації неповнолітньої особи, яка не досягла 15 років, також обмежується право опікунів (батьків) приймати рішення щодо догляду та виховання своїх дітей.

Третім кроком тесту було вивчення законності обмеження права на приватне життя. Бажана законність обмеження основного права ґрунтувалася на постулатах вчення про обмеження основного права, встановленого законом («передбаченого законом»). На це запитання Суд також дав позитивну відповідь.

Четвертий крок тесту вимагав з'ясування легітимності обмеження основних прав: чи втручання у право людини переслідує хоча б одну із законних легітимних цілей? Типологія та перерахування законних цілей були розроблені судовою практикою ЄСПЛ у результаті узагальнення судової практики. Однією з визнаних легітимних цілей є захист здоров'я, де обов'язкова вакцинація – це не тільки по суті вакцинація осіб ex lege, але й опосередкований захист цих людей від інфекційних захворювань.

П'ятий крок тесту. Суд мав відповісти на запитання про необхідність обмеження основного права законом (наскільки це «необхідно в демократичному суспільстві»). Однак він зазначив, що перевірка технічних аспектів цього питання, включаючи ті причини, які призвели до впровадження часткової або загальної вакцинації населення, зокрема використання встановленого законодавством інституту вакцинації, не є частиною його повноважень з огляду на медичну науку. Суду не належить вирішувати питання, чи виправдовує епідеміологічна ситуація в тій чи іншій країні на європейському континенті коригування примусової вакцинації. Хоча тут пропонувалося використання експертних знань, оцінка цих джерел належить до законодавчих і виконавчих повноважень. Тому Конституційний Суд виходив із загальнодоступних джерел компетентних міжнародних і чеських установ. Висновки, викладені на користь ухваленого рішення, всебічна вакцинація проти окремих інфекційних захворювань і зацікавленість у захисті здоров'я населення переважили аргументи заявників проти примусової вакцинації¹⁴.

¹³ CZE-2007-3-013. 16-10-2007. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

¹⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 27. ledna 2015 sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ve věci návrhu na zrušení § 46 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a § 29 odst. 1 písm. f) zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2015-97> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

Справа про право на охорону здоров'я і право на безоплатну медичну допомогу (2017 рік).

До Конституційного Суду звернулося двоє громадян України, які постійно проживали в Чеській Республіці, з приводу оплати за надані медичні послуги, зокрема у зв'язку з народженням дитини. Суд окреслив різницю щодо конституційних гарантій між правом на охорону здоров'я та правом на безкоштовну медичну допомогу на основі державного медичного страхування. Право на охорону здоров'я (перше речення ст. 31 Хартії про основні права Чеської Республіки), на думку Суду, повинно розумітися як мінімальна основа для захисту особи у цій сфері і поширюватися на всіх, тоді як конституційне право на безкоштовну медичну допомогу на основі державного медичного страхування (друге речення ст. 31 цієї ж Хартії) поширюється лише на громадян Чеської Республіки. Суд сформулював позицію, що законодавець не буде суперечити Конституції, якщо він правовим регулюванням забезпечує більш високий рівень захисту прав, що перевищує мінімальні конституційні гарантії.

Суд відмовив у задоволенні конституційної скарги, зазначивши, що участь у системі державного медичного страхування виникає безпосередньо із закону, який також визначає коло осіб, які беруть участь у ньому, та умови початку та припинення участі в ньому. Поки людина бере участь у цій системі, вона має право на отримання безплатної медичної допомоги. Особа, яка не відповідає встановленим законом умовам, може або влаштувати приватне договірне страхування з однією із комерційних медичних страхових компаній, або оплатити медичні послуги безпосередньо за власні кошти. У змісті оскаржуваних положень йшлося про визначення особистої сфери медичного страхування для осіб, які мають постійне місце проживання в Чехії, а також для осіб, які не мають постійного місця проживання, але є працівниками роботодавця, який має зареєстровану адресу або постійне місце проживання в країні.

Конституційний Суд заявив, що основним критерієм оцінки обґрунтованості обох клопотань була ст. 31 Хартії, яка передбачає, що «кожен має право на охорону свого здоров'я. Громадяни мають право на основі державного страхування на безкоштовну медичну допомогу та на медичну допомогу на умовах, передбачених законодавством». Суд дійшов висновку, що хоча право на охорону здоров'я є суспільним суб'єктивним правом, яке належить кожному на території Чеської Республіки (громадянам, іноземцям або особам без громадянства), право на безкоштовну медичну допомогу на основі державного медичного страхування надається лише громадянам. З точки зору конституційних гарантій різницю між правом на безплатну медичну допомогу та правом на охорону здоров'я насправді не можна усунути, як вважають заявники ¹⁵.

Справа про заборону на паління (2018 рік). У цій справі група з 20 сенаторів запропонувала скасувати низку положень Закону про охорону здоров'я від шкідливого впливу залежних речовин. Заявники стверджували, що хоча ухвалення так званого «Закону про боротьбу з курінням» було мотивоване зрозумілими аргументами, він порушив ст. 1.1 Конституції, яка визначає Чехію як правову державу. Зокрема, закон не дотримав вимог розумності правового регулювання, його адекватності, доцільності чи необхідності. Заявники підкреслювали, що державна влада в ліберальній правовій державі не повинна виховувати громадян і нав'язувати їм певний спосіб життя, який нинішній носій влади вважає правильним.

Суд відмовив у задоволенні скарги, зазначивши, що захист свободи людини без захисту життя, здоров'я та навколишнього середовища, що дозволяє життя та свободу, був би безглуздим. Обов'язок держави з метою забезпечення та реалізації права на охорону здоров'я, передбаченого ст. 31 Хартії основних прав і свобод, – вжити адекватних заходів, у тому числі шляхом покращення всіх аспектів зовнішніх умов життя.

У випадках, які виходять за рамки правової сфери фізичної особи, держава зобов'язана берегти здоров'я навіть від волі відповідних осіб. Заборона на куріння всередині закладу громадського харчування в першу чергу зосереджена на кожній фізичній особі, яка перебуває всередині закладу. Як наслідок, автономія волі фізичних осіб (курців) вживати тютюнові вироби обмежується, і в той же час має місце втручання у їх права власності згідно зі ст. 11 Хартії, оскільки вони не можуть палити в певному місці. Ця заборона також впливає на операторів обслуговування підприємств громадського харчування, оскільки може зменшити привабливість їх послуг. У цьому сенсі це втручання у їх основне право вести бізнес відповідно до ст. 26.1 Хартії. Що стосується людей, які перебувають у закладах громадського харчування, то, на думку Суду, для них необхідний захист від пасивного куріння, який не може бути досягнутий інакше ніж заборону палити в цій зоні або розділяти приміщення таким чином, щоб палити можна було лише в певній ча-

¹⁵ CZE-2017-2-004. 03-05-2017. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

стині приміщення. Вибір бажаних ефектів (у цьому випадку рівень охорони здоров'я) покладено на законодавчу владу. Саме вона повинна оцінити доцільність такого рішення з урахуванням усіх відповідних аспектів.

У цій справі Конституційний Суд ще раз звернувся до такого методологічного інструменту для перевірки втручання законодавчої влади у право на підприємництво як так званий тест на раціональність (відмінний від тесту на пропорційність), який відображає як необхідність поважати відносно широкий розсуд законодавця, так і необхідність усунення його надмірностей. На думку Суду, тест на раціональність складається з таких етапів:

1. Визначення змісту та сутності основного права, тобто його суттєвого змісту.
2. Оцінка того, чи впливає закон на існування основного права чи фактичну реалізацію його суттєвого змісту.
3. Оцінка того, чи переслідує закон легітимну мету; тобто чи це не довільне фундаментальне зниження загального стандарту основних прав.
4. Зважаючи на наведене вище, чи є законними засоби, які використовуються для досягнення легітимної мети закону, розумними (раціональними), хоча й не обов'язково найкращими, найбільш підходящими, найефективнішими чи мудрішими (пункт 50 рішення)¹⁶.

Справа про право на відпочинок (2019 рік). У цій справі Конституційний Суд мав відповісти на запитання про конституційність положення закону, яке визначало, що підприємства з площею приміщення 200 м² і більше були зобов'язані дотримуватися заборони на роботу у державні свята та святкові дні (з санкцією за адміністративне правопорушення), тоді як підприємства, які здійснювали діяльність із використанням менших площ приміщень, не мали такого обов'язку. Заявники стверджували, що оспорювані положення прямо суперечать чотирьом гарантованим Конституцією правам, два з яких – основні права людини (рівність перед законом і право на захист приватного життя), а інші два – економічні та соціальні права (право на підприємницьку діяльність і право заробляти засоби для існування працею. Суд вирішив, що вирішити цю справу можна за допомогою тесту раціональності (більш м'якого тесту), не вдаючись до тесту пропорційності.

У рішенні Суд ще раз сформулював доктрину тесту на розумність (раціональність), який включає такі етапи: 1) визначення сутнісного змісту економічного, соціального чи культурного права або його ядра; 2) оцінка того, чи стосується втручання основи цього права (його сутнісного змісту); 3) оцінка того, чи є законними інтереси проти втручання (прийнятні з точки зору конституційного права); 4) розгляд того, чи правове регулювання витримує вимоги розумного (раціонального) щодо конфліктуючих законних інтересів, хоча й не обов'язково є найкращим, найдоцільнішим, найефективнішим чи наймудрішим.

Відповідаючи на запитання, чи достатньо було провести перевірку раціональності, чи повинен оскаржуваний закон проходити перевірку пропорційності, Суд виходив з того, що, якщо правове регулювання заперечує суть конституційно гарантованого економічного права та заперечує його існування, суть та значення, то закони, які встановлюють межі економічних прав, повинні бути перевірені з використанням тесту на пропорційність. Потрібно запропонувати аналогічну відповідь, якщо втручання в економічне право також спричиняє втручання в основне право людини, яке логічно і функціонально пов'язане з ним, або якщо правове регулювання приховує втручання в основне право людини.

На думку Суду, суть права на підприємництво та права на працю полягає у здатності вільно вступати у певні правові чи соціальні відносини, обмінюватися з іншими результатами своїх розумових і фізичних зусиль взамін грошей чи інших цінностей та отримувати дохід від своїх активів. Мета підприємництва – отримання прибутку; мета праці – заробляти регулярний дохід. Суть цих прав полягає у достатньому ступені ухвалення рішень щодо власної власності та часу, щоб людина могла задовольнити свої підприємницькі та трудові амбіції, досягти доходу, необхідного для задоволення своїх економічних потреб.

Суд дійшов висновку, що оспорюване положення закону застосовується до невеликої частини можливих годин роботи робочих магазинів, не встановлюючи при цьому жодних обмежень щодо кількості робочих годин для підприємців протягом решти 357 повних днів і половини одного дня у році, а тому право на підприємництво обмежене неістотно і це обмеження не зачіпає його суті. Подібний висновок зроблено і щодо обмеження права на працю. Однак Суд зазначив, що не можливо не помітити певного парадоксу,

¹⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 27. března 2018 sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ve věci návrhu na zrušení některých částí zákona č. 65/2017 Sb., o ochraně zdraví před škodlivými účinky návykových látek, ve znění zákona č. 183/2017 Sb.. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2018-81> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

оскільки деяким працівникам бізнесу не дозволяється працювати у визначені законом дні, певна кількість працівників Чеської інспекції торгівлі стикається з обов'язком працювати і здійснювати контроль за дотриманням зобов'язань, передбачених цим законом. На підставі наведеного Конституційний Суд констатував, що правове регулювання не заперечує ядра конституційно гарантованих економічних прав.

Крім того, Конституційний Суд повинен був розглянути питання про те, чи правове регулювання не приховує втручання до основного права людини, яке не пов'язане з економічним правом. Так було б, якби нейтральне регулювання економічного права призвело до дискримінації чи втручання у право вільно проявляти свою релігію. Заявники намагалися довести, що оспорюване положення суперечить праву рівності, тобто є дискримінаційним за ознакою обсягу площі приміщень, які використовуються підприємцем. Суд зазначив, що обмеження лише певного виду економічної діяльності та необмеження інших видів було історично поширеним у Чехії; регулювання продажів чи певного виробництва у святкові дні є традицією вже більше століття. Подібні обмеження поширені і в інших країнах. В той же час у Європі окремі країни підходять до регулювання годин роботи дуже індивідуально на основі законодавчого розсуду. Хоча деякі країни, такі як Фінляндія, Португалія чи Швеція, взагалі не обмежують годин роботи, в інших (Австрія чи країни Бенелюксу) існує досить жорстка регламентація. У Федеративній Республіці Німеччина регулювання годин роботи залишається на розсуд окремих німецьких земель; у деяких інших країнах (Франція, Іспанія чи Румунія) певний ступінь регулювання або звільнення від національного регулювання залишається на рівні місцевого самоврядування. Суд оцінив критерій обмеження (розмір торговельних площ) як такий, що обрано не довільно, а з дотриманням розумного обґрунтування. На думку Суду, за загальним досвідом площа 200 м² може відповідати різниці між великим магазином із зовнішньою робочою силою та магазином, яким керує дрібний підприємець, наприклад, за допомогою своєї родини. Вони все ще мають можливість вирішити, віддавати перевагу роботі чи сім'ї у певний день. На відміну від працівників, вони користуються автономією волі, вмючи вільно вирішувати, як провести державну відпустку.

Оцінюючи легітимність мети правового регулювання, Суд зазначив, що вона виведена не лише з мотивування причин, але й із відомих фактів. Серед іншого Суд зазначив, що перелік державних свят є частиною чеської культурної та духовної традиції. Тому легітимною метою закону є дозволити працевлаштованим працівникам в мирі і спокої відзначати та святкувати ці державні свята. Так само легітимно нагадувати всім, що доцільно уникати торговельної суєти в деякі дні та займатися іншими заходами з більш духовним спрямуванням у сімейному колі чи в громаді тих, хто поділяє однакові цінності. Суд констатував, що основною метою оскаржуваного закону є саме зміцнення соціальної та сімейної згуртованості шляхом встановлення принаймні певного виміру визначеного вільного часу, який люди можуть проводити разом, що вона є легітимною, навіть якщо не може стосуватися всіх працівників через природні суспільні потреби. Крім того, Суд розглядав питання придатності закону для досягнення бажаного ефекту, визнавши його відповідним цілі, яка переслідується.

Останній крок тесту на раціональність полягав у відповіді Суду на запитання, чи правові засоби для досягнення мети є розумними, хоча й не обов'язково найкращими, найбільш підходящими, найефективнішими чи наймудрішими. Конституційний Суд зазначив, що існують ще кращі, доцільніші та ефективніші засоби для досягнення поставленої мети. Загальна структура правового регулювання, яка до прийняття закону, що перевіряється, забезпечувала працівникам право на відпочинок, є всеосяжнішими та ефективнішими, охоплюють значно ширше коло людей, у той час як це дозволяє тим, хто має змогу та бажає працювати у певні дні року, на відміну від інших, працювати та отримувати фінансову винагороду.

Якби законодавчий орган хотів досягти такого ефекту, він міг би це зробити за допомогою змін у трудово-правових нормах, наприклад шляхом збільшення оплати праці за державні свята, а не шляхом прийняття спеціального регламенту. Однак не можна констатувати, що правове регулювання, яке перевіряється, було виключно нераціональним. Тому Суд і дійшов висновку, що оскаржуваний акт буде перевірятися через тест раціональності. Вирішувати, які державні свята та святкові дні, кількість цих днів потрібно підтримувати, захищаючи певну професійну діяльність, вирішується законодавчим регулюванням. Якщо регулювання робочого часу не суперечить цінностям конституційного ладу і не відхиляється від національних і державних традицій, Суд вважав за недоцільне втручатися у будь-яке таке рішення законодавчої влади¹⁷.

Виходячи з наведеного, аналіз практики розгляду Конституційним Судом питань, пов'язаних із захистом прав людини, дозволяє дійти певних висновків. По-перше, протягом майже трьох десятиліть діяльності Конституційного Суду (з урахуванням практики чехословацького періоду), ним було сформовано

¹⁷ Pl. ÚS 37/16 dated 26 February 2019 Opening Hours in Retail and Wholesale on Public Holidays. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl-37-16_1_en.pdf (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

широку й різноманітну конституційну доктрину, яка дозволяє функціонувати ефективному механізму захисту конституційних прав людини. Розуміння прав людини за межами тексту Конституції та через тлумачення текстів Конституції і Хартії основних прав виявляється в руслі загальної конституційної традиції держав-членів Європейського Союзу. Інтеграція такого розуміння є продуктом взаємодії як загалом національного і наднаціонального порядків, так і діалогу Конституційного Суду Чеської Республіки і Суду Європейського Союзу в м. Люксембург. Окрім того, важливою є взаємодія Конституційного Суду Чеської Республіки і Європейського Суду з прав людини в м. Страсбург.

По-друге, хоча права людини (незалежно від їх видів) у практиці Конституційного Суду Чеської Республіки сприймаються як єдине ціле, методики їх судового захисту істотно відрізняються. Хоча в чеській спеціальній літературі зазначається, що з урахуванням практики Європейського суду з прав людини як громадянські і політичні, так і соціальні права потребують для оцінки конституційності втручання до них тесту пропорційності¹⁸, поширеним залишався підхід, за якого Конституційний Суд обмежувався тестом раціональності в оцінці державного втручання до прав соціального і економічного характеру.

Анотація

Стаття спрямована на дослідження практики Конституційного Суду Чеської Республіки в сфері захисту прав людини. Захист прав людини є основною місією конституційної юрисдикції цієї держави з урахуванням повноважень Конституційного суду та моделі конституційної скарги. Особливу увагу приділено аналізу рішень суду у ключових справах, які сформували офіційну конституційну доктрину у цій сфері.

Зроблено висновки, що розуміння прав людини за межами тексту Конституції та через тлумачення текстів Конституції і Хартії основних прав і свобод виявляється в руслі загальної конституційної традиції держав-членів Європейського Союзу. Консолідація такого розуміння є продуктом взаємодії як загалом національного і наднаціонального порядків, так і діалогу Конституційного Суду Чеської Республіки і Суду Європейського Союзу в м. Люксембург. Окрім того, важливою є взаємодія Конституційного Суду Чеської Республіки і Європейського Суду з прав людини в м. Страсбург.

Хоча права людини (незалежно від їх видів) у практиці Конституційного Суду Чеської Республіки сприймаються як єдине ціле, методики їх судового захисту істотно відрізняються. Для оцінки конституційності державного втручання до економічних і соціальних прав Конституційний Суд обмежується тестом розумності (раціональності). Окрім цього Конституційний Суд зазначив, що існують ще кращі, доцільніші та ефективніші засоби для досягнення поставленої мети. Загальна структура правового регулювання, яка до прийняття закону, який перевіряється, забезпечувала працівникам право на відпочинок, є всеосяжнішою та ефективнішою, охоплює значно ширше коло людей, у той час як це дозволяє тим, хто має змогу та бажає працювати у певні дні року, на відміну від інших, працювати та отримувати фінансову винагороду.

Якби законодавчий орган хотів досягти бажаного ефекту, він міг би це зробити за допомогою змін у трудово-правових нормах, наприклад шляхом збільшення оплати праці за державні свята, а не шляхом прийняття спеціального регламенту. Тим не менш, не можна констатувати, що правове регулювання, яке перевіряється, було виключно нераціональним, тому Суд і дійшов висновку, що оскаржуваний акт буде перевірятися через тест раціональності. Вирішувати, які державні свята та святкові дні, кількість цих днів потрібно підтримувати, забороняючи певну професійну діяльність, вирішується законодавчим регулюванням. Якщо регулювання робочого часу не суперечить цінностям конституційного ладу і не відхиляється від національних і державних традицій, Суд вважав за недоцільне втручатися у будь-яке з рішень законодавчої влади.

Summary

The article is aimed at investigating the practice of the Constitutional Court of the Czech Republic in the field of human rights protection. The protection of human rights is the primary mission of the constitutional jurisdiction of this State, taking into account the powers of the Constitutional Court and the model of the constitu-

¹⁸ Červínek, Zdeněk; (2018) Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of the Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. UCL Journal of Law and Jurisprudence. Special Issue, 1(1), Article 4. URL: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045128/1/Zdenek%20Cervinek.pdf> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

tional complaint. Particular attention is paid to the analysis of court decisions in key cases that have formalized the official constitutional doctrine in this area.

It is concluded that the understanding of human rights outside the text of the Constitution and through the interpretation of the texts of the Constitution and the Charter of Fundamental Rights and Freedoms is manifested in line with the general constitutional tradition of the Member States of the European Union. The consolidation of this understanding is a product of the interaction of both the national and supranational orders, as well as the dialogue between the Constitutional Court of the Czech Republic and the Court of Justice of the European Union in Luxembourg. In addition, the interaction of the Constitutional Court of the Czech Republic and the European Court of Human Rights in Strasbourg is important.

In addition, although human rights (regardless of their types) are perceived as a whole in the practice of the Constitutional Court of the Czech Republic, the methods of their judicial protection differ substantially. To assess the constitutionality of state interference with economic and social rights, the Constitutional Court limits itself to a test of reasonableness (rationality). In addition, the Constitutional Court noted that there were even better, more expedient and more effective means of achieving this goal.

The general legal framework, which, prior to the adoption of the audited law, provided workers with the right to rest is more comprehensive and effective and covers a much wider range of people, while allowing those who are able and willing to work on certain days of the year to unlike others, to work and receive financial reward. If the legislature wanted to achieve the intended effect, it could do so through changes in labor law, for example, by increasing wages on public holidays, rather than by adopting a special regulation.

However, it cannot be stated that the legal regulation under review was purely irrational, and therefore the Court concluded that the contested act would be tested through a rationality test. Deciding what public holidays and holidays and the number of these days to support, while prohibiting certain professional activities, is regulated by legislative regulation. If the regulation of working time does not contradict the values of the constitutional order and does not deviate from national and state traditions, the Court

Використана література:

1. Usnesení předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky. URL: <https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
2. Гультай М. Інститут конституційної скарги в конституціях європейських держав. *Вісник Конституційного Суду України*. 2012. № 2. С. 130–139.
3. Правоохоронна функція держав Центральної Європи: теоретичні і практичні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Й.І. Горінецький; Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2005. 20 с.
4. Переш І.Є. Інститут конституційного контролю в Чехословаччині, Чехії і Словаччині: історико-правове дослідження (1918–2000 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2004. 19 с.
5. Лемак В.В. Конституційна скарга: досвід держав Центральної Європи і можливі уроки для України. *Публічне право*. 2016. № 4. С. 49–56.
6. Zákon č. 182/1993 Sb. Zákon o Ústavním soudu. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1993-182> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
7. The Yearbook of the Constitutional Court. 02 September 2019. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Rocenky/Ustavni_soud_Rocenska_2018_AJ_fin.pdf. (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
8. 1993/12/21. Pl. ÚS 19/93: Lawlessness. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19931221-pl-us-1993-lawlessness/>. (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
9. 1994/10/12. Pl. ÚS 4/94: Anonymous Witness. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19941012-pl-us-494-anonymous-witness/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
10. 1995/03/08. Pl. ÚS 14/94: Beneš Decrees. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19950308-pl-us-1494-benes-decrees/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
11. 1995/11/08. Pl. ÚS 5/95: Citizenship Loss. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19951108-pl-us-595-citizenship-loss/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
12. 1997/04/02. Pl. ÚS 25/96: Five Percent Electoral Threshold. URL: <https://www.usoud.cz/en/decisions/19970402-pl-us-2596-five-percent-electoral-threshold/> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
13. CZE-2007-3-013. 16-10-2007. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
14. Nález Ústavního soudu ze dne 27. ledna 2015 sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ve věci návrhu na zrušení § 46 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a § 29 odst. 1 písm.

- f) zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2015-97> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
15. CZE-2017-2-004. 03-05-2017. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
 16. Nález Ústavního soudu ze dne 27. března 2018 sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ve věci návrhu na zrušení některých částí zákona č. 65/2017 Sb., o ochraně zdraví před škodlivými účinky návykových látek, ve znění zákona č. 183/2017 Sb.. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2018-81> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
 17. Pl. ÚS 37/16 dated 26 February 2019 Opening Hours in Retail and Wholesale on Public Holidays. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl-37-16_1_en.pdf (дата звернення: 20 листопада 2019 року).
 18. Červínek, Zdeněk; (2018). Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of the Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. UCL Journal of Law and Jurisprudence. Special Issue, 1(1), Article 4. URL: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045128/1/Zdenek%20Cervinek.pdf> (дата звернення: 20 листопада 2019 року).

Vasyl Kopcha,

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Theory and History of State and Law
SHEI "Uzhhorod National University"*

Activities of conventional authorities and international officials in the counteraction of war propaganda

Діяльність конвенційних органів та міжнародних посадових осіб у протидії пропаганді війни

Uliana Koruts

Key words:

convention bodies, war propaganda, international legal acts, human rights, UN Human Rights Council, Advisory committee, International covenant on civil and political rights, national legislation, regulatory act.

Ключові слова:

конвенційні органи, пропаганда війни, міжнародно-правові акти, права людини, Рада ООН з прав людини, Консультаційний комітет, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, національне законодавство, нормативно-правовий акт.

Протягом тривалого часу у міжнародному праві питання щодо забезпечення миру та безпеки були віднесені до сфери внутрішньодержавних інтересів держав-учасниць світового співтовариства. Протягом останніх років провідні світові держави відмовляються від абсолютного суверенітету в галузі міжнародного забезпечення прав людини та делегують відповідні повноваження міжнародним конвенційним органам, до компетенції яких входить контроль за дотриманням прав людини.

Принцип дотримання прав людини набув актуальності у другій половині XX століття із прийняттям представницькими органами міжнародних інституцій низки основоположних міжнародно-правових актів^{1, 2, 3, 4, 5, 6, 7}, однак найбільш знакова подія другої половини минулого століття пов'язана із прийняттям Статуту ООН, ст. 1 якого закріплює в якості головної мети міжнародного співробітництва «заохочення та розвиток поваги до прав людини і основних свобод для всіх, незважаючи на расу, стать, мовну та релігійну приналежність»⁸. Слід констатувати, що натеper період декларацій відходить у минуле, поступаючись місцем конкретним діям міжнародного співтовариства, спрямованим на відновлення миру та безпеки. Наслідком проведеної роботи щодо удосконалення організації реагування на порушення прав людини стало утворення Ради ООН з прав людини та її Консультаційного комітету.

Протягом багатьох років ООН виробляла різні методи розслідування порушень прав людини, пов'язаних, у тому числі, із пропагандою війни. Очевидно, що для більш зваженого й адекватного визначення напрямів подальших реформ механізми Ради ООН з прав людини та методи її роботи вимагають оцінки й підбиття підсумків. У цьому контексті процес паралельного вдосконалення існуючої системи конвенційних органів, а також системи Спеціальних процедур у рамках Ради ООН з прав людини зумовили важливість і практичне значення проблеми заборони пропаганди війни й тему цієї роботи. Пропаганда війни, яка порушує загальновизнані принципи міжнародного права і є ідеологічною підготовкою злочинної по міжнародному праву агресивної війни, також є злочином проти миру й безпеки народів, тому її заборона повинна стати нормою міжнародного права. Тому набуває особливої актуальності необхідність всебічного й

¹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

² Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

³ Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21.12.1965. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105.

⁴ Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

⁵ Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації відносно жінок від 18.12.1979. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw.shtml.

⁶ Конвенція про права дитини від 20.11.1989. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021.

⁷ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання від 10.12.1984. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085.

⁸ Статут Організації Об'єднаних Націй від 26.06.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

комплексного аналізу наукової літератури та законодавчих джерел, пов'язаних з удосконаленням механізмів діяльності конвенційних органів і міжнародних посадових осіб щодо застосування норм протидії пропаганді війни.

Виклад основних положень. Заборона пропаганди війни є важливим напрямом діяльності міжнародних інституцій у сфері дотримання прав людини, забезпечення верховенства права, слугує ефективним засобом сталого розвитку та економічного прогресу. Важко уявити, що у правовому полі будь-якої цивілізованої країни відсутні правові настанови, спрямовані на дотримання прав людини у сфері заборони пропаганди війни. Вказані правові положення наділені дуалістичною природою та є органічним складником міжнародного та внутрішнього законодавства багатьох країн.

Слід зауважити, що процес утворення та вдосконалення нормативно-правового забезпечення з дотримання прав людини в частині заборони пропаганди війни характеризується складністю та має свою специфіку, яка полягає у необхідності гарантування зацікавленим особам відповідних договірних зобов'язань, забезпечення потерпілим, які зазнали наслідків порушень прав людини, доступу до засобів ефективного відновлення в правах тощо. Тому головна вимога, яка висувається міжнародними правовими інституціями до учасників цього процесу, полягає у чіткому розумінні завдань і пріоритетів контрольної діяльності у сфері дотримання прав людини та знання внутрішньо-системних проблем із метою їх якнайшвидшого усунення.

У зв'язку з відсутністю на міжнародному та регіональному рівнях системи наддержавного контролю за реалізацією міжнародно-правових принципів утворення системи міжнародного контролю та формування конвенційних органів із застосування норм щодо протидії пропаганді війни здійснювалося поступово. За справедливим твердженням А.Є. Зубаревої, «інтровертність національних правових систем і відсутність лояльності до норм міжнародного права викликали необхідність комплексної, взаємоузгодженої діяльності конвенційних органів у вказаному напрямі»⁹. Її обумовленість також пов'язана з тим, що компетенція жодного міжнародного органу не передбачає здійснення захисту прав людини за окремим напрямом у повному обсязі. Згода держав щодо будь-якого зовнішнього, в тому числі й міжнародного, контролю за виконанням зобов'язань в області прав людини має виключно добровільний характер. Тому заборона пропаганди війни як напрям правової політики міжнародних інституцій входить до компетенції численних конвенційних органів.

Процес прийняття міжнародно-правових актів, які встановлюють зобов'язання у сфері заборони пропаганди війни, відбувався паралельно із формуванням системи контролю в області прав людини. Вироблення дієвих механізмів у вказаному напрямі дотримання прав людини стало основним завданням у діяльності провідних міжнародних інституцій, таких як ООН, ОБСЄ, Рада Європи. Зміст більшості універсальних і регіональних договорів у правозахисній сфері також передбачає відповідні контрольні процедури. Слід зазначити, що провідна роль у вказаній сфері міжнародно-правових відносин належить ООН. Однак також не залишаються осторонь цього процесу й Генеральна Асамблея, Рада Безпеки, Економічна й Соціальна Рада та її функціональні комісії, а також підрозділи Секретаріату, зокрема, Управління Верховного комісара ООН з прав людини.

На сьогодні в ООН утворено шість конвенційних органів, чотири з яких (Комітет з прав людини, Комітет з ліквідації расової дискримінації, Комітет з ліквідації дискримінації відносно жінок, Комітет проти катувань) можуть приймати індивідуальні звернення щодо пропаганди війни за умови, якщо відповідна держава-учасниця наділила їх цією компетенцією. Однак провідна роль у здійсненні контрольної діяльності щодо виконання державами-учасницями положень міжнародно-правових актів із заборони пропаганди війни належить Комітету ООН з прав людини (далі – Комітет), утвореному Міжнародним пактом про громадянські та політичні права (далі – Пакт)¹⁰. Саме останній документ містить ст. 20, яка передбачає заборону пропаганди війни, а також національної, расової або релігійної ненависті, що є підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства.

До складу Комітету, який утворено для контролю за виконанням державами-учасницями умов Пакту та двох факультативних протоколів до нього, входять 18 членів, обраних на чотири роки. Комітет уповноважений розглядати заяви з декількох питань, а саме: 1) доповіді щодо прийнятих заходів і перспектив

⁹ Зубарева А.Є. Окремі аспекти виконання рішень Комітету ООН з прав людини в Україні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2016. № 20. С. 174–178.

¹⁰ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

покращення ситуації щодо здійснення прав людини в рамках виконання Пакту; 2) розгляд міждержавних спорів; 3) розгляд індивідуальних повідомлень про порушення. Авторська позиція щодо кількості питань, які розглядаються Комітетом, загалом узгоджується із судженнями науковців у цьому контексті¹¹; ¹²; ¹³ та не суперечить ст. 40 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права¹⁴, яка визначає компетенцію Комітету.

З огляду на те, що за результатами розгляду міждержавних спорів Комітет уповноважений надавати послуги державам-учасникам або ж виступати посередником через створення Погоджувальної комісії, автор вважає цілком доречною пропозицію, висловлену А.Є. Зубаревою щодо доцільності застосування цього механізму Україною з приводу фактів порушення Пакту Російською Федерацією під час подій 2014–2015 рр., зокрема в частині пропаганди війни з боку російських засобів масової інформації¹⁵. Наведене судження потребує уточнення щодо наявності дещо ускладненої процедури розгляду такої скарги. Йдеться про необхідність оголошення заяви обома конфліктуючими сторонами (державами-учасниками), до подання скарги однією з держав про невиконання іншою стороною своїх зобов'язань відповідно до ст. 41 Пакту.

Стрімкий розвиток системи міжнародних органів із контролю за дотриманням прав людини в частині заборони пропаганди війни обумовлено низкою чинників. Однією з обставин, яка суттєво вплинула на формування контрольних механізмів, є низка питань, які до цього часу вважалися прерогативою внутрішньої політики держав-учасниць. Наслідками активної пропаганди війни стає суттєве збільшення кількості збройних конфліктів, які набувають статусу міжнародних. 23 вересня 2016 року у щорічній доповіді про актуальні світові процеси «Десятиліття випробувань, ера можливостей» Генеральний секретар ООН Пан Гі-Мун зосередив увагу на стрімкому збільшенні загроз для світової системи безпеки. «Збройні конфлікти стали більш тривалими й складними. Трагічні наслідки можна побачити на жорстоких прикладах від Ємену до Лівії й Іраку, від Афганістану до Сахеля та басейну озера Чад»¹⁶.

Крім того, на формування системи органів міжнародного контролю за дотриманням прав людини щодо заборони пропаганди війни вплинуло й посилення взаємозалежності держав, обумовлене процесами глобалізації, збільшення кількості та масштабів проблем, які мають транскордонний характер, розвиток і посилення активності міжнародних неурядових організацій, поява сучасних засобів розповсюдження інформації тощо.

Слід зазначити, що ключовим індикатором ефективності діяльності міжнародних конвенційних органів із контролю за дотриманням прав людини є ступінь імплементації міжнародно-правових угод державами-учасниками та відповідність внутрішнього законодавства вимогам міжнародних нормативно-правових актів.

Україна протягом багатьох років є активною учасницею основних міжнародних договорів ООН у сфері дотримання прав людини, в тому числі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права¹⁷, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права¹⁸, Факультативних протоколів до них, а також Міжнародної конвенції з ліквідації всіх форм расової дискримінації¹⁹. Моніторингова місія ООН, до повноважень якої входить і отримання та аналіз інформації щодо ситуації в тимчасово окупованому Криму,

¹¹ Абашидзе А.Х. Договорные органы по правам человека : учебное пособие / А.Х. Абашидзе. М. : РУДН, 2012. 390 с., с. 195.

¹² McGoldrick D. The Practice and Procedure of the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights : Volume 1 / D. McGoldrick. Thesis presented to Nottingham University for the Degree of Doctor of Philosophy. Nottingham, October 1988. XXV, P. 81–83.

¹³ Steiner H.J. Individual claims in a world of massive violations: What role for the Human Rights Committee? / H.J. Steiner // The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring / ed. by P. Alston and J. Crawford. Cambridge; New York : Cambridge University Press, 2000. P. 15–54.

¹⁴ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

¹⁵ Зубарева А.Є. Міжнародно-правовий статус Комітету ООН з прав людини : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / А.Є. Зубарева. Львів., 2015. С. 180–181.

¹⁶ Генеральний секретар ООН: Десятиліття випробувань, ера можливостей. URL: <http://www.un.org.ua/ua/informatsii-nyi-tsentru/news/3955-heneralnyi-sekretar-oon-desiatylyittia-vyprobuvan-era-mozhlyvosti>.

¹⁷ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

¹⁸ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

¹⁹ Міжнародна конвенція з ліквідації всіх форм расової дискримінації від 21.12.1965. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105.

а також окремих, не підконтрольних українській владі, районах Донбасу, також започаткувала свою роботу на території нашої держави у березні 2014 року на запрошення Кабінету Міністрів України.

Визнанням значного внеску української держави у справу щодо захисту прав людини стало обрання її до складу Ради ООН з прав людини у 2006 та 2008 роках. Не зупиняючись на цьому досягненні, наша держава повторно подала свою кандидатуру на вказану посаду на період 2021–2023 років.

Фундаментом дотримання прав людини щодо заборони пропаганди війни також є комплекс внутрішньодержавних напрямів публічного управління, заснованих на національному законодавстві: свобода слова, незалежність судової влади, ефективність відправлення правосуддя, заборона дискримінації за расовою, статевою належністю, соціальним або майновим походженням, наявністю механізмів поновлення у правах, незалежність засобів масової інформації, заборона пропагування у ЗМІ інформації із закликами до війни, расової, національної, релігійної ворожнечі тощо.

Останній критерій знайшов відображення у Законі України «Про телебачення та радіомовлення», ч. 2 ст. 6 якого передбачає заборону використання телерадіотрансляцій «для закликів до розв'язування агресивної війни або її пропаганди та/або розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті»²⁰. Закон також накладає санкції за порушення вказаної норми з накладенням штрафу на телеорганізації у сумі 25% розміру ліцензійного збору (ч. 8 ст. 72 коментованого Закону). Пропаганда війни та мова ворожнечі також є безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, визначених ст.ст. 109, 110, 256, 258, 295, 436, 436-1 Кримінального кодексу України²¹. Автор вважає, що коментовані положення чинного законодавства сприятимуть підвищенню правової захищеності громадян України від обігу шкідливої інформації та підвищать ступінь інформаційної безпеки суспільства.

Базовими критеріями, відповідно до яких здійснюється контроль конвенційних органів за дотриманням норм міжнародного права щодо заборони пропаганди війни, є міжнародні й регіональні договірні норми в області прав людини. Крім того, застосовуються норми міжнародного звичаєвого права і позадоговірні норми. Залежно від статусу, мандата і практики роботи тієї чи іншої контрольної процедури розвиваються й додаткові критерії. Так, у діяльності конвенційних органів з прав людини щодо заборони пропаганди війни провідне місце належить зауваженням загального порядку, які тлумачать і розвивають положення відповідних міжнародних договорів.

Практика прийняття зауважень загального порядку (далі – Зауваження) договірними органами не відрізняється одноманітністю. Так, до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права прийнято 35 Зауважень (1981–2017), до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 року – 3 Зауваження (1998–2017), до Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 року – 35 Зауважень (1972–2017), до Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 року – 35 Зауважень (1986–2017)²². Зокрема, на 94-й сесії Комітету 13–31 жовтня 2008 року було прийнято Зауваження № 33 «Зобов'язання держав-учасниць відповідно до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права»²³. Незважаючи на те, що вказані зауваження не наділені юридичною силою та мають переважно декларативний характер, їх положення все ж таки слугують об'єктом прискіпливої уваги з боку конвенційних органів під час винесення рекомендацій, а також країн-учасниць у процесі їх виконання.

Слід зазначити, що процедура прийняття та структура зауважень загального порядку постійно піддавалася удосконаленню з боку представників голів конвенційних органів, останнє з яких відбулося під час 27-ї щорічної наради голів конвенційних органів, яка проходила 22–29 червня 2015 року у м. Сан Хосе (Коста-Ріка)²⁴. Відповідно до прийнятого на цій нараді міжнародно-правового акту ухвалено перелік елементів процесу розробки зауважень загального порядку, який включає такі положення: 1) визначено

²⁰ Про телебачення та радіомовлення : Закон України від 21.12.1993 № 3759-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 10. Ст. 43.

²¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.02.2020).

²² Правовой характер актов договорных органов ООН в области прав человека : науч.-аналит. отчет по теме фундаментального и приклад. науч. исследования. Серия «Международное право». Астана : ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2018. с. 20.

²³ Зелінська Н.А. Міжнародне кримінальне право : навчально-методичний посібник // Н.А. Зелінська, Н.В. Дрьоміна-Волок. О. : Фенікс, 2008. с. 37.

²⁴ Decisions and recommendations of the 27th Meeting of Treaty Body Chairpersons. San José, Costa Rica, 22–26 June 2015. с. 2.

альтернативну процедуру ухвалення зауважень загального порядку як одним комітетом, так і декількома конвенційними органами; 2) прийняття рішення про розробку зауважень загального порядку здійснюється на засіданнях зацікавленого комітету; 3) визначено обов'язковість публікації та направлення зацікавленим особам довідкової інформації про консультативний процес прийняття зауважень загального порядку; 4) процедура розробки зауваження загального порядку супроводжується формуванням робочої групи профільного комітету та визначенням доповідача; 5) проект зауважень загального порядку публікується на офіційному веб-сайті УВКПЛ і спрямовується до інших комітетів, мандатарію відповідних спеціальних процедур Ради з прав людини для формулювання коментарів; 6) управління процедурою консультативних щодо розробки зауважень загального порядку здійснює конвенційний орган, який визначає зміст зауважень загального порядку²⁵. Однак в юридичній літературі відсутня точна дефініція зауважень загального порядку, а їх юридичний характер повсякчас є предметом дискусій.

На відміну від зауважень загального порядку, резолюції Ради ООН з прав людини мають практичний характер та ініціюють спеціальні процедури, які виступають наслідком ухвалених на міжурядовому рівні позадовірних актів у вигляді різноманітних декларацій і керівних принципів.

Аналіз рекомендацій ООН дає підстави для висновку, що їх формат і характер знаходиться в залежності від конкретного конвенційного органу та діапазону проблеми, яка розглядається. До найбільш розповсюджених пропозицій, сформульованих конвенційним органом, належить необхідність приведення національного законодавства у відповідність до норм міжнародного права, введення додаткових засобів правового захисту, висунення ініціатив щодо зміни державної політики, утворення додаткових структур і посад, запровадження механізмів юридичної відповідальності посадових осіб, адміністративна підтримка, вироблення конкретних заходів, спрямованих на усунення порушень, запровадження освітніх програм і механізмів правової допомоги тощо.

Правозастосовна діяльність конвенційних органів засвідчує вимогу максимальної наближеності рекомендацій ООН до реальних умов, розроблення яких повинно відбуватися відповідно до пріоритетних напрямів державної політики та наслідків їхньої реалізації. Так, забезпечення заборони на пропаганду расової, національної або релігійної ворожнечі може мати наслідком невинуватених обмежень свободи слова, а введення жорстких заходів із протидії торгівлі людьми – порушення прав на свободу пересування.

Саме тому необхідність врахування реальної ситуації в країні поряд із положеннями міжнародних документів і звітами держав-учасниць про їх виконання становлять найбільшу цінність для посадових осіб конвенційних органів. Невипадково в договірних органах укорінилася практика «альтернативних» звітів, які надаються неурядовими організаціями та інститутами громадянського суспільства, інформація з яких в універсальному періодичному огляді розглядається нарівні з доповідями країн-учасниць.

Висновки. Слід констатувати, що контрольна діяльність конвенційних органів із застосування норм щодо протидії пропаганді війни набула ознак одного з найважливіших інструментів щодо забезпечення дотримання прав людини на міжнародному просторі. Можна з упевненістю прогнозувати подальший розвиток інститутів міжнародного контролю з огляду на постійно зростаюче значення прав людини у міжнародному правовому полі.

Система конвенційних контрольних органів не може виступати в якості альтернативи сформованим на внутрішньо-державному рівні механізмам забезпечення прав людини. Ефективність останніх має комплексний характер та розповсюджується на всі сфери державного управління, тоді як міжнародно-правові важелі, які використовуються конвенційними органами, скоріше підтверджують свою ефективність під час вирішення конкретних справ.

Окрему увагу автором приділено характеристиці зауважень загального порядку, правовий характер яких у міжнародному праві, національних правових системах і доктрині права не визначений. Аналіз низки міжнародно-правових актів, які містять окремі положення щодо заборони пропаганди війни, свідчить про широке коло позицій щодо розуміння правової природи зауважень загального порядку. Останні визначаються в якості: а) консультативного висновку; б) сукупності правил, які містять аналітичну інформацію; в) документу, наділеного обов'язковою юридичною силою. Автор вважає, що першорядна роль у визначенні юридичної природи зауважень загального порядку, а також виробленні механізмів щодо їх реалізації повинна визначатися на державному рівні з урахуванням норм національного законодавства.

²⁵ Там само, с. 3.

Анотація

У статті проаналізовано діяльність конвенційних органів і міжнародних посадових осіб із застосування норм щодо протидії пропаганді війни. Охарактеризовано основні міжнародно-правові акти, які містять окремі положення щодо заборони пропаганди війни. Доведено, що наслідком проведеної роботи щодо удосконалення організації реагування на порушення прав людини стало утворення Ради ООН з прав людини та її Консультаційного комітету. Розкрито значення Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, положення якого спрямовані на заборону пропаганди війни. Встановлено, що провідна роль у здійсненні контрольної діяльності щодо виконання державами-учасницями положень міжнародно-правових актів із заборони пропаганди війни належить Комітету ООН з прав людини. Сформульовано ключові індикатори ефективності діяльності міжнародних конвенційних органів: ступінь імплементації міжнародно-правових угод державами-учасницями та відповідність внутрішнього законодавства вимогам міжнародних нормативно-правових актів.

Summary

The article analyzes the activities of the Conventional Authorities and international officials in the counteraction of war propaganda. It describes the main international legal acts, which contain separate provisions for the prohibition of war propaganda. The role of declaring the provisions of international legal acts and the importance of specific actions aimed at restoring peace and security were stated. It has been proven that the work carried out to improve the organization of response to human rights abuses has led to the formation of the UN Human Rights Council and its Advisory Committee. The significance of the International Covenant on Civil and Political Rights, which is aimed at prohibiting the propaganda of war, as well as national, racial or religious hatred, which constitute incitement to discrimination, hatred or violence, is disclosed. The UN Committee on Human Rights has been found to play a leading role in monitoring the implementation of the provisions of international legal acts on the prohibition of war propaganda by States parties.

The functions of the aforementioned Committee, which is empowered to consider applications on several issues, are examined, namely: 1) reports on measures taken and prospects for improving the human rights situation in the implementation of the Covenant; 2) consideration of interstate disputes; 3) consideration of individual reports of violations. Key indicators of the effectiveness of the activities of international convention bodies are formulated, namely: the degree of implementation of international legal agreements by the participating states and compliance of domestic legislation with the requirements of international legal acts.

Використана література:

1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
3. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21.12.1965. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042.
5. Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації відносно жінок від 18.12.1979. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw.shtml.
6. Конвенція про права дитини від 20.11.1989. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021.
7. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання від 10.12.1984. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085.
8. Статут Організації Об'єднаних Націй від 26.06.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010.
9. Зубарева А.Є. Окремі аспекти виконання рішень Комітету ООН з прав людини в Україні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. 2016. № 20. с. 174.
10. Абашидзе А.Х. Договорные органы по правам человека : учебное пособие / А.Х. Абашидзе. М. : РУДН, 2012. с. 195.
11. McGoldrick D. The Practice and Procedure of the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights : Volume 1 / D. McGoldrick. Thesis presented to Nottingham University for the Degree of Doctor of Philosophy. Nottingham, October 1988. XXV, P. 81–83.

12. Steiner H.J. Individual claims in a world of massive violations: What role for the Human Rights Committee? / H.J. Steiner // *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* / ed. by P. Alston and J. Crawford. Cambridge; New York : Cambridge University Press, 2000. P. 15–54.
13. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
14. Зубарева А.Є. Міжнародно-правовий статус Комітету ООН з прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / А.Є. Зубарева. Львів., 2015. С. 180–181.
15. Генеральний секретар ООН: Десятиліття випробувань, ера можливостей. URL: <http://www.un.org.ua/ua/informatsii-nyi-tsentr/news/3955-heneralnyi-sekretar-oon-desiatylittia-vyprobuvan-era-mozhlyvostei>.
16. Про телебачення та радіомовлення : Закон України від 21.12.1993 № 3759-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 10. Ст. 43.
17. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.02.2020).
18. Правовой характер актов договорных органов ООН в области прав человека : науч.-аналит. отчет по теме фундаментального и приклад. науч. исследования. Серия «Международное право». Астана : ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2018. с. 20.
19. Зелінська Н.А. Міжнародне кримінальне право : навчально-методичний посібник // Н.А. Зелінська, Н.В. Дрьоміна-Волок. О. : Фенікс, 2008. с. 37.
20. Decisions and recommendations of the 27th Meeting of Treaty Body Chairpersons. San José, Costa Rica, 22–26 June 2015. с. 2.

International practices for regulation of labor immigration and integration: experiences of developing countries

Міжнародна практика регулювання імміграції трудових ресурсів та їх інтеграції: досвід країн, що розвиваються

Dmytro Kostiennikov

Key words:

immigration, immigrant, international migration, integration of migrants.

Ключові слова:

імміграція, іммігрант, міжнародна міграція, інтеграція мігрантів.

Постановка проблеми. Міжнародні урядові та неурядові інституції постійно звертають увагу на проблематику імміграції трудових ресурсів, наголошуючи на потребі посилення політики сприяння інтеграції трудових іммігрантів у суспільства, в яких вони перебувають на законних підставах. Безсумнівний вплив європейської інтеграції України, посилення її міжнародних зв'язків пояснює становище соціально-економічних, політичних, правових процесів, що відбуваються в нашій державі, серед яких особлива роль належить процесу міграції кваліфікованої робочої сили.

Як і для інших держав для України процес влиття в потік трудової міграції є неминучим. Такий стан речей обумовлює потребу наукового осмислення проблеми імміграції трудових ресурсів і їх інтеграції для створення відповідної міжнародної, загальнодержавної та регіональної інформаційно-статистичної бази даних, розробки та впровадження довгострокової стратегії міграційної політики з метою прийняття управлінських рішень, що вирішують питання працевлаштування осіб-іммігрантів, їх соціально-економічної інтеграції в українське суспільство, раціонального використання їх професійного та інтелектуального потенціалу, запобігання явищам незаконної імміграції, вдосконалення форм і методів діяльності уповноважених органів держави у питаннях міграційної політики.

Виклад основного матеріалу. В сучасну епоху консолідації суспільства та глобалізації економіки варто визначити, що рушійним фактором міжнародної міграції є саме ринок праці, тому особливу увагу необхідно приділити проблемі міжнародної міграції кваліфікованої робочої сили, яка безсумнівно здійснює свій вплив на розвиток світової економіки та породжує виникнення і протікання низки супровідних процесів, які не завжди несуть позитивний характер, а ускладнюють соціально-економічну, демографічну ситуацію в окремих країнах. Практичне значення досвіду зарубіжних держав, особливо країн, які розвиваються, у сфері публічного регулювання імміграції кваліфікованої робочої сили та її інтеграції для України полягає не у прямому запозиченні чи копіюванні конкретних механізмів чи заходів державно-правового впливу на зазначені процеси, а в чіткому розумінні конкретних методів, економічних, соціальних інструментів, заходів, які необхідні саме в економіко-політичній ситуації України.

У міжнародній практиці прийнято вважати, що «імміграція – це процес, за допомогою якого особа-негромадянин держави прибуває у країну з метою проживання. Іммігрант – особа, яка здійснює імміграцію»¹. Деякі зарубіжні науковці наголошують на принциповій відмінності особи іммігранта, зазначаючи, що це «особа, яка оселилася в порядку постійного проживання в іншій країні. На відміну від особи-біженця особа-іммігрант добровільно обирає такий спосіб проживання»². Вітчизняні науковці, досліджуючи значення, функції та роль міжнародної міграції, зазначають, що імміграція забезпечує компенсацію природного приросту населення в тих країнах, де він спостерігається. Прикладом є найрозвинутіші країни Західної Європи, які мають так званий «омолоджуючий ефект»³.

¹ Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross Glossary on Migration. 2nd Edition. International Organization for Migration. 2011. P. 118. URL: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf. с. 49.

² Talking About Refugees and Immigrants: A Glossary of Terms. Canadian Council for Refugees. URL: <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/static-files/glossary.PDF>.

³ Ровенчак О. Значення, функції та роль міжнародної міграції. Соціальні технології. Актуальні проблеми теорії та практики. 2007. Вип. 33–34. С. 94–122.

Історичний аналіз дозволяє визнати, що саме Європейський Союз є одним із основних центрів концентрації міграційних процесів, саме тому ЄС потребує потужної міграційної політики, здатної забезпечити вирішення політичних, соціальних, економічних, правових проблем і забезпечити відповідний рівень безпеки країн-членів ЄС. Демократичний характер міграційних процесів у Європейському Союзі обумовлений головним принципом, закладеним у основу процесу європейської інтеграції, а саме «свобода переміщення», який прописаний у статті 3 договору про Європейський Союз як принцип «простору свободи, безпеки і справедливості без внутрішніх кордонів, у якому забезпечується свобода пересування людей поряд із відповідними заходами по контролю за зовнішніми кордонами, надання притулку, імміграцією, а також по запобіганню й боротьбі зі злочинністю»⁴.

До такого рішення країни-члени прийшли у зв'язку з підвищенням попиту на робочу силу в 60-х роках, а оскільки всі країни-члени мали власну імміграційну політику, то це ставало бар'єром для її обміну та для переміщення населення. Тому в 1976 році було затверджено програму дій щодо мігрантів, які є громадянами країн ЄС, і рекомендації стосовно їх прав, що стимулювало мобільність населення. Вже у 1985 році Європейська комісія почала виступати за створення європейської імміграційної політики. Оскільки питання імміграції ставали дедалі важливішими була підписана Шенгенська угода з метою скасування контролю на кордоні між країнами, що набула чинності лише в 1995 році. За останні десятиліття міграційна політика європейських країн зазнала кардинальних змін, особливо в напрямі їх лібералізації. Однак країни з високорозвиненою економікою продовжують політику зниження імміграції низько кваліфікованих кадрів (Німеччина, Франція, Велика Британія).

Україна здійснює суттєвий вплив на міграційній карті Європи як держава-експортер трудових ресурсів. Посилення економіко-політичних зв'язків України з Європейським Союзом, лібералізація прикордонного руху, поява можливості законного працевлаштування за кордоном посилили високу мобільність міграції кваліфікованої робочої сили. Наразі більшість країн, які розвиваються, не мають відповідних темпів зростання кількості робочих місць, як і темпів приросту населення. У такому випадку ці держави отримують позитивні наслідки від процесів міжнародної міграції кваліфікованої робочої сили. За даними МОП до 2050 року в країнах, що розвиваються, потрібно створити 1,2 млрд додаткових робочих місць, щоб зберегти формальний рівень зайнятості хоча б на рівні 2015 року. Це означає, що для цього потрібно 875 млн робочих місць, ніж те, що зараз прогнозується в країнах, які розвиваються.

Трудова мобільність пропонує працівникам доступ до закордонних ринків праці. Це одна з найважливіших переваг для країн відправки, що є своєрідним «міграційним тиском» через відсутність варіантів працевлаштування в країні походження. За спостереженнями різниця між ідентичними працівниками країни-відправки та країнами Сполучених Штатів коливається від 6 до 15 разів (йдеться про розрив у розмірі близько 15 400 доларів США на рік для некваліфікованого працівника у віці 35 років офіційного сектору зайнятості)⁵.

Міжнародний досвід публічного регулювання процесами імміграції кваліфікованої робочої сили різниться своїми стратегічними цілями, економічними інтересами, філософією та досвідом управління. Деякі з них, наприклад Великобританія, Франція, Німеччина, США, Канада і Австралія, за тривалий час виробили сталі принципи міграційної політики⁶, тим не менш вони відчувають нестачу кваліфікованої робочої сили у різних секторах економіки, найпоширенішою серед яких є сфера інформаційних технологій (IT), а також охорони здоров'я, освіти та інших сферах професійної діяльності, і їм зараз доводиться конкурувати один з одним, щоб залучити фахівців для заповнення потреб на ринку праці.

Залежно від власних економічних інтересів багато країн схильні послаблювати міграційний режим щодо кваліфікованої робочої сили. Механізм послаблення може бути різним: починаючи з відкриття тимчасового доступу на закриті ринки праці працівникам, які уклали трудовий договір, закінчуючи можливістю необмеженого в'їзду в країну для постійного перебування та пошуку роботи⁷. У приймаючих країнах цілі, механізми та інструменти міграційної політики відчувають уплив багатьох чинників, як економічних, так і неекономічних, у першу чергу політичних. Значний вплив мають⁸:

⁴ Договір про Європейський Союз від 07.02.1992 року № 994_029. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029.

⁵ Towards a framework for fair and effective integration of migrants into the labour market. OECD ILO World Bank IMF. 19–21 December, 2016. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms_556988.pdf.

⁶ Chaloff J.G. Lemaître Managing Highly-Skilled Labour Migration: a Comparative Analysis of Migration Policies and Challenges in OECD countries / J. Chaloff, // OECD Social, Employment and Migration Working Papers. Paris. 2011. p. 35.

⁷ Биффль Г. Миграция и ее роль в интеграции Западной Европы. Проблемы теории и практики управления. 2010. № 4. с. 65.

⁸ Дженкова В.І., Левченко Л.М., Реліна І.Є. Внутрішні та зовнішні виміри регулювання міграційних процесів. Економічний простір. 2009. № 24. с. 27.

- відносини метрополій із колишніми колоніями;
- ступінь інтегрованості в загальносвітові економічні та політичні процеси;
- макроструктурні особливості ринків праці;
- конкретні демографічні характеристики населення та робочої сили;
- особливості політичної ситуації тощо.

Кожна країна проводить свою, хоча в багатьох випадках і узгоджену з іншими країнами, міграційну політику, що є важливою характеристикою її національного суверенітету. Враховуючи зростаючу значущість економічних знань, конкуренція між країнами в залученні та утриманні кваліфікованих кадрів посилюється⁹.

З цього можна узагальнити та визначити позитивні та негативні наслідки трудової міграції. До позитивних можна віднести: 1) вирівнювання та стабілізацію ситуації з безробіттям; 2) надходження від емігрантів у вигляді валютного доходу, що складають додаткове джерело фінансування для країни-експортера кваліфікованої робочої сили; 3) набуття мігрантами досвіду, знань, кваліфікацій і заробітку, які вони з поверненням у країну походження як правило накопичують, починаючи власну справу, створюючи нові робочі місця. Негативними проявами міграції трудових ресурсів є її незаконні форми (нелегальна міграція), ухилення від сплати податків, відтік інтелектуального потенціалу держави, втрата кваліфікованих спеціалістів, зниження кваліфікації працівників, які часто погоджуються на виконання робіт, які не відповідають їх кваліфікації в державі походження¹⁰.

Невід'ємним елементом міграційної політики будь-якої держави, який забезпечить її ефективність та успіх, є процес інтеграції іммігрантів як захід накопичення, збереження та ефективного використання людського потенціалу, спрямований на забезпечення рівних можливостей, гідного та безпечного рівня життя, який сприяє розвитку самої держави.

Іммігранти як вагома частина населення країн призначення є носіями людського потенціалу, що виступає основним чинником економічного зростання та конкурентоспроможності країн в сучасних умовах розвитку. Водночас головною передумовою ефективної реалізації та відтворення людського потенціалу мігрантів є соціально-економічна інтеграція іммігрантів у приймаюче суспільство. Інтеграція іммігрантів передбачає створення країною призначення умов для повного залучення мігрантів до економічного, соціального, культурного та політичного життя. Інтеграція мігрантів сприяє відкритості соціальної системи, формуванню «капіталу різноманітності» (diversity capital), що вважається цінним інноваційним ресурсом і запорукою сталого розвитку в умовах глобалізації¹¹.

Країни призначення мають різний досвід у політиці інтеграції мігрантів. У Франції національна політика інтеграції зводиться до асиміляції, в основі якої лежить культурна однорідність, де всі люди є французькими громадянами, які мають право брати участь у суспільному житті і ставати частиною об'єднаних громадян. Німеччина розуміє інтеграцію як відкриття ринку праці, освіти, професійного навчання, житла. У Іспанії створений Форум за інтеграцію, що сприяє соціальній інтеграції і зайнятості. Політика інтеграції у Фінляндії передбачає складення індивідуальних планів інтеграції іммігрантів і введена система оцінки кваліфікації для допомоги мігрантам долучитись до ринку праці. Швеція орієнтується на загальні програми підвищення освіти, професійної орієнтації, навчання і політику стимулювання підприємництва і найму. Бельгія і Великобританія акцентують увагу на спеціальних заходах в професійній освіті. Нідерланди зобов'язують підприємства набирати певний процент іммігрантської молоді на наявні вакансії¹². У Португалії інтеграційні програми передбачають також отримання нелегалами законного статусу у випадку народження ними дитини та її закінчення початкової школи в цій країні, що спрямоване на підвищення демографічного складника людського потенціалу¹³.

⁹ McLaughlan G. Migration policies towards highly skilled foreign workers. / G. McLaughlan, J. Salt // Migration Research Unit. 2008. p. 140.

¹⁰ Вишнеvsька О.А. Сучасна міжнародна трудова міграція та державна міграційна політика. Статистика України. № 2. 2008. с. 88.

¹¹ Курій Л. Соціально-економічна інтеграція іммігрантів як засіб ефективної реалізації їх людського потенціалу. Соціально-економічні проблеми і держава. Вип. 1(6). 2012. с. 103.

¹² Social Integration of Migrants and Ethnic Minorities. Policies to Combat Discrimination [Електронний ресурс] // European Commission and the OECD Conference on The Economic and Social Aspects of Migration / A. Rudiger, S. Spencer / Brussels. 2003. 43 p. Спосіб доступу: <http://www.oecd.org/dataoecd/15/4/15516956.pdf>.

¹³ Населення України. Трудова еміграція в Україні. К. : Ін-т демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України, 2010. с. 101.

Питанням інтеграції в суспільстві мігрантів і врегулювання міграції присвячена і діяльність ОБСЄ. Основними зобов'язаннями щодо інтеграції мігрантів для країн-учасниць передбачено:

- «вжиття заходів для надання мігрантам можливості брати участь у суспільному житті країн-учасниць»;
- «сприяння створенню умов для розвитку гармонійних відносин між трудовими мігрантами та рештою суспільства країн-учасниць, у яких вони законно мешкають. З цією метою вони прагнуть забезпечити краще ознайомлення трудових мігрантів та їхніх сімей із мовою та суспільним життям відповідної країни-учасниці, де вони законно перебувають, та надати їм можливість активно долучатися до життя суспільства у приймаючій країні»;
- заохочення мігрантів до активної інтеграції;
- боротьбу з дискримінацією та жорстокістю у ставленні до трудових мігрантів. Про вказане свідчить низка міжнародних документів: Документ Московської наради у межах Конференції із людського виміру НБСЄ (1991), Гельсінський Заключний документ (Четверта чергова нарада, Рішення 1992 року, розділ VI), Будапештський Заключний документ (Рішення 1994 року, розділ VIII), Засідання Міністерської Ради ОБСЄ у Мадриді (грудень 2007 року, Рішення № 10/07, Толерантність і недискримінація), Засідання Міністерської Ради ОБСЄ у Маастрихті (грудень 2003 року, Рішення № 4/03, Толерантність і недискримінація), Засідання Міністерської Ради ОБСЄ у Мадриді (грудень 2007 року, Рішення № 10/07, Толерантність і недискримінація).

Зазначене вище дозволяє визнати, що позитивним досвідом для України може стати формування статистичних баз даних, моніторинг потреб ринку, прогностичності державної довгострокової міграційної політики. Тільки за таких умов Україна зможе проявити готовність до тих процесів соціально-економічного характеру, які супроводжують процес імміграції кваліфікованої робочої сили. Головними характеристиками державної політики у сфері імміграції кваліфікованої робочої сили та її інтеграції в українське суспільство має бути її динамічний характер, здатність миттєво реагування на конкретні соціально-економічні виклики, міжнародно-політичні обставини, події і процеси, які відбуваються, для встановлення правопорядку у суспільстві.

Висновки. На підставі проведеного аналізу можна визнати, що в сучасних умовах влиття України в потік міжнародних економіко-політичних відносин із високим рівнем їх глобалізації та консолідації посилюється процес стрімкого вільного обігу ресурсів, капіталів. Це потребує осмислення проблематики імміграції кваліфікованої робочої сили в Україну через великий рівень у нашій державі еміграції.

Як і більшість країн Україна постане перед проблемою нестачі кадрів у життєво важливих сферах діяльності суспільства. Для уникнення такої кризи необхідне розв'язання теоретичних і практичних завдань для прийняття управлінських рішень, зокрема з питань працевлаштування іммігрантів, створення відповідної загальнодержавної та регіональної імміграційної політики та запобігання незаконній імміграції до нашої держави, щоб забезпечити фінансово-економічну безпеку держави, її економічні та соціальні інтереси.

Натепер гостро постає потреба комплексного дослідження питання публічного регулювання імміграції кваліфікованої робочої сили з урахуванням як європейського законодавства, так і інших регіонів світу. Інтеграція України у європейські та міжнародні інституції вимагає приведення її чинного законодавства з питань імміграції до європейських і міжнародних стандартів. Країни Європи уже пройшли через відповідні етапи напливу робочої сили і вийшли з кризових станів, до яких це призводить, тому як ніколи важливо запозичити позитивний досвід вирішення цієї проблематики в Україні.

Головним завданням держави як основного регулятора процесів, що відбуваються, є моніторинг потреб національного ринку праці, який дозволить кількісно та якісно визначити надлишки чи дефіцитні професії, від яких має відштовхуватися державна міграційна політика. Політика інтеграції мігрантів у країні призначення включає заходи на ринку праці; заходи, пов'язані із самозайнятістю мігрантів; підтримку у навчанні і підвищенні кваліфікації, охороні здоров'я; забезпеченні участі мігрантів у суспільному житті. Включення та інтеграція іммігрантів у приймаюче суспільство сприяє розвитку людського потенціалу на індивідуальному і національному рівнях. Зважаючи на це, іммігранти мають стати повноцінними членами українського суспільства, що забезпечується впровадженням визначених заходів міграційної політики та можливістю оцінки їх ефективності.

Перспективою подальших досліджень у цьому напрямі є розробка найбільш ефективних програм із соціально-економічної інтеграції мігрантів для їх упровадження в Україні.

Анотація

У статті проаналізовано міжнародний досвід державного регулювання міграції кваліфікованої робочої сили, процесів інтеграції мігрантів у середовище їх перебування, розвитку міграційної політики країн Європейського Союзу з метою науково-теоретичного розуміння конкретних методів, економічних, соціальних інструментів, заходів, які необхідні саме в економіко-політичній ситуації України.

Summary

The article analyzes the international experience of state regulation of migration of skilled labor, the processes of integration of migrants in their environment, the development of migration policy of European Union countries with the aim of scientific and theoretical understanding of specific methods, economic, social instruments, measures that are necessary in the economic and political situation of Ukraine.

Використана література:

1. Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross Glossary on Migration. 2nd Edition. International Organization for Migration. 2011. p. 118. URL: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf.
2. Talking About Refugees and Immigrants: A Glossary of Terms. Canadian Council for Refugees. URL: <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/static-files/glossary.PDF>.
3. Ровенчак О. Значення, функції та роль міжнародної міграції. Соціальні технології. Актуальні проблеми теорії та практики. 2007. Вип. 33–34. С. 94–122.
4. Договір про Європейський Союз від 07.02.1992 року № 994_029. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029.
5. Towards a framework for fair and effective integration of migrants into the labour market. OECD ILO World Bank IMF. 19–21 December, 2016. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/generic-document/wcms_556988.pdf.
6. Chaloff J., Lemaître G. Managing Highly-Skilled Labour Migration: a Comparative Analysis of Migration Policies and Challenges in OECD countries. OECD Social, Employment and Migration Working Papers. Paris. 2011. 54 p.
7. Биффль Г. Миграция и ее роль в интеграции Западной Европы. Проблемы теории и практики управления. 2010. № 4. с. 65.
8. Дженкова В.І., Левченко Л.М., Реліна І.Є. Внутрішні та зовнішні виміри регулювання міграційних процесів. Економічний простір. 2009. № 24. с. 27.
9. McLaughlan G. Migration policies towards highly skilled foreign workers. / G. McLaughlan, J. Salt // Migration Research Unit. 2008. 155 p.
10. Вишнеvsька О.А. Сучасна міжнародна трудова міграція та державна міграційна політика. Статистика України. № 2. 2008. с. 88.
11. Курій Л. Соціально-економічна інтеграція іммігрантів як засіб ефективної реалізації їх людського потенціалу. Соціально-економічні проблеми і держава. Вип. 1(6). 2012. с. 103.
12. Rudiger A., Spencer S. Social Integration of Migrants and Ethnic Minorities. Policies to Combat Discrimination. European Commission and the OECD Conference on The Economic and Social Aspects of Migration. Brussels. 2003. 43 p. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/15/4/15516956.pdf>.
13. Населення України. Трудова еміграція в Україні. К. : Ін-т демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України, 2010. С. 101.

Dmytro Kostiennikov,

Head of the Department of State Migration Service in Sumy region,
Kharkiv Regional Institute of Public Administration,
National Academy of Public Administration,
Office of the President of Ukraine

Constitutional and legal consolidation of the principles of organization and exercise of state power in the EU Member States

Конституційно-правове закріплення засад організації та здійснення державної влади у державах-учасницях ЄС

Zorina Kravtsova

Key words:

constitutionalism, the rule of law, state authority, public authority, state power body.

Ключові слова:

конституціоналізм, верховенство права, державна влада, публічна влада, орган державної влади.

Конституційні засади організації та здійснення державної влади є базовим ключовим питанням, що постає при необхідності проведення реформ, обумовлених глобалізацією та трансформацією суспільних відносин. Перед державами світу і Європи постійно постає ряд зовнішніх і внутрішніх чинників, які обумовлюють необхідність вирішення завдань і реалізації функцій держави. В умовах євроінтеграційної політики України постає ряд питань щодо необхідності комплексного реформування, механізм здійснення державної влади є першочерговим об'єктом реформ.

Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) було внесено до Конституції, зокрема, такі зміни: абзац п'ятий преамбули після слів «громадянської злагоди на землі України» доповнити словами «та підтверджуючи європейську ідентичність українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України»¹. Цей факт безумовно актуалізує питання євроінтеграції України і привертає посилену увагу до необхідності розробки наукового підґрунтя подальшої конституційної реформи, в тому числі і щодо реформування організації та здійснення державної влади в Україні.

Глобалізація як процес, який характеризує сучасний етап розвитку людства, за своєю сутністю є формуванням спільного світового економічного, політичного та культурного простору, який функціонує на основі універсальних загально визнаних правових цінностей і принципів, опосередковується загальними організаційними формами; головними напрямками впливу глобалізації на державу є якісна зміна національно-державного суверенітету (його обмежений характер) і призначення держави (що виражається у зміні змісту і сутності функцій держави); головним напрямом впливу глобалізації на право є його універсалізація, яка полягає у виробленні єдиних спільних базових принципів і інститутів права, усуненні суперечностей між національними правовими системами².

Питанням організації державної влади, пошуку ефективних моделей, здійсненню аналізу різних підходів і національних систем організації управління присвячені роботи вчених В. Авер'янова, І. Василенко, В. Голуб, Б. Калиновського, А. Колодія, Ю. Тихомирова та інших.

Оскільки цей вид роботи обмежений обсягом, автор зосередить увагу на засадах організації та здійснення державної влади у державах-учасницях ЄС не всіх, а у державах-засновницях. Так, Федеративна Республіка Німеччина (ФРН) за формою правління є парламентською республікою. Такий конституційний лад, на відміну від інших, акцентує увагу на ролі парламенту в системі органів державної влади. Основний Закон Німеччини закріпив п'ять постійно діючих конституційних органів: Федеральний президент, Феде-

¹ Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України у Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 07.02.2019 № 2680-VIII IURL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2680-19#n2> (дата звернення: 21.12.2019).

² Хаустова М.Г., Ждан М.Д. Правова глобалізація: поняття, риси, види. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. 2013. № 1082. Серія «ПРАВО». Випуск № 16. С. 28.

ральний уряд (виконавчі), Бундесрат, Бундестаг (законодавчі), Федеральний конституційний суд (судові). Основне навантаження щодо управління на загальнодержавному рівні несуть федеральні міністерства³.

У Конституції Федеративної Республіки Німеччини розділ II називається «Федерація та Länder». Він присвячений формі держави, основним засадам конституційного ладу, закріплює, що з метою створення єдиної Європи Федеративна Республіка Німеччина бере участь у розвитку Європейського Союзу, який запроваджує демократичні, соціальні та федеральні принципи, верховенство права та принцип субсидіарності, що гарантує рівень захисту основних прав за змістом, передбаченим цим Основним законом⁴. «З цієї метою Федерація може передавати суверенні повноваження законом за згодою Бундесрату. Створення Європейського Союзу, зміни в його договірних засадах і відповідних положеннях, що вносять зміни або доповнення до цього Основного Закону або роблять такі зміни чи доповнення можливими, повинні відповідати пп. 2, 3 ст. 79 (передбачають особливий порядок внесення змін до Конституції ФРН)⁵.

Ця стаття визначає, що у справах Європейського Союзу Бундестаг і землі беруть участь через Бундесрат. Ч. 3 ст. 23-5 Конституції ФРН визначає, що Федеральний уряд надає можливість Бундестагу надати власний висновок щодо своєї участі у прийнятті нормативних актів Європейського Союзу. Федеральний уряд приймає до уваги висновок Бундестагу, подробиці регулюються законом. Цікавою є частина б цієї статті, де визначено, що якщо з основного питання порушуються виключні законодавчі повноваження земель, то здійснення прав, які належать Федеративній Республіці Німеччини як члену Європейського Союзу, має передаватися одному із представників земель, який призначається Бундесратом, здійснення прав відбувається за участю Федерального уряду та за погодженням із ним; при цьому має бути врахована відповідальність за державу загалом.

Основний Закон ФРН містить норми щодо участі національних органів державної влади у прийнятті рішень Європейського Союзу. Слід констатувати те, що конституційно-правовий статус органів державної влади країн-членів Європейського Союзу у зв'язку із відповідним членством був підданий певній трансформації. Так звана наднаціональна правова система права ЄС і сама міжнародна організація інтегровані в управлінські процеси, тому говорити про державну владу держав-членів ЄС виокремлено від Союзу не можна.

Що стосується Французької Республіки, то серед теоретиків-конституціоналістів зустрічаються такі думки щодо форми державного правління, які сформувалися у V Республіці: президентська, напівпрезидентська, квазіпрезидентська або навіть республіканська монархія. Відповідно до Конституції Франції 1958 року відбулося суттєве розширення прерогатив і повноважень президента, перетворення інституту глави держави в центральну ланку політичної системи Франції, тому дійсно більш точним буде охарактеризувати модель реалізації державної влади Франції як президентсько-парламентську, де головною ознакою є наявність зв'язку між головою держави і головою уряду⁶.

Глобальна тенденція до посилення виконавчої влади за рахунок законодавчої проявила себе у Франції. Але безперечним є той факт, що навіть втративши частину колишніх повноважень, французький парламент залишається найважливішим інституціональним гарантом демократії, впливовою політичною силою, з якою рахується і президент, і уряд; реальне співвідношення сил у межах «трикутника» президент – уряд – парламент коливається залежно від конкретного складу законодавчого органу і партійної приналежності глави держави⁷.

Відомо, що Французька Республіка є однією із найвпливовіших держав-засновниць ЄС. Цікавими є висновки щодо здійснення правосуддя у Франції. Так, французьке суспільство задоволене національними судами. На думку А. Гарапона, практично всі правовідносини у Франції і їх суб'єкти є підсудними для суду. Конституційність закону може бути перевірена Конституційною радою, економічна політика уряду може стати предметом розгляду Люксембурзького суду, функціонування слідчих і виправних установ – Страсбурзького суду, дії й рішення міністрів можуть бути перевірені на предмет складу злочину вищою

³ Система державного управління Федеративної Республіки Німеччина: досвід для України / авт.-упоряд.: Ю.В. Ковбасюк, С.В. Загороднюк, П.І. Крайнік; за заг. ред. Ю.В. Ковбасюка. Київ : НАДУ, 2010. с. 5.

⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany 23 May 1949. Lasta mende don 28 March 2019. ULR: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (дата звернення: 18.12.2019).

⁵ Там само.

⁶ В. Сухенко Дуалізм виконавчої влади як особливість політико-адміністративної системи Франції. Державне будівництво. № 1, 2017. С. 6.

⁷ Там само. С. 12.

палатою правосуддя, а політиків – звичайними кримінальними судами⁸. Загалом діє інтегрована судова влада, оскільки рівні здійснення правосуддя є як національні, так і рівень Ради Європи (Європейський суд з прав людини) і ЄС (Суд Європейського Союзу).

Конституція Італійської Республіки щодо організації здійснення державної влади визначає правовий статус органів державної влади у частині II, що називається устрій республіки. Ця частина складається з 6 глав, які присвячені парламенту, президенту республіки, уряду, магістратурі (судоустрою), регіонам, провінціям, комунам, конституційним гарантіям. Простежується реалізація принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову. Глава 5 містить ст. 114, відповідно до якої республіку утворюють (*costituita*) комуни, провінції, метрополітенські міста (міста із самоврядуванням), регіони і держава. Відповідно до принципів, визначених Конституцією, комуни, провінції, метрополітенські міста і регіони є автономними утвореннями з власними статутами, повноваженнями і функціями.

Рим є столицею Республіки. Порядок управління в столиці визначається законом держави (*leggedelloStato*)⁹. На перший погляд, йдеться про адміністративно-територіальний устрій Італійської Республіки, але ця юридична конструкція говорить про те, що республіку, тобто державну владу в Італії, реалізують комуни, провінції, метрополітенські міста, регіони та держава.

У Конституції Великого герцогства Люксембург, ще одного засновника Європейського Союзу, глава III Про Суверенітет містить ст. 32, де зазначено, що суверенітет належить нації. Великий Герцог здійснює його відповідно до цієї Конституції та законів країни. Він не має ніяких інших повноважень, крім тих, які офіційно покладені на нього Конституцією і спеціальними законами¹⁰. У цьому випадку під терміном «суверенітет» і мають на увазі державну владу, її повноту і верховенство всередині країни, незалежність і рівноправність держави-носія у зовнішніх відносинах. Конституційно-правовий статус Великого Герцога визначений у ст. 33 Конституції, відповідно до якої він є главою держави, символом єдності і гарантом національної незалежності, здійснює виконавчу владу відповідно до Конституції і законів країни.

Основний Закон Люксембургу визначає, що кожен закон повинен бути схвалений Палатою депутатів. Великий Герцог звертається до Палати з пропозиціями і законопроектами, які він бажає представити на її схвалення. Палата депутатів має право пропонувати Великому Герцогу законопроекти (ст.ст. 46, 47). Ст. 49 присвячена питанням здійснення правосуддя, зокрема відповідно до неї правосуддя здійснюється судами і трибуналами від імені Великого Герцога, судові вироки та рішення також виносяться від його імені.

За формою правління Люксембург – це конституційна спадкова монархія. Фундаментом конституційних засад системи правління Люксембургу є текст Основного Закону 1868 р. В той же час монархія і національний законодавець протягом XX ст. прагнули до того, щоб головні конституційні положення не вступали у протиріччя зі змінами, що відбувалися в країні та світі. Вже у статті I констатується, що Люксембург «є вільною, незалежною і неподільною державою»¹¹.

Конституція Бельгії у ст. 33 визначає, що всі влади виходять від нації, що здійснюються в порядку, встановленому Конституцією. При цьому відповідно до ст. 4 Бельгія складається з чотирьох лінгвістичних регіонів: регіон французької мови, регіон нідерландської мови, двомовний регіон Брюссель-столиця і регіон німецької мови. Кожна комуна Королівства є частиною одного з лінгвістичних регіонів. Отже, принцип народовладдя як основа демократії лежить в основі здійснення державної влади в Бельгії, але суб'єктом-носієм є нація, а не народ. При цьому територія держави, а отже і особливості управління, розподілені на чотири лінгвістичних регіони. Цікавим є зміст ст. 34, де визначено, що здійснення певних повноважень може бути покладено договором або законом на установу з міжнародного публічного права¹². Ця норма є відповіддю на сучасні виклики і забезпечує реалізацію рішень ЄС.

Ще одна держава-засновник ЄС Нідерланди є королівством. Механізм реалізації державної влади визначений Конституцією Королівства Нідерландів. Зокрема, ст. 81 встановлює, що акти парламенту прийма-

⁸ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М.: NOTA BENE; МедиаТрейд Компания, 2004. с. 26.

⁹ Конституція Італійської Республіки (з передмовою Володимира Шаповала). В.М. Шаповал. Київ, 2018. 62 с. URL: https://pravo.org.ua/img/books/files/1532528829const_italy.pdf (дата звернення: 20.12.2019).

¹⁰ Конституція Великого герцогства Люксембург. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/luxembourg.pdf> (дата звернення: 20.12.2019).

¹¹ Країни Західної Європи. Енциклопедія. Том 1. URL: http://elibrary.ivinas.gov.ua/478/1/Entsyklopedia_verska-279-293.pdf. С. 282.

¹² Конституція Бельгії. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/belgium.pdf> (дата звернення: 21.12.2019).

ються спільно урядом і Генеральними штатами¹³ (двопалатний парламент). Ст. 82 Конституції Королівства Нідерландів визначає такий порядок прийняття законодавчих актів: законопроекти можуть вноситися Королем або від імені Короля або Другою палатою Генеральних штатів; законопроекти, які підлягають розгляду на спільному засіданні Генеральних штатів, представляються Королем або від імені Короля або спільним засіданням Генеральних штатів у порядку, передбаченому відповідними статтями глави другої; законопроекти, внесені до Другої палати або на спільне засідання Генеральних штатів, передаються палаті або спільному засіданню обох палат одним або декількома депутатами. Ст. 5 Основного Закону Нідерландів встановлює, що кожен має право подавати петиції компетентним органам влади.

І. Яков'юк щодо здійснення влади у Європейському Союзі зазначає, що хоча в установчих договорах Європейських Співтовариств Союзу відсутня спеціальна норма, що проголошує принцип поділу влади в організації і функціонуванні системи його інститутів, цей принцип може бути реконструйований шляхом тлумачення положень Преамбули Договору про Європейський Союз, яка вказує на відданість принципам демократії і верховенства права. Також він одержав певне втілення в загальній конструкції механізму публічної влади ЄС – у ньому створені інститути, які виконують основні функції публічної влади: законодавчу, виконавчу і судову.¹⁴

Ці висновки зроблені, на думку автора, поверхово, оскільки для з'ясування наявності чи відсутності принципу поділу влади в інституційній системі ЄС потрібно окремо детально охарактеризувати правовий статус кожної інституції. При цьому саме питання про поділ влади в ЄС не є ключовим, оскільки Європейський Союз є міжнародною організацією, яка сформувала певний інституційний механізм для реалізації своїх цілей, тобто мети самого Союзу, а не для реалізації влади. Такою є офіційна юридична позиція, викладена в установчих договорах. Але ми можемо спостерігати, що система управління – інституційний механізм ЄС – перебуває у взаємодії з органами державної влади держав-членів, право ЄС інтегроване в правові системи держав-членів, а правові системи держав-членів – у правову систему ЄС. Навіть на рівні конституційного наявні норми щодо здійснення управління в державі шляхом реалізації рішень міжнародних публічних установ.

Питання організації та здійснення державної влади в Україні, в тому числі і відповідне реформування, мають бути вирішені з урахуванням основних принципів права ЄС і досвіду держав-членів ЄС. Головними чинниками мають бути історичні, економічні, політичні особливості України.

Анотація

У статті проаналізовано конституційно-правове закріплення засад організації та здійснення державної влади у державах-учасниках Європейського Союзу. Здійснено аналіз конституційних норм щодо організації та здійснення державної влади у державах-засновниках ЄС. Здійснено пошук шляхів запровадження досвіду країн-членів ЄС у процесі удосконалення організації та здійснення державної влади в Україні.

Summary

The article analyzes the constitutional and legal consolidation of the principles of organization and exercise of state power in the Member States of the European Union. Constitutional norms regarding the organization and exercise of state power in the EU founding countries were analyzed. The ways of introducing the experience of the EU member states in the process of improving the organization and exercise of state power in Ukraine were searched.

Використана література:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 07.02.2019 № 2680-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2680-19#n2> (дата звернення: 21.12.2019).

¹³ Конституция Королевства Нидерланды от 17 февраля 1983 года. URL: [file:///C:/Users/2106~1/AppData/Local/Temp/Rar\\$EXa10120.44343/R.HTM](file:///C:/Users/2106~1/AppData/Local/Temp/Rar$EXa10120.44343/R.HTM) (дата звернення: 22.12.2019).

¹⁴ Яков'юк І.В. Про особливості прояву принципу поділу в інституціональній системі влади Європейського Союзу: постановка питання. Державне будівництво та місцеве самоврядування. Випуск 5, 2003. с. 21.

2. Хаустова М.Г., Ждан М.Д. Правова глобалізація: поняття, риси, види. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. 2013. № 1082. Серія «ПРАВО». Випуск № 16. С. 25–30.
3. Система державного управління Федеративної Республіки Німеччина: досвід для України / авт.-упоряд.: Ю.В. Ковбасюк, С.В. Загороднюк, П.І. Крайнік; за заг. ред. Ю.В. Ковбасюка. Київ : НАДУ, 2010. 76 с.
4. Basic Law for the Federal Republic of Germany 23 May 1949. Lasta mende don 28 March 2019 URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (дата звернення: 18.12.2019).
5. В. Сухенко. Дуалізм виконавчої влади як особливість політико-адміністративної системи Франції. Державне будівництво. № 1, 2017. С. 1–14.
6. Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М. : NOTA BENE; Медиа Трейд Компания, 2004. 326 с.
7. Конституція Італійської Республіки (з передмовою Володимира Шаповала). В.М. Шаповал. Київ, 2018. 62 с. URL: https://pravo.org.ua/img/books/files/1532528829const_italy.pdf (дата звернення: 20.12.2019).
8. Конституція Великого герцогства Люксембург. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/luxembourg.pdf> (дата звернення: 20.12.2019).
9. Країни Західної Європи. Енциклопедія. Том 1, 292 с. URL: http://elibrary.ivinas.gov.ua/478/1/Entsyklopedia_verska-279-293.pdf (дата звернення: 22.12.2019).
10. Конституція Бельгії. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/belgium.pdf> (дата звернення: 21.12.2019).
11. Конституція Королівства Нідерландов от 17 февраля 1983 года. URL: [file:///C:/Users/2106~1/AppData/Local/Temp/Rar\\$EXa10120.44343/R.HTM](file:///C:/Users/2106~1/AppData/Local/Temp/Rar$EXa10120.44343/R.HTM) (дата звернення: 22.12.2019).
12. Яков'юк І.В. Про особливості прояву принципу поділу в інституціональній системі влади Європейського Союзу: постановка питання. Державне будівництво та місцеве самоврядування. Випуск 5, 2003. С. 17–27.

Zorina Kravtsova,
Candidate of Law Sciences,
Associate Professor at the Department of Constitutional Law
of the Law Faculty
Taras Shevchenko National University of Kyiv

Just satisfaction as a form of civil and law liability of a state (experience for Ukraine)

Справедлива сатисфакція як форма цивільно-правової відповідальності держави (досвід для України)

Daryna Kravchuk

Key words:

European Court of Human Rights, just satisfaction, moral damages.

Ключові слова:

Європейський суд з прав людини, справедлива сатисфакція, моральна шкода.

Постановка проблеми. Однією з гострих науково-прикладних тем сучасного цивільного права є дискусія щодо цивільно-правової відповідальності держави. На особливу увагу ця тема заслуговує у контексті проголошення позитивного обов'язку держави виступати гарантом дотримання прав і свобод людини. Як правило, нормативне закріплення таких гарантій знаходить своє втілення на рівні конституційно-правових актів, які проголошують демократичність і соціальну орієнтованість засад здійснення державної влади. Україна не становить у цьому процесі винятку.

Головною цінністю, яка захищається державою, є людина та її права. Конституція України закріплює права, свободи та обов'язки людини і громадянина, які відображені на рівні конституційно-правових норм і є правовою основою сучасної держави. Водночас сучасний стан правової охорони та захисту прав людини в Україні характеризує значна кількість негативних тенденцій, серед яких незавершеність реформування системи правоохоронної діяльності та системи правосуддя, масштабна демографічна криза, негативний стан охорони здоров'я, триваючий на Сході України військовий конфлікт. На жаль, публічні інститути влади не завжди належним чином виконують свої зобов'язання щодо охорони та захисту основоположних прав людини. Зазначене обумовлює необхідність теоретичної оцінки характеру цивільно-правової відповідальності держави та її органів і посадових осіб.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання цивільно-правової відповідальності держави були у центрі наукових досліджень таких науковців, як Т.В. Боднар, Ю.Л. Бошицький, С.Н. Братусь, В.В. Вітрянський, Л.В. Винар, Т.С. Ківалова, В.М. Коссак, О.О. Кот, О.В. Кохановська, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, О.О. Отрадна, О.О. Первомайський, І.В. Спасибо-Фатеева, М.М. Хоменко. Натепер залишається невирішеною низка питань щодо підстав та умов цивільно-правової відповідальності держави, особливостей суб'єктного складу в цивільному правопорушенні, *справедливої сатисфакції як форми цивільно-правової відповідальності держави*. Все це обумовило актуальність і необхідність дослідження цивільно-правової відповідальності держави, а також визначення рівня відповідності норм чинного законодавства України нагальним потребам правозастосовної практики.

Мета статті полягає у формуванні теоретичної конструкції справедливої сатисфакції як форми цивільно-правової відповідальності держави, яка може бути використана у якості доктринального тлумачення поняття цивільно-правової відповідальності держави у правозастосовних актах.

Виклад основного матеріалу. Зважаючи на особливі умови сьогодення, перед державою постає велика кількість нових вимог у сфері відшкодування завданої шкоди. Вперше за історію незалежної України з'явилася значна кількість вимог до відшкодування державою шкоди, завданої невстановленими особами або заподіяної терористичним актом. Ця теза підтверджується статистичними показниками. Так, станом на кінець 2018 року на розгляді у Європейському суді з прав людини перебувало загалом понад 7200 справ проти держави Україна, що складає 12,9% від загальної кількості справ; у 2017 році – 7,1 тис., тобто 12,6% від загальної кількості справ.

Зазначене доводить необхідність оцінки характеру цивільно-правової відповідальності держави крізь призму діяльності Європейського суду з прав людини. Відповідно до Преамбули Конвенції про

захист прав людини і основоположних свобод для забезпечення дотримання державами їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї створюється Європейський суд з прав людини (далі – Суд), який функціонує на постійній основі¹. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» встановлено, що українські суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права².

Автор акцентує увагу на тих рішеннях Суду, які визначають специфіку суб'єктного складу та регулюють питання цивільно-правової відповідальності «державних організацій» за порушення Конвенції. Так, у рішенні Суду у справі «Михайленки та інші проти України» від 30 листопада 2004 року п. 44 визначає, що держава є відповідальною за зобов'язаннями юридичної особи (державного підприємства), оскільки така юридична особа не має достатньої інституційної та операційної незалежності від держави, підприємство має публічну природу, незважаючи на його формальну класифікацію за національним законодавством³. Подібним є також висновок Європейського суду з прав людини у справі “Case of Österreichischer Rundfunk v. Austria” від 7 грудня 2006 року. У своєму рішенні Суд дійшов висновку, що компанія є державною організацією, посилаючись на наявність державного контролю над заявником, що підтверджує процедура обрання наглядових органів, а також мандат на надання суспільних послуг і джерело фінансування. Незважаючи на організаційну незалежність і керуючись визначеними критеріями, Суд дійшов висновку про наявність статусу юридичної особи публічного права у громадсько-правовій організації⁴. Таким чином при вирішенні справ щодо відшкодування завданої шкоди Суд глибоко проаналізував зв'язок певного суб'єкта з органами державної влади, демонструючи, що в основі вирішення будь-якого питання лежить саме захист прав, гарантованих Конвенцією.

Коли йдеться про суб'єкта відшкодування шкоди, недоречним є визначення вичерпного переліку таких державних організацій. З огляду на практику Європейського суду з прав людини більш доцільним є саме визначення чітких критеріїв, які будуть слугувати орієнтирами у кожному конкретному випадку для визначення підстав відшкодування шкоди конкретною юридичною особою публічного права.

Окреме місце серед рішень Суду займають висновки, які стосуються сатисфакції під час відшкодування державою шкоди, завданої фізичним чи юридичним особам. Так, ст. 41 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод встановлює, якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд за необхідності надає потерпілій стороні справедливую сатисфакцію⁵.

Конвенція закріплює однією із форм цивільно-правової відповідальності держави справедливую сатисфакцію. Законодавство України не визначає поняття чи процедуру справедливої сатисфакції. Проте в Законі України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» визначення поняття «відшкодування» здійснюється саме через поняття «справедлива сатисфакція».

Відшкодування – це: а) сума справедливої сатисфакції, визначена рішенням Європейського суду з прав людини відповідно до ст. 41 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) визначена у рішенні Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання або у рішенні Європейського суду з прав людини про схвалення умов односторонньої декларації сума грошової виплати на користь Стягувача⁶. Варто зазначити, що в умовах сьогодення термін «справедлива сатисфакція» найчастіше використовується при роботі Європейського суду з прав людини під час розгляду справ про компенсацію збитків, нанесених державою міжнародно-протиправним діянням.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.02.2020).

² Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (дата звернення: 05.02.2020).

³ Справа «Михайленки та інші проти України» (Заяви №№ 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02, 42814/02): Рішення Європейського суду з прав людини від 30.11.2004 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_231 (дата звернення: 05.02.2020).

⁴ Case of Österreichischer Rundfunk v. Austria (Application no. 57597/00): The European Court of Human Rights URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-23942%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-23942%22]}) (дата звернення: 05.02.2020).

⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.02.2020).

⁶ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (дата звернення: 05.02.2020).

Європейські правники досліджують «справедливу сатисфакцію» як особливу форму цивільно-правової відповідальності держави. Так, Елізабет Ламберт у своїй праці «Виконання рішення Європейського суду з прав людини» зазначає, що справедлива сатисфакція – єдиний захід, який Суд може доручити державі вжити за умовами Конвенції. Отримане рішення вказує на необхідність здійснити відшкодування, на відміну від звичайного деклараційного рішення⁷.

Науково-дослідна організація ім. Макса Планка (Мюнхен) започаткувала проект детального вивчення природи відшкодування шкоди державою під назвою: «Справедлива сатисфакція відповідно до ст. 41 Європейського суду з прав людини: кількісний аналіз». Перша частина проекту була зосереджена на проблемі винагород у відшкодуванні моральної шкоди, передбаченої ст. 41 Судом у ситуаціях, які стосуються окремих порушень прав, захищених Конвенцією. Так, відповідно до публікацій проекту термін «справедлива сатисфакція», яка використовується у Конвенції, означає грошову плату за шкоду, якої зазнала потерпіла сторона. Це дослідження використовує низку синонімів до поняття «шкода».

Науковці наголошують, що текст Конвенції має небагато термінів «шкода», «задоволення», «відшкодування». Вони застосовуються, тільки коли визначається необхідна реакція держави після того, як нею порушено право людини (і потенційно завдано тим самим шкоди). Така реакція у Конвенції називається «сатисфакція». Текст ст. 41 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод використовує термін «сатисфакція», пов'язаний із поняттям «репарація», вказавши, що Суд може присуджувати «справедливу сатисфакцію», якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткову репарацію. У практиці Європейського суду з прав людини використовуються терміни «фінансова компенсація», «грошова винагорода» або «винагорода за матеріальну / моральну шкоду» з метою перефразування терміну Конвенції «справедлива сатисфакція»⁸.

Важливим для розвитку права є той факт, що тільки у 2019 році Суд вперше зіткнувся з вивченням питання справедливої сатисфакції у міждержавній справі. Йдеться про рішення у справі «Грузія проти Росії», де Суд зазначив, що вперше після прийняття рішення щодо справедливої сатисфакції у справі «Кіпр проти Туреччини» (справедлива сатисфакція) він повинен вивчити питання справедливої сатисфакції у міждержавній справі. У цьому рішенні Суд серед іншого посилався на принцип міжнародного публічного права, який стосується зобов'язання держави здійснити компенсацію за порушення договірних зобов'язань, та на практику Міжнародного суду з цього питання, зробивши висновок, що ст. 41 Конвенції застосовується до міждержавних справ⁹.

Слід зауважити, що у справі «Кіпр проти Туреччини» Суд вважав, що ст. 41 Конвенції застосовується до міждержавних справ. Однак питання про те, чи є надання справедливої сатисфакції державі-заявнику виправданим, слід оцінювати і вирішувати Суду у кожному конкретному випадку з урахуванням типу скарги, поданої урядом заявника, чи можуть бути визначені жертви порушень, а також основна мета проведення провадження настільки, наскільки це можна визначити з первинної заяви до Суду.

У рішенні «Кіпр проти Туреччини» Судом було визначено три критерії для встановлення того, чи присудження справедливої сатисфакції було обґрунтованим у міждержавній справі: тип скарги, поданої урядом-заявником, яка повинна була стосуватися порушення основних прав людини своїх громадян або інших жертв; чи можливо було виявити жертв; головна мета відкриття провадження. Суд дійшов висновку, що відповідно до природи Конвенції фізична особа, а не держава отримує пряму чи опосередковану шкоду та «травмується» порушенням одного чи кількох прав за Конвенцією. Тому, якщо справедлива сатисфакція забезпечується в міждержавній справі, це завжди слід робити на користь окремих жертв.

Перша позитивна практика Європейського суду з прав людини щодо застосування справедливої сатисфакції за дії держави, які порушують міжнародні зобов'язання та як наслідок породжують обов'язок сплатити відшкодування за неправомірні дії окремим жертвам, є дуже важливою для вивчення та дослідження цього питання саме в межах українського правозастосування. Так, справедлива сатисфакція

⁷ Lambert-Abdelgawad E. The execution of judgments of the European Court of Human Rights. Strasbourg: Council of Europe Publishing. URL: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf) (дата звернення: 05.02.2020).

⁸ Szilvia Altwick-Hátori, Tilmann Altwick, Anne Peters Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non- Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights. In Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 76, 2016. 50 p. URL: <https://www.mpil.de/en/pub/research/areas/human-rights/just-satisfaction-art-41.cfm> (дата звернення: 05.02.2020).

⁹ Справа «Кіпр проти Туреччини» (Заява № 25781/94): Рішення Європейського суду з прав людини від 10.01.2001. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO2481> (дата звернення: 05.02.2020).

повинна розраховуватися з урахуванням майнових збитків, втраченої вигоди, а також з оцінкою обсягу порушень прав конкретних осіб. З огляду на аналіз практики Європейського суду з прав людини щодо питання розуміння та застосування справедливої сатисфакції в умовах сьогодення така форма цивільно-правової відповідальності держави набуває особливого значення в аспекті захисту прав та інтересів людини. Адже саме наявність ефективного механізму відшкодування завданої шкоди є запорукою забезпечення принципу справедливості та відновлення порушеного права.

З огляду на аналіз національної судової практики та незважаючи на відсутність належного регулювання категорії справедливої сатисфакції в національному законодавстві, існує чимало випадків звернень до національних судів із метою стягнення справедливої сатисфакції. Так, у справах до Держави Україна заявники звертаються до Генерального прокурора України, Державної казначейської служби України, Державної фіскальної служби про стягнення з Держави Україна справедливої сатисфакції за рахунок коштів Державного бюджету України на відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої протиправними рішеннями, діями, бездіяльністю органів державної влади. Тому вартим уваги є факт вирішення національними судами питання про стягнення з Держави Україна справедливої сатисфакції, оскільки національне законодавство не закріплює визначення цього поняття та не встановлює, що саме повинно враховуватися для стягнення такої сатисфакції.

При зверненні осіб до суду щодо вирішення питання про справедливу сатисфакцію позовні вимоги не завжди включають лише стягнення коштів. У багатьох судових справах позивачі звертаються до суду із позовом про визнання дій незаконними, зобов'язання вчинити певні дії та отримання справедливої сатисфакції. Все частіше при вирішенні справ про відшкодування майнової чи моральної шкоди національні суди звертаються до категорії справедливої сатисфакції. До таких автор відносить рішення Апеляційного суду Житомирської області у справі № 296/3955/13-ц¹⁰; Апеляційного суду Чернігівської області у справі № 733/1132/14-ц¹¹; Апеляційного суду Миколаївської області у справі № 490/6456/13-ц¹², Апеляційного суду Донецької області у справі № 22-ц/775/544/2013¹³. Слід звернути увагу на те, що застосування національними судами у справах про відшкодування збитків категорії «справедлива сатисфакція» є поширеним правовим явищем. Проте, проаналізувавши практику національних судів, можна стверджувати про неоднакове та навіть суперечливе застосування терміну справедлива сатисфакція в аналогічних справах про відшкодування збитків.

З огляду на зазначені вище приклади судових рішень, які оперують категорією справедлива сатисфакція, можна стверджувати, що національні суди використовують поняття справедлива сатисфакція лише відносно справ щодо відшкодування моральної шкоди. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод розглядає категорію справедливої сатисфакції в значно ширшому розумінні та не звужує її лише до відшкодування завданої моральної шкоди. Такий висновок підтверджується і проаналізованою практикою Суду, який розробив критерії для використання справедливої сатисфакції. Ще одним важливим висновком щодо використання категорії справедлива сатисфакція у рішеннях національних судів є те, що законодавство розуміє термін «справедлива сатисфакція» виключно через відшкодування певних коштів. Національні ж суди, розглядаючи справи про відшкодування завданої шкоди, застосовують термін сатисфакція до дій, які не вимірюються певними сумами коштів.

На думку автора, зазначена правова ситуація свідчить про те, що використання судами терміну справедлива сатисфакція без визначення цього поняття у законодавстві призводить до неоднозначного та не зовсім зрозумілого правозастосування. Важливим є нормативне закріплення у національному законодавстві визначення поняття «сатисфакція», що призведе до єдиної практики, яка буде відповідати вимогам Конвенції та критеріям застосування справедливої сатисфакції, визначеним у рішеннях Європейського суду з прав людини.

Висновки. Європейський суд з прав людини, досліджуючи у різних справах наявність факту порушення певного права та обов'язку держави відшкодувати шкоду, завдану фізичним чи юридичним

¹⁰ Рішення Апеляційного суду Житомирської області від 03.09.2014, справа № 296/3955/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40376095> (дата звернення: 05.02.2020).

¹¹ Рішення Апеляційного суду Чернігівської області від 09.10.2014, справа № 733/1132/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40861977> (дата звернення: 05.02.2020).

¹² Рішення Апеляційного суду Миколаївської області від 30.01.2014, справа № 490/6456/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37120916> (дата звернення: 05.02.2020).

¹³ Рішення Апеляційного суду Донецької області від 15.01.2013, справа № 22-ц/775/544/2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29073186> (дата звернення: 05.02.2020).

особам, напрацьовує необхідну практику щодо правозастосування у сфері цивільно-правової відповідальності держави. Так, проаналізувавши ряд рішень Європейського суду з прав людини, можна стверджувати, що розуміння цивільно-правової відповідальності держави у рішеннях Європейського суду з прав людини є досить широким у контексті суб'єктів, які повинні відповідати за заподіяну шкоду, а також у питаннях справедливої сатисфакції, передбаченої Конвенцією.

Автор пропонує власне визначення категорії *справедливої сатисфакції* – спосіб задоволення вимог заявника з боку держави як суб'єкта цивільно-правової відповідальності, яке полягає у повному відшкодуванні втраченого заявником майна або майнових прав; зниженні ринкової вартості майна заявника або його майнових прав, відшкодуванні упущеної вигоди, моральної шкоди, а також в інших формах морального задоволення потерпілої сторони, організаційно-правлінських і правозастосовних заходах (прийняття нормативно-правового акту, встановлення заслуги особи, видання індивідуально-правозастосовного акту або рішення органом державної влади чи посадовою особою).

Анотація

Стаття присвячена питанням цивільно-правової відповідальності держави. Проаналізовано рішення Європейського суду з прав людини та їх вплив на правозастосовну практику в Україні. Запропоноване визначення категорії «справедлива сатисфакція» як спосіб задоволення вимог заявника з боку держави, яке полягає у повному відшкодуванні втраченого заявником майна або майнових прав; зниженні вартості майна заявника або його майнових прав, відшкодуванні упущеної вигоди, моральної шкоди, а також в інших формах морального задоволення потерпілої сторони.

Summary

The article is dedicated to the issues of civil and law liability of a state. The judgments of the European Court of Human Rights and its influence to the law enforcement practice in Ukraine are analyzed. The definition of the concept of “just satisfaction” is suggested. It could be defined as a means of meeting of requirements of applicants by the state that includes full compensation for the property or property rights are lost by the applicant; reducing the value of the applicant's property or his / her property rights, compensation for lost profits, moral damages and other forms of moral satisfaction for injured party.

Використана література:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.02.2020).
2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (дата звернення: 05.02.2020).
3. Справа «Михайленки та інші проти України» (Заяви №№ 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02, 42814/02) : Рішення Європейського суду з прав людини від 30.11.2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_231 (дата звернення: 05.02.2020).
4. Case of Osterreichischer Rundfunk v. Austria (Application no 57597/00) : The European Court of Human Rights. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-23942%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-23942%22]}) (дата звернення: 05.02.2020).
5. Lambert-Abdelgawad E. The execution of judgments of the European Court of Human Rights. Strasbourg : Council of Europe Publishing. URL: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf) (дата звернення: 05.02.2020).
6. Szilvia Altwicker-Hátori, Tilmann Altwicker, Anne Peters Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non- Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 76, 2016. 50 p. URL: <https://www.mpil.de/en/pub/research/areas/human-rights/just-satisfaction-art-41.cfm> (дата звернення: 05.02.2020).
7. Справа «Кіпр проти Туреччини» (Заява № 25781/94) : Рішення Європейського суду з прав людини від 10.01.2001. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO2481> (дата звернення: 05.02.2020).
8. Рішення Апеляційного суду Житомирської області від 03.09.2014, справа № 296/3955/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40376095> (дата звернення: 05.02.2020).

9. Рішення Апеляційного суду Чернігівської області від 09.10.2014, справа № 733/1132/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40861977> (дата звернення: 05.02.2020).
10. Рішення Апеляційного суду Миколаївської області від 30.01.2014, справа № 490/6456/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37120916> (дата звернення: 05.02.2020)
11. Рішення Апеляційного суду Донецької області від 15.01.2013, справа № 22-ц/775/544/2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29073186> (дата звернення: 05.02.2020).

Judicial precedent as a source of the Ukrainian judicial administrative procedural law

Судовий прецедент як джерело судового адміністративного процесуального права України

Andrii Krusian

Key words:

sources of the judicial administrative procedural law, judicial precedents, interpreting precedent, case law of the European Court of Human Rights, pattern decisions, legal positions.

Ключові слова:

джерела судового адміністративного процесуального права, судові прецеденти, прецедент-тлумачення, прецедентна практика Європейського суду з прав людини, зразкові рішення, юридичні позиції.

У сучасних умовах інноваційних тенденцій розвитку адміністративного процесуального права та науки, на основі теорії «широкого» розуміння адміністративного процесуального права, виходячи з конституційно закріпленої ролі адміністративних судів щодо «захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин» (ч. 5 ст. 125. Конституції України), враховуючи значущість адміністративної юстиції в системі українського конституціоналізму як важливого інструментального засобу забезпечення конституційно-правової свободи людини обґрунтованим є виокремлення в якості самостійної підгалузі адміністративного процесуального права судового адміністративного процесуального права України¹. До основних характеристик (особливостей) цієї підгалузі права, крім предмету, методів, принципів, слід віднести й систему джерел. При цьому все більшого значення набувають такі «нетрадиційні» для вітчизняної правової системи джерела права як судові прецеденти. Звідси особливої уваги потребує дослідження саме цих джерел судового адміністративного процесуального права, що і є метою цієї статті. Крім того, актуальність дослідження цієї теми обумовлена і ступенем її нерозкритості.

Так, у сучасній науці адміністративного права та процесу наявна достатня кількість наукових досліджень різних аспектів джерел права, висвітлених на сторінках праць таких учених: В.Б. Авер'янова, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, Л.Р. Білої-Тиунової, І.П. Голосніченко, А.В. Журавльова, Н.Ю. Задираки, Л.В. Коваль, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюк, О.В. Констанція, Р.С. Мельника, В.В. Решота та інших. Втім бракує наукових розробок, присвячених характеристиці судових прецедентів як джерел права України. Зокрема, дослідженню судового прецеденту в адміністративному судочинстві присвячена дисертаційна робота А.В. Журавльова², аналізують місце процесуальної практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві І. Корецький, С. Братель³, Т. Коломієць, П. Лютіков⁴. Водночас відсутні монографічні дослідження судового прецеденту як джерела судового адміністративного процесуального права України. Ймовірно, це пов'язано із тим, що традиційно судовий прецедент визнається первинним джерелом права для англо-саксонського права і вторинним для країн романо-германської правової сім'ї, до якої належить і правова система України.

Проте в сучасних умовах глобальних інтеграційних процесів правові системи країн романо-германського й англосаксонського типів починають зближатися та, втрачаючи межі своїх відмінностей, «проникають» одна в іншу. Насамперед йдеться про судовий прецедент. На думку українських вчених стосовно

¹ Щодо авторської концепції формування судового адміністративного процесуального права. Крусян А.В. Судове адміністративне процесуальне право: до постановки питання про поняття та джерела: Прикарпатський юридичний вісник : збірник наукових праць. Івано-Франківськ, 2018. Вип. 2(23). Т. 2. С. 29–35.

² Журавльов А.В. Судові прецеденти в адміністративному судочинстві України. Дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Запоріжжя : Запорізький нац.ун-т, 2017. 214 с.

³ Корецький І., Братель С. Місце процесуальної практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 4. С. 114–119.

⁴ Коломоєць Т., Лютіков П. Практика ЄСПЛ та адміністративне судочинство. Юридична газета. 2017. URL: <https://www.presidentreader.com>.

судового прецеденту, «кращого засобу чи інструменту правового регулювання правовідносин у суспільстві і державі людство ще не віднайшло; Ratio Decidendi – основоположна європейська цінність, правова традиція та стандарт ефективного захисту прав людини»⁵. Практичне запровадження цього регулятивного інструменту є важливим для України у контексті її прагнення до європейського співтовариства, що обумовлює необхідність адаптації українського права до європейських правових стандартів.

В юридичній літературі слушно зазначається: «У новій редакції ст. 129 Конституції зазначено, що «суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним і керується верховенством права». Це усуває будь-які обмеження щодо застосування інших джерел права»⁶. Підтвердженням цієї тези, яку можна вважати методологічним чинником для створення сучасної теорії джерел права, є юридична позиція Конституційного Суду України щодо принципу верховенства права: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства»⁷. Враховуючи, що судові прецеденти належать до «соціальних регуляторів», можна зробити висновок, що вони є одним із джерел права. Крім того, науковці доходять висновку, що судовий прецедент є важливим елементом правової системи України, а вивчення й аналіз прецедентної бази – невід'ємною частиною повсякденної роботи судових юристів»⁸.

Судовий прецедент традиційно розглядається як рішення суду у конкретній справі, яке містить юридичну норму і є обов'язковим при розв'язанні всіх наступних аналогічних справ. Втім слід погодитися з науково обґрунтованим висновком, що «поняття судового прецеденту, його функцій у правовій системі тієї або іншої держави не повинні і не можуть носити універсального характеру»⁹. Так, на формування судового прецеденту як джерела права в Україні впливають зокрема такі чинники як історично сформована національна правова система та особливості її розвитку в сучасних умовах конституційно-правового реформування, система судоустрою та тенденції її удосконалення з урахуванням міжнародно-правових стандартів та євроінтеграційних прагнень України.

Судовий прецедент як джерело судового адміністративного процесуального права України має особливу сутність, яка визначає зміст його характерних ознак. За своєю сутністю це процесуальний, а точніше – судовий адміністративно-процесуальний прецедент, створений на основі писаного права, основними ознаками якого є волевиявлення правозастосовного органу; він містить норму або принцип процесуального права; має формальну визначеність; застосовується при розгляді аналогічних справ; має казуїстичний характер; спрямований на ефективізацію розгляду судами конкретних справ, усунення недоліків (двозначностей, колізій та інших дефектів у чинному судовому адміністративно-процесуальному законодавстві); має обов'язковий характер.

Проявом упровадження такого інноваційного джерела судового адміністративного процесуального права України як судовий прецедент є введення інституту типових, зразкових справ (п.п. 21, 22 ст. 4, § 3 гл. 11 розділу II КАСУ). Так, слушною, обґрунтованою та такою, яку підтримує більшість науковців, є теза: «Сам факт визнання за Верховним Судом права на створення судового прецеденту є кроком вперед на шляху розвитку України як соціальної, правової держави насамперед тому, що відбувається зміна сприйняття права і судової практики у суспільстві. Судові рішення у зразкових справах набувають ознак реального носія об'єктивної інформації та джерела права»¹⁰.

Інститут типових і зразкових справ не позбавлений недоліків, адже є чимало запитань, відповіді на які наразі не є однозначними. Так, одним із найбільш актуальних питань є наявність необхідних змістовних і кількісних критеріїв щодо визначення типовості справи. Як неодноразово підкреслювали фахівці, законодавством не встановлено мінімальної кількості адміністративних справ для визначення їх типови-

⁵ Ratio Decidendi, або Актуальність запровадження судового прецеденту. Інтерв'ю головного редактора юридичного журналу «Право України» доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України Олександра Святоцького редакції газети «Голос України». Голос України. 29 жовтня 2019 р. URL: <http://www.golos.com.ua/article/323313>.

⁶ Reshota V. Precedent as a source of administrative law in Ukraine. Судовий прецедент як джерело адміністративного права в Україні. Visegrad Journal on Human Rights. 2018. № 3 (volume 2). с. 140.

⁷ Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

⁸ Журавльов А.В. Судові прецеденти в адміністративному судочинстві України. Автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Запоріжжя : Запорізький нац. ун-т, 2017. С. 8–9.

⁹ Ніколенко Л.М. Щодо визначення судового прецеденту в Україні. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 27(2). с. 14.

¹⁰ Подорожна Т. Зразкові та типові справи як новий механізм адміністративного судочинства. Судово-юридична газета. 28 серпня 2018 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/124220>.

ми, що спричиняє певну невизначеність в ухваленні відповідних рішень¹¹. В огляді практики Верховного Суду щодо інституту зразкової справи за 2019 рік наведені та проаналізовані підстави для відмови у відкритті провадження у зразковій справі¹². Так, визначено три основні підстави для винесення ухвали про відмову у відкритті такого провадження: наймасовіша категорія справ, які не можна кваліфікувати як зразкові, пов'язана зі спорами щодо направлення судом першої інстанції справи, подібної до тих, у яких вже є сформовані позиції Верховного Суду та попередніх судів касаційної інстанції; недостатня кількість типових справ, що є необхідною та достатньою для розгляду адміністративної справи по суті як зразкової; відсутність критеріїв (ознак) типовості справи, а саме спору щодо правильності застосування норми матеріального права немає; у випадку постановлення судом рішення по суті позовних вимог буде вирішено спір між позивачем і відповідачем у конкретній справі¹³. Огляд практики Верховного Суду дає підстави зробити висновок, що достатньою кількістю для розгляду адміністративної справи по суті як зразкової є наявність більше 12 типових справ, адже «невеликою кількістю типових справ ..., що не створює доцільність їх розгляду Верховним Судом як зразкових», Верховний Суд визначає 3–12 справ¹⁴.

Джерелом судового адміністративного процесуального права є прецедентна практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року¹⁵ суди застосовують при розгляді справ Конвенцію (Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 і протоколів до неї) та практику суду як джерела права. Таким чином в Україні офіційно, на законодавчому рівні прецедентна практика ЄСПЛ визнана джерелом права. Крім того, застосування практики ЄСПЛ прямо передбачено в КАСУ. Так, відповідно до ч.ч. 1 і 2 ст. 6 цього Кодексу суд під час вирішення справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями й визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини.

В юридичній літературі одностайно підтримується думка щодо значущості практики ЄСПЛ щодо удосконалення адміністративного судочинства у контексті наближення до європейських стандартів¹⁶. Зокрема, слушно визначається, що «застосування практики Європейського суду сприяє утвердженню національного судочинства як такої системи правосуддя, яка відповідає міжнародним стандартам щодо захисту прав і свобод людини, зміцнює довіру громадян до судів»¹⁷. Вибірковий аналіз практики адміністративних судів дає підстави зробити висновок, що практика ЄСПЛ стає важливим джерелом адміністративного процесуального права. Так, за останні п'ять років переважна більшість рішень адміністративних судів у мотивувальній частині містить посилання на практику ЄСПЛ. Таким чином судовий прецедент поступово інтегрується в національну правову систему, зокрема набуває всіх концептуальних ознак джерела судового адміністративного процесуального права України.

Самостійним різновидом судового прецеденту є прецедент-тлумачення, який є результатом тлумачення конституційних норм і чинного законодавства, наданого органом конституційної юстиції та судовими інстанціями. У цьому контексті важливе значення мають рішення Конституційного Суду України щодо тлумачення норм Конституції України. Прецедентами-тлумаченнями є і юридичні позиції Конституційного Суду України, які становлять зразок інтерпретації відповідних положень законодавства, обов'язкових при вирішенні всіх аналогічних справ. Таким прикладом є рішення Конституційного Суду України від 9 вересня 2010 року, в якому викладена юридична позиція, що визначає принцип офіційності адміністративного судочинства: «В адміністративному судочинстві, на відміну від цивільного судочинства, діє принцип офіційності, який полягає в активній позиції суду щодо з'ясування усіх обставин у справі (ч.ч. 4, 5 ст. 11, ч. 2 ст. 69, ч. 5 ст. 71 КАС України)»¹⁸.

¹¹ Зразкові справи як новий механізм адміністративного судочинства. Українське право. 15 липня 2017 р. URL: <http://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/legal>.

¹² Огляд практики Верховного Суду. Інститут зразкової справи. Київ, 2019. Вип. 1. 18 с.

¹³ Там само, с. 15–17.

¹⁴ Там само, с. 15.

¹⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

¹⁶ Коломоєць Т., Лютиков П. Практика ЄСПЛ та адміністративне судочинство. Юридична газета. 2017. URL: <https://www.presidentreader.com/>.

¹⁷ Корецький І., Братель С. Місце процесуальної практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 4. с. 119. URL: pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/4/24.pdf.

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України від 9 вересня 2010 р. у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-10>.

Серед основних засад (принципів) адміністративного судочинства у п. 1 ч. 3 ст. 2 КАСУ першим проголошено принцип верховенства права. Тому юридична позиція Конституційного Суду України щодо формулювання цього принципу¹⁹ має не тільки теоретичне, але й практичне та інструментально-методологічне значення для забезпечення ефективного, справедливого адміністративного судочинства. До прецеденту-тлумачення як джерела судового адміністративного процесуального права слід віднести і юридичну позицію Конституційного Суду України щодо подальшого розкриття змісту принципу верховенства права: «Відповідно до принципу верховенства права держава має запровадити таку процедуру апеляційного перегляду справ, яка забезпечувала б ефективність права на судовий захист на цій стадії судового провадження, зокрема давала б можливість відновлювати порушені права і свободи та максимально запобігати негативним індивідуальним наслідкам можливої судової помилки»²⁰.

Прецеденти-тлумачення створює і Верховний Суд. Так, Верховний Суд, виходячи з обставин та змісту конкретної справи, надає зразок тлумачення нормативного припису, який згідно з принципом *stare decisis* («стояти на вирішеному», що означає триматися і не порушувати вже установленого) зобов'язує суддів дотримуватися його при вирішенні аналогічних справ. При цьому обґрунтованим є виокремлення двох видів цього судового прецеденту: «вертикального» судового прецеденту-тлумачення, створеного судом найвищої інстанції (діє принцип підкореності); «горизонтального» судового прецеденту-тлумачення, створеного судами однієї інстанції (переважно діє принцип переконливості). На думку судді Великої Палати Верховного Суду, для вітчизняної юридичної науки та практики актуальним стає не так обґрунтування наявності «вертикального» судового прецеденту-тлумачення, як обґрунтування «горизонтального» прецеденту-тлумачення судів апеляційної інстанції. Йдеться про те, що апеляційні суди мають «поважати», враховувати як орієнтири попередні рішення судів цього ж рівня²¹.

Правові позиції, які можна розглядати як прецеденти-тлумачення, дотримуватися яких важливо адміністративними судами нижчих інстанцій у разі розгляду аналогічних справ, створюються Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду. Наприклад, в огляді судової практики Касаційного адміністративного суду (вирішення спорів, пов'язаних із пільгами, гарантіями та компенсаціями військовослужбовцям, військовозобов'язаним або резервістам) містяться окремі правові позиції щодо пільг, гарантій і компенсацій військовослужбовцям²².

Отже, до джерел судового адміністративного процесуального права України слід віднести судові прецеденти: рішення Конституційного Суду України (щодо тлумачення Конституції України та рішення, які містять юридичні позиції); зразкові рішення Верховного Суду та інші рішення і постанови судів вищих інстанцій, що мають прецедентний характер; прецедентні рішення ЄСПЛ. Запровадження судових прецедентів в адміністративному судочинстві сприятиме удосконаленню здійснення правосуддя в адміністративних справах та ефективізації захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Анотація

У статті проаналізовано таке «нетрадиційне» для української правової системи джерело судового адміністративного процесуального права як судовий прецедент. Обґрунтовано висновок, що поряд із нормативно-правовими актами до джерел судового адміністративного процесуального права України слід віднести судові прецеденти, а саме рішення Конституційного Суду України (щодо тлумачення Конституції України та рішення, які містять юридичні позиції); зразкові рішення Верховного Суду та інші рішення і постанови судів вищих інстанцій, що мають прецедентний характер; прецедентні рішення Європейського суду з прав людини. Надана характеристика судовим прецедентам як праксеологічним джерелам судового адміністративного процесуального права України.

¹⁹ Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

²⁰ Рішення Конституційного Суду України від 23.11.2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої ст. 294, ст. 326 Кодексу України про адміністративні правопорушення. URL: http://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2018.pdf.

²¹ Суддя ВС висловився щодо судового прецеденту у системі права України. Українське право. 04.03.2019. URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine>.

²² Огляд судової практики Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (вирішення спорів, пов'язаних із пільгами, гарантіями та компенсаціями військовослужбовцям, військовозобов'язаним або резервістам). Київ, 2019. С. 45–52.

Summary

The article analyses such “nonstandard” for the Ukrainian legal system source of the judicial administrative procedural law as a judicial precedent. The author validated his conclusion that precedents, namely: decisions of the Ukrainian Constitutional Court (in particular those related to interpretation of the Ukrainian Constitution and decisions that include legal positions); pattern decisions of the Supreme Court, and other decisions and rulings of precedent nature adopted by courts of highest resort; precedent-setting decisions of the European Court of Human Rights should be referred to sources of the Ukrainian judicial administrative procedure law along with other regulations. In the article, the precedents are characterized as the praxeological sources of the Ukrainian administrative procedural law.

Використана література:

1. Журавльов А.В. Судові прецеденти в адміністративному судочинстві України. Дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2017. 214 с.
2. Журавльов А.В. Судові прецеденти в адміністративному судочинстві України. Автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2017. 18 с.
3. Зразкові справи як новий механізм адміністративного судочинства. *Українське право*. 15 липня 2017 р. URL: <http://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/legal> (дата звернення: 19.01.2020).
4. Коломоєць Т., Лютіков П. Практика ЄСПЛ та адміністративне судочинство. *Юридична газета*. 2017. URL: <https://www.pressreader.com> (дата звернення: 20.01.2020).
5. Корецький І., Братель С. Місце процесуальної практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 114–119.
6. Крусян А.В. Судове адміністративне процесуальне право: до постановки питання про поняття та джерела. *Прикарпатський юридичний вісник : збірник наукових праць. Науково-практичне юридичне видання*. Івано-Франківськ, 2018. Випуск 2 (23). Т. 2. С. 29–35.
7. Ніколенко Л.М. Щодо визначення судового прецеденту в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право. 2014. Вип. 27(2). С. 11–15.
8. Огляд практики Верховного Суду. Інститут зразкової справи. Київ, 2019. Вип. 1. 18 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zrazkovi_spravi.pdf (дата звернення: 20.01.2020).
9. Огляд судової практики Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (вирішення спорів, пов'язаних із пільгами, гарантіями та компенсаціями військовослужбовцям, військовозобов'язаним або резервістам). Київ, 2019. 52 с.
10. Подорожна Т. Зразкові та типові справи як новий механізм адміністративного судочинства. *Судово-юридична газета*. 28 серпня 2018 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/124220> (дата звернення: 22.01.2020).
11. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.
12. Ratio Decidendi або актуальність запровадження судового прецеденту. Інтерв'ю головного редактора юридичного журналу «Право України» доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України Олександра Святоцького редакції газети «Голос України». *Голос України*. 29 жовтня 2019 р. URL: <http://www.golos.com.ua/article/323313> (дата звернення: 23.01.2020).
13. Reshota V. Precedent as a source of administrative law in Ukraine. Судовий прецедент як джерело адміністративного права в Україні. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2018. № 3 (volume 2). С. 139–141.
14. Рішення Конституційного Суду України від 9 вересня 2010 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-10> (дата звернення: 24.01.2020).
15. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (дата звернення: 24.01.2020).
16. Рішення Конституційного Суду України від 23 листопада 2018 року у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 294, статті 326 Кодексу України про адміністративні правопорушення. URL: http://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2018.pdf (дата звернення: 25.01.2020).
17. Суддя Верховного Суду висловився щодо судового прецеденту у системі права України. *Українське право*. 04.03.2019. URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine> (дата звернення: 25.01.2020).

Andrii Krusian,

Judge of the Fifth Administrative Court of Appeal

Personal non-property rights of military personnel, which ensure their individualization

Особисті немайнові права військовослужбовців, що забезпечують їх індивідуалізацію

Maksym Levytskyi

Key words:

soldier, personal non-property rights, identity, name, alias, tattoos, religion.

Ключові слова:

військовослужбовець, особисті немайнові права, індивідуальність, ім'я, псевдонім, татуювання, віросповідання.

Постановка проблеми. Цінність будь-якої людини в її індивідуальності, що дозволяє її відрізнити по-між інших людей у суспільстві. Як слушно зазначає Р.О. Стефанчук: «У першу чергу це звичайно ознаки зовнішні, пов'язані із біологічною природою людини, зокрема стать, вік, зріст, вага, колір шкіри, зовнішні дані, наявність чи відсутність тих чи інших органів та (або) тканин тощо. Питання диференціації фізичних осіб обумовлено в першу чергу на біологічному рівні. Окрім біологічного рівня, потреба у диференціації виникає і на рівні психіко-психологічному, оскільки фізична особа як окремий біопсихосоціальний організм прагне до власної ідентифікації у суспільстві¹.

Індивідуалізація фізичної особи як суб'єкта цивільно-правових відносин може бути здійснена на підставі як соціальних (паспорта, електронного цифрового підпису, ідентифікаційного коду платника податків тощо), так і фізіологічних (біометричних персональних даних) засобів. Значення індивідуалізації фізичної особи для цивільного права полягає у тому, що вона дозволяє визнати за фізичною особою здатність бути суб'єктом цивільних правовідносин згідно ст. 2 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)².

Військовослужбовці як фізичні особи є суб'єктами цивільних правовідносин, тому володіють особистими немайновими правами, що забезпечують їх індивідуалізацію. Водночас спеціальний статус військовослужбовців, зумовлений проходженням військової служби, спричиняє особливості виявлення їх індивідуалізації та законодавчим закріпленням низки обмежень щодо здійснення цього права.

Стан дослідження. У радянській юридичній літературі особисті немайнові права, що забезпечують індивідуалізацію фізичної особи, розглядалися в працях М.М. Агаркова, С.М. Братуся, Я.Р. Веберса, О.О. Красавікова, М.С. Малєїна та інших вчених-юристів. Серед сучасних дослідників проблематики особистих немайнових прав слід назвати В.І. Бобрик, С.Б. Булеца, Р.О. Стефанчука, О.М. Калітенко, Л.В. Красицьку, О.О. Кулініч, Б.К. Левківського, В.П. Паліюк, О.О. Пунда, С.І. Шимон та інших. Водночас окремих досліджень, присвячених питанню встановлення особливостей особистих немайнових прав військовослужбовців, що забезпечують їх індивідуалізацію, не було.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 300 ЦК України «фізична особа має право на індивідуальність». При цьому індивідуальність пов'язана із національною, культурною, релігійною, мовною самобутністю (ч. 2 ст. 300 ЦК України).

Індивідуальність як особисте немайнове благо фізичної особи є сукупністю фізичних даних, психічних властивостей, характерних рис і досвіду кожної особистості, які відрізняють її від інших фізичних осіб³. Індивідуальність може виражатися у таких особливостях: а) зовнішньому вигляді фізичної особи; б) голосі

¹ Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. с. 410

² Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

³ Стефанчук Р.О. Там само. С. 442–443.

фізичної особи; в) манері поведінки; г) інтелектуальному, культурному та освітньому рівнях; д) інших ознаках, які вирізняють фізичну особу серед інших⁴.

Обмеження військовослужбовців у праві використовувати свою індивідуальність проявляється щодо їх зовнішнього вигляду та манери поведінки. **По-перше**, під час проходження військової служби військовослужбовці зобов'язані носити військову форму одягу та знаки розрізнення (ст. 7 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу»)⁵. Відповідно до ч. 3 ст. 7 цього Закону військовою формою одягу є комплект одноманітних за конструкцією та регламентованих за зовнішнім виглядом предметів одягу, взуття та окремих видів спорядження, встановлений для військовослужбовців Збройних Сил України та інших військових формувань.

Порядок носіння форми одягу закріплено у Правилах носіння військової форми одягу, знаків розрізнення військовослужбовцями Збройних Сил України та ліцеїстами військових ліцеїв⁶. Відповідно до цих правил види військової форми одягу залежать від місця та часу проходження військової служби. Вона буває парадна (парадно-вихідна), повсякденна, польова (службова, морська), спеціальна (робоча), спортивна (п. 3). Водночас військовослужбовцям надається право носіння цивільного одягу, що залежить від місця та часу їх перебування. Так, якщо військовослужбовець проходить військову службу за контрактом, то йому «дозволяється носити цивільний одяг у позаслужбовий час, а за окремою вказівкою – у службовий час» (п. 17 Правил). Військовослужбовцям строкової служби дозволяється носити цивільний одяг під час перебування у відпустці. Ліцеїсти мають таке право у позаслужбовий час за межами військової частини (п. 18 Правил).

По-друге, для військовослужбовців, які перебувають у військовій формі одягу, встановлено заборони щодо: а) «використання навушників від електронних пристроїв під час пересування пішки, якщо це не є службовою необхідністю»; б) «носіння в карманах предметів, які виступають назовні чи переповнюють їх»; в) носіння рюкзаків на плечах, що своїми шлейками закривають погони» (п. 21 Правил).

По-третє, встановлено вимоги щодо зачіски, вусів, бороди військовослужбовців. Так, «зачіска військовослужбовця, а також вуса, борода, якщо вони є, то мають відповідати вимогам гігієни і не заважати використанню засобів індивідуального захисту та носінню спорядження» (п. 242 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України)⁷. Згідно цього Статуту «носіння бороди дозволяється тільки офіцерам і прапорщикам (мічманам) за наявності медичних показань» (п. 242).

Щодо правил носіння бороди військовослужбовцями, то 20 листопада 2017 року було внесено зміни. Так, під час бойових і навчально-бойових завдань усім категоріям військовослужбовців дозволяється носіння бороди та вусів. Єдиною умовою для цього є те, що вони мають відповідати вимогам гігієни і не заважати використанню засобів індивідуального захисту та носінню спорядження (Розділ II «Форма одягу військовослужбовців Збройних Сил України»). Відповідно за інших обставин виконання військового обов'язку право на носіння бороди військовослужбовець може реалізувати лише за умов, передбачених у п. 242 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України.

Найбільш актуальним є питання щодо можливості військовослужбовцям мати **татуювання**. У законодавчих актах відсутнє будь-яке обмеження для військовослужбовців у такому праві. Водночас до 11.01.2000 року діяла законодавча вимога до осіб, яких приймали на службу до Національної гвардії: «Вони повинні не мати татуювання на відкритих ділянках тіла» (п. 2 Положення про порядок комплектування, військового, матеріально-технічного і фінансового забезпечення Національної гвардії України від 04.11.1991 року, яке втратило чинність у зв'язку із розформуванням Національної гвардії). У новому Законі України «Про Національну гвардію України» відсутня норма щодо заборони татуювань у військовослужбовців Національної гвардії.

Слід зазначити, що військовим татуюванням завжди надавалося певне значення. Це символ відваги, мужності, здатності в будь-який час до захисту Вітчизни, а також знак приналежності до певного військо-

⁴ Стефанчук Р.О. Там само. С. 442–443.

⁵ Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII (Редакція від 23.06.2018). Відомості Верховної Ради України. 1992. № 27. Ст. 385. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12>.

⁶ Правила носіння військової форми одягу та знаків розрізнення військовослужбовцями Збройних Сил України та ліцеїстами військових ліцеїв, затв. Наказом Міністерства оборони України від 20.11.2017 р. № 606. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1502-17>.

⁷ Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : затв. Законом України від 24.03.1999 № 548-XIV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/548-14>.

вого формування або соціального статусу серед військовослужбовців. Крім того, носії татуювань вірять у те, що таке зображення може врятувати їм життя. Це своєрідний оберіг під час проходження військової служби. З початком військових дій на Сході України (Донбас, Луганськ) кількість татуювань військовослужбовців значно збільшилося, як і їх тематика (тризуб, прапор України, портрети козаків, вовки тощо). При цьому військовослужбовці найчастіше прикрашають ними руки від кисті до ліктя для того, щоб їх усі бачили.

З одного боку наявність татуювань на відкритих ділянках тіла буде засвідчувати факт приналежності особи до українських військових формувань, можливість індивідуалізувати людину у разі її смерті. Водночас таке татуювання може йому зашкодити. По-перше, найбільш жорстоке поводження та знущання мають місце саме щодо військовослужбовців із патріотичним татуюванням⁸. По-друге, таким військовослужбовцям не може бути доручено виконання певних військових завдань, зокрема на ворожій території, оскільки таких осіб легко індивідуалізувати.

Слід зазначити, що в деяких країнах встановили певні обмеження щодо тематики, розміщення татуювань на окремих ділянках тіла та їх розміру. В США татуювання було дозволено в 2006 році у зв'язку із недобором до військ. За діючими правилами солдатам дозволено їх наносити на руки, ноги і спину. Водночас встановлено заборону наносити зображення на обличчя, голову, шию і горло. Зокрема, вони не повинні містити образливу інформацію для інших військовослужбовців. У військово-морських і військово-повітряних силах США діють обмеження щодо розміру татуювання.

З 2013 року було заборонено татуювання, які зображено нижче колін і ліктя, а також на шії. При цьому такі зміни стосувалися лише новобранців, а для осіб, які вже проходять службу, татуювання дозволено залишити. Однак на військовослужбовців було покладено обов'язок доповідати командирі про всі зображення на тілі, які вони мають. Якщо татуювання буде мати расистський, сексистський (гендерну дискримінацію) або екстремістський характер, то військовослужбовці зобов'язані їх звести за свій рахунок. Така вимога до тематики зображення пояснюється тим, що серед військовослужбовців США є особи різної статі, національності, релігійної приналежності, сексуальної орієнтації⁹. Крім того, військовослужбовці США проходять службу у різних кутках світу, де своїм татуюванням можуть образити інші народи з культурних, історичних або релігійних причин.

В Італії має місце заборона татуювань «непристойного», сексистського та расистського характеру, а також нанесених на шкіру написів і малюнків, які поширюють неофашистські ідеї, ображають почуття віруючих і завдають шкоди престижу держави та її збройних сил. Такі татуювання на відкритих частинах тіла (руках, шії) оголошено поза законом. При цьому вказівки на обов'язковість їх зведення немає. Однак наявність таких татуювань стане перешкодою для військовослужбовця у просуванні по службі. Військовослужбовці зобов'язані надати заяву про відсутність або наявність у них татуювань. Визначення характеру татуювань покладається на командира¹⁰.

У 2016 році в Казахстані було запроваджено вимогу до військовослужбовців – відсутність татуювань на тілі. При цьому наявні татуювання, що покривають до 70% поверхні шкіри, малюнки на обличчі, малюнки і висловлювання специфічного змісту (нецензурні, непристойні, екстремістські, сексуальні, расистські). Володільці таких татуювань будуть направлені на облік до психо-неврологічного диспансеру та не зможуть одержати або обміняти водійське посвідчення, працевлаштуватися на державну службу тощо¹¹. Тому татуювання в Казахстані не можна розглядати як простий спосіб ухилення від військової служби.

Право на індивідуальність може виявлятися також через право на свободу світогляду і віросповідання, яке для військовослужбовців одержало правове закріплення у Законі України «Про соціальний

⁸ Терористи, катуючи українця, намагалися зрізати тату з написом «Слава Україні!». Преса України (08 травня 2014). <http://uapress.info/uk/news/show/24124>; На моїх очах людині відрубали руку за тату з тризубом – колишня заручниця угруповання «ЛНР». URL: <http://www.svitiv.com.ua/na-moih-ochah-ljudini-vidrubali-ruku-za-tatu-z-trizubom-kolishnja-zaruchnicja-ugrupovannja-lnr/>.

⁹ Армия США ужесточит правила нанесения татуировок. Корреспондент.net. (24 сентября 2013). URL: <https://korrespondent.net/world/1607156-armiya-ssha-uzhestochit-pravila-nosheniya-tatuirovok>.

¹⁰ Командование Вооруженных Сил Италии начало наступление на «неуставные» украшения, которыми увлекаются многие военнослужащие. Телеграф: новости Украины и мира. URL: <https://telegraf.com.ua/mir/europa/80782-italyanskaya-armiya-obyavlyayet-zapret-na-neprilichnyie-tatuirovki.html>.

¹¹ Татуировка может закрыть дорогу в казахстанскую армию. URL: <http://mk-kz.kz/articles/2016/03/17/tatuirovka-mozhet-zakryt-dorogu-v-kazakhstanskuyu-armiyu.html>.

і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей»¹². Воно включає право: а) сповідувати або не сповідувати будь-яку релігію; б) брати участь у богослужіннях і релігійних обрядах; в) на придбання, володіння і використання релігійної літератури будь-якою мовою, а також інших предметів і матеріалів релігійного призначення (ст. 6).

Водночас щодо реалізації такого права встановлено низку обмежень для військовослужбовців: а) мають право брати участь у богослужіннях і релігійних обрядах лише у вільний від виконання обов'язків військової служби час; б) не мають права відмовлятися або ухилятися від виконання обов'язків військової служби з мотивів релігійних переконань; в) не мають права використовувати службові повноваження для релігійної чи атеїстичної пропаганди; г) забороняється створення релігійних організацій в органах військового управління, військових з'єднаннях і частинах (ст. 6 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей»).

Право на індивідуальність пов'язано з іншим особистим немайновим правом – правом на ім'я. З моменту реєстрації народження фізичної особи та її походження така особа набуває цивільні права та обов'язки і можливість їх здійснювати під своїм іменем (ч. 1 ст. 28 ЦК України). Саме з моменту реєстрації такого акту цивільного стану фізичній особі присвоюється прізвище, власне ім'я та по батькові (Розділ III Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні). Складниками права на ім'я є такі правомочності її володільця: 1) право володіти, користуватися і розпоряджатися своїм іменем; 2) право вимагати від інших осіб звертатися до особи відповідно до її імені; 3) право на псевдонім; 4) право вимагати зупинити незаконне використання свого імені, а також будь-які інші його порушення¹³.

Особливість змістовного наповнення права на ім'я військовослужбовця полягає у тому, що воно включає, крім прізвища, власного імені, по батькові, також вказівку на військове звання (ч. 1-2 ст. 5 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу»). При цьому у Положенні про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України¹⁴ вказуються строки вислуги та перебування у військовому званні, а також випадки їх зміни, наприклад із введенням військового стану (Розділ III).

Крім того до військових звань осіб офіцерського складу можуть додаватися слова «медичної служби» та «юстиції». Це залежить від таких обставин: а) військовослужбовець має юридичну або медичну освіту; б) займає відповідну штатну посаду у медичній та юридичній службі Збройних Сил України, інших військових формувань, спеціальних підрозділів по боротьбі з корупцією Військової служби правопорядку у Збройних Силах України (ч. 3 ст. 5 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу»).

Так, у питаннях військової служби військовослужбовці зобов'язані звертатися один до одного за військовим званням і прізвищем або тільки за званням, при цьому додаючи в останньому випадку перед званням слово «товаришу» (наприклад, «Рядовий Черняк», «Сержанте Мішин», «Лейтенанте Малишенко», «Товаришу лейтенанте») (ст.ст. 50–51 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України)¹⁵.

Військовослужбовці належать до тих фізичних осіб, які часто реалізують своє право на псевдонім і таким чином індивідуалізують себе з-поміж інших військовослужбовців. При цьому застосовують різні поняття «позивний», «кличка» («псевдо»). Такі поняття є тотожними, адже в кожного із них спільне призначення – «приховати, замаскувати» справжнє ім'я носія¹⁶. Термін «псевдо», або «кличка» є вигаданим іменем військовослужбовця, яке він застосовує для своєї індивідуалізації під час проходження військової служби. Кличка створюється військовослужбовцем самостійно залежно від якостей, прізвища.

Під час проходження військової служби найбільш поширене застосування одержало поняття «позивний» для позначення вузлів зв'язку, станцій взаємодії кораблів, літаків, підрозділів, командирів та ін-

¹² Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей : Закон України від 20 грудня 1991 року № 2011-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 15. Ст. 190. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2011-12>.

¹³ Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / Є.О. Харитонов, О.А. Підпригора, Ю.С. Червоний та ін.; [за ред. Є.О. Харитонova, О.М. Калітенко]. Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. с. 196.

¹⁴ Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України, затв. Указом Президента України від 10.12.2008 р. № 1153/2008 (Редакція від 05.05.2017). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1153/2008>.

¹⁵ Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : затв. Законом України від 24.03.1999 № 548-XIV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/548-14>.

¹⁶ Підкуймуха Л.М. Позовні учасників антитерористичної операції на Донбасі: спроба аналізу / Мова: класичне – модерне – постмодерне: збірник наукових праць. 2016. Вип. 2. С. 138; URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/11397/Pidkuimukha_Pozyvni_uchasnykiv.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

ших службовців у цілях приховування від супротивника їх дійсних найменувань при передачі інформації технічними засобами повідомлень¹⁷. Крім того, в окремих військових формуваннях затверджені Таблиці позивних посадових осіб.

Позивні військових у зоні АТО не лише «маскують» свого носія, а й увиразнюють фізичні, психічні, інтелектуальні якості людини, показують її світогляд, уподобання, звички, відображають її соціальний статус, свідчать про територіальне й етнічне походження. Внаслідок проведеного аналізу позивних серед військовослужбовців-учасників АТО було виділено їх групи залежно від способу їх утворення¹⁸.

Висновки. Військовослужбовці обмежені у праві використовувати власну індивідуальність щодо свого зовнішнього вигляду та манери поведінки: 1) зобов'язані носити військову форму одягу, знаки розрізнення; 2) заборонено використання навушників від електронних пристроїв, носіння в карманах окремих предметів і рюкзаків на плечах, що своїми шлейками закривають погони; 3) носіння бороди дозволяється лише у випадках, передбачених військовим законодавством. На сьогодні відсутня у законодавстві заборона щодо можливості військовослужбовців мати татування. Водночас в окремих випадках в інтересах військовослужбовця та несення військової служби доцільно його обмежити у такому праві.

Право на ім'я військовослужбовця включає, крім прізвища, власного імені, по батькові, також вказівку на військове звання. Військовослужбовці індивідуалізують себе з-поміж інших військовослужбовців через псевдонім, що показує його світогляд, уподобання, звички, соціальний статус, територіальне й етнічне походження.

Анотація

У статті визначено особливості особистих немайнових прав військовослужбовців, що забезпечують їх індивідуалізацію. Такі особливості пояснено спеціальним статусом військовослужбовців, який спричинений проходженням військової служби. З'ясовано засоби індивідуалізації військовослужбовців та випадки обмеження їх в окремих правах.

Summary

The article defines the peculiarities of personal non-property rights of military personnel, ensuring their individualization. Such features are explained by the special status of military personnel in Saint with the performance of military service. The means of individualization of military personnel and cases of restriction of their individual rights have been clarified.

Використана література:

1. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. с. 410.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Правила носіння військової форми одягу та знаків розрізнення військовослужбовцями Збройних Сил України та ліцеїстами військових ліцеїв, затв. Наказом Міністерства оборони України від 20.11.2017 р. № 606. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1502-17>.
4. Армійські татування – прикраси справжніх чоловіків. *Online Журнал-Світ порад*. URL: <http://poradumo.pp.ua/kra-sa-i-zdorovya/57706-armysk-tatuyuvannya-prikrasi-spravzhnh-cholovkv.html>.
5. Терористи катуючи українця, намагалися зрізати тату з написом «Слава Україні!». *Преса України* (08 травня 2014 року). URL: <http://uapress.info/uk/news/show/24124>.

¹⁷ Позивні спецназу: навіщо потрібні і які бувають. URL: <http://yrok.pp.ua/novini-ta-susplstvo/530-pozivn-specnazu-navscho-potrbn-yak-buvayut.html>.

¹⁸ Підкуймуха Л.М. Там само. С. 139–142.

6. На моїх очах людині відрубали руку за тату з тризубом – колишня заручниця угруповання «ЛНР». URL: <http://www.svitiv.com.ua/na-moih-ochah-ljudini-vidrubali-ruku-za-tatu-z-trizubom-kolishnja-zaruchnicja-ugrupovannja-lnr/>.
7. Армия США ужесточит правила нанесения татуировок. *Корреспондент.net* (24 сентября 2013 года). URL: <https://korrespondent.net/world/1607156-armiya-ssha-uzhestochit-pravila-nosheniya-tatuirovok>.
8. Командование Вооруженных Сил Италии начало наступление на «неуставные» украшения, которыми увлекаются многие военнослужащие. *Телеграф: новости Украины и мира*. URL: <https://telegraf.com.ua/mir/europa/80782-italyanska-ya-armiya-obyavlyaet-zapret-na-neprilichnyie-tatuirovki.html>.
9. Татуировка может закрыть дорогу в казахстанскую армию. URL: <http://mk-kz.kz/articles/2016/03/17/tatuirovka-mozhet-zakryt-dorogu-v-kazakhstanskuyu-armiyu.html>.
10. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20 грудня 1991 року № 2011-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 15. Ст. 190. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2011-12>.
11. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / Є.О. Харитонов, О.А. Підпригора, Ю.С. Червоний та ін.; [за ред. Є.О. Харитонova, О.М. Калітенко]. Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. с. 196.
12. Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII (Редакція від 23.06.2018). *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. Ст. 385. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12>.
13. Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України : затв. Указом Президента України від 10.12.2008 р. № 1153/2008 (Редакція від 05.05.2017). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1153/2008>.
14. Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : затв. Законом України від 24.03.1999 № 548-XIV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/548-14>.
15. Підкуймукха Л.М. Позовні учасників антитерористичної операції на Донбасі: спроба аналізу / Мова: класичне – модерне – постмодерне : збірник наукових праць. 2016. Вип. 2. с. 138. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/11397/Pidkuimukha_Pozyvni_uchasnykiv.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
16. Позивні спецназу: навіщо потрібні і які бувають. URL: <http://yrok.pp.ua/novini-ta-susplstvo/530-pozivn-specna-zu-navscho-potrnb-yak-buvayut.html>.

General aspects of public participation in law enforcement activities in Ukraine

Загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні

Diana Levchenko

Key words:

public, authorities, principles, police, law enforcement activities, public administration.

Ключові слова:

громадськість, органи влади, принципи, поліція, правоохоронна діяльність, публічне адміністрування.

Постановка проблеми. Громадськість є невід'ємним суб'єктом здійснення публічного адміністрування у будь-якій демократичній державі. Не виключенням є Україна, у якій лише формується конструктивна та цілісна співпраця громадськості та органів державної влади. Однією зі сфер для взаємодії громадськості та влади є правоохоронна, оскільки громадськість спроможна реально впливати на частоту вчинення правопорушень, а також підвищувати рівень забезпечення прав, свобод та законних інтересів осіб і безпеки суспільства.

При цьому в механізмі участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні існують проблеми, які значно зменшують ефективність такої співпраці інституту громадянського суспільства та влади. Для ефективного правового регулювання правоохоронної діяльності необхідно комплексно забезпечити механізм участі громадськості, тому загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні є актуальним і своєчасним науковим викликом.

Аналіз останніх публікацій. Взаємодію між громадськістю та публічною адміністрацією у своїх працях досліджували Н. Берлач, А. Буханевич, В. Галунько, О. Джафарова, К. Дубич, О. Іващенко, Н. Калинець, Л. Кисіль, О. Костюшко, С. Коханчук, В. Курило, Я. Лазур, М. Лошицький, О. Онуфрієнко, С. Параниця, А. Половченя, А. Приймак, Є. Соболев, С. Тимофєєв, І. Тищенко, Ю. Ткаченко, О. Тронько, В. Цимбалюк та інші. Однак після революційних подій українське суспільство ще активніше почало вимагати від держави удосконалення механізму участі громадськості в публічному адмініструванні, тому загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності держави є надзвичайно актуальною проблематикою.

Мета статті полягає у тому, щоб на основі положень чинного національного та міжнародного законодавства, позицій учених-юристів і аналізу діяльності громадськості та практики функціонування суб'єктів публічної адміністрації визначити загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні.

Виклад основного матеріалу. Громадяни України відповідно до Конституції України мають право створювати в установленому законодавством порядку громадські об'єднання для участі в охороні громадського порядку і державного кордону, сприяння органам місцевого самоврядування, правоохоронним органам, Державній прикордонній службі України та органам виконавчої влади, а також посадовим особам у запобіганні та припиненні адміністративних правопорушень і злочинів, захисті життя та здоров'я громадян, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, а також у рятуванні людей і майна під час стихійного лиха та інших надзвичайних обставин¹.

Партнерство у відносинах між правоохоронними органами та громадськістю в Україні закріплено як в основних нормативно-правових актах національного, так і міжнародного рівня. Так, відповідно до Закону України «Про Національну поліцію» від 2 червня 2015 року № 580-VIII діяльність поліції здійснюється в тісній співпраці та взаємодії із населенням, територіальними громадами та громадськими об'єднаннями на

¹ Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22.06.2000 № 1835-III. Офіційний вісник України. 2000. № 30. Ст. 1248.

засадах партнерства і спрямовується на задоволення їхніх потреб². Але що спонукає громадян до участі в такій небезпечній, правоохоронній діяльності? Венді Шреурс та Хосе Керстольт виділяють чотири широкі категорії поведінки участі громадськості в правоохоронній діяльності: соціальний контроль (наприклад, виправлення інших щодо їх поведінки); активна участь (наприклад, виклик поліції); спільна участь (наприклад, зустріч із поліцейським); виявлення (наприклад, приєднання до районного спостереження)³.

Автор підтримує цю позицію, вважаючи, що в Україні громадськість бере участь у правоохоронній діяльності шляхом: 1) громадського контролю, який має соціально-наглядний характер, оскільки виявляє інтереси суспільства та рівень його довіри до правоохоронних органів; 2) взаємних партнерських дій громадськості та правоохоронних органів, тобто спільної діяльності громадськості та влади; 3) безпосередньої активної діяльності громадськості як самостійного суб'єкта здійснення публічного адміністрування.

Варто розкрити кожну з окремих загальних форм участі. Щодо поняття громадського контролю позиція української наукової спільноти є досить розширеною. Найбільш підходящою для цього дослідження є поняття, сформоване С. Денисюком, про те, що громадський контроль можна визначити як систему відносин громадянського суспільства з державою, яка базується на підзвітності органів державної виконавчої влади (правоохоронних органів) органам державної законодавчої влади (парламентський контроль) і недержавним структурам (громадськість)⁴.

Громадський контроль здійснюється через певний механізм. О. Терещуком дуже вдало розкрито структуру механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю. Першим елементом механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю є нормативна основа такого регулювання, тобто створювані державою норми адміністративного законодавства, на основі яких здійснюється упорядкування відносин між суб'єктами громадського контролю та представниками правоохоронних органів. Наступним елементом механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю є права та обов'язки суб'єкта громадського контролю та об'єкта такого контролю – службової чи посадової особи правоохоронного органу.

Незважаючи на підконтрольний статус органу правоохоронної діяльності, він наділений владними повноваженнями, що обумовлює нерівноправність учасників таких відносин. Крім того, таке становище можна пояснити і тим, що у суб'єктів громадського контролю відсутні реальні засоби впливу на представників такої особливої управлінської діяльності. Ще одним елементом механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю є реалізація норм права, а також суб'єктивних прав та обов'язків. Перелік можливих форм реалізації норм права, що стосується здійснення громадського контролю за правоохоронною діяльністю, є чималим, однак варто пам'ятати, що цей список можливостей є невичерпним, а тому може бути доповнений іншими правовими можливостями, що відповідатиме сучасному стану правового регулювання громадського контролю за діяльністю органів правопорядку⁵.

Громадський контроль є досить ефективним способом участі громадськості в публічному адмініструванні, адже має соціально-наглядний характер, поєднуючи процес висвітлення інтересів суспільства (в тому числі рівень довіри до влади) та нагляд за діяльністю органів влади. У сфері діяльності правоохоронних органів межі громадського контролю визначаються здебільшого нормами спеціального законодавства по відношенню до кожного з правоохоронних органів, враховуючи при цьому загальні основи участі громадськості в діяльності органів влади.

Щодо взаємних партнерських дій громадськості та правоохоронних органів необхідно вказати, що відповідно до Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 року № 1835-III форми участі громадськості у правоохоронній діяльності більш ширше можна визначити через завдання громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, якими є: 1) у сфері охорони громадського порядку: надання допомоги органам Національної поліції у забезпеченні громадського порядку і громадської безпеки, запобігання адміністративним проступкам і злочинам; інформування органів Національної поліції про вчинені або ті, що готуються, злочини, місця концентрації

² Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 40–41. Ст. 379.

³ Wendy Schreurs, José H. Kerstholt, Peter W. de Vries, Ellen Giebels. Citizen participation in the police domain: The role of citizens' attitude and morality. *Journal of Community Psychology*. Volume 46, Issue 6. 2018. URL: <https://doi.org/10.1002/jcop.21972>.

⁴ Денисюк С.Ф. Громадський контроль за діяльністю правоохоронних органів: організаційно-правові засади. *Право і Безпека*. 2009. № 3. С. 39–42.

⁵ Терещук О.Д. Сутність механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю. *Науковий вісник Академії муніципального управління*. Серія: Право. 2015. Вип. 2. С. 214–220.

злочинних угруповань; сприяння органам Національної поліції у виявленні і розкритті злочинів, розшуку осіб, які їх вчинили, захисті інтересів держави, підприємств, установ, організацій, громадян від злочинних посягань; участь у забезпеченні безпеки дорожнього руху та боротьбі з дитячою бездоглядністю і правопорушеннями неповнолітніх; 2) у сфері охорони державного кордону: надання допомоги підрозділам Державної прикордонної служби України у виявленні та затриманні осіб, які порушили або намагаються порушити державний кордон чи провадять іншу протиправну діяльність на кордоні; сприяння військовослужбовцям Державної прикордонної служби України в охороні державного кордону, виключної (морської) економічної зони України, а також здійснення контролю за дотриманням режиму державного кордону, прикордонного режиму і режиму в пунктах пропуску через державний кордон, проведення разом із ними пропуску громадян до місць відпочинку і роботи; надання допомоги підрозділам Державної прикордонної служби України у виявленні умов та причин, які можуть призвести до злочинної діяльності на кордоні, і вжиття заходів до їх усунення; участь у спостереженні за місцями роботи і відпочинку поблизу кордону та за прикордонними інженерними спорудами; участь у заходах Державної прикордонної служби України з профілактики порушень або спроб порушення державного кордону і режиму в пунктах пропуску через державний кордон, незаконного переміщення через державний кордон вантажів, предметів, матеріалів та іншого майна; 3) у разі виникнення надзвичайних ситуацій: надання невідкладної допомоги особам, які потерпіли від нещасних випадків чи правопорушень; участь у рятуванні людей і майна, підтриманні громадського порядку у разі стихійного лиха та інших надзвичайних обставин⁶.

Також варто вказати, що громадськість найбільше взаємодіє з органами поліції, адже вони здійснюють найбільше правозахисних і правоохоронних заходів. При цьому поліція взаємодіє з громадськістю шляхом підготовки та виконання спільних проєктів, програм і заходів для задоволення потреб населення та покращення ефективності виконання поліцією покладених на неї завдань. Співпраця між поліцією та громадськістю спрямована на виявлення та усунення проблем, пов'язаних із здійсненням поліцейської діяльності, і сприяння застосуванню сучасних методів для підвищення результативності та ефективності її здійснення⁷.

Необхідно вказати про висновки М. Коваліва, який наголосив, що науковці використовують різні критерії для класифікації видів і форм взаємодії правоохоронних органів і громадськості. Найбільш поширеними критеріями класифікації взаємодії органів внутрішніх справ і населення є часові характеристики (постійна і тимчасова), відношення до системи (внутрішня і зовнішня), положення суб'єктів взаємодії в ієрархії елементів системи (горизонтальна та вертикальна).

Однак, на думку вченого, трьох критеріїв недостатньо, щоб охарактеризувати усе різноманіття аспектів взаємодії органів внутрішніх справ і громадськості, навіть якщо мати на увазі найбільш поширене розуміння взаємодії, тобто вузьке за змістом. Тому доцільно до трьох зазначених критеріїв додати такі: 1) за характером підстав для взаємодії (за підставами виникнення): регламентовану – за вказівкою одного з керівників суб'єктів взаємодії та ініціативну; 2) за способом вирішення спільних завдань: самостійну (автономну) та сумісну; 3) за просторовими характеристиками – близько розташовану й віддалену; 4) за характером зв'язків суб'єктів взаємодії: безпосередню та опосередковану; 5) за характером умов взаємодії (за станом середовища функціонування): звичайну та екстремальну; 6) за кількістю суб'єктів взаємодії: двосуб'єктну й багатосуб'єктну (змішану); 7) за етапами безпосередньої діяльності: попередню, основну, заключну; 8) за сферами, напрямками діяльності: у сфері управлінської діяльності, у сфері охорони громадського порядку, профілактичної діяльності, у сфері адміністративної діяльності міліції, у сфері оперативно-розшукової діяльності, у сфері охорони власності тощо; 9) за ступенем однорідності функцій взаємодіючих суб'єктів: взаємодію суб'єктів, які виконують однорідні функції, та взаємодію суб'єктів, які виконують різні функції⁸.

Взаємні партнерські дії громадськості та правоохоронних органів є найпоширенішим видом участі громадськості в діяльності правоохоронних органів, адже складаються з різних форм, які можна поділити за певними критеріями (сферою дії: національна безпека, громадський порядок, державний кордон, захист права власності тощо; суб'єктним складом: спільна участь з органами поліції, прикордонними органами, органами надзвичайних ситуацій тощо; підставами участі: самостійні (ініціатива громадськості) та регламентовані (за дорученням правоохоронних органів); функціональною спрямованістю дій: превен-

⁶ Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22.06.2000 № 1835-III. Офіційний вісник України. 2000. № 30. Ст. 1248.

⁷ Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 40–41. Ст. 379.

⁸ Ковалів М.В. Форми взаємодії органів внутрішніх справ і громадськості у сфері охорони громадського порядку. Львів: Серія юридична. 2011. С. 179–187.

тивні, профілактичні, припиняючі тощо). Всі ці спільні дії відображають завдання, поставлені перед громадськістю як суб'єктом здійснення правоохоронної діяльності, – захист прав, свобод та законних інтересів осіб, громадського порядку та національної безпеки.

Однією з форм участі громадськості у правоохоронній діяльності є її право складати протоколи про правопорушення. Відповідно до Кодексу України про адміністративні правопорушення такі протоколи мають право складати представники громадських організацій або органів громадської самодіяльності: член громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону (ст.ст. 92, 148, 152, 154, 160, 175-1, 179, 185-7, 186-2, 186-4); члени громадських організацій осіб з інвалідністю (ч.ч. 2, 3, 4 ст. 152-1); громадський інспектор Українського товариства охорони пам'яток історії та культури (ст. 92); громадський інспектор з охорони довкілля (ч. 4 ст. 85, ст.ст. 88-1, 91)⁹.

На думку автора, право інститутів громадянського суспільства на складання адміністративних протоколів є самостійною формою участі громадськості в публічному адмініструванні, адже за своєю суттю складання адміністративних протоколів є активною дією громадськості як самостійного суб'єкта здійснення публічного адміністрування на вчинені адміністративні правопорушення.

Висновки. Автор вважає, що участь громадськості у правоохоронній діяльності в Україні реалізується через три прояви: громадський контроль як спосіб впливу, спільні партнерські дії громадськості та правоохоронних органів та самостійну участь громадськості в правоохоронній діяльності (що виявляється через право громадськості складати протоколи про адміністративні правопорушення).

Варто вказати, що спільні партнерські дії громадськості та правоохоронних органів є найпоширенішим видом участі громадськості в діяльності правоохоронних органів, адже складаються з різних форм участі, визначених чинним законодавством. При цьому всі ці спільні дії громадськості та правоохоронних органів відображають завдання, поставлене перед громадськістю як суб'єктом здійснення правоохоронної діяльності, – захист прав, свобод та законних інтересів осіб, громадського порядку та національної безпеки.

Анотація

У статті проаналізовано загальні аспекти участі громадськості у правоохоронній діяльності в Україні. Розкрито, що участь громадськості у правоохоронній діяльності в Україні реалізується через громадський контроль, спільні партнерські дії громадськості і правоохоронних органів, а також самостійну участь громадськості в правоохоронній діяльності. Проаналізовано громадський контроль у сфері правоохоронної діяльності. Охарактеризовано форми спільної діяльності громадськості та правоохоронних органів.

Summary

The general aspects of public participation in law enforcement activities in Ukraine are reveal in the article. Public participation in law enforcement activities in Ukraine implemented public control, joint partnership actions of the public and law enforcement agencies, as well as independent public participation in law enforcement activities. Public control in the field of law enforcement is reveal. The forms of joint activity of the public and law enforcement agencies are described.

Використана література:

1. Wendy Schreurs, José H. Kerstholt, Peter W. de Vries, Ellen Giebels. Citizen participation in the police domain: The role of citizens' attitude and morality. Journal of Community Psychology. Volume 46, Issue 6. 2018. URL: <https://doi.org/10.1002/jcop.21972>.

⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1984. додаток до № 51. Ст. 1122.

2. Денисюк С.Ф. Громадський контроль за діяльністю правоохоронних органів: організаційно-правові засади. Право і Безпека. 2009. № 3. С. 39–42.
3. Ковалів М.В. Форми взаємодії органів внутрішніх справ і громадськості у сфері охорони громадського порядку. ЛьвДУВС: Серія юридична. 2011. С. 179–187.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1984. додаток до № 51. Ст. 1122.
5. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 40–41. Ст. 379.
6. Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22.06.2000 № 1835-III. Офіційний вісник України. 2000. № 30. Ст. 1248.
7. Терещук О.Д. Сутність механізму правового регулювання громадського контролю за правоохоронною діяльністю. Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право. 2015. Вип. 2. С. 214–220.

Diana Levchenko,
Postgraduate
Scientific Institute of Public Law
<https://orcid.org/0000-0001-8343-2260>

Subjects of liability in bankruptcy procedure

Суб'єкти відповідальності у процедурі банкрутства

Yana Levshyna

Key words:

bankruptcy, insolvency, participants of bankruptcy proceedings, liability, arbitration manager, economic court.

Ключові слова:

банкрутство, неплатоспроможність, учасники провадження у справі про банкрутство, відповідальність, арбітражний керуючий, господарський суд.

Постановка проблеми. В умовах реформування господарського матеріального та процесуального законодавства питання захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання є особливо актуальними та практично значимими¹. Справи про банкрутство є однією з найскладніших категорій справ у господарському процесі. Такі справи часто стають «плацдармом» для зловживань із боку недобросовісних учасників провадження у справі про банкрутство. У зв'язку з цим актуальності набуває інститут відповідальності у справі про банкрутство, покликаний забезпечити законність усієї процедури та захист прав та інтересів кожного учасника. При чому, враховуючи складність і багатогранність процедури банкрутства, тут можуть застосовуватися різні види відповідальності: процесуальна (передбачена Господарським процесуальним кодексом України (далі – ГПК України), цивільна (передбачена Кодексом України з процедур банкрутства (далі – КУЗПБ), адміністративна, кримінальна та дисциплінарна. Кожен із цих видів відповідальності характеризується не лише особливим механізмом реалізації, але і специфічним суб'єктом. Аналіз чисельного складу учасників справи про банкрутство свідчить про необхідність комплексного дослідження суб'єктів відповідальності у справі про банкрутство, що і вплинуло на вибір теми дослідження.

Стан дослідження. Питання відновлення платоспроможності та банкрутства обрали предметом свого дослідження такі вітчизняні вчені: О. Беянович, О. Бірюков, А. Бутирський, І. Бутирська, Л. Грабован, В. Джунь, С. Жуков, Ю. Кабенюк, Б. Поляков, П. Пригуза, В. Радзивілюк та інші. Питання захисту прав суб'єктів господарювання та відповідальності у господарському праві та процесі серед інших у своїх працях детально розкривали Н. Іванюта, Л. Ніколенко, В. Резнікова, Т. Степанова. Питання суб'єктів, які можуть бути притягнуті до відповідальності у процедурі банкрутства, залишаються малодослідженими, що свідчить про актуальність теми цього дослідження.

Метою статті є дослідження суб'єктів відповідальності у процедурі банкрутства, їх характеристика та аналіз процедури притягнення таких суб'єктів до відповідальності за протиправні дії у банкрутстві.

Виклад основного матеріалу. Дослідження суб'єктів відповідальності у процедурі банкрутства є не можливим без аналізу складу учасників провадження у справі про банкрутство. КУЗПБ у ст. 1 замість визначення поняття учасників справи про банкрутство лише визначає їх орієнтовний перелік: «Учасники у справі про банкрутство – це сторони, арбітражний керуючий, державний орган з питань банкрутства, Фонд державного майна України, представник органу місцевого самоврядування, представник працівників боржника, уповноважена особа засновників (учасників, акціонерів) боржника, а також у випадках, передбачених цим Кодексом, інші учасники справи про банкрутство, щодо прав або обов'язків яких існує спір»².

Професор Б.М. Поляков зазначає, що «названими особами не вичерпується перелік учасників справи про банкрутство. У випадках, передбачених Законом про банкрутство, учасниками процедури банкрутства можуть бути й інші особи»³. У зв'язку з цим автор звертається до доктринальних визначень цього

¹ Ніколенко Л.М. Захист прав та інтересів суб'єктів господарювання в умовах реформування законодавства. *Економіка та право*. 2017. № 2. с. 21.

² Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

³ Поляков Б.М. Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» : Научно-практический комментарий: В 2-х т. Т. 1. К. : Логос, 2014. с. 31.

поняття. На думку І.А. Бутирської, учасників провадження у справі про банкрутство можна визначити як зацікавлених у результатах процесу фізичних і юридичних осіб, які вступають самостійно або залучаються господарським судом у справу про банкрутство для всебічного, повного та об'єктивного розгляду справи та наділяються відповідними процесуальними правами та обов'язками⁴. Наука господарського права та судова практика свідчать, що коло учасників справи про банкрутство є практично необмеженим, оскільки ніколи не можна наперед передбачити, чиїх інтересів торкнеться провадження у справі про банкрутство. У межах цієї статті автор зупиниться на основних категоріях учасників справи про банкрутство і спробує охарактеризувати особливості притягнення кожного з них до відповідальності.

В.В. Радзивілюк, досліджуючи фактори, які впливають на правосуб'єктність основних учасників правовідносин запобігання банкрутству (неспроможності), виділяє серед цих факторів наявність в учасників сукупності різноманітних за своєю спрямованістю та багаточисельних інтересів (не тільки спільних, але й протилежних)⁵. А.А. Бутирський вказує, що учасники справи про банкрутство переслідують різні цілі: боржник зацікавлений у відновленні власної платоспроможності, тоді як кредитори намагаються задовольнити свої вимоги у якомога більшому обсязі⁶. Банкрутство – це та судова процедура, де стикаються найрізноманітніші за своєю спрямованістю інтереси, яка майже неминуче веде до того, що той чи інший із учасників почне порушувати «правила гри», зловживаючи своїми правами або нехтуючи обов'язками.

Перший, ключовий учасник, без якого не можливе провадження у справі про банкрутство, – це боржник. Якщо говорити про власне боржника – юридичну чи фізичну особу, то відповідальність для нього у справі про банкрутство практично не настає. До відповідальності можуть бути притягнуті особи, які пов'язані з боржником, – керівник, засновники тощо. Так, КУзПБ передбачає солідарну та субсидіарну відповідальність для осіб, які так чи інакше можуть впливати на боржника. Порівняно з попереднім Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», у новому КУзПБ правове регулювання субсидіарної відповідальності практично не зазнало змін, натомість солідарна відповідальність виписана по-новому, що справедливо викликає нарікання у науковців і практиків.

Так, Б.М. Поляков вказує, що збереження чинної редакції ч. 6 ст. 34 КУзПБ про солідарну відповідальність керівника боржника за неініціювання справи про банкрутство в разі загрози настання тимчасової неплатоспроможності спровокує масове банкрутство підприємств, що може стати згубним для економіки країни. Для вирішення цієї проблеми потрібен дещо інший підхід до механізму відповідальності за неініціювання справи про банкрутство⁷. Крім субсидіарної та солідарної відповідальності, особи, пов'язані з боржником, можуть бути притягнуті до адміністративної та кримінальної відповідальності за свої неправомірні дії у банкрутстві.

Ще одними учасниками справи про банкрутство, без яких остання також була б непотрібною, є кредитори. Проблематика погашення боргів перед кредиторами є неодмінним супутником економічного життя, оскільки там, де є господарська діяльність, завжди є суб'єкти господарювання, які не можуть виконати свої зобов'язання⁸. Обов'язково є і суб'єкти, перед якими боржник не в змозі виконати свої зобов'язання. Статус кредитора у відносинах неплатоспроможності відрізняється від статусу кредитора у звичайному цивільному правовідношенні особливим набором прав та обов'язків, які виникають лише після порушення справи про банкрутство відносно боржника та лише у зв'язку із подачею кредитором до господарського суду заяви про порушення справи про банкрутство або про приєднання (вступ) до вже порушеної справи про банкрутство стосовно зобов'язаної сторони – боржника⁹.

⁴ Бутирська І.А. Учасники провадження у справі про банкрутство : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Київ, 2017. С. 34–35.

⁵ Радзивілюк В.В. Запобігання банкрутству (неспроможності): господарсько-правовий аспект : монографія. Ніжин : ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. с. 64.

⁶ Бутирський А.А. Правова природа засобів відновлення платоспроможності боржника. Вісник господарського судочинства. 2006. № 3. с. 193.

⁷ Поляков Б. Непрацюючий двигун, або Ілюзорна відповідальність керівника боржника за неініціювання справи про банкрутство. Закон і бізнес. 01.02–07.02.2020. URL: https://zib.com.ua/ua/141207-ilyuzorna_vidpovidalnist_kerivnika_z_neiniциування_spravi.html (дата звернення: 11.02.2020).

⁸ Бутирський А. Концепція удосконалення законодавства про неспроможність. Право України. 2018. № 6. с. 87.

⁹ Пригуза П.Д., Пригуза А.П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон : Видавництво «ТДС», 2013. с. 85.

Аналізуючи правовий статус кредиторів за новим КУЗПБ, Л. Грабован доходить висновку, що законодавцем здійснена спроба системно підійти до питання захисту прав кредиторів у справах про банкрутство. Дістали розвитку положення щодо правових засобів, які сприяють реалізації мети – задоволення вимог кредиторів: визначення статусу кредиторів; мораторію на задоволення вимог кредиторів; забезпечення вимог кредиторів; інституту визнання недійсними угод боржника; розгляду спорів за участю боржника в межах справи про банкрутство; обмеження участі зацікавлених осіб стосовно боржника та органів, уповноважених управляти майном державних підприємств, у справах про банкрутство. Розширення прав кредиторів у справах про банкрутство потребує подальшого вдосконалення їхніх обов'язків і відповідальності за зловживання цими правами у контексті балансу з правами боржника та інтересами держави¹⁰.

О.М. Маліневський, аналізуючи КУЗПБ, вбачає в ньому ризики для зловживань ще на етапі подачі заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство до господарського суду. У зв'язку з цим науковець вважає, що доцільними правовими заходами (додатково до визначених ст. 43 ГПК України) щодо недопущення зловживань правом на порушення провадження у справі про банкрутство можуть бути: а) встановлення майнової відповідальності (відшкодування в повному обсязі завданої боржнику шкоди, в тому числі репутаційних втрат); б) накладення штрафу; в) встановлення законодавчих критеріїв відсутності спору про право; г) повернення порогів щодо строків та (або) сум несплаченої заборгованості¹¹. Враховуючи, що правом звернення до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство наділені боржник і кредитори, то відповідно і зловживати цим правом можуть тільки вони. Однак поки запропоновані зміни не знайшли свого відображення у законодавстві, доводиться констатувати, що дієвих заходів відповідальності за зловживання правом на відкриття провадження у справі про банкрутство немає.

Професійним учасником справи про банкрутство є арбітражний керуючий. Фігура арбітражного керуючого є головною практично на всіх етапах процедури банкрутства. Ефективність інституту банкрутства безпосередньо залежить від діяльності арбітражного керуючого. Від його кваліфікації, вміння і знань багато в чому залежить доля підприємства¹². Значний вплив, який арбітражний керуючий справляє на всю процедуру банкрутства, вимагає з боку законодавця належного рівня правового регулювання здійснення такої діяльності та встановлення ефективних форм контролю за діяльністю розпорядника майна, керуючого санацією, та ліквідатора.

Можна говорити про такі види відповідальності арбітражного керуючого: господарсько-правова, цивільно-правова, дисциплінарна, адміністративна та кримінальна. Що стосується кримінальної та адміністративної відповідальності, то арбітражні керуючі можуть бути притягнені до неї і як суб'єкти незалежної професійної діяльності – арбітражні керуючі, і як посадові особи боржника (банкрута). Стосовно кримінальної відповідальності арбітражного керуючого у 2012 році відбулася декриміналізація низки статей, які передбачали кримінальну відповідальність арбітражного керуючого у межах справи про банкрутство.

Ю.В. Кабенюк з цього приводу слушно зазначає, що декриміналізація діянь за ст.ст. 218, 220, 221 Кримінального кодексу України у 2012 році не була зумовлена цілями відповідного законопроекту, оскільки позбавлення волі за вчинення таких злочинів не застосовувалося. Натомість практика нових відповідних статей КУпАП переконливо свідчить про їх поодинокі застосування. Крім цього, «перенесення» відповідних складів злочинів до адміністративних правопорушень унеможливило застосування покарання у вигляді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю, а також позбавило можливості застосовувати у таких випадках кримінально-правові наслідки судимості¹³.

Господарський суд у науковій літературі також розглядається як особливий учасник справи про банкрутство. Так, І.А. Бутирська вказує: «Господарський суд таким чином займає особливе становище у систе-

¹⁰ Грабован Л. Правовий статус кредиторів за Кодексом України з процедур банкрутства. Підприємництво, господарство і право. 2019. № 10. с. 59.

¹¹ Маліневський О.М. Зловживання правом на порушення провадження у справі про банкрутство та заходи протидії. Актуальні проблеми процедур банкрутства в Україні та міжнародний досвід врегулювання неплатоспроможності: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 18 жовтня 2019 року / [відп. ред.: А. В'язовченко, Р.Ю. Ханік-Посполітак]; Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія», Ф-т правн. наук, Нац. проф. спілка арбітражних керуючих України [та ін.]. Київ : [б. в.], 2019. с. 83.

¹² Борейко О.М. Арбітражний керуючий як один з учасників правовідносин неспроможності (банкрутства). Науковий вісник Ужгородського університету. Серія «Право». Вип. 16. Ужгород, 2011. с. 134.

¹³ Кабенюк Ю.В. Правове регулювання арбітражного управління в процедурі банкрутства в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Київ, 2018. с. 201.

мі відносин неспроможності. У справах про банкрутство роль господарського суду значно відрізняється від його ролі у позовному провадженні, оскільки тут суд наділений широким колом повноважень, які він має право реалізовувати незалежно від процесуальної активності сторін»¹⁴. Дійсно, у справі про банкрутство господарський суд наділений широким обсягом повноважень, що обумовлює необхідність захисту прав та інтересів учасників справи про банкрутство від неправомірних дій із боку судді. Адже, як зазначає професор Л.М. Ніколенко, «реалізація дискреційних повноважень повинна здійснюватися в межах законності та справедливості при дотриманні умов доцільності, розумності та мотивованості дій господарського суду в процесі розгляду кожної конкретної справи»¹⁵. За неправомірні дії під час розгляду справи про банкрутство суддю може бути притягнуто до дисциплінарної та кримінальної відповідальності.

Дисциплінарна відповідальність є інститутом трудового права, однак «єдиним можливим роботодавцем для судді будь-якої інстанції є держава, яка за спеціальною процедурою приймає суддю на роботу. Держава через прийняті закони встановлює робочий час і час відпочинку (відпустку), передбачає підстави для дисциплінарної відповідальності та заохочення судді, законом визначено також розмір оплати праці. Робота судді має свою специфіку, оскільки виконання суддею професійних обов'язків, крім зазначених норм, регламентується й процесуальними кодексами. За порушення процедур, передбачених процесуальними кодексами, суддю також можна притягти до відповідальності»¹⁶.

Що стосується кримінальної відповідальності судді, то тут може бути відповідальність за ст. 375 Кримінального кодексу України – «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови». Однак наявність складу злочину, передбаченого цією статтею, на практиці дуже складно довести, оскільки це вимагає від слідчого ґрунтовних знань у галузі банкрутства, суддя приймає те чи інше рішення у справі про банкрутство не з умислом вчинити злочин, а в силу діючої судової практики вищих інстанцій, яка у нашій країні дуже швидко змінюється.

Висновки. У справі про банкрутство бере участь велика кількість учасників, кожен із яких може бути притягнений до різних видів відповідальності за неправомірні дії у банкрутстві. Закріплення законодавцем такого переліку санкцій за протиправні дії у банкрутстві обумовлене необхідністю охорони прав і законних інтересів кожного учасника справи про банкрутство.

Анотація

Стаття присвячена дослідженню суб'єктів, які можуть бути притягнені до відповідальності за неправомірні дії у банкрутстві. Проаналізовано особливості відповідальності боржника, кредиторів, арбітражного керуючого та суду у процедурі банкрутства. Автор доходить висновку, що у справі про банкрутство бере участь велика кількість учасників, кожен із яких може бути притягнений до різних видів відповідальності за неправомірні дії у банкрутстві. Закріплення законодавцем такого широкого переліку санкцій за протиправні дії у банкрутстві обумовлене необхідністю охорони прав і законних інтересів кожного учасника справи про банкрутство.

Summary

The article is devoted to the investigation of the subjects of responsibility in bankruptcy procedure. The peculiarities of liability of the debtor, creditors, the arbitration manager and the court in bankruptcy procedure are analyzed. The author concludes that there is a large number of participants of bankruptcy case, each of which may be held for various types of liability in bankruptcy proceedings. The broadening of such a wide range of sanctions for unlawful bankruptcy by the legislator is conditioned by the need to protect the rights and legitimate interests of each party to the bankruptcy case.

¹⁴ Бутирська І.А. Правовий статус учасників справи про банкрутство : Монографія. Чернівці : Технодруk, 2017. с. 69.

¹⁵ Ніколенко Л.М. Дискреційні повноваження господарського суду: межі та умови їх реалізації. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2013. № 6–2. Т. 2. С. 35.

¹⁶ Луцук П. Проблемні питання дисциплінарної відповідальності суддів за законодавством України. Visegrad Journal on Human Rights. 2017. № 1. Ч. 2. С. 130.

Використана література:

1. Ніколенко Л.М. Захист прав та інтересів суб'єктів господарювання в умовах реформування законодавства. *Економіка та право*. 2017. № 2. С. 19–24.
2. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74.
3. Поляков Б.М. Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» : Научно-практический комментарий: В 2-х т. Т. 1. К. : Логос, 2014. 407 с.
4. Бутирська І.А. Учасники провадження у справі про банкрутство : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Київ, 2017. 204 с.
5. Радзивілюк В.В. Запобігання банкрутству (неспроможності): господарсько-правовий аспект : монографія. Ніжин : ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. 532 с.
6. Бутирський А.А. Правова природа засобів відновлення платоспроможності боржника. *Вісник господарського судочинства*. 2006. № 3. С. 190–196.
7. Поляков Б. Непрацюючий двигун, або Ілюзорна відповідальність керівника боржника за неініціювання справи про банкрутство. *Закон і бізнес*. 01.02–07.02.2020. URL: https://zib.com.ua/ua/141207-ilyuzorna_vidpovidalnist_kerivnika_za_neiniциування_spravi.html (дата звернення: 11.02.2020).
8. Бутирський А. Концепція удосконалення законодавства про неспроможність. *Право України*. 2018. № 6. С. 86–97.
9. Пригуза П.Д., Пригуза А.П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон : Видавництво «ТДС», 2013. 304 с.
10. Грабован Л. Правовий статус кредиторів за Кодексом України з процедур банкрутства. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 10. С. 52–60.
11. Маліневський О.М. Зловживання правом на порушення провадження у справі про банкрутство та заходи протидії. *Актуальні проблеми процедур банкрутства в Україні та міжнародний досвід врегулювання неплатоспроможності* : Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 18 жовтня 2019 року / [відп. ред.: А. В'язовченко, Р. Ю. Ханик-Посполітак]; Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія», Ф-т правн. наук, Нац. проф. спілка арбітражних керуючих України [та ін.]. Київ : [б.в.], 2019. С. 78–83.
12. Борейко О.М. Арбітражний керуючий як один із учасників правовідносин неспроможності (банкрутства). *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія «Право»*. Вип. 16. Ужгород, 2011. С. 132–134.
13. Кабенюк Ю.В. Правове регулювання арбітражного управління в процедурі банкрутства в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Київ, 2018. 242 с.
14. Бутирська І.А. Правовий статус учасників справи про банкрутство : Монографія. Чернівці : Технодрук, 2017. 184 с.
15. Ніколенко Л.М. Дискреційні повноваження господарського суду: межі та умови їх реалізації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2013. № 6–2. Т. 2. С. 32–36.
16. Луцюк П. Проблемні питання дисциплінарної відповідальності суддів за законодавством України. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 1. Ч. 2. С. 129–133.

The full cycle of public policy as the optimal mechanism of law in Ukraine

Повний цикл публічної політики як оптимальний механізм законотворення в Україні

Artem Lehenkyi

Key words:

full cycle of public policy, lawmaking, legislative process.

Ключові слова:

повний цикл публічної політики, законотворчість, законодавчий процес.

Постановка проблеми. Розбудова української державності пов'язана з розбудовою національного законодавства, що вимагає розроблення та запровадження ефективних сучасних нормотворчих технологій, які спираються на результати відповідних досліджень у галузі юриспруденції та відповідають прагненню України до євроінтеграції. Безумовно буде актуальним дослідження кращих європейських практик у галузі законотворення, їх наукове обґрунтування та запровадження в практику національного законодавчого та законотворчого процесів.

Виклад основного матеріалу. Проблематика законотворчості з огляду на її суттєву актуальність була предметом досліджень як відомих науковців, так і молодих вчених. Різні аспекти зазначеної проблеми вивчали Р. Бержерон, С. Бобровник, О. Богачова, І. Жиляєв, Н. Задирака, А. Заєць, О. Зайчук, В. Ковальський, О. Копиленко, І. Козінцев, М. Козюбра, В. Копейчиков, Л. Кривенко, І. Курас, М. Легенький, Л. Легін, І. Литвиненко, А. Лопушанський, О. Мурашин, В. Пацкан, А. Ришелюк, В. Тацій, Ю. Шемшученко, О. Ющенко та інші.

О.Л. Копиленко, визначаючи системні проблеми забезпечення законотворчого процесу в Україні та формулюючи шляхи його поліпшення, вказує на виняткову важливість відкритості законодавчої влади і процесу законотворчості. При цьому вчений звертає увагу на необхідність законодавчого врегулювання залучення до обговорення законопроектів кваліфікованих спеціалістів і представників громадськості, обов'язкового оприлюднення текстів найбільш значущих соціальних законопроектів і надання роз'яснень про їх мету й основні положення. Перспективними є і пропозиції щодо створення при комітетах громадських консультативних рад, до яких варто запрошувати представників неурядових організацій та експертів, регулярного проведення громадських слухань із обговорення найбільш актуальних законопроектів, відкритих і виїзних засідань комітетів. Актуальними є і пропозиції щодо розроблення та запровадження механізмів контролю громадськості за процесом законотворчості¹.

Грунтовні дослідження О.В. Богачової присвячені різноманітним проблемам законотворчого та законодавчого процесів, їх порівняльному аналізу, визначенню відмінностей і формулюванню зазначених понять. Так, законодавчий процес визначається авторкою, як «нормативно-регламентований порядок послідовно здійснюваних дій, пов'язаних із поданням до законодавчого органу проекту закону, його розглядом, прийняттям, набранням законом чинності через його підписання та оприлюднення, внесенням змін, припиненням чинності, а також формуванням єдиної системи законодавства України»². Законотворення ж дослідниця пропонує визначити як «санкціоновану державою комплексну цілеспрямовану діяльність щодо створення й удосконалення законів, системи законодавства, яка складається зі взаємообумовлених етапів і стадій, є спрямованою на врегулювання суспільних відносин шляхом пізнання та оцінки правових потреб суспільства і держави»³.

¹ Копиленко О.Л. Законопроектівання: сучасні реалії та тенденції розвитку : монографія / О.Л. Копиленко, О.В. Зайчук, О.В. Богачова, В.С. Журавський. К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2014. 232 с.

² Богачова О.В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Інститут законодавства Верховної Ради України. К., 2006. с. 14.

³ Богачова О.В. Теоретико-правові засади та практика законотворення. Дис. ... докт. юрид. наук. Інститут законодавства Верховної Ради України. К., 2013. с. 442.

Дослідницею також сформульовані принципи законотворчої діяльності, до яких віднесені гуманізм, законність, гласність, демократизм, дотримання міжнародних стандартів, техніко-юридична досконалість, науковість, збереження національної самобутності, моральність, професіоналізм, використання правового досвіду, ефективність і колегіальність. Важливим є положення щодо перспективності застосування у вітчизняному законотворчому процесі передових європейських практик, зокрема надання громадським організаціям, постійним комісіям чи комітетам Парламенту права законодавчої ініціативи; практика громадської експертизи законопроектів, визначення одночасно з ухваленням законів процедури їх запровадження тощо⁴.

В.В. Пацкан розглядає законотворчість у якості більш широкого поняття, ніж законодавчий процес, який вважає лише етапом законотворчості. Варто підкреслити увагу автора до актуальності залучення різноманітних форм обговорення законопроекту, до яких віднесені розширені засідання робочих груп, обговорення через засоби масової інформації, профільна експертиза, і, як найвищий рівень, який має застосовуватися у разі підготовки найважливіших законопроектів, – всенародне обговорення⁵.

І.Л. Литвиненко зосереджує увагу на важливості для законотворчої діяльності врахування громадської думки шляхом забезпечення доступності і відкритості для широких верств населення процедур підготовки законів, що дозволить діагностувати можливі соціальні наслідки прийняття конкретного нормативно-правового акту⁶.

Тенденції законотворчості через її системну взаємодію з правовою політикою з'ясовані А.А. Лопушанським. Автор зосередив увагу на двох аспектах законотворчої діяльності, яка розглядається як правовий процес творення закону і системна управлінсько-державна діяльність, яка виявляється у комплексній взаємодії суб'єкта та об'єкта, мети і результату управління через включення суб'єкт-об'єктних зв'язків, відповідних засобів і технологій управління, а також планування, координації і контролю у процесі здійснення законотворчої діяльності. Особливий інтерес викликають сформульовані автором спеціальні принципи формування та реалізації законотворчої політики, до яких віднесені принципи нормативної визначеності, соціальної обумовленості та практичного втілення. Автор статті погоджується з тезою щодо покликання законотворчості виявляти назрілі та актуальні суспільні потреби, вирішувати їх за рахунок розроблення та затвердження правових актів, та також їх практичної реалізації та втілення у практику суспільних відносин⁷.

Пошуку шляхів удосконалення законодавчого процесу в Україні присвячене дисертаційне дослідження Л.М. Легін. Аналізуючи законодавчий процес як невід'ємний структурний елемент законотворчості, дослідниця розглядає його як нормативно визначену та врегульовану послідовність дій уповноважених суб'єктів, спрямованих на розгляд, прийняття та промульгацію нормативно-правових актів вищої юридичної сили. При цьому до напрямів удосконалення законодавчого процесу в Україні дисертантка відносить підвищення рівня правосвідомості та правової культури учасників законодавчого процесу, його наукове забезпечення на усіх стадіях, а також нормативно-правове регулювання зазначеного процесу. Автору імпонує позиція дослідниці щодо актуальності принципу прозорості законодавчого процесу, який не повинен обмежуватися можливістю широких кіл громадськості спостерігати за процедурами законотворення, а розглядається значно ширше – аж до можливості залучення до законодавчого процесу підготовленої частини громадян, що дозволить забезпечити активізацію всього спектра зворотного зв'язку між парламентом та електоратом⁸.

О. Ющенко розглядає законотворчість як спільну діяльність органів держави, громадських організацій, посадових осіб та усього народу, яка спрямована на виявлення суспільних відносин, що потребують нормативно-правового регулювання та його закріплення на рівні законодавства⁹.

⁴ Богачова О.В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Інститут законодавства Верховної Ради України. К., 2006. 24 с.

⁵ Пацкан В. Співвідношення законотворчої та законодавчої діяльності. *Visegrad Journal on Human Rights* 2014. № 1. С. 103–110. URL: http://vjhr.sk/archive/2014_1/20.pdf (дата звернення: 03.01.2020).

⁶ Литвиненко І.Л. До питання вдосконалення законотворчого процесу в Україні. *Університетські наукові записки*. 2016. № 3. С. 246–256. URL: <http://univer.km.ua/visnyk/1577.pdf> (дата звернення: 03.01.2020).

⁷ Лопушанський А.А. Правова політика і законотворчість: механізм взаємодії та тенденції розвитку : автореферат дис. ... канд. юрид. наук. К., 2015. 19 с.

⁸ Легін Л.М. Законодавчий процес в Україні та його вдосконалення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2009. 21 с.

⁹ Ющенко О. Поняття законотворчого процесу в Україні та його основні елементи. *Віче*. 2010. № 2. С. 29–32. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/viche_2010_2_12 (дата звернення: 08.01.2020).

М.І. Легенький пропонує здійснення законотворчої роботи за принципом інноваційного підходу, який передбачає процедуру розроблення, прийняття і запровадження нормативно-правових актів із дотриманням такої послідовності: «Усвідомлення необхідності змін у законодавстві та прийняття відповідного нормативно-правового акта; розробка теоретико-концептуальних положень, на яких буде базуватися проект нормативного документа, аналіз і наукове прогнозування його результатів; створення робочих груп для напрацювання та доопрацювання документа і його імплементації; прийняття пропозицій у вигляді затвердженого нормативно-правового акта; імплементація та впровадження у практику діяльності затверджених нормативних положень»¹⁰.

Важливим у оптимізації процедур законотворчості є і запозичення прогресивного зарубіжного досвіду. Як приклад автор наводить практику пакетної підготовки законопроектів, яка передбачена в Польщі. Так, Постійними наказами Сейму Республіки Польща передбачено, що одночасно із законопроектом маршалу Сейму подається в письмовій формі пакет документів, які мають пояснювати необхідність і мету прийняття закону, відображати фактичну ситуацію у сфері соціальних відносин, що має врегульовувати законопроект, співставляти відмінності між існуючою та запропонованою правовою позицією, представити оцінку соціальних, економічних, фінансових і правових наслідків від них, визначити джерела фінансування, якщо законопроект накладає тягар на Державний бюджет чи бюджети підрозділів місцевого самоврядування, обґрунтувати відповідність законопроекту законодавству Європейського Союзу та внести проекти основних виконавчих актів, які необхідні для запровадження закону у разі його прийняття. Також передбачається обговорення законопроектів у формі публічних слухань¹¹.

Подібні процедури містяться і в Статуті Сейму Литовської Республіки, яким передбачено, що у документах, які подаються одночасно із законопроектом, мають бути відображені причини, які обумовлюють необхідність прийняття закону, його завдання та цілі, перелік ініціаторів, аналіз діючої законодавчої бази, що регулює питання, які розглядаються у проекті закону, положення законодавчого регулювання та очікувані позитивні результати, вплив прийнятого закону на злочин і корупцію, а також умови ведення та розвиток бізнесу, порядок включення закону до правової системи через визначення нормативно-правових актів, які мають бути прийняті або скасовані після прийняття поданого проекту, відповідність законопроекту вимогам закону про державну мову та положенням Європейської конвенції про захист прав людини, а також основних свобод і документів Європейського Союзу, обсяг коштів із державного, муніципальних бюджетів та інших створених державою фондів, які мають бути витрачені або заощаджені на виконання закону, визначення підзаконного законодавства, яке необхідне для імплементації закону та строки його прийняття тощо. Передбачене оприлюднення законопроекту для надання публічних коментарів¹².

Подібна практика існує і в інших європейських країнах. Парламент має обговорювати так звані «народні законодавчі ініціативи», які зібрали не менше 500 тис. підписів громадян. В Італії право висунення законопроектів мають 50 тис. виборців або органи влади регіонів. У Данії практикується перед формальним поданням законопроекту до Парламенту (Folketinget) широке проведення консультацій із групами інтересів, представниками бізнесу та звичайними громадянами¹³. Аналіз зазначених досліджень та європейських практик переконливо засвідчує, що для ефективності законотворчості, окрім наукової обґрунтованості та розгорнутості практик запровадження прийнятих законів на підзаконному рівні, виняткової важливості набуває публічність усіх процедур, пов'язаних із розробленням, обговоренням, ухваленням і запровадженням закону.

Найбільш ефективною моделлю законотворення, яке здійснювалося б з урахуванням зазначених вимог, є повний цикл публічної політики, механізми якого докладно відпрацьовані у провідних демократіях Європи, США та Канади, і який відповідно до Постанови Верховної Ради України «Про заходи з реаліза-

¹⁰ Легенький М.І. Законодавче регулювання відносин у сфері інновацій у освіті. Проблеми законності. 36. наук. праць. 2017. Вип. 136. с. 150

¹¹ The Standing Orders of the Sejm of the Republic of Poland. URL: http://oide.sejm.gov.pl/oide/en/index.php?option=com_content&view=article&id=14798:the-standing-orders-of-the-sejm-of-the-republic-of-poland&catid=7&Itemid=36 (дата звернення: 08.01.2020).

¹² Seimas of the Republic of Lithuania Statute. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/e495a6e2b60611e5be9bf78e-07ed6470?jfwid=39x432mh7> (дата звернення: 08.01.2020).

¹³ Законодавчий процес «від початку до кінця»: приклади кращих міжнародних практик. URL: https://www.ua.undp.org/content/dam/ukraine/docs/DG/Rada%20for%20Europe/R4E%20May%2022%20%D0%97%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B4%D0%B0%D0%B2%D1%87%D0%B8%D0%B9%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D1%81_%D0%BD%D0%B0%D0%B9%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0.pdf (дата звернення: 08.01.2020).

ції рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України» поетапно запроваджується у практику законотворчості Верховної Ради України¹⁴.

Повний цикл публічної політики як інструмент законотворчої роботи в Україні практично не досліджувався, однак йому приділялася помітна увага вченими-політологами та дослідниками в галузі державного управління. Як приклад можна навести запропоновану А.О. Чемерисом систему публічної політики, яка характеризується наявністю таких фаз, як виникнення проблеми, сприйняття приватних і публічних проблем, внесення до урядового порядку денного, створення альтернативних планів, прийняття політичної програми, запровадження плану дій та оцінювання наслідків публічної політики¹⁵.

Запровадження до процедур вітчизняної законотворчості повного циклу публічної політики здійснюється за підтримки місії Європейського парламенту з оцінки потреб під головуванням Пета Кокса. Зазначеною місією здійснено вивчення ситуації щодо необхідності оновлення законодавчих процедур, за результатами якого сформовано Доповідь і дорожню карту щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України. Зазначені Рекомендації визнані зазначеною вище Постановою Верховної Ради України в якості основи для внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України¹⁶.

Повний цикл публічної політики передбачає наявність таких її етапів: формування Політичного порядку денного конкретної реформи, здійснення якої потребує законодавчого забезпечення; проведення консультацій зі стейкхолдерами, представниками науки, громадськості; формування Зеленої книги проблем, яка має акумулювати позиції всіх зацікавлених сторін і передбачити можливі конфлікти, пов'язані з протистоянням окремих сил, а також ризики, що можуть виникнути під час впровадження реформи; складання Білої книги рішень, яка повинна передбачити нормативно-правові новації, а також адміністративні, інституційні та бюджетні зміни; проведення слухань на базі одного чи кількох комітетів Верховної Ради; проведення парламентських слухань, актуальність яких безпосередньо залежить від глобальності реформування; прийняття необхідних законів, а за потреби й підзаконних нормативно-правових актів.

Повний цикл публічної політики у законотворчості розпочинається із формування Політичного порядку денного (Policy agenda), в якому мають знайти своє відображення визначення перешкод, проблем і викликів, які мають бути подоланими в результаті реформ, мета та бачення суспільних відносин, які будуть врегульованими, а також констатація змін у нормативно-правовій і бюджетній сферах та їх інституційному забезпеченні.

Після формування Політичного порядку денного розпочинаються консультації із зацікавленими сторонами та експертами, під час яких необхідно здійснити прогнозування можливих соціальних ризиків проведення реформ, об'єднання соціальних груп і громадськості, які зацікавлені в реформуванні та визначенні шляхів нейтралізації супротиву. При цьому розробниками звертається увага виключно на можливий супротив груп, чиї корупційні інтереси будуть порушені¹⁷, що, на думку автора, є недостатнім. Адже можливі варіанти, коли потрібні і перспективні реформи будуть непопулярними, викличуть тимчасові ускладнення для певних прошарків населення, можуть викликати соціальну напруженість. У таких випадках потрібно звертати увагу на необхідність проведення роз'яснювальної кампанії та вжиття упереджувальних заходів, покликаних пом'якшити чи нейтралізувати можливі негативні соціальні чи економічні наслідки.

Зелена книга проблем (Green paper) формується за результатами консультацій із зацікавленими сторонами. В ній аналізуються позиції зазначених сторін щодо мети реформування, щодо проблем, розв'язання яких може бути здійснене шляхом оновлення законодавства. У цьому документі проаналізовані поняття якості законодавства з юридичної та функціональної точок зору, фактори, які зумовили проблему, сприяють її розвитку та загостренню, а також наводяться рекомендації зацікавлених сторін (стейкголде-

¹⁴ Про заходи з реалізації рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України : Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2016 року № 1035-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1035-19> (дата звернення: 08.01.2020).

¹⁵ Розроблення публічної політики. Практичний посібник / Уклад. А.О. Чемерис. К. : ТОВ «Софія». 2011, с. 45.

¹⁶ Про заходи з реалізації рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України : Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2016 року № 1035-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1035-19> (дата звернення: 08.01.2020).

¹⁷ Верховна Рада України. Повний цикл публічної політики. URL: <http://itd.rada.gov.ua/PublicPolicy/uk/stages> (дата звернення: 09.01.2020).

рів) із усунення причин проблеми. При цьому аналізом має бути охоплено думки максимальної кількості зацікавлених сторін, а узагальнення таких позицій виступає в якості відправної точки розгортання дискусій щодо оновлення законодавства, необхідного для вирішення визначених проблем.

Особлива увага приділяється розробниками процедур укладання Білої книги рішень, яка є документом, що визначає цілі державної політики у регульованій галузі, для досягнення яких розробляється законопроект і заходи, які пропонується здійснити. Метою Білої книги є розгортання публічного обговорення із громадськістю та стейкхолдерами шляхів і засобів реформування нормативно-правового регулювання суспільних відносин у конкретній галузі публічної політики. Здебільшого Біла книга має статус розпорядчого документа, до якого включається і сам законопроект або його коротка версія.

Підходи до формування Білої книги в різних країнах мають певну специфіку. Так, у Німеччині її змістом є визначення змісту публічної політики після реформування, а метою – запуск проведення консультацій із профільними комітетами та незалежними експертами. В Австралії Біла книга укладається задля обговорення законодавцями відповідного законопроекту. Більш широко розглядається призначення аналізованого документу в Європейській Комісії. У цьому випадку видання книги є стартом для розгортання дискусій стосовно запропонованого законопроекту з громадськими організаціями, політичними інститутами, зацікавленими сторонами тощо. Відрізняються і підходи до структурування такого документу.

Розробниками пропонується для використання в Україні розгорнута структура Білої книги:

- 1) Резюме / Короткий зміст (Executive Summary), що описує поточний стан політики, визначає безпосередні плюси і мінуси для впровадження змін у конкретному питанні, формулює рекомендації та висновки.
- 2) Вступ (Introduction and Background) – висвітлення контексту питання, мета написання дослідження. Постановка проблеми та визначення чітких рамок (limitations) політики.
- 3) Методологія (Methodology) – висвітлення дослідницького питання та обґрунтування використання тих чи інших даних і підходів аналізу. У розділі необхідно сформулювати критерії для оцінки даних, пояснити ключові прогнози, покладені в основу методології аналізу; встановити пріоритетність критеріїв, використаних для оцінки альтернатив.
- 4) Огляд джерел і літератури (Literature Review).
- 5) Вибір альтернатив (Policy Options or Policy Context) – обґрунтування вибору тих чи інших альтернатив вирішення проблеми.
- 6) Аналіз результатів (Analysis of Findings or Evidence).
- 7) Практичні приклади та передові практики (Case Studies and Best Practices).
- 8) Рекомендації (Policy Options and Recommendations).
- 9) Імплементація рішення (Implementation and Next Steps).
- 10) Висновки (Conclusion).
- 11) Додатки (Appendices) – дані дослідження, графіки, діаграми, таблиці»¹⁸.

Запропонована структура Білої книги за своїм змістом та обсягом помітно розширює межі повного циклу публічної політики, оскільки включає інформацію про методологію законодавчого реформування та науковий аналіз проблеми, а також імплементацію прийнятого рішення. Повною мірою підтримуючи актуальність і правомірність присутності зазначених структурних елементів у Білій книзі рішень, автор зауважує, що їх присутність у структурі повного циклу публічної політики була б ще більш актуальною. Декларування зазначених аспектів політики має бути підкріплене їх практичною реалізацією в повному циклі публічної політики, який по суті є системою взаємопов'язаних заходів, спрямованих на законодавче забезпечення реформування суспільних відносин у певній галузі публічної політики.

Укладена Біла книга поширюється серед усіх зацікавлених учасників законодавчого процесу для опрацювання і отримання відповідних коментарів. Коментування та обговорення положень, викладених у Білій книзі, може також здійснюватися через участь у слуханнях у відповідному комітеті або групі комітетів Верховної Ради України чи парламентських слуханнях. Останні рекомендовано проводити у разі підготовки законопроекту, що має масштабний характер. Після завершення зазначених етапів законопроект вноситься до Верховної Ради для розгляду та ухвалення у встановленому порядку.

¹⁸ Біла книга як документ державної політики. Часопис ПАРЛАМЕНТ. 2016. № 1. С. 2–5. URL: <http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29139.pdf> (дата звернення: 09.01.2020), с. 5.

Висновки. Визначаючи ефективність і перспективність запровадження повного циклу публічної політики як системного механізму законотворення, автор підкреслює вже висловлені пропозиції щодо необхідності його доповнення та розширення шляхом включення етапів дослідження сфери суспільних відносин, проблемний стан якої потребує оновлення законодавчого врегулювання, системних юридичних і галузевих досліджень щодо прогнозованих наслідків законотворення та імплементації ухваленого закону через розбудову його підзаконного нормативно-правового регулювання та вжиття відповідних заходів організаційного та методичного характеру.

Анотація

У статті здійснено теоретичне узагальнення та нове вирішення наукової проблеми, що полягає у всебічному дослідженні механізмів законотворчої та законодавчої діяльності, вітчизняних досягнень і кращих європейських практик із точки зору їх застосування законодавцями.

Summary

The article presents a theoretical generalization and a new solution to the scientific problem, which consists in a comprehensive study of the mechanisms of lawmaking and legislative activity, national achievements and best European practices in terms of their application by legislators.

Використана література:

1. Копиленко О.Л. Законопроекування: сучасні реалії та тенденції розвитку : монографія / О.Л. Копиленко, О.В. Зайчук, О.В. Богачова, В.С. Журавський та ін. К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2014. 232 с.
2. Богачова О.В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Інститут законодавства Верховної Ради України. К., 2006. 24 с.
3. Богачова О.В. Теоретико-правові засади та практика законотворення. Дис. ... докт. юрид. наук. Інститут законодавства Верховної Ради України. К., 2013. 510 с.
4. Пацкан В. Співвідношення законотворчої та законодавчої діяльності. *Visegrad Journal on Human Rights* 2014. № 1. С. 103–110. URL: http://vjhr.sk/archive/2014_1/20.pdf (дата звернення: 03.01.2020).
5. Литвиненко І.Л. До питання вдосконалення законотворчого процесу в Україні. *Університетські наукові записки*. 2016. № 3. С. 246–256. URL: <http://univer.km.ua/visnyk/1577.pdf> (дата звернення: 03.01.2020).
6. Лопушанський А.А. Правова політика і законотворчість: механізм взаємодії та тенденції розвитку : автореферат дис. ... канд. юрид. наук. К., 2015. 19 с.
7. Легін Л.М. Законодавчий процес в Україні та його вдосконалення. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2009. 21 с.
8. Ющенко О. Поняття законотворчого процесу в Україні та його основні елементи. *Віче*. 2010. № 2. С. 29–32. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/viche_2010_2_12 (дата звернення: 08.01.2020).
9. Легенький М.І. Законодавче регулювання відносин у сфері інновацій у освіті. *Проблеми законності*. 36. наук. праць. 2017. Вип. 136. С. 144–152.
10. The Standing Orders of the Sejm of the Republic of Poland. URL: http://oide.sejm.gov.pl/oide/en/index.php?option=com_content&view=article&id=14798:the-standing-orders-of-the-sejm-of-the-republic-of-poland&catid=7&Itemid=36 (дата звернення: 08.01.2020).
11. Seimas of the Republic of Lithuania Statute. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/e495a6e2b60611e5be9bf78e-07ed6470?jfwid=39x432mh7> (дата звернення: 08.01.2020).
12. Законодавчий процес «від початку до кінця»: приклади кращих міжнародних практик. URL: https://www.ua.undp.org/content/dam/ukraine/docs/DG/Rada%20for%20Europe/R4E%20May%2022%20%D0%97%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B4%D0%B0%D0%B2%D1%87%D0%B8%D0%B9%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D1%81_%D0%BD%D0%B0%D0%B9%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0.pdf (дата звернення: 08.01.2020).
13. Про заходи з реалізації рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України : Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2016 року № 1035-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1035-19> (дата звернення: 08.01.2020).

14. Розроблення публічної політики. Практичний посібник / Уклад. А.О. Чемерис. К. : ТОВ «Софія». 2011. 128 с.
15. Про заходи з реалізації рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України. Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2016 року № 1035-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1035-19> (дата звернення: 08.01.2020).
16. Верховна Рада України. Повний цикл публічної політики. URL: <http://itd.rada.gov.ua/PublicPolicy/uk/stages> (дата звернення: 09.01.2020).
17. Біла книга як документ державної політики. Часопис ПАРЛАМЕНТ. 2016. № 1. С. 2–5. URL: <http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29139.pdf> (дата звернення: 09.01.2020).

Legal principles of nationalization of the Suez channel and her registration

Правові засади націоналізації Суецького каналу і її оформлення

Viktoriia Melnyk

Key words:

Suez channel, nationalization, decree, United Nations, indemnification.

Ключові слова:

Суецький канал, націоналізація, декрет, Організація Об'єднаних Націй, компенсація.

Повалення монархії і встановлення республіки в Єгипті фактично покінчило з проанглійськими силами в країні в 1954 році, а також усунуло англійські збройні сили в 1956 році. Вперше за довгі роки на території Єгипту не було окупаційних військ. Однак значна кількість іноземних службовців займалися обслуговуванням головного надбання Єгипту – Суецького каналу, який йому повністю не належав, адже знаходився у концесії. Основні доходи з діяльності каналу отримували іноземні власники акцій, до того ж впливати на діяльність каналу уряд Єгипту не мав ні можливості, ні правових підстав. Тож не дивно, що наступним кроком уряд молодого республіки вирішив націоналізувати канал.

26 липня 1956 року Президент Єгипту Г.А. Насер підписав декрет про націоналізацію «Загальної Компанії Морського Суецького Каналу». Документ встановлював, що остання (єгипетська акціонерна компанія) націоналізується. Все її майно, усі права та зобов'язання передавалися державі, всі існуючі органи і комісії її управління розпускалися. При цьому передбачалося, що акціонери і власники установчих акцій отримають відшкодування за свої акції по їх котирувальній вартості на паризькій біржі цінних паперів у день, який передував вступу в силу цього закону. Це відшкодування передбачалося здійснити після того, як Єгипет вступить у володіння усіма фондами та власністю націоналізованої компанії (ст. 1).

Планувалося, що управління службами руху по Суецькому каналу буде здійснюватися незалежним органом, який матиме права юридичної особи і буде пов'язаним із Міністерством торгівлі. Створення цього органу і встановлення платні його членам надалі мало бути встановлено особливим декретом президента республіки. Цей орган повинен був отримати всі повноваження, необхідні для управління службою, але не будучи пов'язаним з урядовими правилами і формами. Без шкоди для контролю з боку Рахункової палати над балансом цього органу гарантувався незалежний бюджет, складений на основі правил, які діяли для торгових підприємств. Передбачалося, що його фінансовий рік буде розпочинатися 1 липня і закінчуватися наприкінці червня кожного року. Бюджет і баланс підлягали затвердженню президентом республіки.

Перший фінансовий рік слід було розпочинатися з дати вступу в цього закону і він мав закінчитися в кінці червня 1957 року. Також зазначений орган отримав право делегувати одного чи кількох своїх членів для виконання своїх рішень або для виконання робіт, які йому були доручені. Він міг також створювати з числа своїх членів або інших осіб технічні комітети для надання йому допомоги в дослідженнях. Голова цього органу мав право представляти його перед судовими урядовими або іншими організаціями. Також він (голова) повинен був представляти його у відносинах з іншими (ст. 2).

Фонди націоналізованої компанії і її прав у республіці Єгипет і за кордоном оголошувалися замороженими. Банкам, організаціям і приватним особам заборонялося розпоряджатися будь-яким чином цими фондами, витратити будь-які суми або відшкодувати будь-які вимоги або борги цієї компанії, якщо на це не було рішення органу, згаданого в ст. 2 (ст. 3).

Новий орган повинен був зберегти на службі всіх діючих чиновників, службовців і робітників націоналізованої компанії, яким пропонувалося продовжити виконання своїх обов'язків. Ніхто з них не міг покинути свою роботу або відмовитися від неї без дозволу органу, згаданого в ст. 2 (ст. 4). За порушення передбачалися відповідні санкції. Так, порушення ст. 3 могло каратися тюремним ув'язненням і штрафом,

рівним потрібній вартості суми заподіяного збитку, а за порушення положень ст. 4 передбачалося тюремне ув'язнення, позбавлення права на грошову допомогу, пенсію або інше відшкодування (ст. 5).

Вказаний декрет, не дивлячись на свою текстову стислість, носив комплексний характер. Його нормами вирішувалися найважливіші питання, які стосувалися власності компанії Суецького каналу, компенсацій акціонерам, збереження на своїх місцях персоналу, що одночасно мало забезпечити безперерйність діяльності каналу; створення самостійного управління ним. Загалом документ можна назвати виваженим та таким, що забезпечував інтереси практично всіх зацікавлених сторін, якщо не враховувати зовнішньополітичного складника.

Слід згадати і про те, що націоналізації іноземних підприємств відбувалися повсюдно в країнах, які позбавлялися від колоніальної й інших форм залежності при цьому найчастіше без будь-яких компенсацій колишнім власникам. Міжнародне право визнає можливість будь-якої держави націоналізувати чинне на його території підприємство незалежно від форми власності, особливо якщо таке підприємство є стратегічно важливим. Єгиптяни ж пішли далі – вони запропонували навіть компенсації власникам акцій, щоб зменшити площу можливих політичних спекуляцій.

Однак тут не все так однозначно. Жодне з подібних націоналізованих підприємств не могло конкурувати за важливістю з Суецьким каналом для всього західного світу. До того ж Компанія із закінченням встановленого терміну концесії мала намір її продовжити, нехай і на інших умовах. Додатковим стимулом до цього могла стати відсутність у Єгипту належної кількості фахівців для обслуговування каналу, а тому і неможливість своїми силами виробляти це. Із зупинкою роботи каналу з'явився б привід всебічного, а може навіть і міжнародного тиску на користь відновлення *status quo* або нової окупації каналу. Рішення про націоналізацію уряду Єгипту викликало бурю в західноєвропейських країнах, проте відразу почати військові дії проти Єгипту вони не наважилися. На першому етапі уряди Франції, Сполученого королівства і США в спільній заяві від 2 серпня 1956 року виступили з пропозицією про скликання спеціальної конференції по Суецькому каналу, засідання якої планувалося відкрити 16 серпня.

Третього серпня спеціальною нотою уряд Великобританії запросив СРСР взяти участь у цій конференції з питання про міжнародні заходи з метою забезпечення безперервності експлуатації каналу згідно з конвенцією 1888 року та «відповідно до законних інтересів Єгипту». Запрошення були також направлені Єгипту, Туреччині, Франції, Італії, Нідерландам, Іспанії, Австралії, Цейлону, Данії, Ефіопії, ФРН, Греції, Індії, Індонезії, Ірану, Японії, Новій Зеландії, Норвегії, Пакистану, Португалії, Швеції та США.

Список вказаних країн говорив тільки одне – країни, які могли на цьому заході захищати позицію Єгипту, могли опинитися у такому форматі в меншості. Виходячи з цих міркувань, 9 серпня 1956 року СРСР, погоджуючись на участь у конференції, запропонував залучити й інші держави, які є правонаступниками тих країн, які підписали свого часу конвенцію 1888 року (НДР, Югославію, Австрію, Китай та інші) з проханням відкласти конференцію для кращої її організації. В цей же день СРСР опублікував ще одну заяву з питання про Суецький канал. У ній він рішуче засудив висловлювання інших держав щодо того, що Єгипет не може сам керувати і експлуатувати канал. Для участі в конференції СРСР запропонував запросити і найближчі до Єгипту арабські країни.

Автор коротко розглядає основні пропозиції країн на конференції, яка відкрилася 20 серпня. Одним із симпатиків Єгипту на цьому заході була Індія. Представники цієї держави пропонували почати переговори за беззастережне визнання каналу власністю Єгипту; забезпечити рівність для всіх його користувачів; розглянути без шкоди для права власності Єгипту і його права керування питання про поєднання інтересів міжнародних користувачів каналом з «єгипетською корпорацією Суецького каналу» і створити на основі географічного представництва та інтересів консультативний орган, який би представляв інтереси користувачів каналом і був наділений консультативними і дорадчими функціями, функціями зв'язку. Крім того, уряду Єгипту пропонувалося зобов'язати направляти в ООН щорічну доповідь «Єгипетська корпорація Суецького каналу».

У пропозиціях США, крім гарантій прав Єгипту, користувачів каналу і власників акцій, створення спеціального арбітражу по каналу, передбачалося створення самостійного управління каналом, членами якого, крім Єгипту, могли бути інші держави, обрані методом, що підлягав узгодженню між державами-учасниками конвенції з належним урахуванням користування каналом, характеру торгівлі і географічного розподілу. Передбачалося і підзвітність ООН.

28 серпня з огляду на відмову Єгипту від участі в конференції у Лондоні зробив свою заяву, адресовану уряду Єгипту, і СРСР. Визнаючи, що будь-яке врегулювання Суецького питання відповідно до принципів і статуту ООН має ґрунтуватися на повазі суверенних прав Єгипту як повного господаря, власника і управителя каналу при гарантуванні свободи судноплавства по каналу у будь-який час і для всіх країн, які ним користувалися, СРСР приєднався до пропозицій Індії.

З огляду на напруження ситуації 10 вересня 1956 року єгипетський уряд видав спеціальну ноту щодо Суецького каналу. У документі підкреслювалося, що націоналізація компанії Суецького каналу сталася з боку Єгипту повністю в рамках його суверенних прав, без всякого виклику правам будь-якої країни і без порушення її прав. Одночасно з націоналізацією уряд Єгипту заявив про свою рішучість і надалі гарантувати свободу судноплавства по каналу і про готовність повністю виконати обіцяну компенсацію акціонерам компанії. Далі зазначалося, що, незважаючи на сказане вище, акт націоналізації був зустрінутий урядами Франції і Англії заявами, які містять погрози застосувати силу, і такими заходами з їх боку як мобілізація і перекидання збройних сил. Крім того, проти Єгипту були прийняті ворожі економічні заходи (п. 2).

Єгипет нагадав, що представники Франції, Англії та США зустрілися потім у Лондоні й опублікували спільне комюніке, в якому заявили, що мають бути вжиті заходи з метою укласти експлуатаційні угоди на основі міжнародної системи, розіслали з цією метою запрошення 21 іншому уряду, включаючи Єгипет, взяти участь у згаданій конференції. 12 серпня уряд Єгипту виклав причини, за якими конференція, що ставила за мету обговорити майбутнє складника Єгипту, але скликана без встановлення контакту з Єгиптом, без консультації з ним не є законною і чому Єгипет не може прийняти запрошення (ст. 3).

Пропозиції, винесені на конференції урядом Індії, були передані уряду Єгипту посольством Індії в Каїрі 24 серпня 1956 року. У цих пропозиціях було зроблено наголос на переговори, в яких Єгипет повинен був брати участь, і це розглядалося як суттєво важливий момент. Згодом уряди Цейлону, Індонезії та СРСР інформували уряд Єгипту про підтримку індійських пропозицій; саме ці пропозиції були роз'яснені за дорученням його уряду міністром індійського уряду Крішноу Меноном (ст. 5).

Крім того, пропозиції, внесені на конференції урядами США, Пакистану, Туреччини, Ірану й Ефіопії та підтримані 13 іншими урядами, були передані уряду Єгипту 3 вересня 1956 року комітетом 5 держав, очолюваним Прем'єр-міністром Австралії Р. Мензіса. Члени цього комітету роз'яснили точку зору, яку підтримували їх уряди. Загалом ці пропозиції зводилися до встановлення міжнародного, на відміну від єгипетського, контролю над Суецьким каналом; при незгоді вони передбачали санкції (ст. 6). Крім зазначених вище пропозицій і їх роз'яснень, уряд врахував також інші погляди, які виражалися час від часу поза рамками Лондонської конференції. Слід зазначити, що на цьому етапі з Єгиптом офіційно і безпосередньо не проводилися жодні переговори (ст. 7).

Виходячи з цього, уряд Єгипту визнав корисним нагадати про те, що 12 серпня 1956 року він висловив готовність організувати спільно з іншими урядами, які підписали Константинопольську конвенцію 1888 року, конференцію для перегляду цієї конвенції і для розгляду питання про укладення угоди, що підтверджує і гарантує свободу судноплавства (ст. 9).

У цій же ноті він заявив, що без шкоди для суверенітету і гідності Єгипту повинно було бути знайдено вирішення питань, які стосуються: а) свободи та безпеки судноплавства Суецьким каналом; б) удосконалення каналу з метою задоволення майбутніх потреб судноплавства; в) встановлення справедливих і рівних тарифів і зборів. Це питання, в якому були зацікавлені всі держави, що користуються Суецьким каналом, і в якому Єгипет як пов'язана з цим суверенна держава був зацікавлений також. Уряд Єгипту вважав, що рішення саме цих питань можна і слід було шукати методами мирних переговорів (ст. 9).

Для цієї мети уряд Єгипту запропонував у якості безпосереднього кроку створити орган для ведення переговорів, де були б представлені різні точки зору, яких дотримувалися б держави, що користуються Суецьким каналом, а потім провести переговори щодо складу, місця і часу зустрічі цього органу. Цьому органу можна було також доручити перегляд Константинопольської конвенції 1888 року (ст. 10). Також уряд Єгипту жалкував, що проти нього було допущено прояв сили і що деякі кола схилили технічний персонал відмовитися від роботи, щоб перешкодити судноплавству Суецьким каналом. Незважаючи на все це, зі свого боку уряд і народ Єгипту зберігали терпіння і спокій, були сповнені рішучості забезпечити роботу так, щоб канал був відкритим, і щоб рух на ньому відбувався безперебійно (п. 11).

Проголошуючи своє переконання в тому, що рішення може бути знайдено і пропонуючи провести з цього приводу переговори, уряд Єгипту цією нотою хотів дати зрозуміти, що він не зазіхає ні на яку територію, ні на чий суверенітет, не прагне до дискримінації, і хоче вказати, що він не починав ніяких дій або жестів, які носять агресивний характер або ж порушують договори. Він лише хотів заявити про свою рішучість продовжувати роботу з метою врегулювання за допомогою переговорів у рамках букви і духу статуту ООН (ст. 12).

Як і слід було очікувати уряд Єгипту не було почуто агресивно налаштованими країнами, мислячими категоріями часів завойовницьких колоніальних воєн. Для прикриття своїх намірів вони видали декларацію про створення асоціації користувачів Суецьким каналом 21 вересня 1956 року¹. В ній передбачалося, що членами асоціації користувачів Суецьким каналом (АКСК) будуть ті країни, які брали участь у другій Лондонській нараді з питання про Суецький канал і які підпишуться під цією декларацією. Всі інші країни могли приєднатися в разі згоди з критеріями, які встановлювалися асоціацією (ст. 1).

Передбачалося, що АКСК буде переслідувати такі цілі:

- 1) полегшувати всі кроки, які можуть призвести до остаточного або тимчасового вирішення проблеми Суецького каналу, і допомагати членам здійснювати свої права як користувачів Суецьким каналом відповідно до конвенції 1888 року при належному врахуванні прав Єгипту;
- 2) сприяти безпечному, організованому, успішному й економічному проходу через канал суден будь-якої країни-члена асоціації, яка бажає скористатися можливостями АКСК, і домагатися співпраці компетентних єгипетських органів влади для цієї мети;
- 3) надавати свої можливості суднам країн, які не є членами, але бажають скористатися ними;
- 4) отримувати, зберігати і використовувати доходи, які утворюються від зборів та інших сум, що користувачі каналу могли вносити АКСК, без шкоди існуючим правам в очікуванні остаточного врегулювання;
- 5) вивчати всі значні події, які впливають на рішення користуватися або не користуватися каналом, і доповідати про це членам;
- 6) допомагати вирішувати практичні проблеми, які виникають у результаті нездатності Суецького каналу задовільно виконувати свою звичайну задачу, для якої він призначений, і вивчати засоби, які можуть допомогти зменшити залежність від каналу;
- 7) сприяти здійсненню будь-якого тимчасового рішення «Суецької проблеми», яке може бути прийняте ООН (ст. 2).

Для здійснення зазначених цілей передбачалося, що члени будуть консультуватися один з одним у Раді, в якій буде представлений кожен член; ця рада створить виконавчу групу, якій вона зможе передати такі повноваження, які вважатиме за потрібне; буде призначено адміністратора, підлеглого Раді через виконавчу групу, який буде вести й необхідні переговори із судовласниками. Передбачалося, що від членства в АКСК можна буде відмовитися в будь-який момент, повідомивши про це за 60 днів (ст. 3).

Вірячи в успіх своєї акції, Англія і Франція внесли до Ради Безпеки ООН 5 жовтня 1956 року Спільний проект резолюції визнання згаданої вище асоціації, потім його було внесено ще й 13 жовтня 1956 року. Однак у такому вигляді, як це уявлялося Великобританії і Франції, а також їх союзником, ООН не збирався приймати проект, у якому настільки неоднозначно зневажалися суверенні права Єгипту. 13 жовтня 1956 року Рада Безпеки ООН прийняла Резолюцію, в якій зазначила зроблені в Раді заяви і звіти про хід попередніх бесід із питання щодо Суецького каналу, надані Генеральним Секретарем ООН і міністрами закордонних справ Єгипту, Франції та Англії.

Радбез погодився лише з тим, що будь-яке вирішення питання про Суецький канал має відповідати таким вимогам:

- 1) прохід через канал повинен бути вільний і відкритий, без явної чи прихованої дискримінації. Цим охоплювалися як політичні, так і технічні аспекти;
- 2) суверенітет Єгипту повинен поважатися;

¹ Асоціація користувачів Суецьким каналом була створена у вересні 1956 року західними державами, які прагнули знову відібрати в Єгипту контроль над Суецьким каналом. Асоціація повинна була керувати судноплавством по каналу, мати свій власний штат лоцманів і збирати з суден, які проходять через канал, плату за прохід. Ця організація повинна була узурпувати право єгипетської адміністрації, керуючої Суецьким каналом. Єгипет з самого початку відмовився визнавати цей незаконний орган.

- 3) експлуатація каналу повинна бути вилучена з політики всіх країн;
- 4) порядок встановлення зборів і мит повинен визначатися за згодою між Єгиптом і користувачами каналу;
- 5) справедлива частка із стягуваних коштів повинна призначатися для цілей розвитку;
- 6) у разі суперечок не вирішені справи між компанією Суецького каналу і єгипетським урядом повинні вирішуватися арбітражним судом, наділеним належною компетенцією, за наявності постанов про сплату можуть бути присудженими і відповідні кошти.

Однак викладених у резолюції Ради Безпеки принципів країни-агресори не збиралися дотримуватися. 30 жовтня Єгипет піддався озброєному нападу з боку Ізраїлю. Ввечері 31 жовтня англо-французька бомбардувальна авіація, яка базувалася на Кіпрі, почала нальоти на єгипетські міста. Крім мирного населення і об'єктів промисловості постраждав і сам об'єкт суперечки – Суецький канал. У цій ситуації Генеральна Асамблея ООН засудила агресорів (Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, прийнята у зв'язку з агресією Англії, Франції та Ізраїлю в Єгипті. 2 листопада 1956 року, 562 пленарне засідання), але вона виявилася безсилою. Тільки недвозначна загроза застосування з боку СРСР ядерної зброї зупинила розпочатий військовий конфлікт. Лише після цього Резолюцією 1000 (ES-1), прийнятою на 565 пленарному засіданні 5 листопада 1956 року, ООН створила надзвичайні збройні міжнародні сили для контролю за припиненням вогню.

Однак остаточне вирішення конфлікту ще не було завершено. Як спочатку в акті про націоналізацію і вказувалося уряд був Єгипту готовий компенсувати власникам акцій компанії їх вартість. Додатковим приводом для цього було те, що термін Концесії ще не закінчився. Сторонам знову довелося сісти за стіл переговорів. Результатом цієї діяльності стала угода між урядом Об'єднаної Арабської Республіки (в яку тоді входив Єгипет) і представниками акціонерів колишньої компанії Суецького каналу про виплату компенсації акціонерам компанії від 13 липня 1958 року. У результаті переговорів, які відбувалися взимку 1957-1958 рр. у Римі за посередництва Міжнародного банку реконструкції та розвитку, 13 липня 1958 року в Женеві між ОАР і колишньою компанією Суецького каналу було підписано остаточну угоду про виплату компенсації акціонерам цієї компанії.

Цим документом передбачалося, що сума компенсації буде виплачуватися протягом 12-річного періоду, починаючи з 1956 року і до 1968 року, тобто до закінчення терміну дії 99-річної концесії, наданої компанії Суецького каналу. В угоді зазначалося: «З метою повного і остаточного врегулювання питання про компенсацію, яка належить акціонерам і власникам установчих паїв у зв'язку із законом про націоналізацію № 285, виданим у 1956 році, і з метою повного врегулювання вимог осіб, які мають претензії до компанії, уряд ОАР внесе суму, рівну 28 300 тисячам єгипетських фунтів, і залишить акціонерам авуари, що знаходяться за межами Єгипту» (п. 1). У зв'язку з цим вказувалося, що акціонери візьмуть на себе відповідальність за всі борги і зобов'язання за межами Єгипту, починаючи з 26 липня 1956 року. Угода встановлювала також порядок розрахунків між урядом ОАР і акціонерами по пенсіях службовцям колишньої компанії Суецького каналу.

Відповідно до угоди (п. 5) платежі, згадані в п. 1, повинні проводитися так:

- а) первісна виплата в сумі 5,3 млн єгипетських фунтів на підставі мит, зібраних акціонерами в Парижі і Лондоні після 26 липня 1956 року;
- б) виплату решти суми (в єгипетських фунтах) передбачалося провести таким чином:

1 січня 1959 року	4 млн
1 січня 1960 року	4 млн
1 січня 1961 року	4 млн
1 січня 1962 року	4 млн
1 січня 1963 року	4 млн
1 січня 1964 року	3 млн

З підписанням і виконанням цієї Угоди Суецький канал став виключно єгипетською державною власністю. Всі інші раніше прийняті міжнародні та інші акти, за винятком Конвенції 1888 року, скасовувалися. Починалася нова історія Суецького каналу, який отримав зовсім інший правовий статус.

Анотація

У статті подано історико-правову характеристику процесу націоналізації Суецького каналу. Зазначається, що 26 липня 1956 року Президент Єгипту Г.А. Насер підписав декрет про націоналізацію «загальної компанії морського Суецького каналу». Документ встановлював, що ця єгипетська акціонерна компанія націоналізується. Все її майно, усі права та зобов'язання передавалися державі. Спроби західних держав спочатку дипломатичним шляхом, а потім і збройним змусити Єгипет відмовитися від націоналізації каналу через позицію СРСР та Організації Об'єднаних Націй зазнали невдачі. Міжнародний військовий контингент сил ООН розвів ворогуючі сторони. Угоду між урядом Об'єднаної Арабської Республіки (в яку тоді входив Єгипет) і представниками акціонерів колишньої компанії Суецького каналу про виплату компенсації акціонерам компанії було укладено 13 липня 1958 року.

Зроблено висновок, що з підписанням і виконанням цієї угоди Суецький канал став виключно єгипетською державною власністю. Всі інші раніше прийняті міжнародні та інші акти, за винятком Конвенції 1888 року, скасовувалися. Починалася нова історія Суецького каналу, який отримав зовсім інший правовий статус.

Summary

In the article are indicated that on July, 26 1956 p President of Egypt Г.А. Насер signed a decree about nationalization of "general company of the marine Suez channel". A document set that General Company of Marine Suez Channel (Egyptian stock association) was nationalized. All her property, all rights and obligations, was passed to the state.

Attempts of the western states at first by a diplomatic way, and in future and to compel Egypt armed to give up nationalization of channel through position of the USSR and United Nations tested failures. The international military contingent of forces of the UNO divorced quarreling parties. Between the government of the Incorporated Arabic Republic (Egypt was then included in that) and representatives of shareholders of former Company of the Suez channel about payment to indemnification to the shareholders of Company was made agreement on July 13 in 1958 the Suez channel became property of Egyptian states.

Використана література:

1. Суэцкий канал. Сборник документов. М. : ИМО, 1967. 178 с.
2. Декрет президента Египетской республики о национализации «Всеобщей компании морского Суэцкого канала». 26 июля 1956 г. Международная жизнь. 1956, № 9.
3. Заявление правительства СССР 9 августа 1956 г. Москва : «Известия», 10 августа 1956 г.
4. Известия, 21 августа 1956 г.
5. Известия, 30 августа 1956 г.
6. Известия 11 сентября 1956 г.
7. Declaration on the creation of an association of users Suez Canal. September 21, 1956 / Times, Sepi, 22. 1956.
8. Объединенные Нации. Совет Безопасности. Distr. General, S/3666.
9. Объединенные Нации. Совет Безопасности. Distr. General, S/3671.
10. Объединенные Нации. Совет Безопасности. Distr. General, S/3675.
11. Организация Объединенных Наций, Резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей на первой чрезвычайной специальной сессии с 1 по 10 ноября 1956 г. Дополнение 1 (A/3356), Нью-Йорк.
12. Резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей на Первой чрезвычайной специальной сессии с 1 по 10 ноября 1956 года, 565 пленарное заседание, 5 ноября. United Nations. URL: <https://undocs.org/ru/A/3354>.
13. А.Н. Николаев. Правовой режим Суэцкого канала и национализация Египтом Суэцкой компании. М. : Госюриздат, 1960. 175 с.

Viktoriia Melnyk,

Postgraduate Student

Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine

Improvement of the mechanism of administrative and legal protection of intellectual property rights in scientific and educational innovative activity of universities

Удосконалення механізму адміністративно-правового захисту права інтелектуальної власності в науково-освітній інноваційній діяльності вишів

Oleksiy Khymynets

Key words:

innovative educational activity, university science, intellectual property, intellectual product, administrative and legal support, mechanisms of improvement.

Ключові слова:

інноваційна освітня діяльність, університетська наука, інтелектуальна власність, інтелектуальний продукт, адміністративно-правовий супровід, механізми вдосконалення.

Ринок прав інтелектуальної власності, яка створюється у процесі інноваційної діяльності, сьогодні – один із найзначніших у світі щодо вартісних величин і динаміки позитивного розвитку країн.

У багатьох дослідженнях сучасних учених показано, що в країнах, де економіка розвивається на основі знань, основним джерелом одержання доходу поступово стають здібності, знання та вміння людей, що ефективно формуються у процесі науково-освітньої діяльності і становлять індивідуалізовану форму власності. Законодавство України у сфері науково-освітньої інноваційної діяльності охоплює всі загальновідомі об'єкти права інтелектуальної власності і загалом відповідає європейським і міжнародним нормам. Питання ролі й значення інноваційної діяльності як основи висхідного розвитку сучасних країн та адміністративно-правового захисту інтелектуальної власності, створеної у вишах, досліджували у своїх роботах вітчизняні і зарубіжні вчені, серед яких слід згадати В.Б. Авер'янова, О.М. Бандурку, В.А. Барбаша, Ю.Л. Бошицького, В.П. Ващенко, І.Г. Запорожця, Ф.О. Кіріленка, Г.І. Мальцева, М.В. Паладія, С.І. Хомаківського, І.А. Шишка, А.П. Шпака та інших.

Проте є низка питань щодо узгодження національного законодавства з нормами європейського законодавства та міжнародних угод, надзвичайно гостро стоїть питання підвищення ефективності адміністративно-правового захисту прав інтелектуальної власності, яка створюється викладачами та науковцями у процесі науково-освітньої інноваційної діяльності в університетах. Водночас можливості університетів розробляти та впроваджувати інноваційну продукцію обмежені, усе більшої актуальності набуває проблема адміністративно-правового супроводу науково-освітньої інноваційної діяльності та комерціалізації інтелектуальної власності. Крім того, правова культура науковців, викладачів і студентів українських вишів є не досить розвиненою, що актуалізує тему дослідження.

На відміну від природних ресурсів: землі, води, корисних копалин, запаси яких безперервно зменшуються, інтелектуальна власність є невичерпним ресурсом, тому в останні десятиріччя вона швидко замінює традиційні матеріальні активи, стає основною рушійною силою економічного і культурного розвитку суспільства. Охорона правовідносин у сфері інтелектуальної власності здійснюється через встановлення юридичної відповідальності за порушення прав на об'єкти права інтелектуальної власності. Одним із найбільш поширених видів юридичної відповідальності є адміністративна, яка настає за вчинення адміністративних правопорушень у зазначеній сфері.

Ще у 1999 р. Верховною Радою схвалено Концепцію науково-технічного та інноваційного розвитку України, у 2011 р. прийнято Закон «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні», а також вступила в дію «Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р.»¹.

¹ Химинець В.В. Інноваційна освітня діяльність : монографія. Тернопіль : Мандрівець, 2009. С. 186.

Про важливість і пріоритетність організації та здійснення науково-освітньої інноваційної діяльності наголошується, зокрема, в таких державних документах: Програма «Середньострокові пріоритетні напрями інноваційної діяльності галузевого рівня у сфері освіти» (Рішення Колегії МОН України від 29 травня 2003 р.); Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 р. (Указ Президента України № 344/2013 від 25 червня 2013 р.). Відповідно до Закону «Про освіту» (2016 р.) до пріоритетних напрямів науково-освітньої інноваційної діяльності ввійшли такі: дистанційні форми навчання; інноваційні технології навчання і виховання; інтерактивні та комп'ютерно-орієнтовані методи навчання з різних предметів і навчальних дисциплін; розроблення і впровадження новітніх дидактичних моделей та технологій профільного навчання; розроблення програмових засобів навчального та наукового призначення, новітніх програм, підручників, посібників і методичних матеріалів нового покоління, зокрема електронних².

Нестабільність умов для винахідницької та раціоналізаторської діяльності через, головним чином, погіршення матеріально-технічних і фінансових умов, недосконалість законодавства в інноваційній сфері зумовили, порівняно з 1990 р., зменшення кількості винахідників, авторів промислових зразків і раціоналізаторів майже на третину, а кількість підприємств, що беруть участь у створенні й використанні об'єктів інтелектуальної власності, – удвічі. Вкрай незначними є операції з укладання договорів на передачу прав щодо об'єктів інтелектуальної власності, яка створюється в науково-освітній інноваційній діяльності між освітніми, науковими й виробничими організаціями. Ще меншою є кількість проданих охоронних документів, ліцензій і зареєстрованих патентів на результати науково-освітньої інноваційної діяльності українськими авторами за межами країни.

Правовідносини у сфері інтелектуальної власності в нашій державі регулюються окремими положеннями Конституції України, нормами Цивільного, Кримінального, Митного кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення та спеціальними нормативно-правовими актами³. Законодавство України передбачає вирішення в адміністративному порядку широкого кола питань захисту прав інтелектуальної власності в науково-освітній інноваційній діяльності. Адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачена ст. 51-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП), настає у разі, коли зазначені дії не спричинили матеріальної шкоди у великому розмірі. В іншому випадку, відповідно до ст. 176 (Порушення авторського права і суміжних прав) Кримінального кодексу України (ККУ), передбачена кримінальна відповідальність за незаконне відтворення творів науки, літератури і мистецтва, навчальних програм і підручників, комп'ютерних програм і баз даних, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі або якщо такі дії вчинені службовою особою з використанням службового становища⁴.

Головним органом, який забезпечує реалізацію державної політики у сфері інтелектуальної власності, є Державна служба інтелектуальної власності України (далі – ДСІВ України). У жовтні 2013 р. Указом Президента України встановлено, що діяльність ДСІВ спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. Основними завданнями ДСІВ України є реалізація державної політики у сфері інтелектуальної власності, внесення на розгляд Кабінету Міністрів пропозицій щодо формування державної політики у сфері інтелектуальної власності⁵.

В Україні здійснено певні дієві кроки для запобігання порушенню прав інтелектуальної власності і на регіональному рівні у науково-освітній діяльності. Зокрема, рішенням Кабміну України (від 19 листопада 2012 р. № 38220/7/1-12) доручено обласним (міським) державним адміністраціям створити та забезпечити діяльність регіональних Координаційних рад із боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності. Ці регіональні консультативно-дорадчі органи покликані забезпечити координацію роботи всіх правоохоронних і контролюючих органів виконавчої влади з порушеннями прав інтелектуальної власності та запровадити дієві механізми припинення обігу товарів, виготовлених із порушенням прав інтелектуальної власності. На виконання цього рішення МОН України зобов'язане створювати відповідні структури для

² Старостіна А.О., Кравченко В.А. Інтелектуальна власність у вищій школі: передумови ефективного використання та ризики створення і комерціалізації. URL: http://cstei.lviv.ua/upload/pub/Innov/1355905668_66.pdf.

³ Петрова І.Л., Шпильова Т.І., Сисоліна Н.П. Інноваційна діяльність: стимули і перешкоди : монографія. Київ : Дорадо, 2010. С. 10–20.

⁴ Цибулько П.М., Корсун В.Ф. Комерціалізація інтелектуальної власності університетами та науковими установами: досвід США та можливості його використання в Україні. Наука та інновації. 2014. Т. 10. № 3. С. 47–57.

⁵ Шпак А. П. Проблемні питання адміністративно-правового забезпечення охорони прав інтелектуальної власності в Україні. Право та інновації : науково-практичний журнал. 2014. № 4(8). URL: <http://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2015/037Shpak8.pdf>.

розгляду та проведення фахових консультацій з основних питань науково-освітньої діяльності⁶. Відповідні консультативно-дорадчі органи можуть утворюватися і на місцевому рівні, на рівні областей при ОДА. Відносини юридичних і фізичних осіб, що ініціюють і ведуть науково-освітню інноваційну діяльність, регулюються положенням «Про порядок здійснення інноваційної освітньої діяльності», яким закріплюється право автора на розроблену інновацію, регламентуються дії учасників інноваційного освітнього процесу⁷.

Незважаючи на певні здобутки, правовідносини у сфері науково-освітньої інноваційної діяльності, на думку багатьох дослідників, потребують подальшого вдосконалення і насамперед адаптації до відповідного законодавства ЄС. Найчастіше мову ведуть про утворення структур, які не тільки координують інноваційну діяльність у масштабах галузі чи окремих регіонів, але й здатні проводити експертизу науково-освітніх інноваційних проєктів і наділені можливостями інвестувати фінансові ресурси у найбільш значущі проєкти. Важливо, щоб такі структури допомагали авторам не лише у розробленні інновацій, але й у поширенні їх не тільки в межах країни, а й в межах міждержавних угод.

Проблема полягає ще й у тому, що часто інтелектуальний, насамперед теоретичний, продукт (нова ідея, фундаментальні наукові висновки та пояснення, теорія тощо), створений у процесі науково-освітньої діяльності, складно обґрунтувати і оформити в режимі інтелектуальної власності. Науково-освітня інноваційна діяльність створює нову інформацію і відрізняється від традиційного матеріалізованого виробництва. Створений у виробничій сфері матеріалізований продукт виробник продає і втрачає право на нього. Автор інтелектуальної власності, яка підпадає під дію авторського права, може продавати створений продукт багато разів. У законодавстві авторських і суміжних прав потрібно враховувати, що відрив вартості продукту інтелектуальної діяльності від самої праці може бути дуже великим.

Право на використання результатів науково-освітньої діяльності (підручник, науково-методичний посібник, наукова публікація, твір тощо) та право дозволяти або забороняти її використання іншими особами є виключними майновими правами автора наукової праці, і відчуження цих прав здійснюється лише за домовленістю сторін на підставі авторського договору (ст. 15, ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Право авторства належить до особистих немайнових прав автора, яке не підлягає відчуженню і передбачає визнання іншими особами зазначеного права за автором шляхом зазначення належним чином імені автора на науковій праці та її примірниках і за будь-якого публічного використання праці (ч. 1 п. 1 ст. 14 вищезазначеного Закону)⁸.

На практиці в науково-освітній діяльності одним із найбільш поширених порушень є плагіат, що, згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права», визначається як оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужої праці під іменем особи, яка не є автором цього твору (ст. 50). Плагіат у таких сферах науково-освітньої діяльності, як підготовка монографій, підручників, начальних-методичних посібників, особливо під час написання дисертаційних робіт, подеколи розглядається не як правопорушення, а як обов'язкова частина наукової роботи. Часто плагіат є у замаскованому вигляді, коли чужі ідеї використовуються не в початковому вигляді, а в поєднанні частин чи перефразуванні текстових фрагментів із частинами інших публікацій.

Ще одним проблемним питанням є можливість без згоди автора будь-кому вільно використовувати наукові та освітні праці в обсязі, виправданому поставленою метою. Закон вимагає лише посилання на джерело цитування. Проблемним є те, що виправданість обсягу вільного використання чужої наукової праці в кожному конкретному випадку може бути різною і досить важко встановити наявності чи відсутності порушення в цьому плані. Проблема бачиться в тому, що згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» правова охорона поширюється тільки на форму вираження наукової праці і не поширюється на ідеї, теорії, принципи, методи, процедури тощо. Закон відповідно до цієї статті дає змогу використовувати результати чужих досліджень через трактування їх іншими словами, що теж є різновидом плагіату та значним порушенням авторських прав. На нашу думку, слід законодавчо встановити допустиме використання чужих наукових ідей, результатів і опублікованих праць і відповідальність за плагіат і запозичення наукових ідей.

⁶ Клімова Г.П. Парадигмальні концепти інноваційного розвитку вищої освіти в Україні. Право та інновації. 2015. № 1(9). С.16.

⁷ Барбаш В. А., Бояринова К.О. Інноваційне середовище на базі університету дослідницького типу. URL: <http://www.nbuv.gov.ua>.

⁸ Вахоньєва Т.М. Плагіат як різновид порушення авторських прав за законодавством України. URL: <http://law-property.in.ua/articles/article-3-of-the-c>.

Формування правової охорони інтелектуальної власності в Україні відбувається в умовах, коли в розвиненому світі вже сформувалася глобальна система регулювання охорони прав інтелектуальної власності. Значну роботу в цьому напрямі здійснюють Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі – BOIB) та Світова організація торгівлі (далі – COT). Крім того, в останні роки Україна значно активізувала процес входження в європейські структури, що регулюють інноваційну освітню і наукову діяльність та інтелектуальну власність, і вже є учасницею більшості міжнародних конвенцій і договорів у цій сфері. Проблемою залишається незавершеність процесів входження в ЄС та забезпечення участі в Угоді COT про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Не завершено і процес приєднання до низки міжнародних угод і конвенцій BOIB, на основі яких будується сучасне європейське право захисту прав інтелектуальної власності⁹.

Тільки вдосконалення наявного поля адміністративно-правової відповідальності за порушення права інтелектуальної власності в науково-освітній інноваційній діяльності дасть змогу вдосконалити норми матеріального права та підвищити ефективність механізму охорони прав інтелектуальної власності. Крім того, встановлення сучасного інституту власності, особливо в сфері інноваційної діяльності наукових і науково-педагогічних працівників, на нашу думку, є одним із стратегічних напрямів укріплення позицій вітчизняної науки й освіти на світовому ринку та необхідною умовою накопичення наукового потенціалу і розвитку сучасної економіки знань.

В Україні давно назріла необхідність внести до Державного бюджету статтю фінансування видатків на розвиток науково-освітньої інноваційної діяльності, комерціалізацію запатентованих освітніх і науково-педагогічних досягнень, охорони інтелектуальної власності, модернізацію, технічне і технологічне переоснащення бази державних установ цієї сфери, забезпечення їх новітніми інформаційними технологіями, створення системи й ефективного регулювання розмірів винагороди новаторам і винахідникам.

Серед головних причин недостатнього рівня запровадження та неналежної ефективності охорони інтелектуальної власності українських фізичних і юридичних осіб за межами країни слід назвати відсутність у держави коштів на патентування та здійснення реєстраційних процедур за кордоном, низький рівень правової культури в країні, відсутність належних знань й інформації про порядок захисту інтелектуальної власності, законодавчу неврегульованість в Україні питань трансферу технологій та переміщення їх через митний кордон.

Неврегульованими залишаються і питання інтелектуальної спадщини колишнього СРСР, після розпаду якого у Росії залишилося близько 1 млн охоронних документів на винаходи під грифом «Для службового користування» та «Таємно», які ніколи не публікувалися й можуть бути перетворені на патенти. За розрахунками фахівців, приблизно третина із них належить українським ученим і винахідникам, частина з них – уже перетворена в патенти Російської Федерації¹⁰. Така ситуація часто ускладнює експорт високо-технологічної продукції українських підприємств на європейські та світові ринки.

Саме тому фахівці підтримують ідею внесення змін у Закон України «Про охорону прав на винаходи й корисні моделі», Кримінальний кодекс України щодо кримінальної відповідальності за подачу заявок на винаходи в інші держави до подачі їх у національне патентне відомство. Дуже важливим є створення Патентного суду України як органу спеціальної компетенції, уповноваженого розглядати спірні питання в сфері науково-освітньої інноваційної діяльності та інтелектуальної власності в порядку адміністративного судочинства, зокрема питання захисту від недобросовісної конкуренції, піратства, плагіату тощо¹¹.

До проблем у галузі адміністративно-правового захисту інтелектуальної власності, яка створюється в науково-освітній інноваційній діяльності, слід також віднести низький рівень правової культури; недооцінку економічного значення охорони інтелектуальної власності серед суб'єктів цього права та в суспільстві загалом; відсутність правової практики та досвіду впровадження ефективних попереджувальних заходів у сфері інтелектуальної власності тощо.

⁹ Шаповал Р.В., Шпак А.П. Адаптація чинного законодавства України до вимог Європейського Союзу щодо захисту прав інтелектуальної власності. Право та інновації : науково-практичний журнал. 2015. № 2 (10). С. 33.

¹⁰ Мотышина М.С., Шарица О.Г. Особенности классификаций инновации вузов. Правовое поле современной экономики. 2012. № 10. С. 7–11.

¹¹ Шпак А.П. Правові засади охорони права інтелектуальної власності у сфері освіти. Право і безпека. 2014. № 4 (55). С. 230–233.

Доречним видається розпочати широкомасштабну науково-популярну кампанію в українських ЗМІ та на каналах центрального телебачення і радіомовлення, спрямовану на формування в населення України правової культури, поваги до інноваційної освітньої та науково-педагогічної діяльності, праці новаторів, інтелектуальної власності, до базових знань про права власників інтелектуального продукту й механізми його охорони та бажання інноваційно діяти у всіх сферах життєтворчого процесу.

Висновки. Національне законодавство права інтелектуальної власності є складним, некодифікованим, розрізненим, досить часто положення нормативно-правових актів суперечать одне одному, що спричиняє проблеми під час застосування таких норм у практичній діяльності. У найбільш загальному випадку законодавство України у сфері інтелектуальної власності не в повному обсязі відповідає міжнародним стандартам і не забезпечує належного захисту авторського права.

Чинне законодавство України у сфері захисту права інтелектуальної власності, яка створюється в сучасній науково-освітній інноваційній діяльності, потребує кодифікації, в основу якої доречно закласти відповідні кодифіковані акти провідних європейських держав, але використати їх із врахуванням особливостей створеної національної правової системи. Слід розпочати підготовку законопроектів щодо: охорони комерційної таємниці, включно з питанням ноу-хау; правової охорони раціоналізаторських пропозицій; трансферу технологій (включно з регулюванням питань патентування винаходів за кордоном, питання передачі технологій під час виїзду фізичних осіб за кордон); оцінки інтелектуальної власності; а також розробити методику оцінки вартості прав інтелектуальної власності у сфері науково-освітньої інноваційної діяльності.

Удосконалення також потребують питання, що пов'язані з подальшою гармонізацією національного законодавства та європейського з окремих питань захисту прав інтелектуальної власності: способи застосування судових заборон для врахування інтересів третьої сторони, регламентація процедури з отримання інформації та вилучення з ринку контрафактних товарів, усунення товарів із порушеннями прав та обладнання, що використовується для виробництва піратської продукції, накладення санкцій тощо.

У практичній площині відсутні механізми стимулювання розробників інноваційних проєктів, що впливає на мотиваційний складник процесу і значно знижує його ефективність. Систематично виникають проблеми з порушенням авторських і суміжних прав у сфері інтелектуальної власності, чинне законодавство не в повному обсязі відповідає міжнародним стандартам, низьким залишається рівень правової культури і свідомості громадян у питаннях охорони та захисту прав на об'єкти права інтелектуальної власності.

Анотація

Аналізується адміністративно-правовий супровід науково-освітньої інноваційної діяльності професорсько-викладацького складу, науковців, аспірантів і студентів вишу. Показано, що сучасні виші відіграють важливу роль у розвитку інноваційної діяльності не лише як установи, що продукують інтелектуальну власність через процес учіння і виховання, науково-дослідну діяльність, але і як організації, в яких зароджується інноваційний бізнес і які стимулюють появу та зростання нових інноваційних підприємств.

Summary

The administrative and legal support of scientific and educational innovation activity of the teaching staff, scientists, graduate students and students of the university is analyzed. It is shown that modern universities play an important role in the development of innovative activity not only as institutions that produce intellectual property through the process of learning and education, research, but also as organizations in which the innovative business is born and which stimulate the emergence and growth of new innovative enterprises.

Використана література:

1. Химинець В.В. Інноваційна освітня діяльність : монографія. Тернопіль : Мандрівець, 2009. 360 с.
2. Старостіна А.О., Кравченко В.А. Інтелектуальна власність у вищій школі: передумови ефективного використання та ризики створення і комерціалізації. URL: http://cstei.lviv.ua/upload/pub/Innov/1355905668_66.pdf.
3. Петрова І.Л., Шпильова Т.І., Сисоліна Н.П. Інноваційна діяльність: стимули і перешкоди : монографія. Київ : Дорадо, 2010. 320 с.
4. Цибулько П.М., Корсун В.Ф. Комерціалізація інтелектуальної власності університетами та науковими установами: досвід США та можливості його використання в Україні. *Наука та інновації*. 2014. Т. 10. №3. С. 47–57.
5. Шпак А.П. Проблемні питання адміністративно-правового забезпечення охорони прав інтелектуальної власності в Україні. *Право та інновації : науково-практичний журнал*. 2014. № 4 (8). URL: <http://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2015/037Shpak8.pdf>.
6. Клімова Г.П. Парадигмальні концепти інноваційного розвитку вищої освіти в Україні. *Право та інновації*. 2015. № 1 (9). С. 11–18.
7. Барбаш В.А., Бояринова К.О. Інноваційне середовище на базі університету дослідницького типу. URL: <http://www.nbuv.gov.ua>.
8. Вахоньєва Т.М. Плагіат як різновид порушення авторських прав за законодавством України. URL: <http://law-property.in.ua/articles/article-3-of-the-c>.
9. Шаповал Р.В., Шпак А.П. Адаптація чинного законодавства України до вимог Європейського Союзу щодо захисту прав інтелектуальної власності. *Право та інновації: науково-практичний журнал*. 2015. № 2 (10). С. 32–36.
10. Мотышина М.С., Шарипа О.Г. Особенности классификаций инновации вузов. *Правовое поле современной экономики*. 2012. № 10. С. 7–11.
11. Шпак А.П. Правові засади охорони права інтелектуальної власності у сфері освіти. *Право і безпека*. 2014. № 4 (55). С. 230-233.

Oleksiy Khymynets,
Graduate Student of the Department of Administrative,
Financial and Information Law of the Law Faculty
Uzhhorod National University

Plagiarism through the lens of academic freedom and academic integrity

Плагіат крізь призму академічної свободи та академічної доброчесності

Olesia Chepys

Key words:

plagiarism, academic freedom, academic integrity, responsibility, interests.

Ключові слова:

плагіат, академічна свобода, академічна доброчесність, відповідальність, інтереси.

Problem statement. Having embarked on the path of the European integration Ukraine has begun work on adapting the national legislation to the requirements and standards of the EU legislation. Ukraine's way to the European Union is paved by observing the fundamental principles of a democratic society, including academic freedom and academic integrity. However, until 2017, academic integrity in Ukraine was only a mere declaration. The adoption of the Law of Ukraine "On Education" has improved the situation. Now, the key provisions on academic integrity, cases of its violation and academic responsibility are determined at the legislative level. Despite this, today we face numerous cases of academic plagiarism. The lack of public awareness and the lack of wide coverage of the problem of violation of intellectual property rights as a result of academic plagiarism creates the impression in society about the absence of this problem as such.

Review of the recent research literature. Many research works have been devoted to copyright protection and rights protection against plagiarism. Among scholars who deal with the mentioned issues are: K. Afanasieva, I. Brus, T. Vakhoniev, H. Hrabovska, O. Zhylinkova, V. Zelenetskyi, Yu. Kalynovskyi, O. Kokhanovska, O. Melnyk, M. Mints, O. Orliuk, O. Pidopryhora, I. Petrenko, O. Pikhurets, I. Poralo, A. Sinhaivska, O. Kharytonova, R. Shyshka, O. Shtefan, D. Shevchuk, H. Ulianova and others. Such foreign researchers as N. Tolochkova, T. Yaku-sheva, I. Glendinning, I. Heckhem, H. Tummers, T. Bretag, R.D. Mawdsley, T. Fishman and others are worth mentioning. Issues of academic freedom were considered in the research works of such well-known experts in the field of constitutional law, as L. Alexander, V. van Alstine, A. Dawson, K. Yokoyama, I. Ordorika, R. Post, D. Rabban, K. Russell, K. Smith, R. Stendler, M. Tait, F. Hutcheson, S. Hook, and E. Shills.

Results and Discussion. Copying as a fact of the appropriation of somebody's cultural and intellectual achievements has deep historical roots and is not a new phenomenon¹. The word "plagiarism" is similar to the Latin "plagium", meaning "a theft". Plagiarism is a socially dangerous act which has been known since ancient times. L.A. Alokina stresses that even at that time some scholars viewed it as an immoral deed and the others considered it equivalent to an aggravated attack. According to the Old Greek tradition, manuscripts of the most famous dramatic works "were deposited in the official archives in order to be able to check whether the play corresponded to the original text"².

The situation changed drastically when the German inventor Johannes Guttenberg invented the printing press (his printing experiences date back to 1440–1448). The development of printing technique has led to the fact that the works became the subject of trade and began to generate income for their authors. This led to the emergence of the clear legislative framework on the protection of authors' rights. So the world's first copyright law, the Statute, was adopted in England by Queen Anne, it came into force in 1710. The novelty of this document enshrined the author's exclusive right to reprint his work within 14 years from the date of its first publication. Particular attention was also paid to the protection against illegal copying of already published works: the

¹ Мінц М. Плагіат як прояв девіантності : спроба соціологічного аналізу. Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. Серія : Соціологія. 2012. Вип. 172. Т. 184. С. 39.

² Алехина Л. Генезис категорий «интеллектуальная собственность» и «исключительные права» в теории права XVIII — начало XX вв. (теоретико-правовой и историко-правовой аспекты) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2006. С. 22.

published works had to be registered at the Book Publishing Center, and their copies had to be deposited for the use in universities and libraries (the number of copies was nine)³.

In the nineteenth century, as the international trade was developing, there appeared the need for the supra-national regulation of copyright protection of works. It was solved by signing the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works in 1886, and later – the Universal (Geneva) Copyright Convention in 1955. The present still goes through this stage of development of intellectual property law in general and copyright law in particular; it is characterized by the internationalization of the legal protection of intellectual property.

At the present stage, Ukraine has set a course for European integration and has identified the adaptation of Ukrainian legislation to the requirements and standards of the EU legislation as one of the main areas of legal policies. The implementation of the principles of academic integrity in educational and scientific activities is the way of the national science to integrate into the European scientific community⁴.

According to Art. 42 of the Law of Ukraine "On Education", academic integrity is viewed as a set of ethical principles and the rules, determined by law, which the participants of the educational process should be guided by in the course of learning, teaching and conducting scientific (creative) activities in order to ensure confidence in the learning results and/or scientific (creative) achievements⁵.

The Ukrainian researcher E. Shestakova thinks that academic integrity is not only zero tolerance for plagiarism, it is also a struggle for the quality of the educational and scientific process... However, professional and ethical responsibility for the quality of a scientific work has not yet gained the sufficient value, it has not become the decisive factor of social and professional reputation of a researcher, educator⁶. Taking into account a huge number of cases of infringing ethical rules, principles, which the participants of the educational process should be guided by during training, teaching and conducting scientific (creative) activities in order to ensure confidence in the learning outcomes and / or scientific (creative) achievements, the notion of "academic responsibility" was introduced⁷. According to Part 6 of Article 42 of the Law of Ukraine "On Education" in case of academic integrity violations, those who study in educational establishments may be held accountable for them. Hence, the following types of academic responsibility (liability) may be resorted to: repeat assessment (tests, examinations, pass/fail tests, etc.); the repeating of courses (studying the respective educational component of the educational program repeatedly); the exclusion from an educational institution (except for persons receiving general secondary education); the deprivation of an academic scholarship; the deprivation of educational benefits provided by the educational institution⁸.

It is important for Ukraine on the road to European integration to observe the principle of academic freedom, which is adhered to by all EU Member States, as well as the United States, Canada and many other developed countries. Academic freedom is regarded in the world as the key principle of university life that enables a university to successfully fulfill its social functions. Academic freedom is an opportunity for a member of the academic community to think and act independently, without any influence on the part of the administration of this educational institution, state authorities, third parties. Certainly, academic freedom is limited by the norms of the statute, internal regulations, such as class schedules, the specialization of departments, etc. The guarantee of the right to academic freedom is the prohibition of the censorship of creative activity⁹. J. Vrielink, P. Lemmens and S. Parmentier include three aspects in the concept of "academic freedom":

³ Інтелектуальна власність : навч. посібник / за ред. В. Мартинюка. Тернопіль : THEU, 2015. 360 с. URL: https://pidruchniki.com/91203/pravo/evolyutsiya_sistemi_zagalnogo_prava_angliya.

⁴ Князевіч А. Шляхи інтеграції України до Європейського наукового співтовариства. Академічна доброчесність: виклики сучасності : зб. наук. есе учасн. наук. стаж. для освітан. Республіка Польща, Варшава, 5–17 листопада 2018 р. Варшава, 2018. С. 86, 88.

⁵ Про освіту : Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19?find=1&text=%22плагіат%22#w11>.

⁶ Шестакова Н. Академічна мантия голого короля, або Про фабрики дисертаційного словоблуддя. Людина, наука, здоров'я. № 45 (441). 23 листопада 2019. С. 13.

⁷ Тицька Я. «Академічна доброчесність» та «академічна відповідальність» у забезпеченні якості освіти. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 11. С. 193.

⁸ Про освіту : Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19?find=1&text=%22плагіат%22#w11>.

⁹ Давидова Н. Академічна свобода та автономія закладу освіти: межі здійснення. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 6. С. 22.

1. *Individual right* (hereinafter *ours* – O. Chepys) to freedom of expression for members of the academic community (both the staff and students), for example, freedom of opinion and expression, as well as freedom of assembly.
2. *Collective or institutional right* to the independence of universities in general or its units in particular (faculties, etc.).
3. The corresponding *obligation of state bodies* to respect academic freedom, to take measures to ensure the effective use of this right and its protection.

Academic freedom as an individual right, in turn, includes a system of complementary rights of teachers and students, and contains the following interrelated aspects: 1) freedom of learning; 2) freedom of teaching; 3) freedom of research and information; 4) freedom of expression and publication (including the right to an error), etc.¹⁰

The Universal Declaration of Human Rights states that everyone has the right to freedom of thought, to freedom of opinion and to freedom of expression; this right includes the freedom to freely adhere to one's own beliefs and the freedom to seek, receive and impart information and ideas by any means, regardless of national borders. Everyone has the right to the protection of his/her moral and material interests which are the result of scientific, literary or artistic works authored by him/her¹¹. And according to Art. 54 of the Constitution of Ukraine, citizens are guaranteed freedom of literary, artistic, scientific and technical creativity, the protection of their intellectual property and copyright, moral and material interests arising in connection with various types of intellectual activity¹².

In view of the above-mentioned, we believe that academic freedom should be restricted only to academic integrity.

The Law of Ukraine "On Education" in Article 42 determines the types of violations of academic integrity, among which are the following: 1) academic plagiarism – the publication (partially or fully) of scientific (creative) results obtained by other persons as the results of their own research (creativity) and/or the reproduction of the published texts (the works of art which were made public) by other authors without attribution; 2) self-plagiarism – the publication (partially or fully) of their own previously published scientific results as the new scientific findings; 3) deception – the deliberate provision of false information about their own educational (scientific, creative) activities or the organization of the educational process; the forms of deception are academic plagiarism, self-plagiarism, fabrication, falsification and copying.

The Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" defines *plagiarism* as the publication (making public), fully or partially, of someone else's work under the name of the person who is not the author of this work¹³. In the Glossary of the official website www.plagiarism.org, the term "plagiarism" is defined as "reproduction or appropriation of someone else's work as one's own without indicating the author"¹⁴. According to the Ethics Code of Scientists of Ukraine, the scientist must resolutely expose the facts of plagiarism and other forms of copyright infringement¹⁵.

O.A. Leontovych notes that ethical norms can be reduced to the following main categories: 1) honesty and integrity in conducting research; 2) recognition of the intellectual contribution of other researchers; 3) public relations; 4) moral values that are approved or refuted by scientific research¹⁶. So honesty in conducting scientific research implies in particular: the reliable presentation of the material, the proper conducting of research, experiments with the provision of the true results, and not the falsified ones for the sake of convenience or making the work seem more scientific; references exclusively to those sources, methods that have been analyzed and used by the researcher¹⁷.

¹⁰ Vrieling J., Lemmens P., & Parmentier S. Academic freedom as a fundamental right. Advice paper. № 6. DECEMBER, 2010. P. 24.

¹¹ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. Голос України. 2008. № 236.

¹² Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. ст. 141.

¹³ Про авторське право і суміжні права. Закон України від 23 грудня 1993 р. No 3793-XII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. No 13. С. 64.

¹⁴ Glossary URL: <http://www.plagiarism.org/plagiarism-101/glossary>.

¹⁵ Етичний кодекс ученого України. URL: <http://znc.com.ua/ukr/news/2009/20090123ethic.php>.

¹⁶ Леонтович О. Етика научних досліджень. Известия Волгоградского государственного педагогического университета. 2011. Вып. 8. Т. 62. С. 102.

¹⁷ Ульянова Г. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. 2015. С. 20.

Zh. Kydyralina's opinion on plagiarism appears to be interesting for us. She believes that plagiarism is a harmful social phenomenon that must be combated ... It is a pernicious phenomenon, which is as socially dangerous as corruption. Our response to plagiarism is always a peculiar and effective indicator of social and moral health or the defects of society, ethical orientations and attitudes in it¹⁸.

Summarizing the aforementioned approaches to defining and understanding the essence of the notion «plagiarism», we conclude that academic plagiarism is, unequivocally, a quasi-scientific (pseudoscientific) activity or, in other words, an imitation of scientific research. There arises the question: what are the specific negative consequences of plagiarism? First of all, plagiarism is the violation of ethical norms. In this sense, it is the manifestation of unscrupulous, unprofessional behavior, the neglect of such ethical norms as: integrity, professional honesty, respect, professionalism, competence¹⁹. In addition, plagiarism as a negative phenomenon violates three levels of interests: *private* (creators'), *public* (society does not receive reliable information from the real creators of objects of the right of intellectual property) and *state* (pseudoscientists cause great damage to the development of science as a whole, and also lead to the misuse of budgetary funds allocated for financing the basic research and paying salaries)²⁰. E. Shestakova expresses a rather rigid position on plagiarism. Plagiarists, who already hold academic degrees and titles, proceed with producing quasi-scientific texts... and today they remain experts, advisers, heads of various state institutions, establishments, they are members of scientific, specialized academic councils, different commissions, etc. She is of the opinion that if we want to build a civilized society, we will not be able to do this until we are surrounded by such "experts", "the naked king's retinue"; the systematic radical revision of the scientific and educational space has to be carried out. Not only foreign but also domestic experts with an unblemished socio-professional reputation are to be involved in the process, and in no case should plagiarists be rescued with the help of the euphemism of "low academic quality"²¹.

The enshrining of the provisions on academic plagiarism in the Law of Ukraine "On Higher Education" and "On Education" was a new impetus in the fight against this negative phenomenon in modern science, because Ukrainian universities have already joined the international struggle against academic plagiarism. The University Provisions on the Prevention of Plagiarism envisages the procedure for checking student works before they are defended. It is usually suggested that programs like Anti-Plagiarism be used, but none of them has been certified by the Ministry of Education and Science of Ukraine. On April 4, 2018 the Ministry of Education and Science of Ukraine signed the Memorandum with the company "Anti-plagiarism", due to which Ukrainian universities will receive free access to another modern service for checking scientific works for plagiarism in order to eradicate academic dishonesty. The document provides free access to the Unicheck service (<https://unicheck.com/>), where you can check the work for plagiarism²². Unfortunately, schools have not been included in this process yet. Assumingly, this situation can be explained by the lack of tools and owing to the fact that teachers are overloaded.

Admittedly, there are some distortions as well. In particular, the coincidence of the texts of works citing the provisions of normative acts is recognized as plagiarism on formal grounds. Such facts of mechanical evaluation of scientific works on legal problems are becoming more and more frequent. But the texts of normative acts, citations of decisions of courts and other state authorities cannot be considered plagiarism. Therefore, accusations of plagiarism in such cases are groundless, which should be taken into account working in the systems of "Anti-plagiarism"²³. Hence, it can be stated that the results obtained from processing information by means of special programs and services detecting the borrowed texts cannot be the only circumstances that allow to make reasonable conclusions about the presence or absence of signs of plagiarism in the scientific work; they can be used by a forensic expert only as an additional tool of the rapid search for the borrowed parts of the text with the further analysis of such parts in view of their size, content and form²⁴.

¹⁸ Кыдыралина Ж. Борьбу с плагиатом в науке нужно вести открыто и решительно. Информационно-аналитический центр. URL: <http://ia-centr.ru/expert/18579>.

¹⁹ Ульянова Г. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. 2015. С. 41.

²⁰ Ульянова Г. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. 2015. С. 9–10.

²¹ Шестакова Н. Академічна мантия голого короля, або Про фабрики дисертаційного словоблуддя. Людина, наука, здоров'я. № 45(441). 23 листопада 2019. С. 13.

²² За матеріалами офіційного сайту Міністерства освіти і науки України. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-zaluchaye-bil-she-resursiv-dlya-perevirki-na-plagiat-pidpisano-memorandum-z-kompaniyeyu-antiplagiat>.

²³ Шишка Р. Плагіат та його прояви і небезпеки. Часопис Київського університету права. 2014. № 4. С. 172.

²⁴ Сопова К. Методи виявлення плагіату в наукових публікаціях. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2017. № 4. С.36.

Taking into account the aforementioned, attention should be focused on the fact that according to Article 10 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights", the following ones are not subject to copyright, and therefore it is impossible to perform actions, related to them, which are recognized as plagiarism: a) reports about the news of the day or current events in the nature of regular press information; b) folklore; c) official documents published by public authorities within their powers and their official translations; d) the state symbols of Ukraine, state awards; the symbols and signs of state authorities, of the Armed Forces of Ukraine and other military units; the symbols of territorial communities; the symbols and signs of enterprises, institutions and organizations; e) currency notes; f) time schedules per transport means, TV and radio broadcast schedules, telephone directories and other similar databases that do not meet the criteria of originality and which are subject to sui-generis law (a peculiar law, a special kind of law). To lawfully borrowed text fragments in the scientific field also belong, in particular, those determined in Article 21 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights": the use of quotations (short excerpts), that is, citations in a scientific work which were taken from works of other researchers, indicating the name of the author and the source of borrowing; the use of literary and artistic works to the extent justified by the intended purpose as illustrations in publications, TV programmes, sound and video recordings of an educational nature²⁵. In addition, it is legitimate to use the specific terminology, established knowledge and expressions which are common in a particular field.

Hence, based on the conducted analysis we can draw the following **conclusions**. The principle of academic freedom in all its volume and content, in no case can justify academic plagiarism. Academic plagiarism is definitely a quasi-scientific (pseudo-scientific) activity; it always encroaches copyrighted objects; it is one of the most common infringements of the principle of academic integrity. An important step in the fight against this negative phenomenon in Ukraine is the introduction, along with traditional types of legal responsibility (disciplinary, civil, administrative and criminal), of a new one – "academic responsibility" – which, certainly, has every chance of becoming an effective means in a difficult and a long journey to eradicate academic plagiarism.

Summary

The article analyzes the essence of plagiarism in the context of such basic principles as academic freedom and academic integrity. Attention is drawn to the legal nature of plagiarism in general and academic plagiarism in particular. The article studies the provisions of the Law of Ukraine "On Education", which enshrines the key provisions on academic integrity, types of its violation and introduced a new type of responsibility – academic responsibility.

Анотація

У статті проаналізовано сутність плагіату в контексті таких базових принципів, як академічна свобода та академічна доброчесність. Звернуто увагу на юридичну природу плагіату загалом та академічного плагіату зокрема. Досліджено положення Закону України «Про освіту», який закріпив ключові положення про академічну доброчесність, види її порушення та ввів новий вид відповідальності – академічну відповідальність.

Використана література:

1. Алехина Л. Генезис категорий «интеллектуальная собственность» и «исключительные права» в теории права XVIII — начала XX вв. (теоретико-правовой и историко-правовой аспекты) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2006.
2. Давидова Н. Академічна свобода та автономія закладу освіти: межі здійснення. *Підприємництво, господарство і право*. № 6. 2018. С. 21–24.
3. Етичний кодекс ученого України. URL: <http://znc.com.ua/ukr/news/2009/20090123ethic.php>.

²⁵ Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3793-ХІІ. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 13. С. 64.

4. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. *Голос України*. 2008. № 236.
5. За матеріалами офіційного сайту Міністерства освіти і науки України. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-zaluchaie-bilshe-resursiv-dlya-perevirki-na-plagiat-pidpisano-memorandum-z-kompaniyeyu-antiplagiat>.
6. Інтелектуальна власність : навч. посібник / за ред. В.П. Мартинюка. Тернопіль : ТНЕУ, 2015. 360 с. URL: https://pidruchniki.com/91203/pravo/evolyutsiya_sistemi_zagalnogo_prava_angliya.
7. Князевич А. Шляхи інтеграції України до Європейського наукового співтовариства. Академічна доброчесність : виклики сучасності : зб. наук. есе учасн. наук. стаж. для освітян. Республіка Польща, Варшава, 5–17 листопада 2018 р. Варшава, 2018. С. 85–89.
8. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
9. Кыдыралина Ж. Борьбу с плагиатом в науке нужно вести открыто и решительно. *Информационно-аналитический центр*. URL: <http://ia-centr.ru/expert/18579>.
10. Леонтович О. Этика научных исследований. *Известия Волгоградского государственного педагогического университета*. 2011. Вып. 8. Т. 62. С. 99–102.
11. Мінц М. Плагіат як прояв девіантності: спроба соціологічного аналізу. *Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили*. Серія : Соціологія. 2012. Вип. 172. Т. 184. С. 38–42.
12. Про авторське право і суміжні права. Закон України від 23 грудня 1993 р. No 3793-XII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. No 13. С. 64.
13. Про освіту : Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19?find=1&text=%22плагіат%22#w11>.
14. Сопова К. Методи виявлення плагиату в наукових публікаціях. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2017. № 4. С. 31–37.
15. Тицька Я. «Академічна доброчесність» та «академічна відповідальність» у забезпеченні якості освіти. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 11. С. 192–195.
16. Ульянова Г. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагиату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. 2015. 445 с.
17. Шестакова Н. Академічна мантия голого короля, або Про фабрики дисертаційного словоблуддя. *Людина, наука, здоров'я*. № 45 (441). 23 листопада 2019. С. 13.
18. Шишка Р. Плагіат та його прояви і небезпеки. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 4. С. 170–176.
19. Glossary. URL: <http://www.plagiarism.org/plagiarism-101/glossary>.
20. Vrieling J., Lemmens P., & Parmentier S. Academic freedom as a fundamental right. *Advice paper*. №6. DECEMBER, 2010. P. 24.

Olesia Chepys,

Candidate of Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Civil Law and Procedure of the Law Faculty
State University "Uzhhorod National University"

Human right to artificial abuse of pregnancy in the decisions of international and constitutional jurisdiction bodies

Право людини на штучне переривання вагітності у рішеннях органів міжнародної та конституційної юрисдикції

Viktor Checherskiy

Key words:

human rights, right to continue of the genus, reproductive rights, freedom of choice, abortion, right to life.

Ключові слова:

права людини, право на репродуктивне відтворення, репродуктивні права, свобода вибору, аборт, право на життя.

Постановка проблеми. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я¹, щороку десятки мільйонів жінок мають незаплановану чи небажану вагітність, яку переривають, зокрема, шляхом небезпечних абортів. Тисячі з них гинуть унаслідок відсутності мінімальної медичної допомоги під час абортів або заборони легального способу його проведення, що примушує вдаватися до незаконних способів переривання вагітності.

Однією з причин цього є намагання в окремих державах законодавчо заборонити або суттєво ускладнити можливість штучного переривання вагітності з огляду на проголошення пріоритетності права людини на життя не тільки після, але і до народження. У таких випадках останньою надією забезпечення права на репродуктивний вибір залишається захист у міжнародних судових інстанціях чи органах конституційної юрисдикції.

Актуальність теми. В Україні відсутній спеціальний закон, який би регулював права людини у репродуктивній сфері, зокрема пов'язані з реалізацією репродуктивного вибору. Тому дослідження правомочностей людини в цьому напрямі, а також співвідношення права на життя та права на репродуктивне відтворення залишається гострою необхідністю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правомірності абортів через призму права людини на життя неодноразово було предметом дослідження вітчизняних і зарубіжних науковців. Значну увагу цій тематиці присвятили такі вчені, як О.І. Вінгловська, М.В. Громовчук, Т.І. Длугопольська, А.М. Зайцева, А.І. Ковлер, О.В. Перевозчикова, Г.Б. Романовська, О.В. Синегуб, Р.О. Стефанчук, А.А. Циммерман, та багато інших. Проте переважно ними розглянуто правомірність абортів або виключно через призму права на життя, або у співвідношенні з правом на повагу до приватного життя. Майже ніким із них не оцінювалася можливість штучного переривання вагітності у розрізі фундаментального права людини на репродуктивне відтворення та права на репродуктивний вибір, а також впливу рішень міжнародних судових інстанцій і рішень органів конституційної юрисдикції на регулювання правовідносин у цій сфері.

Мета статті полягає в дослідженні впливу рішень міжнародних судових інстанцій і рішень органів конституційної юрисдикції на забезпечення права людини на репродуктивний вибір у виді штучного переривання вагітності.

Виклад основного матеріалу. З моменту офіційного закріплення у міжнародному законодавстві репродуктивних прав людини науковцями та практиками обговорюється проблематика співвідношення права на життя і права на аборт, правового статусу ембріона, прав ненародженого. Адже нерідко репродуктивні права батьків і ще ненародженої дитини вступають в антагоністичну суперечність.

¹ Стратегия в области репродуктивного здоровья в целях ускорения прогресса в направлении достижения международных целей и задач в области развития. URL: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/RHR_04_8/ru (дата звернення: 24.12.2019).

Міжнародне право до сьогодні не дало чіткої відповіді, з якого моменту слід відраховувати момент появи в дитини чи потенційної дитини певних особистих прав, передусім права на життя, а лише підкреслює особливий режим їхнього правового захисту.

Навіть Конвенція про права дитини, на яку часто посилаються прихильники заборони абортів, у статті 6 встановлює тільки, що кожна дитина має невіддільне право на життя². Однак не вказує моменту з якого слід робити відлік появи цього невідчужуваного права. Наявність у преамбулі норм про те, що дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження, аж ніяк не гарантує право на життя ненародженого, а вказує на особливості його правового захисту.

Водночас низка міжнародних актів чітко окреслює право на вільне прийняття репродуктивного вибору. Наприклад, Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок передбачила право жінок вільно та відповідально вирішувати питання щодо кількості дітей і проміжків часу між їхнім народженням³.

Донедавна в більшості країн уважалось будь-яке штучне переривання вагітності злочином проти життя ненародженої дитини й проти Бога. Аборти повністю заборонялися, як правило, крім випадків порятунку життя жінки, в Афганістані, Анголі, Венесуелі, Гватемалі, Гондурасі, Єгипті, Індонезії, Іраку, Ірані, Ємені, Колумбії, Лівані, Лівії та інших державах.

Проте нині спостерігається тенденція до лібералізації національних законодавств щодо підстав проведення абортів. Наприклад, у 2018 році зміни внесено в законодавство однієї з найконсервативніших європейських держав – Ірландії, за якими тепер будуть дозволені аборти в термін до 12 тижнів і пізніше, у разі загрози життю матері або важкої патології плода.

Упродовж останніх десятиліть усе більша частина науковців, практиків, правових інституцій схиляється до позиції, що під час конкуренції права на життя ненародженої дитини та права біологічних батьків, перш за все матері, на репродуктивний вибір перевага повинна надаватися останньому.

Неабияку роль тут відіграли рішення вищих судів та органів конституційної юрисдикції, які вимушені були розглядати це складне питання через призму норм Конституції, верховенства права та природних прав.

У прецедентних судових рішеннях зазначається, що, незважаючи на наявність у держави легітимної зацікавленості в цінності пренатального життя, права на життя до народження немає. Загалом, ці рішення закріплюють встановлені міжнародними і регіональними органами з прав людини стандарти, згідно з якими немає безумовного права на життя до народження, а заходи, що вживаються державою для захисту пренатального життя, не повинні суперечити фундаментальним правам жінок.

Суди в Аргентині, Болівії, Бразилії, Колумбії та Непалі вперше застосували стандарти щодо абортів під час вирішення справ. Вони лібералізували національні закони, розширивши доступ жінок до послуг штучного переривання вагітності за серйозних обставин. Наприклад, у 2006 році Конституційний суд Колумбії прийняв рішення про те, що з метою захисту прав жінок аборти повинні бути дозволені – принаймні тоді, коли вагітність ставить під загрозу життя або фізичне чи психічне здоров'я жінки, а також у випадках, коли вагітність настала внаслідок зґвалтування, інцесту або небажаного запліднення; або коли шкода плода внаслідок патології є несумісною з життям.

Як пояснив Верховний суд Непалу: «... плід може існувати тільки завдяки матері; якщо ми надамо йому права, які суперечать здоров'ю або благополуччю матері, то це може стати причиною конфлікту між інтересами матері та плода і навіть змусить нас визнати перевагу плода, що буде суперечити інтересам матері. Не можна ставити під загрозу життя матері з метою захисту плода».

У 2012 році Верховний суд Бразилії дозволив здійснення абортів у разі ацефалії – смертельної хвороби, за якої мозок і череп ембріона не розвиваються протягом вагітності. До цього Кримінальний кодекс Бразилії дозволяв аборт лише у разі зґвалтування або коли вагітність загрожує життю жінки⁴.

² Конвенція ООН про права дитини від 20.11.1989 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 27.05.2019).

³ Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18.12.1979 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207 (дата звернення 18.11.2019).

⁴ Ксьондзик К.В. Становлення договірних та інституційних засад міжнародно-правового захисту соматичних та репродуктивних прав людини : дис. ... к-та юрид. наук : 12.00.11 / Київський національний університет ім. Т. Шевченка. Київ, 2017. С. 153.

Важливою в контексті легалізації абортів і використання ембріональних клітин стала справа *Roe v. Wade*, розглянута Верховним судом США у 1973 році, де підкреслено: «... зародок не є юридичною особою, що захищається Конституцією Сполучених Штатів», тобто не має гарантованого Вищим Законом країни права на життя. Дж. Роу, яка хотіла перервати вагітність, оскаржувала конституційність закону про заборону абортів штату Техас. Суд визнав, що жінка має конституційно-охоронюване право на недоторканність приватного життя, що включає в себе право перервати вагітність. Однак, на думку Суду, це право жінки не безмежне, йому протистоять інтереси держави з охорони здоров'я жінки та захисту потенційного життя людини. При цьому, спираючись на аналіз Конституції США, він зробив висновок, що конституційний термін «особа» («person») [ibidem] застосовується тільки до народженої людини, але не до плода, що перебуває в утробі матері, право на життя якого, отже, не охороняється Конституцією США. Водночас із метою досягнення компромісу між правом жінки та інтересами держави щодо захисту потенційного життя людини було висунуто критерій «життєздатності» плода, яким він володіє на відповідному тижні вагітності. Зважаючи на це, суд обмежив право жінки на аборт залежно від терміну вагітності⁵.

У 1992 році об'єктом перевірки у вищій судовій інстанції цієї держави став закон штату Пенсільванія, який, визнаючи право жінки на аборт, вводив низку істотних обмежень: вимагав, наприклад, щоб «... жінка, яка домагається дозволу на аборт, до операції надала згоду, що має містити досить багато відомостей; щоб певні відомості були повідомлені їй не пізніше ніж за 24 години до проведення операції; щоб неповнолітні отримали згоду на проведення операції від одного з батьків або судді і, нарешті, щоб заміжня жінка повідомила чоловіка про свій намір зробити аборт». Судом зафіксовано: «Обтяження більше, ніж це необхідно» – це таке обмеження, мета або наслідки якого полягають у створенні серйозної перешкоди на шляху жінки, яка порушує клопотання про дозвіл на аборт до досягнення плодом здатності до самостійного виживання. У судовому рішенні підтверджено конституційний захист права на аборт⁶.

Конституційний суд Словаччини ухвалив: «Поза всяких сумнівів, поняття «кожен» [в цій статті] слід розуміти як кожную народжену людину, [таким чином], правоздатність виникає з народженням і закінчується зі смертю»⁷.

У цьому контексті заслуговують на увагу роздуми М. Лютерана під час дослідження причин і підстав прийняття рішення Конституційним судом Словацької Республіки щодо співвідношення права на штучне переривання вагітності з нормами ч. 1 ст. 15 Конституції, згідно з якими: «Кожен має право на життя. Людське життя варте охорони ще до народження».

Він вказує, що ці норми можуть мати різні інтерпретації:

- а) друге речення пояснює тільки слово «кожен» із першого речення. Кожен до народження має право на життя. «До народження» означає те саме, що «від зачаття», оскільки між зачаттям і народженням людини немає жодного істотного стрибка, а тільки стійкий прогрес;
- б) друге речення розкриває термін «право на життя» першого речення. Кожна людина має право на життя до народження, але якість права на життя до народження відрізняється від якості права на життя після народження. Інакше кажучи, право на життя ненародженого дещо відмінне від права на життя народженого, насамперед він є слабшим, менш інтенсивним і т.д.;
- в) друге речення говорить про щось відмінне від першого речення. Перше речення визнає право на життя кожної народженої людини. Друге речення створює правовий режим для захисту ненародженого життя, який суттєво відрізняється від режиму правового захисту народжених. Народжені мають право на життя, ненароджені не мають права на життя, але вони мають особливий захист за Конституцією.

Як результат, кожна інтерпретація має власне вирішення:

- а) кожен – від зачаття до природної смерті – має право на життя;
- б) кожен має право на життя з моменту зачаття. Право жити ненародженої дитини може бути обмежене, якщо це необхідно для захисту недоторканності приватного життя, здоров'я або життя матері;
- в) кожна народжена людина має право на життя. Людське життя до народження гідне захисту⁸.

⁵ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) URL: <https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade> (дата звернення: 23.12.2019).

⁶ Романовский Г.Б., Безрукова О.В. Демография правовое регулирование репродуктивных технологий: гендерный подход. Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство». 2013. № 2 (2). С. 4.

⁷ *Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo 08.12.2008* URL: https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/15222646/20071204_1/910dbe79-a092-43e3-8414-8249e17ac99a (дата звернення: 20.12.2019).

⁸ *Luterán Martin. Keď ide o viac než o život. Impulz. 2009. № 1.* URL: <http://www.impulzrevue.sk/article.php?375> (дата звернення: 24.12.2019).

Як уже зазначалося вище, органи конституційної юрисдикції здебільшого обрали саме третю інтерпретацію.

Міжнародними судовими інстанціями також неодноразово розглядалося питання співвідношення права на репродуктивний вибір жінки шляхом проведення штучного переривання вагітності з правом на життя ненародженого та робилися висновки про відсутність абсолютності в останнього.

У ст. 4 Американської конвенції про права людини 1969 року містяться норми, за якими право на життя «охороняється в цілому із моменту зачаття»⁹. У своєму рішенні «Baby boy» Міжамериканська комісія з прав людини заявила, що цей захист не можна розглядати в абсолюті. Вона посилалася на історію підготовки проекту і дійшла висновку, що укладачі не хотіли відмовитися від можливості ліберального законодавства про аборт, оскільки багато американських штатів його дозволяють за різних умов. У зв'язку з цим Комісія постановила, що термін «в цілому» уможливорює градацію в захисті ненародженого життя. Також зазначила, що захист на життя ембріона може бути обмежений для виконання інших цілей. Ними можуть бути не тільки право на недоторканність приватного життя жінок, які мають намір зробити аборт. Обмеження також може бути виправдано з метою заохочення інших цілей, спрямованих на загальне благо, зокрема для захисту прав іншої особи, відповідно дозволяючи дослідження з ембріонами¹⁰.

У справі «K.L. проти Перу» Комітет встановив, що відмова виконати аборт за медичними показаннями у разі, коли продовження вагітності ставило під загрозу життя і психічне здоров'я вагітної жінки, порушила її право на свободу від жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, звернення. Зокрема, у 17-річної К.Л. з Перу під час вагітності діагностували аненцефалію плоду – внутрішньоутробну ваду його розвитку, який стовідсотково призводить до летального результату. Керівництво клініки їй відмовило в аборті. Народжена дитина прожила лише чотири дні, а жінка зазнала серйозного потрясіння, яке вимагало психіатричного лікування¹¹.

У справі «Artavia Murillo та інші проти Коста-Рики» Міжамериканський суд скасував введення в Коста-Риці заборони на використання екстракорпорального запліднення, який влада країни розглядала як засіб, спрямований на захист права на життя до народження у зв'язку з тим, що деякі з утворених ембріонів приречені на загибель. Суд постановив, що за Американською конвенцією «право на життя не слід розуміти як абсолютне право, захист якого може виправдати нехтування інших прав», і що несумірні обмеження щодо здійснення інших прав людини через абсолютність захисту права на життя «суперечили б захисту прав людини».

Європейська практика свідчить про індиферентність до захисту життя дітей в утробі матері: під час вирішення низки справ Європейський суд із прав людини не надав чіткого роз'яснення про те, чи має ненароджена дитина (плід) право на життя в сенсі ст. 2 Конвенції 1950 року, однозначно не гарантував право на аборт, хоча і засвідчив підтримку національним законам, які дозволяють добровільний аборт на ранніх стадіях. Головним чинником є не стільки право на життя, скільки право на повагу до приватного життя (ст. 8 Конвенції), що залишає певну свободу вибору матері.

У рішенні «Во проти Франції» Суд зробив висновок, що питання про те, з якого моменту виникає право людини на життя, повинно вирішуватися на національному рівні, оскільки, по-перше, у більшості з тих держав, котрі ратифікували Конвенцію, це питання однозначно не вирішене і залишається предметом публічних дебатів; по-друге, між Європейськими державами загалом немає правового чи наукового консенсусу щодо визначення початкового моменту життя. Наприклад, у згаданому рішенні зазначено, що природа і правовий статус ембріона чи плода не визначений на європейському рівні загалом. Принаймні більшість європейських держав визначають, що людський ембріон належить до людського роду. На думку Суду, потенціал і здатність ембріона людини стати людиною вимагають його захисту в ім'я людської гідності, однак це не вимагає розглядати його як людину, якій належить право на життя в сенсі ст. 2 Європейської конвенції¹².

⁹ Американська конвенція з прав людини від 22.11.1969 URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/instate/Rzoas3con.html> (дата звернення 29.07.2019).

¹⁰ Щирба М.Ю. Наукові дискусії щодо правового статусу ембріона людини. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. Вип. 6. Т. 1. С. 31.

¹¹ K.L. против Перу, КПЧ, обращение № 1153/2003. Док. ООН № CCPR/C/85/d/1153/2003 (2005 г.).

¹² Vo против Франции, жалоба № 53924/00. ЕСПЧ, (2004).

У справі «Paton проти Великобританії» Європейський суд із прав людини ухвалив, що формулювання положень Конвенції «підтверджує позицію, згідно з якою дія [статті 2] не поширюється на ненароджену дитину», і вказав, що визнання абсолютного права на життя до народження «суперечило б меті та завданням Конвенції»¹³.

Отже, можна зробити висновки, що під час розгляду співвідношення права на життя та права на репродуктивний вибір як складника права на репродуктивне відтворення уповноваженими органами конституційної юрисдикції, міжнародними судовими інституціями не надається абсолютна перевага виключно одному з них, а вказується про необхідність балансу між інтересами матері, держави та ненародженої дитини. Однак баланс між ними теж не є сталим упродовж строку вагітності, оскільки пріоритетність поступово переходить від права на репродуктивний вибір матері до права на життя ненародженого.

Під час визнання ж абсолютності права на життя ненародженого автоматично применшуються права жінки на здоров'я, на особисту свободу, на репродуктивний вибір, внаслідок чого їй може бути завдано непоправимої фізичної чи психічної шкоди.

Анотація

У конституції та інших законодавчих актах багатьох держав містяться норми про захист життя людини до народження. Як наслідок, трактуючи на власний розсуд ці положення, окремі науковці намагаються абсолютизувати право на життя, обґрунтувати наявність в ембріона та плода безумовного права народитися і заборони штучного переривання вагітності як такого, що порушує згадане природне суб'єктивне право.

Стаття присвячена співвідношенню цих норм із правом на штучне переривання вагітності як складника репродуктивного вибору, а також правом на життя потенційної людини до її народження. Шляхом аналізу окремих рішень органів конституційної юрисдикції, міжнародних судів, зокрема Європейського суду з прав людини, історії прийняття міжнародних угод констатується, що захист потенційної людини до її фактичного народження не передбачає абсолютного захисту права на життя ембріона чи плода.

Автором зроблено висновки, що не слід отожднювати такі ззовні подібні твердження, як «суб'єктивне право на життя людини» та «життя людини гідне захисту до народження», оскільки вони містять абсолютно різний зміст. Право на штучне переривання вагітності не суперечить природним правам людини. Водночас із розвитком ембріона, плода в тілі матері право на штучне переривання вагітності поступово втрачає свою «пріоритетність» на користь права на життя ненародженого.

Summary

The Constitution and other legislative acts of many states contain rules on protection of human life before birth. As a consequence, interpreting these provisions at their discretion, individual scholars seek to absolutize the right to life, to justify the presence of the embryo and the fetus of the unconditional birthright and the prohibition of artificial termination of pregnancy, as such, which violates the aforementioned natural subjective law.

This article deals with the correlation of these norms with the right to artificial termination of pregnancy as a component of reproductive choice, as well as the right to life of a potential person before her birth. By analyzing individual decisions of constitutional jurisdictions, international courts, including the European Court of Human Rights, the history of international agreements, it is ascertained that protecting a potential person until his or her actual birth does not imply an absolute protection of the right to life of the embryo or the fetus.

The author concludes that such outward statements such as "subjective right to human life" and "human life worthy of protection to birth" should not be equated since they contain completely different content. The right to artificial termination of pregnancy does not contradict natural human rights. However, with the development of the embryo, the fetus in the mother's body, the right to artificial termination of pregnancy gradually loses its "priority" in favor of the right to life of the unborn.

¹³ Paton против Великобритании, жалоба № 8416/79. ЕСПЧ, (1980 г.).

Використана література:

1. Стратегия в области репродуктивного здоровья в целях ускорения прогресса в направлении достижения международных целей и задач в области развития/ URL: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/RHR_04_8/ru/ (дата звернення: 24.12.2019).
2. Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 27.12.2019).
3. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207 (дата звернення: 18.11.2019).
4. Ксьондзик К.В. Становлення договірних та інституційних засад міжнародно-правового захисту соматичних та репродуктивних прав людини : дис. ... к-та юрид. наук : 12.00.11 / Київський національний університет ім. Т. Шевченка. Київ, 2017. 204 с.
5. Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973). URL: <https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade> (дата звернення: 23.12.2019).
6. Романовский Г.Б., Безрукова О.В. Демография правовое регулирование репродуктивных технологий: гендерный подход. *Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство»*. 2013. № 2 (2). С. 1–9.
7. Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo 08.12.2008. URL: https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/15222646/20071204_1/910dbe79-a092-43e3-8414-8249e17ac99a (дата звернення: 20.12.2019).
8. Luterán Martin. Keď ide o viac než o život. *Impulz*. 2009. № 1. URL: <http://www.impulzrevue.sk/article.php?375> (дата звернення: 24.12.2019).
9. Американська конвенція з прав людини від 22 листопада 1969 р. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/instree/Rzoas3con.html> (дата звернення 29.11.2019).
10. Щирба М.Ю. Наукові дискусії щодо правового статусу ембріона людини. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 6. Т. 1. С. 29–32.
11. K.L. против Перу, КПЧ, обращение № 1153/2003. Док. ООН № CCPR/C/85/d/1153/2003 (2005 г.).
12. Vo против Франции, жалоба № 53924/00. ЕСПЧ, (2004).
13. Paton против Великобритании, жалоба № 8416/79. ЕСПЧ, (1980 г.).

NOTES

Visegrad journal on human rights – 1 (volume 1) 2020

Právne partner:

**IKRÉNYI
& REHÁK**
ADVOKÁTI · ATTORNEYS

www.ikrenyirehak.sk

Publisher:



PANEURÓPSKA
VYSOKÁ ŠKOLA

Pan-European University
Faculty of Law
Tomášikova, 10
Bratislava



Uzhhorod National University
Faculty of Law
Kapituľna, 26
Uzhhorod



Public organization
„LEX PRO OMNES“
Mierová, 2529
Humenné

Graphical processing:

Anna Krivoguz

Language editor:

Miroslava Gromovchuk

Rate delivered to print:

feb, 2020