ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

LAW HERALD

4'2019

Виходить чотири рази на рік

Засновник:
Національний університет
«Одеська юридична академія»

Журнал зареєстровано в Комітеті у справах преси та інформації Одеської обласної державної адміністрації 12 листопада 1993 р. Свідоцтво: серія ОД № 189. Перереєстровано Міністерством у справах преси та інформації України 28 липня 1996 р. Свідоцтво: серія КВ № 2065 та Міністерством юстиції України 25 травня 2010 р. Свідоцтво: серія КВ № 16683-5255ПР. Перереєстровано Державною реєстраційною службою України 14 листопада 2011 р. Свідоцтво: серія КВ № 19241-9041 рп.

Президією Вищої атестаційної комісії України включено до наукових видань, в яких можуть публікуватися основні результати дисертаційних досліджень (Постанови від 9 липня 1999 р. – № 1-05 /7, від 14 квітня 2010 р. – № 1-05/3).

Індекс міжнародного центру реєстрації періодичних видань (Париж, Франція): ISSN 1561–4999 (18 березня 1999 р.)

Передплатний індекс: 40318

Головний редактор
О. І. Сафончик

Редакційна колегія:
Л. Р. Біла-Тіунова
К. М. Глиняна
(відповідальний секретар)
Д. О. Колодін
А. Р. Крусян
(заст. голов. редактора)
С. В. Мазуренко
К. Г. Некіт
В. О. Туляков
Г. І. Чанишева
Бернд Візер
Геннадій Чобану

Відповідальний за випуск
О. П. Головко

Нормативно-правові акти, розміщені у журналі, є неофіційною інформацією.

Передрук матеріалів, надрукованих у журналі, можливий лише з посиланням на журнал

Рекомендовано вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 26.12.2019 р., протокол № 3

Редакційно-видавничий відділ НДЧ Національного університету «Одеська юридична академія»
вул. Піонерська, 2, каб. 1007, м. Одеса, Україна, 65009
Телефон редакції: +38 066 821 82 28
Телефон заст. головного редактора-відповідального секретаря: +38 067 480 23 53
Електронна пошта: yv@yurvisnyk.in.ua
Електронна адреса: **www.yurvisnyk.in.ua**

Наукове видання
ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК 4'2019
Укр., рос., англ. мовами

Здано до набору 10.12.2019.
Підписано до друку 30.12.2019.
Формат 70x108/16.
Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 24,15.
Тираж 100 прим.
Зам. № 0120/25.

Друкарня ВД «Гельветика»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.)
вул. Інглезі, 6/1, м. Одеса, 65101
Тел. +38 (0552) 39-95-80
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

Одеса • ВД «Гельветика» • 2019

© НУ «Одеська юридична академія», 2019

До авторів і читачів

Редакція запрошує до співробітництва вчених, практичних працівників, студентів, читачів, що цікавляться проблематикою журналу. Матеріали для опублікування подаються (і публікуються) українською, російською і англійською мовами і повинні відповідати чинним стандартам для друкованих праць і вимогам ВАК України (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії України. – 2009. – № 5. – С. 26–30). Наукова стаття має містити постановку проблеми, оцінку стану літератури, завдання поданого матеріалу по обраній проблемі, висновки і перспективи подальших досліджень. Ліворуч від найменування статті вказується УДК. Обсяг статей, як правило, до 10 аркушів (кегль – 14, через 1,5 інтервалу), інші матеріали – до 6 аркушів – у 2 примірниках. Посилання по тексту оформлюються порядковим номером у квадратних дужках. Наприкінці тексту перед літературою вказуються ключові слова (до 5) мовою статті, резюме українською, російською та англійською мовами (всього до 15 рядків). Перелік джерел (література) розташовується після резюме і має містити вихідні дані джерел і сторінку, на яку зроблено посилання.

ДО МАТЕРІАЛІВ ДОДАЮТЬСЯ:

1. ФАЙЛ У ФОРМАТІ MS WORD З НАБОРОМ ТЕКСТУ, який висилається на адресу: yv@yurvisnyk.in.ua

2. СТАТТЯ У РУКОПИСУ – 2 прим.

3. РЕЦЕНЗІЯ-РЕКОМЕНДАЦІЯ особи, що має вчений ступінь за фахом, що відповідає предмету статті, чи відділу, кафедри науково-дослідного, вищого навчального закладу або органу, організації (у формі виписки з протоколу).

4. ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА:

Прізвище, ім'я, по батькові автора
Науковий ступінь, звання, почесне звання
Місце роботи і посада
Поштова адреса, телефони, факс, e-mail
Номер квитанції передплати на журнал (чи дата і місце передплати)
Найменування статті
Автори, на праці яких є посилання в рукопису
Дата відсилання рукопису

5. ЗАЯВКА НА ВИСИЛКУ АВТОРСЬКИХ ПРИМІРНИКІВ (післяплатою – не менше 5).

Резюме і рецензія не подаються за матеріалами для рубрик: «Проблемна ситуація», «Версія», «Публіцистика», «Наукове життя», «Прошу слова!», «Зворотний зв'язок», «Критика і бібліографія», «Ювілеї», «Персоналії».

При визначенні черговості публікації матеріалів перевагу мають передплатники журналу

Подані матеріали не рецензуються і не повертаються автору. Матеріали, подані з порушенням вимог стандартів, без зазначених додатків, не приймаються до редагування, публікації і не повертаються автору. Тому після подання матеріалу до публікації доцільно запросити редакцію особисто чи по телефону про дотримання вимог редакції. Редакція зберігає право на редагування матеріалів, їхнє скорочення й уточнення найменування.

Опубліковані матеріали виражають позицію автора, що може не збігатися з думкою редакції. За вірогідність фактів, статистичних даних і інших матеріалів відповідальність несе автор або особа, що надала матеріал.

Редакція веде листування тільки на сторінках журналу в рубриках «Проблемна ситуація», «Прошу слова!», «Зворотний зв'язок».

Журнал приймає замовлення на рекламу

ЗМІСТ

МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

О. Дашковська
Права людини в глобалізованому світі: універсалізм чи релятивізм?.....5

І. Антошина
Інформаціна влада: зміст і значимість у сучасних умовах.....14

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ У ДІЇ

А. Крусян
Актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні: конституційно-правовий контекст 21

РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

А. Блага, О. Мартиненко
Концепція перехідного правосуддя в Україні: уведення у площину юридичної науки.....30

ПРОБЛЕМИ ТА СУДЖЕННЯ

Є. Стрельцов
Злочин: важливість визначення.....36

М. Василенко, О. Козін
Право в теорії ризиків: ґенеза ризиків від правової до інформаційної складових (інституційний підхід)..43

В. Кириченко, Ю. Соколенко
Референдум як форма безпосередньої демократії: історико-правові аспекти.....52

Т. Дракохруст
Адміністративно-правове регулювання міграції у Канаді.....60

І. Курбатова
Роль органів прокуратури в системі запобігання та протидії корупції.....66

О. Остапенко
Принципи політичного й ідеологічного плюралізму: проблеми реалізації в Україні.....72

П. Гуйван
Практика ЄСПЛ щодо захисту права на доступ до публічної інформації.....81

Д. Спєсівцев
Юридичні факти-стани в цивільному праві України: проблемні аспекти наукової концепції.....88

А. Сошников
Щодо вдосконалення планування публічних закупівель на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівнях в умовах децентралізації.....95

В. Никифорак
Межі свободи договору крізь призму розумності, справедливості та добросовісності.....104

В. Погребняк
Співвідношення між зобов'язально-правовим та речово-правовим правочинами в світлі принципів роз'єднання та абстракції.....112

С. Подоляк
Господарський договір про надання маркетингових послуг в Україні.....119

Н. Федчун
Основи профілактики злочинів, що вчиняються під час порушення правил безпеки.....125

С. Фролов
Кримінально-правова та кримінологічна характеристика легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.....130

І. Христич
Вдосконалення виявлення обсягів корупції у приватній сфері України...137

В. Васильєв
Еволюція правових засобів саморегулювання майнових цивільних відносин.....142

Л. Адашис, А. Левдик
Особливості застосування судами України практики ЄСПЛ в контексті захисту права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб юридичного захисту.....149

О. Забродіна
Актуальні питання зупинення виплати пенсій внутрішньо переміщеним особам..... 155

К. Долгорученко
Історико-правовий підхід у методології дослідження діяльності спецвідділу «Вінета» Міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях..... 161

М. Дімітров
Методологія дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень..... 167

Н. Сергієнко
Представники сторін виконавчого провадження: окремі питання їхнього правового статусу..... 173

Г. Устінова-Бойченко, Т. Черниш, Ю. Чабаненко
Місце преюдиціальних фактів у процесі кримінально-процесуального доказування..... 178

В. Кавецька
Участь законного представника неповнолітнього у кримінальному процесі..... 184

С. Кривонос
Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за бандитизм..... 190

В. Карман
Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за посягання на атрибути України як вагомий чинник незалежності..... 197

О. Кирбят'єв
Професійна деформація особистості працівника правоохоронного органу як причина неналежного виконання своїх обов'язків..... 204

О. Адамова
Щодо питання про обов'язок батьків утримувати дитину..... 211

М. Григор'єва
Згладжування заподіяної шкоди при звільненні особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям..... 217

Г. Гриценко
Субсидіарна відповідальність крізь призму множинності осіб у зобов'язанні..... 223

М. Гудима
До питання щодо правонаступництва у праві власності..... 229

М. Шуп'яна
Крайня необхідність: історико-правовий аспект законодавчого закріплення на українських землях..... 236

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Т. Барсукова
Деякі питання визначення спортивного права за законодавством України..... 244

В. Веселий
Аналіз змін у нормативно-правовому регулюванні статусу Пенсійного фонду України з моменту його створення..... 250

А. Подольська
Імплементація міжнародних стандартів податкового контролю в українське законодавство..... 256

В. Мельник
Генезис Франкского Королевства в V веке: междисциплинарное историко-юридическое исследование..... 262

А. Кожевнікова
Російсько-українській конфлікт. Конфлікт і компроміс у праві..... 269

МЕТОДОЛОГІЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 342.72
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.935

О. Дашковська,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії та філософії права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВА ЛЮДИНИ В ГЛОБАЛІЗОВАНОМУ СВІТІ: УНІВЕРСАЛІЗМ ЧИ РЕЛЯТИВІЗМ?

Процес правової глобалізації здійснює прямий або опосередкований вплив на сферу регулювання прав людини як на всесвітньому рівні, так і на рівні регіональних правових систем. Інтенсивні глобалізаційні процеси, що почалися у другій половині минулого століття, все більш відчутно позначаються на реалізації прав людини в межах неєвропейських континентів. Проте цей процес відбувається неоднозначно та супроводжується певними колізіями і навіть виникненням конфліктних ситуацій. У багатьох випадках він зумовлений цивілізаційними особливостями, сталими традиціями та звичаями, які заперечують або перешкоджають процесу сприйняття невідомих щодо конкретної соціокультурної системи цінностей, які загальновизнані на міжнародному рівні як стандарти прав людини, підриваючи в такий спосіб ідею та принцип універсальності прав людини.

Дослідження правових цінностей крізь призму прав людини в сучасному світі, а також їхній універсалізм і релятивізм, є одними з найважливіших напрямів наукових досліджень таких зарубіжних авторів, як К.-О. Апель, В. Бачинін, М. Вебер, Ю. Габермас, Д. Девідсон, А. Гусейнов, Р. Карнап, Б. Кистяківський, Г. Левін, О. Лукашева, О. Мамчур, К. Поппер, Т. Спаар, В. Стьопін, А. Тойнбі, П. Фейєрабен, О. Хеффе, І. Честнов та ін. У вітчизняній науці також чимало уваги присвячено цій проблематиці, зокрема, в працях М. Козюбри, С. Максимова, О. Мережко, Ю. Оборотова, П. Рабіновича та деяких інших вчених, проте визначення меж універсалізму прав людини потребує подальшого уточнення.

Мета статті – розкрити концепцію універсалізму прав людини та релятивізму правових цінностей у національних правових системах шляхом встановлення загальних принципів реалізації прав людини в контексті міжнародних правових стандартів.

Одна з дискусійних проблем сучасної юридичної науки в контексті прав людини – їх належність до універсальних або відносних. Фактично йдеться про те, що визнані на міжнародному рівні як універсальні права людини (які повинні дотримуватися всіма і всюди) на регіональному рівні під впливом різних соціокультурних традицій, національних звичаїв, релігійних та інших чинників утрачають ознаки та якості універсальності й набувають значення або статус відносних. Прихильники теорії «відносних прав» – так званого культурного релятивізму – допускають і виправдовують щодо останніх усі можливі відхилення, обмеження або

© О. Дашковська, 2019

встановлення різних застережень щодо загальновизнаних стандартів із прав людини [1].

Такий підхід у міжнародних відносинах нерідко використовується політичними лідерами і юристами для виправдання і навіть обґрунтування порушень прав людини в деяких країнах. Як зазначає професор А. Саїдов, подібна інтерпретація прав людини характерна для країн Азії (зокрема, Китаю та Ірану) і використовується як контраргумент у відповідь на критику з боку міжнародних організацій про порушення прав людини в їхніх країнах [2, с. 162]. По суті, заперечуючи принцип універсальності прав людини, делегація Китаю сформулювала свою позицію на Всесвітній конференції з прав людини в 1993 р. таким чином: «Країни, що перебувають на різних етапах розвитку або мають різні історичні традиції, по-різному розуміють і втілюють у життя права людини. Отже, не варто думати, що стандарти і моделі прав людини деяких країн єдино прийнятні, і вимагати від інших країн діяти відповідно до них» [2, с. 163]. В останні роки в Китаї набуває визнання більш сучасна позиція, згідно з якою в справі забезпечення і захисту прав людини значну роль відіграє міждержавне співробітництво та дотримання основоположних міжнародних угод із прав людини як наслідок ратифікації Китаєм низки міжнародних документів із прав людини [3]. Якщо спочатку Китай розглядав питання, що стосуються прав людини, як виключно внутрішню справу, то з 1990-х рр. позиція країни виразно змінилася, КНР активно співпрацює з різними органами ООН, які контролюють процес дотримання прав людини. У 1998 р. Китай підписав Пакт про громадянські і політичні права та з метою подальшої ратифікації здійснює заходи щодо гармонізації національного законодавства щодо норм зазначеного Пакту. У 2001 р. був ратифікований Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права, що відображає особливий підхід до прав людини, в основі якого – право на існування і розвиток. «Реалізація основних прав і свобод людини в повному обсязі є одним із головних завдань розвитку КНР у XXI столітті», – вважає відомий китайський вчений Юй Лімей [3, с. 55].

Інший підхід проголошено в Африканській хартії прав людини і народів 1981 р. Преамбула і стаття 60 зазначеної Хартії за джерела і норми чинного права визнає основні міжнародні акти про права людини і народів, такі як Статут ООН, Загальна декларація прав людини та інші документи, ухвалені ООН і африканськими країнами в галузі прав людини, а також положення різних документів, ухвалених спеціалізованими організаціями ООН. На ці норми повинні спиратися у своїй діяльності органи, наділені повноваженнями щодо захисту прав людини і народів відповідно до Хартії, – Африканська Комісія з прав людини і народів, Африканський Суд з прав людини і народів, а також держави-учасниці Організації Африканської Єдності (ОАЄ), яка в липні 2002 р. була перетворена в Африканський Союз.

Африканську хартію прав людини і народів ратифікували всі 55 держав-членів Африканського Союзу. До найбільш яскравих ознак Хартії, які одночасно є концептуальними новаціями в галузі міжнародного права прав людини, належать: визнання, поряд із правами людини, прав народів; визнання неподільності прав людини; визнання права на розвиток як право людини; проголошення низки основоположних обов'язків, що покладаються на людину в її відносинах з родиною, громадою, суспільством, державою, а також іншими законно визнаними утвореннями і міжнародним співтовариством; яскраво виражений колективістський (сім'я, громада, народ) підхід до прав людини. Приватна особа має, згідно з концепцією Хартії, віддавати пріоритет інтересам громади. У відповідь громада приймає на себе зобов'язання захищати права своїх членів [4, с. 82–83].

У світлі поширеної в юридичній літературі позиції, що в ісламській цивілізації виникає власна концепція прав людини, яка радикально відрізняється трактуванням прав і свобод, що закріплені в хартіях, деклараціях і рішеннях ООН, виникає питання: наскільки заявлену в Африканській хартії прихильність міжнародним актам про права людини, тобто загальновизнаним правам людини, слід сприймати як таку, що має значення позитивних норм? Або ж ці універсальні норми, що зафіксовані в регіональному документі досить високого рівня, залишаються лише знаковою інновацією в суспільстві, відкидаються ендогенним середовищем і відриваються від нього? [5, с. 26].

Очевидно, відповідаючи на ці питання, необхідно враховувати низку факторів і обставин, уникаючи крайнощів і абстракцій, тим більше, що йдеться про права людини, які регулюються на регіональному рівні і розглядаються в контексті глобалізації. Оскільки глобалізація має всеосяжний характер і одночасно є перманентним процесом економічної, технологічної та комунікаційної інтеграції на всесвітньому рівні, права людини як іманентна складова частина цих процесів перебувають під впливом багатьох взаємопов'язаних чинників. Результати такого впливу неоднозначні, оскільки формуються під впливом глобальної економіки, коли ринок, капітали, послуги та технології зустрічають на своєму шляху все менше перешкод і кордонів. І вирішальну роль тут відіграє не сама по собі глобальна економіка, а передусім її рушійні сили, свого роду локомотиви – глобалізовані економічні інститути: Світовий банк, Міжнародний валютний фонд, Світова організація торгівлі, Паризький і Лондонський клуби кредиторів, а також транснаціональні корпорації (ТНК). Економіст-міжнародник В. Коллонтай вказує, що з їхньою допомогою Захід успішно «розкриває» навколишній світ економіки, політики і культури в периферійних країнах, орієнтуючи їх у потрібному для себе напрямі. У результаті виникає, створюється і закріплюється «глобальна асиметрія», коли одні стають маніпуляторами світових процесів («золотий мільярд»), а інші – об'єктами маніпуляції [5, с. 24–26].

Аналітики, які вивчають практику міжнародних економічних інститутів в африканському регіоні, де їхній вплив є найбільш прозорим, зазвичай спостерігають певні негативні наслідки їхньої діяльності: захоплення ринків та природних ресурсів, експлуатація дешевої робочої сили, відмова від застарілих технологій і брудних виробництв і т. п. [6, с. 16]. Переважання таких форм економічної експансії в країнах, що розвиваються, неминуче веде до прямих негативних наслідків у галузі соціально-економічних прав людини, зокрема зростання бідності, смертності, злочинності.

Аналізуючи проблеми взаємодії процесу глобалізації і прав людини, необхідно мати на увазі, що принципи заохочення та захисту всіх прав людини є предметом справедливої стурбованості міжнародної спільноти, тому слід звернутися до положень, що закріплені у Віденській декларації і Програмі дій, яка була ухвалена 23 червня 1993 р. на Всесвітній конференції з прав людини. Ці положення вже закріплені в керівних принципах міжнародного права прав людини, неодноразово відтворювалися в міжнародних і регіональних актах із прав людини, а також отримали визнання в конституціях і національному законодавстві більшості країн світу.

Універсальний характер прав людини чітко виражений у п. 5 Віденської декларації і в Програмі дій: «Усі права людини універсальні, неподільні, взаємозалежні і взаємопов'язані. Міжнародне співтовариство повинно ставитися до прав людини, враховуючи процеси глобалізації, на справедливій і рівній основі, з однаковим підходом і увагою. Хоча значення національної і регіональної специфіки і різних

історичних, релігійних і культурних цінностей, правових традицій необхідно мати на увазі, держави, незалежно від їхніх політичних, економічних і культурних систем, мають обов'язок заохочувати і захищати всі права людини та основні свободи» [7, с. 81].

У цьому твердженні виражені позиції, що є істотними під час розгляду ситуації щодо реалізації прав людини на регіональному рівні. По-перше, визнання прав людини як універсальних для міжнародного співтовариства означає їхній глобальний характер. І, по-друге, незалежно від їхніх політичних, економічних і культурних систем держави зобов'язані заохочувати і захищати всі права і свободи людини. Очевидно, така установка покликана скасувати відмінності щодо реалізації прав і свобод людини, які проявляються на глобальному і національному рівнях: повсюдно повинен стверджуватися їхній універсальний характер.

Процес зближення або конвергенції регіональних систем захисту прав людини відбувається переважно за двома напрямами. По-перше, регіональні документи про права людини (декларації, конвенції, хартії), ухвалені після Другої світової війни, закріплюють основні права і свободи людини, маючи витоки із Загальної декларації прав людини та Міжнародних Пактів про права людини. І, по-друге, спираючись на ці основоположні джерела міжнародного права щодо прав людини, регіональні документи через певні національно-історичні, релігійні і культурні традиції та особливості лише у незначній мірі відрізняються за обсягом і змістом від закріплених прав і свобод людини, деяким чином допускаються відмінності у співвідношенні прав і обов'язків, а також відмінності колективних та індивідуальних прав. Текстуальне порівняння Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з Американською декларацією прав і обов'язків людини, Американською конвенцією про права людини і навіть з Африканською хартією прав людини і народів, з урахуванням деяких історично зумовлених відмінностей, підтверджує цю закономірність, що склалася під впливом універсальних стандартів із прав людини.

Найбільш чітко зближення прав людини на регіональному рівні простежується між європейською та американською системами їх регулювання і захисту. Ухвалена в межах Ради Європи 4 листопада 1950 р. Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод (далі – ЄКПЛ) стала першим і свого роду революційним документом післявоєнного періоду, оскільки поряд із нормативним визнанням громадянських і політичних прав і свобод Конвенція передбачає створення механізму контролю і судового захисту прав людини і основоположних свобод, гарантованих цією Конвенцією.

Майже одночасно країни Північної і Латинської Америки, об'єднавшись в Організацію Американських держав (ОАД) 2 травня 1948 р., використали Американську декларацію прав і обов'язків людини як рекомендаційний документ. І тільки через 21 рік, у 1969 р. була прийнята Американська конвенція про права людини, що набрала чинності в 1978 р. і визначила структуру і компетенцію органів та процедури захисту прав людини. Порівнюючи ці дві регіональні конвенції, стає очевидним, що Американська конвенція, яка була прийнята під їх впливом після Міжнародного пакту про права людини 1966 р., містить розгорнутий і детальний перелік прав і свобод з посиланням на високі стандарти економічних, соціальних, освітніх, наукових і культурних прав людини, включених до Статуту Організації Американських держав ще в 1967 р. згідно з Протоколом, прийнятим у Буенос-Айресі. Не менш очевидним є й те, що в арсеналі ЄКПЛ під впливом міжнародних пактів постійно розширюється обсяг гарантованих прав і свобод шляхом ухвалення нових додаткових протоколів до Конвенції, включаючи більше

180 конвенцій з конкретних проблем регулювання і реалізації прав і свобод людини, прийнятих Радою Європи впродовж 50 років свого існування.

Активному процесу універсалізації прав людини в цих регіонах сприяють загальні та спеціальні правові принципи, покладені в основу конвенційних формулювань, що визначають суть і призначення прав людини. Це загальновизнані принципи неподільності, взаємозалежності і взаємозв'язку всіх категорій прав людини: громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних; взаємозумовленість прав і обов'язків людини; встановлення правових меж їх реалізації; відповідальність за порушення прав людини. Так, у Преамбулі Американської конвенції з прав людини за її правовстановлюючі принципи визнаються такі: демократія як основа свободи особистості й соціальної справедливості; повага невід'ємних прав людини; визнання природного і, відповідно, універсального характеру прав людини; взаємопов'язаність і рівноцінність усіх прав і свобод людини. У Преамбулі закріплюється принцип субсидіарності, згідно з яким міжнародний захист прав людини у форматі Конвенції сприяє і доповнює їх захист на національному рівні.

У Преамбулі Європейської конвенції прав і основоположних свобод людини, яка була прийнята на 20 років раніше за Американську, названі найзагальніші принципи захисту прав і свобод людини, а саме – свобода, демократія, верховенство права. Проте власне в тексті Конвенції права людини визнаються і втілюються як природні й універсальні, встановлюється перелік невід'ємних прав людини, хоча в меншому обсязі, ніж в американському варіанті. Разом із тим, крім нормативної подібності гарантованих цими конвенціями прав і свобод, найбільш істотне значення в процесі універсалізації прав людини має створення і функціонування в порівнюваних регіонах системи механізмів контролю та захисту прав людини.

Розглядаючи проблему оцінки (кваліфікації) прав людини в широкому контексті дискусії «універсалізм проти релятивізму», український вчений Х. Бехруз вважає, що регіоналізм як форма об'єднання і співпраці держав створює сприятливі умови для подолання частини труднощів на шляху досягнення ефективного універсального консенсусу. Водночас ніщо насправді не може заборонити державам на регіональному рівні відхилятися від визнання і гарантування прав, що не визнані і не сприймаються ними як універсальні [8, с. 132].

Поширений у цих країнах підхід, іноді навіть на національному рівні, полягає в тому, що нормативне поняття універсальних прав людини перебуває в конфлікті з усталеними у світі моральними і культурними відмінностями та особливостями прав людини. Подібне відторгнення універсальних стандартів розглядається як зумовлене суто політичними інтересами маніпулювання формулами про моральні відмінності і культурний релятивізм з боку деяких урядів або державних лідерів з метою уникнути міжнародної критики і можливої гуманітарної інтервенції у відповідь на їхню внутрішню репресивну політику та дії, що порушують права людини [9].

Спроби протистояти універсалізації прав людини робляться і на міжнародних форумах. На це були спрямовані зусилля багатьох азійських і мусульманських країн у 1993 р. на Міжнародній конференції з прав людини у Відні з тим, щоб перешкодити наданню правам людини статусу універсальних на тій підставі, що вони є нібито абсолютно орієнтовані на західні правові цінності в міжнародному праві. Протистояння або «опір» визнанню універсального статусу прав людини з посиланнями на інші культурні «цінності» проявляється також і в прямій відмові ратифікувати ті чи інші міжнародні конвенції. Наприклад, коли йдеться про Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок 1979 р., то уряди

деяких мусульманських і азійських країн стверджують, що їхня культура або релігія не допускають її ратифікації. І якщо остання все ж здійснюється, то супроводжується численними застереженнями, такими, що суперечать цілям і змісту Конвенції.

Насправді посилання на багато принципів і цінностей ісламського права, на основі яких формуються права людини, свідчать про утвердження на практиці різних інтерпретацій по відношенню до норм міжнародного права. Такий підхід насамперед стосується прав жінок. При цьому їх трактування та оцінка супроводжуються певним різночитанням і дискусіями навіть між ісламськими вченими, залежно від того, розглядається правовий статус жінки з формально-юридичних або релігійно-етнічних позицій. В останньому випадку права жінки визначаються з урахуванням цінностей ісламу і на основі приписів шаріату. Допустимі шаріатом обмеження деяких прав жінок на отримання освіти, вибір роботи, свободу пересування мусульманські юристи не вважають абсолютними, а лише відносними, якщо керуватися принципом ієрархії і співвідношення соціальних і моральних цінностей та обов'язків. За такого підходу вони роблять висновок, що шаріат не обмежує права жінки. Про це свідчать і положення Загальної ісламської декларації прав людини 1981 р., яка закріплює рівноправність жінки і чоловіка за умови виконання жінкою своїх обов'язків і дотримання вимог ісламської етики щодо її честі й гідності (ст. 19, 20).

Між тим в останні роки особливу заклопотаність і на міжнародному, і на регіональному рівнях викликають різні форми шкідливої традиційної практики і звичаїв Африканських країн, які стосуються здоров'я жінок і дівчат. Свого часу Підкомісія ООН із заохочення і захисту прав людини склала План дій по боротьбі з такого роду практикою з метою її повного викорінення [10]. У 1994 року було створено Міжафриканський комітет із традиційної практики, що стосується прав жінок і дітей Африки, зусилля якого були спрямовані на здійснення цього Плану.

У 2003 р. Підкомісія щодо заохочення і захисту прав людини, знову повернувшись до цього питання, прийняла Резолюцію 2003/28 від 14 серпня 2003 р., в якій вказується, що всі види шкідливої традиційної практики і звичаїв ґрунтуються не тільки на конкретних традиціях або культурних цінностях, а є також проявом насильства по відношенню до жінок і дівчат. Одночасно Конференція глав держав і урядів держав-учасниць Африканського Союзу прийняла Додатковий протокол до Африканської хартії прав людини і народів, що стосується прав жінок, в якому традиційна практика визнається грубим порушенням прав людини, а держави покликані ратифікувати Протокол і включити його норми про заборону і припинення подібної практики у своє національне законодавство. Прихильники культурного релятивізму, заперечуючи презумпцію неподільності та універсальності прав людини, будь-який раз стверджують, що міжнародне визнання прав людини не стосується становища жінки в сім'ї та суспільстві, і що тут необхідно дотримуватися традиційних цінностей, виявляти терпимість до різноманітності та специфіки соціальних і культурних звичаїв.

Звичайно, в концептуальному плані можна зустріти і більш гнучкі, толерантні підходи, які вибірково відображають іншу практику, або деякі намічені в цьому напрямі позитивні тенденції. Посилаючись на висловлювання колишнього президента Асоціації міжнародного права професора Саїда Ель Даккакі (Єгипет), який у своїй доповіді на першій конференції Асоціації міжнародного права країн Азії і Тихоокеанського басейну з проблем прав людини і їх адаптації на регіональному рівні (травень 1995 г.) стверджував, що Коран встановлює вищі принципи, але не регулює деталі. Якщо норми міжнародного акту про права людини

містять положення, яким немає аналогів у ісламському праві, але при цьому вони не суперечать усталеним традиціям і допустимій шаріатом практиці, то такі міжнародні норми можуть застосовуватися.

Таким чином, в юридичній науці склалося два підходи в оцінці універсальності прав людини. Один відзначений нетерпимістю, що закладена в інтерпретації ісламських правових джерел, які позначені або виводяться з принципів реалізації прав людини і, отже, потенційно передбачають виникнення серйозних колізій. Інший підхід визнає універсальність прав людини на регіональному рівні, пом'якшує можливі конфлікти між ісламським правом і міжнародним правом або зовсім усуває їх [11, с. 166–167].

Прихильність до традиційних духовних цінностей культури і релігії в сучасних умовах не можна ігнорувати, оскільки вона має величезний вплив на встановлення міжнародних стандартів прав людини в різних цивілізаційних просторах. Однак є права людини, які прийнятні для всіх країн і народів, оскільки вони є природними властивостями, необхідними умовами нормальної життєдіяльності суспільства. Проте щодо прав людини, визнаних у міжнародних документах як такі, що не підлягають жодним обмеженням і відхиленням, на регіональному рівні існує відмінність у підходах, що призводить на практиці до їх порушень і потребує реагування та такі факти з боку міжнародної спільноти.

Процеси світової глобалізації відчутно позначаються на всіх сферах життєдіяльності суспільства, зокрема на реалізації прав людини, що супроводжується на регіональному рівні окремими колізіями. У багатьох випадках межі реалізації прав людини зумовлені певними соціокультурними особливостями та усталеними звичаями, які не відповідають загальним цивілізаційним цінностям та перешкоджають упровадженню міжнародних стандартів прав людини в національні правові системи.

Універсальний характер прав людини, закріплений у п. 5 Віденської декларації та Програмі дій з прав людини (1993), передбачає, що всі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними і взаємопов'язаними. Міжнародне співтовариство повинно ставитися до прав людини, враховуючи процеси глобалізації, на справедливій і рівній основі, з однаковим підходом і увагою. Хоча значення національної і регіональної специфіки і різних історичних, релігійних і культурних цінностей, правових традицій необхідно мати на увазі, водночас держави, незалежно від їхніх політичних, економічних і культурних систем, мають обов'язок заохочувати і захищати всі права людини та основні свободи.

У цьому твердженні виражені позиції, що є істотними під час розгляду ситуації щодо реалізації прав людини на регіональному рівні. По-перше, визнання прав людини як універсальних для міжнародного співтовариства означає їх глобальний характер. І, по-друге, незалежно від їхніх політичних, економічних і культурних систем держави зобов'язані заохочувати і захищати всі права і свободи людини. Міжнародні стандарти покликані скасувати відмінності щодо реалізації прав і свобод людини, які проявляються на глобальному і національному рівнях, стверджувати їх універсальний характер.

Прихильність до традиційних духовних цінностей не можна ігнорувати в умовах сучасності, оскільки соціокультурна багатоманітність має величезний вплив на впровадження міжнародних стандартів прав людини в різні цивілізаційні простори. Права людини, які притаманні всім країнам і народам завдяки своїм природним властивостям, визнані у міжнародних документах як такі, що не підлягають жодним обмеженням

і відхиленням, на регіональному рівні відрізняються у своїх підходах. На практиці це призводить до їх обмежень і подекуди порушень, що потребує реагування з боку міжнародної спільноти.

Ключові слова: права людини, правові цінності, універсальність, релятивність, міжнародні стандарти прав людини.

Dashkovska O. Human rights in a globalized world: universalism or relativism?

The processes of world globalization have a significant impact on all spheres of society, in particular on the realization of human rights, which is accompanied by specific collisions and conflict situations at the regional level. In many cases, the limits of the realization of human rights are conditioned by certain socio-cultural characteristics and sustainable traditions that do not correspond to common civilizational values and impede the implementation of international human rights standards in national legal systems.

The universal nature of human rights, enshrined in paragraph 5 of the Vienna Declaration and Program on Human Rights Action (1993), provides that all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. The international community must treat human rights in a fair and equitable manner, with due regard for globalization processes, with the same approach and focus. The significance of national and regional specificities and different historical, religious and cultural values, legal traditions must be borne in mind. Despite that states, regardless of their political, economic and cultural systems, have obligations to promote and protect all human rights and basic freedoms.

This statement expresses the positions that are essential when considering the human rights situation at the regional level. First, recognizing human rights as universal for the international community means their global character. Secondly, regardless of their political, economic and cultural systems, states have a duty to promote and protect all human rights and freedoms. International standards are intended to eliminate the differences in the realization of human rights and freedoms that are manifested at the global and national levels, and to assert their universal character.

Adherence to the traditional values of culture and religion cannot be ignored in contemporary context, as sociocultural diversity has a profound effect on the implementation of international human rights standards in different civilizational spaces. Human rights, which are inherent in all countries due to their natural properties, are recognized in international instruments as being not subject to any restrictions and deviations, at the same time they are different at the regional level in used approaches. In practice, this results in restrictions and, in some cases, violations that require response from the international community.

Key words: human rights, legal values, universality, relativity, international human rights standards.

Література

1. Kausikan B. Asia's Different Standards. Foreign Policy.1993. № 92. P. 39–40.

2. Саидов А.Х. Международное право прав человека : учеб. пособие. Москва : Академический правовой университет, 2002. 198 с.

3. Лимэй Ю. Законодательство КНР и Пакты о правах человека. Юрист-международник. 2004. № 1. С. 52–55.

4. Шуміло І.А. Міжнародна система захисту прав людини : навчальний посібник. Київ : ФОП Голембовська О.О. 168 с.

5. Коллонтай В. Эволюция западных концепций глобализации. Мировая экономика и международные отношения. 2002. № 1. С. 24–30.

6. Панарин А. Искушение глобализмом. Москва : ЭКСМО-Пресс, 2002. 461 с.

7. Международные акты о правах человека. Сборник документов / Сост. и вступ. ст. : В.А. Карташкин, Е.А Лукашева. Москва : Норма, Инфра-М, 1998. 784 с.

8. Бехруз Х. Універсалізм і релятивізм цінностей у контексті діалогу правових культур. Філософія права і загальна теорія права.2012. № 2. С. 128–138.

9. Максимов С. Права человека: универсальность и культурное многообразие. Право Украины. 2011. № 5–6. С. 24–31.

10. Небезпечна традиційна практика, що шкідливо відображається на здоров'ї жінок і дітей. Виклад фактів / Харківська правозахисна група. Харків, 2004. 52 с.

11. Жебровська К.А. Правові цінності у взаємодії правових систем : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 222 с.

УДК 340.12:(007:342.5/6)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.937

І. Антошина,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри загальнотеоретичної юриспруденції
Національного університету «Одеська юридична академія»

ІНФОРМАЦІНА ВЛАДА: ЗМІСТ І ЗНАЧИМІСТЬ У СУЧАСНИХ УМОВАХ

У сучасних умовах інформаційне суспільство створює інформаційний простір, що являє собою соціальне середовище, у якому здійснюється виробництво, збирання, зберігання, поширення й використання інформації. Інформаційний простір використовується як інструментарій для вирішення соціальних, політичних економічних чи військових завдань, де головну роль відіграють саме засоби масової інформації. Однак варто зазначити, що саме відповідальність за якість інформаційного простору України лежить на кожному його учаснику – і на політиках, і на журналістах, і на суспільстві як споживачеві інформаційного продукту. Так, сьогодні однією з проблем функціонування інформаційної влади є несформованість єдиного українського інформаційного простору. Інформаційний простір, де панує інформація, на наш погляд, не має чітко встановлених кордонів, що, у свою чергу, робить інформацію та її вплив на широкі маси населення необмеженим.

У науковій літературі виділяють економічну, ідеологічну, політичну, державну, духовну та інші різновиди влади. Виділяється також інформаційна влада, яка останнім часом стало предметом пильної уваги наукових досліджень. Серед зарубіжних дослідників, що займаються цією проблематикою, особливо виділяються С. Белл-Рокич, М. Дефлер, Т. Беннет, Е. Вартем, Дж. Лал, Г. Лассвел, В. Ліппман, Э. Ноель-Нойман, Э. Тоффлер, Е. Хилл ті ін. Що стосується вітчизняних дослідників інформаційної влади, можна виділити А. Гриценко, В. Іванова, М. Каращука, М. Костенко, Б. Кормича, А. Ручку та ін.

Метою статті є визначення сутності інформаційної влади, її взаємодії з державною владою, так як сьогодні інформаційна влада перетворюється в потужний фактор суспільного розвитку.

Що стосується інформаційної влади, то більшість учених під інформаційною владою розуміє здатність власників інформації шляхом отримання, селекції, тлумачення, компонування та поширення інформації впливати на формування суспільної свідомості, спонукати суб'єктів політики й економіки до дій у заданому напрямі.

Інформаційна влада інституціоналізується через спеціалізовані структури для відкритої, публічної передачі будь-якої інформації будь-яким особам за допомогою спеціального технічного інструментарію. До них належать друкована, аудіовізуальна, електронна преса, кіно-, відео-, аудіоносії інформації, супутникові, кабельні, комп'ютерні мережі – усе, що може накопичувати й передавати важливу для суспільного життя інформацію [1].

Всеосяжна інформатизація суспільства, широке впровадження нових інформаційних технологій (телебачення, комп'ютерних мереж, аудіо та відеосистем, інтернет-телебачення, соціальних мереж) актуалізували дискусії про інформаційну владу. Тут можемо виділити кілька дефініцій поняття інформаційної влади. Інформаційна

© І. Антошина, 2019

влада – по-перше, це влада якоїсь інформації (ідей), прийнятої до реалізації, а по-друге, влада людей, які втілюють інформацію (ідеї) в життя [2].

Сутність інформаційної влади зводиться до здатності поширення за допомогою засобів масової інформації та міжособистісного спілкування певних ідей. Вона спрямована на те, що люди починали адекватно сприймати інформацію, що надходить і яка, у свою чергу, починає формувати алгоритм їхньої поведінки. На думку М. Каращука, інформаційна влада – це системно-функціональна взаємодія, особливого роду зв'язок, який забезпечує здатність суб'єктів за допомогою цілеспрямованого поширення інформації реалізовувати свої цілі [3, с. 324–335].

У сучасному світі, як зазначає Ю. Турченко, де інформація виступає як основна цінність, питання про інформаційну влади в соціально-політичній структурі суспільства є наріжним як для теоретиків – політологів, соціологів, правознавців, психологів, так і для практиків – політиків, журналістів [4, с. 115].

Інформаційна влада формується в рамках громадянського суспільства, що являє собою систему самостійних і незалежних від держави суспільних інструментів і відносин, які покликані забезпечити необхідні умови для реалізації прав і свобод, а також приватних інтересів і потреб окремих людей і їхніх колективів, для насиченого соціального, культурного та духовного життя.

Глобальний розвиток інформаційного суспільства сприяє можливості інтенсивного інформаційного обміну, що відбувається в інформаційній взаємодії зацікавлених суб'єктів. Саме інформація є найважливішим елементом, наповненням комунікації та опосередковує всі комунікативні процеси. Комунікація скріплює будь-яке суспільство та сприяє його розвитку, є умовою та формою існування не тільки соціуму, а й права. А. Поляков та Е. Тимошина визначають інформаційну природу права як оснований на соціально визнаних і загальнообов'язкових нормах комунікативний порядок відносин, учасники якого взаємодіють шляхом реалізації своїх прав та обов'язків [5, с. 331].

Сферою правового регулювання інформаційного суспільства є соціальний простір, який необхідно впорядкувати за допомогою правових засобів на основі використання досягнень інформаційно-технологічного прогресу. Право може впливати на інформаційну сферу за допомогою правового регулювання, також правового впливу. Об'єктом правового регулювання інформаційних відносин є правова реальність, пов'язана з формуванням, функціонуванням і розвитком інформаційного суспільства. Предметом правового регулювання інформаційних відносин є сукупність суспільних відносин, пов'язаних із використанням різних інформаційно-комунікаційних технологій з метою створення, накопичення інформації та знань, а також розвитку й реалізації свого потенціалу.

Актуальною є взаємодія інформаційної влади з державною владою. Державна влада передбачає наявність суб'єкта влади, того, хто здійснює владні відносини, й об'єкта владних відносин, тобто того, щодо кого вона застосовується. Не менш важливими є джерела й засоби, за допомогою яких здійснюють владу; мета, заради якої владу застосовують. Суб'єктами державної влади насамперед є інститути держави. Що стосується суб'єктів інформаційної влади в сучасному суспільстві, то ними є такі інститути, як ЗМІ, інформаційні та рекламні агентства, наукові та науково-освітні установи. Найбільш масовий і вагомий вплив мають Інтернет, ЗМІ (аудіовізуальні, телебачення, радіо), де Інтернет є головним творчим полем діяльності сучасного суспільства.

Щодо розгляду питань щодо функціонування державної влади, то вона є обмеженою, тоді як, на відміну від державної влади, інформаційна влада на шляху свого впливу на свідомість

і волю людей є необмеженою. Державна влади має адресний характер, спрямований на все населення, або на певні верстви, або на обличчя, які беруть безпосередню участь у конкретній справі. Що стосується інформаційної влади, то можна спостерігати, що її волевиявлення не має конкретних адресатів. Масштаб та активність впливу залежить від переконливості, доказовості, правильної подачі, привабливості інформації.

З метою підкорювати одного суб'єкта іншому або одних суб'єктів іншим державна влада може використовувати як метод примусу, так і метод переконання для виконання владних вимог. Що стосується інформаційної влади, то вона не має здатність і можливість насильно примушувати до вчинення будь-які дії. Інформаційна влада може задіяти метод переконання.

Влада є універсальним механізмом інтеграції й упорядкування поведінки людей. Насамперед вона представлена державою, її ресурсами [6]. Ресурси державної влади складаються з потенційних засобів, які можуть бути задіяні під час реалізації функцій держави. Головним ресурсом інформаційної влади є засоби масової інформації (далі – ЗМІ), які мають досить потужні можливості впливу на їхню свідомість і поведінку, усе це дає підстави розглядати ЗМІ саме як потужний інструмент інформаційної влади. Сутність інформаційної влади полягає в корекції мислення або впровадженні нових смислів у старі ідеї та їх популяризації.

Інформаційна влада в сучасних умовах відіграє визначальну роль у житті сучасного суспільства. Під впливом інформаційної влади змінюються більшість політико-правових інститутів, політичні відносини, форми політичного та інформаційного впливу на суспільні відносини й суспільну свідомість.

Інформаційна влада чинить широкий вплив на формування поведінки особистості й суспільства загалом, уміло маніпулює свідомістю людей за допомогою цілеспрямованого впливу інформації або блокування певних відомостей, пропагандистських і агітаційних матеріалів, інформації, які й не сприймаються нами як примус.

Що стосується державної влади, то вона може домагатися своїх цілей різними засобами, у тому числі ідеологічним впливом, переконанням, економічним стимулюванням та іншими способами. Але тільки вона володіє монополією на примус за допомогою спеціального апарату щодо всіх членів суспільства. Унаслідок цього формами прояву влади є панування, керівництво, управління, організація, контроль.

Формування інформаційної влади безпосередньо пов'язане зі становленням інформаційного суспільства, у якому інформація стає головним економічним ресурсом, а інформаційний сектор виходить на перше місце за темпами зростання; основною формою власності стає інтелектуальна власність, вагомого значення набуває людський капітал; інформація стає предметом масового споживання (з'являються нові критерії оцінювання рівня розвитку суспільства – кількість комп'ютерів, кількість підключень до Інтернету, кількість мобільних і стаціонарних телефонів тощо), формуються нові правові засади функціонування інформаційного суспільства; формується єдина інтегрована інформаційна система на основі технологічної конвергенції (злиття телекомунікацій, комп'ютерно-електронної, аудіовізуальної техніки), створюються єдині національні інформаційні системи [7, с. 16–17].

Перехід від індустріального до інформаційного суспільства є нагальною реальністю нашого часу й зачіпає всі держави, де Україна не є винятком. Перехід до інформаційної цивілізації перетворює інформаційний ресурс на стратегічний фактор будь-якої країни [8, с. 3].

Інформаційне суспільство створює інформаційний простір, який являє собою соціальне середовище, де здійснюється виробництво, збирання, зберігання, поширення й використання

інформації. Інформаційний простір використовується як інструментарій для вирішення соціальних, політичних економічних або військових завдань, де головну роль відіграють саме засоби масової інформації. Однак необхідно відзначити, що саме відповідальність за якість інформаційного простору лежить на кожному з його учасників – і на політиках, і на журналістах, і на суспільстві як споживачеві інформаційного продукту.

У сучасних умовах однією з важливих проблем функціонування інформаційної влади є формування єдиного інформаційного простору. Інформаційний простір не має чітко встановлених меж, що, у свою чергу, робить інформацію та її вплив на широкі маси населення необмеженими.

Необхідно акцентувати увагу на тому, що останнім десятиліттям спостерігається стрімке зростання політичного впливу інформаційної влади, її значення, ролі в житті суспільства. Свобода слова та інформації на основі верховенства права й поваги прав людини є основними постулатами побудов громадянського суспільства, утвердження справжньої демократії. Тому, без сумніву, межі існування інформаційної влади повинні бути узгоджені з правами і свободами людини.

Існування державної влади сьогодні неможливо без використання інформаційних технологій, це наочно демонструє нам глобальне зростання інформаційного обміну, значимості інформації в суспільстві. Неможливо не погодитися з тим що інформація нині є першоосновою світу: «У суспільстві циркулює велика кількість інформації, яка заволоділа свідомістю, поведінкою людей; вона скрізь і всюди, усередині нас, між нами та навколо нас» [9, с. 14].

Основами правового регулювання інформаційних відносин в Україні є Конституція України та Закон України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» [10], згідно з якими держава створює умови для розвитку інформаційного суспільства в Україні. Прийнято низку спеціально нормативно-правових актів, що спрямовані на регулювання оптимального використання інформаційних технологій, створення спеціальних державних структурних підрозділів, які займаються впровадженням інформаційної політики в життя населення й виконанням державних програм.

Кабінет Міністрів України 20 вересня 2017 р. Розпорядженням «Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні» акцентує увагу на тому, що в рамках реалізації угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, Україна має забезпечити комплексний розвиток електронного урядування відповідно до європейських вимог.

Державне управління в Україні потребує модернізації шляхом реінжинірингу наявних і проектування оновлених адміністративних процесів в органах влади, оптимізованих із використанням сучасних інформаційно-комунікаційних технологій, спрямованих на електронну взаємодію та спільну роботу, відкритість і прозорість для громадян.

Запровадження автоматизованого обміну даними між інформаційно-телекомунікаційними системами органів влади дасть змогу забезпечити підвищення ефективності роботи органів влади шляхом скорочення часу отримання необхідних даних, покращення якості й актуальності опрацьованих даних, ліквідації багаторазового збирання та дублювання даних у різних інформаційних системах, покращення доступності інформаційних ресурсів і їх систематизацію [11].

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» визначає основні правові й організаційні засади забезпечення захисту життєва важливих інтересів людини та громадянина, суспільства

й держави, національних інтересів України в кіберпросторі, основні цілі, напрями та принципи державної політики, зокрема, у сфері кібербезпеки. Відставання правового регулювання суспільних відносин в інформаційній сфері від появи нових засобів обробки інформації й комунікації не дає можливості державі швидко та чітко відповісти новим викликам і загрозам, що виникли в цій сфері [12].

Зростання значущості інформації в житті кожної людини відображено в правах і свободах людини та громадянина. Право громадян України на інформацію набуває вагомого значення, відповідно, Конституція України закріпила право людини на свободу інформації. Так, ст. 34 Конституції України гарантує кожному громадянину право вільно збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію [13].

Закон України «Про інформацію» державну інформаційну політику визначає як сукупність основних напрямів і способів діяльності держави щодо одержання, використання, поширення та зберіганню інформації. Закон закріплює гарантованість права на інформацію; відкритість, доступність інформації, свободу обміну інформацією; достовірність і повноту інформації; свободу вираження поглядів і переконань; правомірність одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації й захищеність особи від втручання в її особисте та сімейне життя [14].

Отже, право на доступ до інформації стає одним із невід'ємних прав людини та громадянина. Пріоритетним завданням української держави є забезпечення свободи слова, свободи інформації, право на вираження думки й позиції громадянина, право на отримання й поширення достовірної інформації без перешкод. Найважливіше значення для подальшого розвитку українського суспільства полягає у взаємодії державної влади з інформаційною владою. У сучасних умовах інформаційна влада визначальним чином впливає на різні сфери суспільного розвитку, що трансформує багато політичних і державних інститутів. Ефективність державної влади багато в чому залежить від усебічного регулювання інформаційних відносин, що визначає характер її взаємодії з інформаційною владою.

Формування інформаційної влади безпосередньо пов'язане зі становленням інформаційного суспільства, в якому інформація стає головним економічним ресурсом, а інформаційний сектор виходить на перше місце за темпами зростання. Інтелектуальна власність стає основною формою власності, важливим стає людський капітал; інформація стає предметом масового споживання, формуються нові правові основи функціонування інформаційного суспільства. Тепер свобода слова й інформації на засадах верховенства права та повага прав людини – це основні постулати створення громадянського суспільства, заява про справжню демократію. Тому межі існування інформаційної влади мають бути узгоджені з правами та свободами людини. Отже, право на доступ до інформації стає одним із невід'ємних прав людини та громадянина. Пріоритетним завданням Української держави є забезпечення свободи слова, свободи інформації, права на висловлення думок і позиції громадянина, права на отримання й поширення достовірної інформації без перешкод.

Сутність інформаційної влади зводиться до здатності поширення за допомогою засобів масової інформації та міжособистісного спілкування певних ідей. Право на доступ до інформації стає одним із невід'ємних прав людини та громадянина. Пріоритетним завданням української держави є забезпечення свободи слова, свободи інформації, право на вираження думки й позиції громадянина, право на отримання й поширення достовірної інформації

без перешкод. Найважливіше значення для подальшого розвитку українського суспільства полягає у взаємодії державної влади з інформаційною владою. У сучасних умовах інформаційна влада визначальним чином впливає на різні сфери суспільного розвитку, що трансформує багато політичних і державних інститутів. Ефективність державної влади багато в чому залежить від усебічного регулювання інформаційних відносин, що визначає характер її взаємодії з інформаційною владою.

Ключові слова: інформація, інформаційне суспільство, інформаційний простір, інформаційна влада, державна влада, ресурси влади, право на доступ до інформації, право на інформацію.

Antoshyna I. Information power: content and significance in the current conditions

In modern conditions the information power directly bind with formation of an information society, in which information becomes the main economic resource, and the information sector comes out on the top on rate of growth. The intellectual property becomes the main form of ownership, a human capital becomes the important; an information becomes a subject of mass consumption, the new legal bases of functioning of an information society are formed. Now, freedom of speech and information on the basis of the rule of law and the respect of human rights are the main postulates of the creation of a civil society, the statement of a real democracy. Therefore, the limits of the existence of the information power have to be agreed with the rights and the freedoms of a person. So, the right for access to information becomes one of inalienable rights of a human and a citizen. A priority task of the Ukrainian state is the ensuring the freedom of speech, the freedom of an information, the right for expression of opinion and the citizen`s position, the right for the receipt and the dissemination of the reliable information without obstacles.

The essence of information power comes down to the ability to disseminate through the media and the interpersonal communication of certain ideas. The right to access information becomes one of the inalienable human and citizen rights. The priority task of the Ukrainian state is to ensure freedom of speech, freedom of information, the right to express the opinion and position of a citizen, the right to receive and impart reliable information without hindrance. The most important for the further development of Ukrainian society is the interaction of the state power with the information power. In modern conditions information power has a decisive influence on the various spheres of social development, which transforms many political and state institutions. The effectiveness of state power largely depends on the comprehensive regulation of information relations, which determines the nature of its interaction with the information power.

Key words: information, information society, information space, information power, state power, power resources. information, information society, information space, information power, state power, state resources, right of access to information, right to information.

Література

1. Бебик В.М. Політологія для політика і громадянина : монографія. Київ : МАУП, 2003. URL: https://www.politics.ellib.org.ua/pages-3665.html.

2. Ржевська Н.Ф. Політична влада та інформація, місце інформаційної влади у інформаційному суспільстві. URL: jrnl.nau.edu.ua/index.php/IMV/article/view/2950.

3. Каращук М.Г. Інформаційна влада: сутність та особливості впливу. Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса. 2012. Вип. 3. С. 324–335.

4. Турченко Ю. ЗМІ як впливовий чинник реалізації політичного процесу. Громадське суспільство. Політичний менеджмент. 2009. № 4. С. 115–118.

5. Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права : учебник. Санкт-Петербург, 2005. 472 с.

6. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. Одесса : Юрид. л-ра, 2011. 627 с.

7. Чугунов А.В. Развитие информационного общества: теории, концепции и программы : учебное пособие. Санкт-Петербург : Ф-т филологии и искусств СПбГУ, 2007. 98 с.

8. Правове забезпечення інформаційної діяльності в Україні / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка, І.С.Чижа. Київ : Юрид. думка, 2006. 411 с.

9. Юзвишин И.И. Информациология. Москва : Информациология, 1996. 220 с.

10. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки : Закон України від 09.01.2007 № 537-V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-16.

11. Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20.09.2017 № 649-р. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-р.

12. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України от 05.10.2017 № 2163-VIII. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T172163.html.

13. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 147.

14. Про інформацію : Закон України від 13.11.1992 № 48. Ст. 650. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12/ed20110106.

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ У ДІЇ

УДК 342.727:(347.77:339.166.5)(477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.939

А. Крусян,
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України,
завідувач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ КОНТЕКСТ

Розвиток соціуму є неможливим без інтелектуальної діяльності, що детермінує проблему її забезпечення та, зокрема, юридичного захисту результатів цієї діяльності, тобто інтелектуальної власності, правовий вимір якої в сучасних вітчизняних умовах характеризується проблематичністю. Проблеми права інтелектуальної власності особливо актуалізуються в період становлення та розбудови інформаційного суспільства.

Традиційно право інтелектуальної власності в об'єктивному сенсі визначається як цивільно-правовий інститут, тобто сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері створення, використання й охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Тому проблематика права інтелектуальної власності зазвичай має цивільно-правовий характер і напрям свого наукового вирішення. Питанням дослідження інституту інтелектуальної власності в конституційно-правовому контексті присвячені окремі праці таких науковців, як: Бошицький Ю.Л., Матат А.В., Саглаєва Н.О., Яшарова М.М. та ін. Втім, оцінка стану вітчизняної конституційно-правової літератури надає підстави зазначити недостатність уваги з боку вчених-конституціоналістів до дослідження проблем права інтелектуальної власності.

Враховуючи, що фундаментальну та інтегративну функцію щодо всієї правової системи України відіграє конституційне право, теоретично обґрунтованим і практично доцільним буде не тільки цивільно-правовий, а й поширений конституційно-правовий аналіз основних актуальних питань права інтелектуальної власності, особливо на сучасному етапі конституційно-правових перетворень в українському суспільстві та державі. Право власності, зокрема й інтелектуальної, регулюється не тільки нормами цивільного права, але й конституційним правом. Отже, право інтелектуальної власності як самостійний інститут цивільного права має конституційно-правову основу.

В юридичній літературі виокремлюється широкий спектр положень Основного Закону України, які відносять до конституційних основ права інтелектуальної власності [див., наприклад: 1]. Такі позиції не викликають заперечень, втім, думається, варто зосередити увагу саме на тих конституційних нормах, які мають пряме, безпосереднє, але не опосередковане відношення щодо права інтелектуальної власності. Наприклад, до конституційних основ права інтелектуальної власності слід віднести такі положення Конституції України:

© А. Крусян, 2019

ст. 1 (Україна є демократичною, правовою державою); ст. 3 («утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»); ст. 15 (принцип економічного плюралізму); п. 7 ч. 1 ст. 92 (виключно законами визначається «правовий режим власності») тощо; а також ст. 41, 54 Конституції України, в яких безпосередньо йдеться про інтелектуальну діяльність та інтелектуальну власність. Зокрема, в Конституції України використовуються три вербальні конструкції: «результати інтелектуальної діяльності» (ч. 1 ст. 41; ч. ч. 1, 2 ст. 54); «види інтелектуальної діяльності» (ч. 1 ст. 54); «інтелектуальна власність» (ч. 1 ст. 54).

Частиною другою ст. 54 Конституції України кожному громадянину гарантовано право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності. У ст. 41 Конституції України закріплюється право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися «результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності», враховуючи положення ст. 418 Цивільного кодексу України, можна зробити висновок, що йдеться про право інтелектуальної власності.

Отже, право інтелектуальної власності в суб'єктивному сенсі можна розглядати як конституційно визначене та гарантоване державою право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. За своєю юридичною природою право інтелектуальної власності є конституційним (основним) правом людини.

Враховуючи специфіку права інтелектуальної власності (в об'єктивному та суб'єктивному сеансах), особливості змісту та структури інтелектуальної власності, слід на конституційному рівні визнати інтелектуальну власність як особливий вид власності. Зокрема, застосувати в положеннях ст. 41 Конституції України вербальну конструкцію «інтелектуальна власність», а не тільки «результати інтелектуальної, творчої діяльності». Наприклад, доповнити цю статтю новою частиною такого змісту: «Ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності чи обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом».

Крім того, положення ст. 41 Конституції України не кореспондують положенням ст. 54 Конституції України в частині визначення суб'єкта права інтелектуальної власності. Наприклад, у ст. 41 закріплено, що право володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності має «кожен» (ч. 1 ст. 41), втім, відповідно до ч. ч. 1 та 2 ст. 54 «захист інтелектуальної власності» гарантується тільки «громадянам» (ч. 1 ст. 54), крім того, тільки «кожний громадянин» має право на результати своєї інтелектуальної діяльності (ч. 2 ст. 54). Враховуючи міжнародні стандарти у сфері права інтелектуальної власності та спрямованість конституційно-правових перетворень у сучасній Україні на утвердження та забезпечення конституційно-правової свободи людини, вбачається необхідним узгодити положення цих статей і внести зміни до ст. 54 Конституції України, а саме: замінити в ч. 1 цієї статті слово «громадянам» на слово «кожному»; та з тексту ч. 2 виключити слово «громадянин». Тим більше, що, на думку дослідників, «... стаття 54 Конституції України вважається стрижневою у контексті права інтелектуальної власності» [2, с. 214].

Думається, що зазначена модернізація конституційних положень щодо права інтелектуальної власності буде сприяти інтеграції України у міжнародне (зокрема, європейське) співтовариство та наближенню України до міжнародних стандартів у сфері права інтелектуальної власності. Крім того, це буде сприяти утвердженню конституційно-правових гарантій забезпечення та захисту інтелектуальної власності.

Адже захист прав інтелектуальної власності в Україні в контексті міжнародних рейтингів є досить низьким [див.: 3]. Зокрема, показником, що

оцінює успіх держави в захисті прав власності (за трьома чинниками: захист прав інтелектуальної власності, захист патентних прав і рівень «піратства» – порушення прав у сфері власності), є Міжнародний індекс захисту прав власності. Показники України у 2018 р. становили 4,3 бали (за максимального бала 10), що відображається у 110 позиції світового рейтингу (серед 125 країн) та 23 – у рейтингу серед країн Центрально-Східної Європи та Центральної Азії [4]. Звідси важливою проблемою для України є недосконаліть захисту інтелектуальної власності.

Захист інтелектуальної власності державою полягає в існуванні відповідного юридико-правового механізму, до складу якого входять нормативна та інституціональна частини. Нормативну частину представлено, перш за все, Конституцією України, положення якої, як було доведено, потребують удосконалення. Крім Основного Закону України, до нормативної частини цього механізму слід віднести й міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також закони та підзаконні нормативно-правові акти.

Міжнародні договори у сфері інтелектуальної власності, до яких приєдналась Україна, це такі: Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, підписана в Стокгольмі 14 червня 1967 р. (зі змінами від 2 жовтня 1979 р.); Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р. зі змінами від 2 жовтня 1979 р.); Всесвітня конвенція про авторське право від 6 вересня 1952 р.; Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм від 29 жовтня 1971 р.; Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення від 26 жовтня 1961 р.; Всесвітня конвенція про авторське право від 20 грудня 1996 р.; Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий 20 грудня 1996 р.; Договір про патентне право від 1 червня 2000 р.; Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків (Гаазький акт 1969 р. та Женевський акт, прийнятий 2 липня 1999 р.) та ін.

Міжнародні правові документи, отримавши визнання світової спільноти, стають міжнародно-правовими стандартами, зокрема, у сфері права інтелектуальної власності, які сприймаються і закріплюються в національних правових системах окремих країн. Велике значення для України в контексті євроінтеграції має вчинення «Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» (далі – Угода) [5] (Угоду ратифіковано Законом № 1678-VII від 16 вересня 2014 р. [6]). Зокрема, в Угоді вказується, що однією із цілей асоціації є «... сприяти поступовому зближенню Сторін, ґрунтуючись на спільних цінностях і тісних привілейованих зв'язках, а також поглиблюючи зв'язок України з політикою ЄС та її участь у програмах та агентствах». Такими спільними цінностями визначено «повагу до демократичних принципів, верховенства права, доброго врядування, прав людини і основоположних свобод... ».

Досить уваги в Угоді приділено інтелектуальній власності (див. глава 9 «Інтелектуальна власність»). Зокрема, передбачено стандарти, що стосуються прав інтелектуальної власності (ч. 2 гл. 9). В окремих підрозділах цієї часини врегульовано питання щодо визначення, застосування та охорони: авторського права та суміжних прав (підрозділ 1); торговельних марок (підрозділ 2); географічних зазначень (підрозділ 3); промислових зразків (підрозділ 4); патентів (підрозділ 5); топографій напівпровідникових продуктів (підрозділ 6). Ч. 3 гл. 9 присвячена захисту прав інтелектуальної власності. Як загальні зобов'язання

визначено: «Обидві Сторони підтверджують свої зобов'язання згідно з Угодою ТРІПС, зокрема її Частини ІІІ, та мають забезпечити подальші додаткові заходи, процедури та засоби захисту, необхідні для забезпечення дотримання охорони прав інтелектуальної власності. Ці заходи, процедури та засоби захисту мають бути добросовісними і справедливими та не повинні бути надмірно складними чи дорогими або спричиняти необґрунтовані строки чи невиправдані затримки» (ст. 230). Думається, що ця стаття має концептуальне значення щодо захисту прав інтелектуальної власності в Україні.

Отже, імплементація норм гл. 9 «Інтелектуальна власність» Угоди має забезпечити відповідність національного законодавства європейським правовим стандартам у сфері інтелектуальної власності.

Крім того, враховуючи, що відповідно до ст. 9 Конституції України Угода, яка була ратифікована в установленому порядку [див.: 6], стає частиною національного законодавства, її положення можуть бути застосовані національними судами. Слід погодитися з висновком, що «... у такому разі, за умови виникнення колізії між нормами спеціального закону у сфері інтелектуальної власності та положеннями УА (Угода про асоціацію з ЄС – *А. К.*) мають застосовуватися останні». Крім того, правильним є й те, що національні суди під час розгляду спорів із порушення прав інтелектуальної власності, поряд із врахуванням практики діяльності ЄСПЛ, особливу увагу мають приділяти відповідному прецедентному праву Суду ЄС, як це безпосередньо випливає з положень Угоди. У частині застосування її положень слід також звернути увагу на можливу перспективу залучення до цих питань Конституційного Суду України [7, с. 225–226].

Законами України, що регулюють питання інтелектуальної власності, зокрема, є такі: Закон України «Про авторське право і суміжні права»; Закон України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних»; Закон України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»; Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»; Закон України «Про охорону прав на промислові зразки»; Закон України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»; Закон України «Про охорону прав на сорти рослин»; Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»; Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів»; Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [8]. Крім того, в Україні діють більше сотні підзаконних актів, затверджених постановами Кабінету Міністрів України або наказами відповідних центральних органів виконавчої влади, які переважно спрямовані на ефективізацію процедурно-процесуального забезпечення реалізації законодавчих норм.

Отже, є підстави стверджувати, що в Україні створена відповідна нормативно-правова основа щодо захисту прав інтелектуальної власності. Водночас вона не позбавлена недоліків.

Зокрема, недоліком є відсутність профільного закону про власність, в якому мають бути визначення поняття, особливості, зміст права інтелектуальної власності. Адже Закон України «Про власність» від 7 лютого 1991 р. втратив чинність [9] (зокрема, у ч. 2 ст. 13 цього Закону було визначено: «Об'єктами права власності громадян є твори науки, літератури та мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки для товарів і послуг та інші результати інтелектуальної праці»).

Потребує вдосконалення нормативний захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет. У цьому напрямі зроблено певні позитивні

кроки. Наприклад, 26 квітня 2017 р. набув чинності Закон України «Про державну підтримку кінематографії в Україні» [10], яким, зокрема, внесено низку важливих змін щодо захисту авторських прав у мережі Інтернет до інших законів України, зокрема до Закону України «Про авторське право і суміжні права», Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України. У зв'язку з цим удосконалено правовий захист авторських прав у мережі Інтернет.

Втім, ця проблема є доволі складною і тому потребує свого подальшого вирішення, адже в умовах стрімкого, постійного розвитку цифрових технологій, розширення інформаційного простору тощо з'являються нові об'єкти права інтелектуальної власності, що також мають бути захищені.

Крім того, законодавство у сфері інтелектуальної власності потребує подальшої гармонізації з нормами міжнародного права. Процес реформування правового інституту інтелектуальної власності має здійснюватися в Україні з метою реалізації стратегічного прагнення з набуття членства в Європейському Союзі та є необхідною передумовою щодо наближення та адаптування законодавства у відповідних сферах до acquis ЄС.

Отже, незважаючи на певні досягнення у сфері законодавчого забезпечення правової охорони інтелектуальної власності, недосконаліть законодавства в цій сфері можна вважати одним із головних факторів, що перешкоджають створенню в Україні ефективного механізму (зокрема, його нормативної частини) захисту прав інтелектуальної власності.

Нормативну частину цього механізму безпосередньо пов'язано з інституціональною, яку представлено державними інституціями. Зважаючи на те, що права і свободи людини й громадянина та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3 Конституції України), всі органи державної влади повинні виконувати функцію держави щодо захисту прав і свобод людини, до яких належить і право інтелектуальної власності (у суб'єктивному сенсі). Водночас жоден із цих органів не має настільки універсальної компетенції та засобів щодо захисту прав людини, як суди. Звідси – важливе місце у механізмі захисту прав інтелектуальної власності посідають органи судової влади.

У сучасних умовах важливими інноваціями в цьому напрямі є запровадження в Україні інституту конституційної скарги та створення спеціалізованого суду, що має посилити механізм судового захисту прав інтелектуальної власності.

Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією (див.: ст. 151^1 Конституції України), та в порядку, визначеному законом. Утім, аналіз практики розгляду конституційних скарг свідчить про наявність певних проблем, перш за все процесуально-процедурного характеру, та повільність входження конституційної скарги в механізм захисту прав людини [див.: 11].

В юридичній літературі неодноразово зазначалося: «Складність розглядів спорів у сфері інтелектуальної власності, їхня тривалість, відсутність подекуди єдиних судових підходів до вирішення цієї категорії спорів – ці чинники негативно впливають на рівень правової захищеності суб'єктів інтелектуальної власності» [12, с. 12]. Думається, що важливим кроком у вирішенні зазначеної проблеми захисту прав інтелектуальної власності є створення спеціалізованого суду. Зокрема, згідно з ч. 4 ст. 125 Конституції України «... відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди». З метою створення ефективної інституціональної системи захисту прав інтелектуальної

власності в системі судоустрою законодавчо передбачено функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності (див.: ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [13]). Указом Президента України від 29 вересня 2017 р. [14] утворено Вищий суд із питань інтелектуальної власності з місцезнаходженням у м. Києві. Створення цього суду є обґрунтованим і таким, що відповідає позитивній практиці зарубіжних країн. До його появи в Україні справи з питань інтелектуальної власності розглядалися судами трьох юрисдикцій (загальної, господарської, адміністративної). Компетенція та процесуально-процедурні питання розгляду справ у Вищому суді з питань інтелектуальної власності визначено у новій редакції Господарського процесуального кодексу України (від 3 жовтня 2017 р.) [15].

Метою створення єдиного спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності є, зокрема, спрощення процедури звернення до суду та підвищення ефективності правосуддя в цій галузі шляхом відбору висококваліфікованих фахівців вузької спеціалізації. Але спірною є вимога трьохрічного стажу роботи на посаді судді для особи, яка може бути суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності (п. 1 ч. 1 ст. 33 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Такий стаж убачається недостатнім, адже, наприклад, для суддів апеляційної інстанції передбачена вимога мати стаж не менше п'яти років роботи на посаді судді (п. 1 ч. 1 ст. 28 Закону). Необхідно враховувати, що судові спори щодо захисту прав інтелектуальної власності є одними з найскладніших для розгляду та вимагають знання специфічних юридичних аспектів і відповідного суддівського досвіду.

У сучасній науковій літературі акцентується увага на територіальну віддаленість цього суду для більшості громадян. Тому з метою вирішення цієї проблеми, обґрунтованою вбачається пропозиція науковців визначити на законодавчому рівні (у Господарському процесуальному кодексі України та у гл. 4 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») статус і повноваження Вищого суду з питань інтелектуальної власності як суду апеляційної інстанції, із залишенням права розгляду справ із питань інтелектуальної власності окружними господарськими судами [16, с. 132–133].

Крім того, науковці слушно зазначають «певну некоректність формулювання назви цього спеціалізованого судового органу», пояснюючи, що «... будь-який судовий орган має бути спрямований на розгляд та вирішення спорів відповідної сфери, тому більш правильно вести мову про суд зі спорів інтелектуальної власності або суд у справах інтелектуальної власності, а не про суд з питань інтелектуальної власності» [17, с. 10].

Перешкодою на шляху до вдосконалення інституціональної частини юридико-правового механізму захисту прав інтелектуальної власності є тривалість формування цього суду. Зокрема, 30 вересня 2017 р. Вища кваліфікаційна комісія суддів України оголосила конкурс на заміщення в цьому суді 21 вакантної посади. Конкурс до Апеляційної палати Вищого суду з питань інтелектуальної власності був оголошений 5 жовтня 2018 р. Втім, конкурс відповідно до повідомлення на офіційному вебсайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів станом на середину грудня 2019 р. триває [18]. Таке затяжне в часі формування Суду, безумовно, не сприяє ефективізації судового захисту прав інтелектуальної власності.

З метою вдосконалення державно-правового захисту інтелектуальної власності була розроблена «Концепція реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні», схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. [19]. Втім, діяльність щодо реалізації цієї Концепції не можна охарактеризувати як ефективну. Можливо, її активізації буде сприяти створення

Кабінетом Міністрів України (більше ніж через півтора року після її схвалення, що додатково свідчить про повільність виконання Концепції) з метою реалізації цієї Концепції, а також для формування державної політики у сфері інтелектуальної власності Ради з питань інтелектуальної власності (як тимчасового консультативно-дорадчого органу Кабінету Міністрів України) [20].

Отже, слід зробити висновок, що проблеми права інтелектуальної власності в Україні не вирішено, зокрема, юридико-правовий механізм захисту прав інтелектуальної власності в Україні потребує свого вдосконалення з урахуванням сучасних тенденцій подальшого розвитку вітчизняної науки, інноваційної діяльності [21], становлення високотехнологічного, інформаційного суспільства та сталого розвитку України як демократичної, правової держави.

Стаття присвячена конституційно-правовому аналізу актуальних проблем права інтелектуальної власності в Україні. Обґрунтовано, що право інтелектуальної власності в суб'єктивному сенсі можна розглядати як конституційно визначене та гарантоване державою право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. За своєю юридичною природою право інтелектуальної власності є конституційним (основним) правом людини.

Визначено конституційні основи права інтелектуальної власності та аргументовано пропозиції щодо їх удосконалення через внесення відповідних змін до Конституції України. Зокрема, аргументується, що, відповідно до міжнародних стандартів у сфері права інтелектуальної власності та спрямованості конституційно-правових перетворень у сучасній Україні на утвердження та забезпечення конституційно-правової свободи людини, необхідним є внесення змін до ст. ст. 41 та 54 Конституції України.

Зазначено, що юридико-правовий механізм захисту прав інтелектуальної власності в Україні, який складається з нормативної та інституціональної частин, потребує свого суттєвого покращення. Адже, незважаючи на певні досягнення у сфері законодавчого забезпечення правової охорони інтелектуальної власності, недосконаліть законодавства в цій сфері є одним із найголовніших факторів, що перешкоджають створенню в Україні ефективного механізму (його нормативної частини) захисту прав інтелектуальної власності.

Акцентовано увагу на тому, що важливе місце у механізмі захисту права інтелектуальної власності посідають органи судової влади. У сучасних умовах значними інноваціями в цьому напрямі є запровадження в Україні інституту конституційної скарги та створення спеціалізованого суду, що має посилити механізм судового захисту прав інтелектуальної власності. Визначено недоліки щодо утворення, формування та функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності.

Проаналізовано шляхи вирішення проблем щодо інституціональної частини механізму захисту інтелектуальної власності, зокрема, які пов'язані із запровадженням єдиного спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності.

Ключові слова: *Конституція України, інтелектуальна власність, право інтелектуальної власності, юридико-правовий механізм захисту прав інтелектуальної власності, законодавство у сфері інтелектуальної власності, Вищий суд з питань інтелектуальної власності.*

Krusyan A. Urgent issues of intellectual property in Ukraine: constitutional law context

The article is devoted to the constitutional and legal analysis of actual

problems of intellectual property law in Ukraine. The article clarifies that the right to intellectual property in the subjective sense can be viewed as a Constitutionally defined a Constitutionally defined and guaranteed by the state right of every individual to possess, use and dispose of the results of their intellectual and creative activity. By its legal nature intellectual property right is a constitutional (fundamental) human right.

The constitutional foundations of the intellectual property law have been determined and the proposals for their improvement have been substantiated through the introduction of appropriate amendments to the Constitution of Ukraine. The author provides arguments that according to international standards in the intellectual property rights sphere and constitutional transformations in Ukraine in order to secure constitutional human liberties, it is necessary to amend Articles 41 and 54 of the Ukrainian Constitution.

It is noted that the legal mechanism for the protection of intellectual property rights in Ukraine that consists of normative and institutional parts needs to be substantially improved. In spite of certain achievements in the field of legislative provision of legal protection of intellectual property, the imperfection of legislation in this area is one of the most important factors hindering the creation of an effective mechanism (its normative part) of intellectual property rights protection in Ukraine.

The author emphasizes that judicial bodies play a significant role in protecting intellectual property rights. Currently the main innovation is introducing the possibility of constitutional complaint and establishing a specialized Court, aimed at enhancing the mechanism for the protection of intellectual property right. The author also points at the drawbacks of the formation and functioning of the High Court for intellectual property issues.

The deficiencies are identified the ways of their solutions are analyzed as well as of the institutional part of the mechanism of intellectual property protection, in particular those that are connected with the introduction of a single specialized court on intellectual property issues.

Key words: Constitution of Ukraine, intellectual property, right to intellectual property, legal mechanism for the intellectual property right protection, legislation in the sphere of intellectual property, High Court for intellectual property issues.

Література

1. Саєлаєва Н.О. Конституційні основи права інтелектуальної власності України. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. 2011. Вип. 58. С. 450–456.

2. Яшарова М.М., Матат А.В. Конституційно-правовий аналіз права інтелектуальної власності в Україні. Часопис Київського університету права. 2015. №.1. С. 213–216.

3. Бабенко В.А., Хлівецька М.О. Національна інноваційна система та захист прав інтелектуальної власності України в контексті міжнародних рейтингів. Економічний простір. 2018. № 136. С. 86–98.

4. International property rights index 2018. URL: https://www.internationalpropertyrightsindex.org/country/ukraine (дата звернення: 10.06.2019).

5. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://zakon.rada.gov.ua.

6. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 40. Ст. 2021.

7. Кадєтова О.В. Угода про асоціацію України з Європейським Союзом в системі джерел права інтелектуальної власності: цивільно-правовий аспект. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право (081 – Право).

Університет Короля Данила, Івано-Франківськ, 2018. 279 с.

8. Законодавство України: інформаційно-пошукова система. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws.

9. Про власність : Закон України від 7 лютого 1991 р. (Закон втратив чинність). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12.

10. Про державну підтримку кінематографії в Україні : Закон України від 23 березня 2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 20. Ст. 240.

11. Крусян А.Р. Актуальні питання сучасної практики впровадження конституційної скарги в Україні: теоретико-праксеологічний аналіз. Юридичний вісник. 2019. № 2. С. 13–21.

12. Кодинець А. Захист прав інтелектуальної власності в умовах впровадження судової реформи. Цивільне право і процес. 2018. № 3. С. 9–13.

13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 31. Ст. 545.

14. Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності : Указ Президента України № 299/2017 від 29 вересня 2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017.

15. Господарський процесуальний кодекс України (в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12.

16. Крусян Р.А. Реформування системи судоустрою України: досвід, сучасність, тенденції: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2018. 241 с.

17. Кодинець А. Захист прав інтелектуальної власності в умовах впровадження судової реформи. Цивільне право і процес. 2018. № 3. С. 9–13.

18. Офіційний вебсайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів. URL: https://vkksu.gov.ua/ua/konkurs-do-wierchownogo-sudu/konkurs-do-wishtchogo-sudu-z-pitan-intieliektualnoi-wlasnosti.

19. Про схвалення Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/402-2016-р.

20. Про утворення Ради з питань інтелектуальної власності : Постанова Кабінету Міністрів України № 90 від 7 лютого 2018 р. URL: www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-utvorennya-radi-z-pitan-intelektualnoyi-vlasnosti.

21. Див.: Проблеми та перспективи розвитку інноваційної діяльності в Україні : матеріали XI Міжнародного бізнесфоруму, м. Київ, 22 березня 2018 р. / відп. ред. А.А. Мазаракі. Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2018. 200 с.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.941

А. Блага,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного та кримінального права і процесу
Чорноморського національного університету імені Петра Могили

О. Мартиненко,
доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник
Державного науково-дослідного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

КОНЦЕПЦІЯ ПЕРЕХІДНОГО ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ: УВЕДЕННЯ У ПЛОЩИНУ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Протягом 2014–2019 рр. Україні запропоновано декілька підходів для подолання збройного конфлікту. Такими за різного часу стали пропозиції щодо надання «широкої амністії», запровадження так званого «хорватського сценарію» реінтеграції, реалізації «плану Сайдіка» та «формули Штайнмаєра», створення моделі мирної інтеграції. Проте до останнього часу жодна з пропозицій не досягла позитивних результатів, оскільки у правовій площині всі вони були різновекторними та різнорівневими елементами чинних моделей урегулювання збройних конфліктів. Сучасний світовий досвід може запропонувати Україні щонайменше такі:

– концепцію перехідного правосуддя (Transitional Justice);

– концепцію миробудівництва (Peacebuilding);

– реформу сектора безпеки (Security sector reform);

– програму «Роззброєння, демобілізація й реінтеграція колишніх комбатантів» (DDR);

– концепцію заходів зміцнення довіри (Confidence-building measures).

Елементи перших трьох підходів фрагментарно реалізуються в Україні з 2014 року різними кластерами фахівців та органів влади. Проте у правовому полі, на жаль, ще не створено цілісного бачення змісту, шляхів реалізації зазначених підходів, а також їх потенційної взаємодії на рівні державного управління.

Надаючи перевагу концепції перехідного правосуддя, автори вбачають мету публікації у висвітленні змісту концепції перехідного правосуддя та процесу його запровадження у сферу інтересів представників вітчизняної юридичної науки. З урахуванням цього поданий матеріал виконує завдання ознайомлення фахової аудиторії з поняттям, історією формування й основними напрямами перехідного правосуддя у світовій практиці; аналізу національної ситуації запровадження принципів перехідного правосуддя до сфери наукового обговорення.

На відміну від міжнародної сфери функціонування перехідного правосуддя як науково-навчальної дисципліни, де існують окремі веб-ресурси та сотні фахових публікацій, в Україні тематика перехідного правосуддя представлена лише в окремих роботах Ж. Балабанюк, М. Гнатовського, Р. Додонова, О. Євсєєва, О. Задорожнього,

 © А. Блага, О. Мартиненко, 2019

К. Кармазіної, А. Кориневича, С. Куліцької, Я. Мельника, В. Михайленко, О. Овчаренко, Ю. Орлова, Н. Сатохіної, О. Семенюк, О. Уварової, О. Щербанюк, Як окрема тема наукової уваги підходи перехідного правосуддя зустрічаються в дисертаційних дослідженнях Є. Качанова й К. Хлабистової, магістерських роботах С. Шемети та А. Зоріної.

Концепція «правосуддя перехідного періоду» або «перехідного правосуддя» (Transitional Justice) сформувалася в 1990-х роках як реакція на розпад авторитарних режимів Латинської Америки, Африки, Східної Європи й пов'язаних із цим репресій, масових заворушень і збройних конфліктів. Протягом 1974–2019 рр. більше ніж 100 країн, які пережили конфліктну трансформацію від авторитарного режиму до демократії або перехід від воєнного стану до миру, напрацювали досвід подолання наслідків порушень прав людини та гуманітарного права, які стали причиною або мали місце під час такої трансформації.

Сам термін «перехідне правосуддя» вперше можна знайти в науковій трилогії Нейла Крітца 1995 року «Перехідне правосуддя: як демократіям, що зароджуються, розквитатися з колишніми режимами» («Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes»). Проте основна заслуга в розробленні концепції належить французькому дипломату Луї Жуане, який у звіті 26 червня 1997 р. надав Економічній і соціальній раді ООН основні 42 принципи запобігання безкарності осіб, винних у порушеннях політичних і громадянських прав людини, а також у порушеннях гуманітарного права [1]. Згодом принципи переглянуті та зведені до 38 позицій [2].

Сьогодні перехідне правосуддя, апробоване в понад 40 пост-конфліктних країнах, визначається щонайменше в 12 документах ООН і ЄС як «комплекс процесів і механізмів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати тяжку спадщину великомасштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість і примирення», як судові та несудові механізми «з різним ступенем міжнародної участі (або взагалі без такого), а також окремі дії щодо судового переслідування, відшкодування шкоди, установлення фактів, інституційної реформи, попередньою огляду та припинення справ або поєднання вищеописаних дій» [3, с. 6].

Поєднуючи одночасно підходи ретрибутивної та відновлюваної юстиції, перехідне правосуддя можна розуміти як концепцію не лише процесу правосуддя під час перехідного періоду, а й справедливого ставлення (justice) з боку закону до всіх учасників конфліктних процесів у суспільстві.

Забезпечити водночас справедливість для всіх – процес надзвичайно складний, через що кожна країна, яка пережила збройний конфлікт, розробляє власну модель перехідного правосуддя, ураховуючи національну культуру та менталітет, особливості правозастосовної практики й політичну ситуацію. Проте з часом досвід цих країн сформував розуміння того, що будь-який вихід із кризи має передбачати чотири напрями:

1. Кримінальне переслідування (Criminal prosecutions) – ефективне переслідування винних у вчиненні воєнних злочинів і грубих порушень прав людини; правовий захист жертв збройного конфлікту; удосконалення законодавства, судової та слідчої практики.

2. Відшкодування (Reparations) – створення національних механізмів відшкодування збитків жертвам, виплати їм компенсацій за спричинену фізичну та психічну шкоду відшкодування збитків, відновлення порушених прав постраждалих від конфлікту, надання їм медичної та психологічної допомоги, а також юридичних і соціальних послуг.

3. Констатація істини (Truth-telling) – об'єктивна й неупереджена

документальна реконструкція подій; розсекречення архівів і формування національного архіву фото-, відеодокументів подій конфлікту; розслідування щодо осіб, які зникли та пропали безвісти.

4. Інституційні реформи (Institutional reforms) – перевірка державних службовців чи кандидатів на посаду, щоб визначити, чи були вони залучені до порушення прав людини під час конфлікту; реформи сектору безпеки, правоохоронних органів, судового сектору, секторів освіти та ЗМІ [4].

Зазвичай національна модель перехідного правосуддя починає вибудовуватися вже після завершення конфлікту й досить часто – за допомогою міжнародної підтримки. Проте Україна опинилася в ситуації, коли водночас потребують свого вирішення два види конфлікту. Перший – соціальний конфлікт переходу від авторитарного пострадянського режиму до демократичного (події Революції Гідності). Другий – збройний конфлікт у АР Крим і на Донбасі як результат зовнішньої агресії Російської Федерації. За таких умов актуальними стають не лише аналіз світового досвіду, а й активна підготовка до імплементації основних механізмів і форм перехідного правосуддя. Наприклад, уже зараз, в умовах «гарячого конфлікту», Україна може здійснювати інституційні реформи, напрацьовувати правові рамки переслідування воєнних злочинців, законодавчо закріплювати механізми надання компенсації жертвам конфлікту.

В Україні запровадження принципів перехідного правосуддя ініційовано Українською Гельсінською спілкою з прав людини у 2015 році, тоді як сам термін «перехідне правосуддя» був знайомий лише вузькому колу фахівців у сфері міжнародного права та представникам міжнародних інституцій.

Першими ініціативу правозахисників підтримали академічні кола. У 2016 році Інститут міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка започаткував Центр постконфліктного врегулювання, який розглядав перехідне правосуддя як модель подолання збройного конфлікту й переслідування воєнних злочинців. У стінах Українського католицького університету активно запрацював проект «Перехідне правосуддя та примирення в Україні». Метою проекту стало створення майданчика для фахового обговорення механізмів переходу від війни до миру в Україні й інструментів соціального примирення. Практичні аспекти здійснення правосуддя в зоні конфлікту стали предметом уваги МФ «Відродження».

Протягом 2017 року академічні кола спільно з неурядовим сектором здійснили перші суттєві кроки щодо введення термінологічного апарату, підходів і моделей перехідного правосуддя у правову площину української науки:

– видання «Базового дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні» – першої національної монографії, підготовленої міжнародним колективом науковців, експертів НУО, органів юстиції, адвокатури;

– проведення Міжнародної наукової конференції «Пост-конфліктне правосуддя в Україні» спільно з Європейським товариством міжнародного права та Українською асоціацією міжнародного права;

– проведення круглого столу «Проблеми імплементації правосуддя перехідного періоду в Україні» в рамках І Харківського міжнародного юридичного форуму «Право та проблеми сталого розвитку у глобалізованому світі»;

– розроблення Законопроекту «Про засади державної політики захисту прав людини в умовах подолання наслідків збройного конфлікту» в рамках Робочої групи при Секретаріаті Уповноваженого ВР України з прав людини [5].

Одним із результатів стало створення у 2018 році національних платформ «Діалог про мир та безпечну реінтеграцію», «Жінки за мир», розроблення орієнтовної моделі миротворчої місії ООН на Донбасі (МінТоТ), проект відомчого бачення деокупації Донбасу

(МВС України). Комітетом Верховної Ради України з питань прав людини, національних меншин і міжнаціональних відносин проведено круглий стіл «Перехідне правосуддя як шлях подолання наслідків конфлікту та збройної агресії», який сформулював пакет рекомендацій органам влади, академічним та експертним колам із питань подальшого розроблення національних перспектив з питань недопущення безкарності й ефективного розслідування злочинів і грубих порушень прав людини, відновлення правових зв'язків і підтримки населення окупованих територій, документування перебігу збройного конфлікту й реконструкції історичної правди, надання компенсацій жертвам конфлікту [6].

Останній імпульс надав змогу вже в поточному році зробити тему перехідного правосуддя не лише частиною виступів представників Офісу Президента та парламенту, а й одним із напрямів діяльності Комісії з питань правової реформи на рівні Робочої групи з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій.

Міжнародні експертні кола також докладають активних зусиль до розроблення національних підходів до запровадження основних механізмів перехідного правосуддя. При цьому нідерландські та американські вчені в пропозиціях роблять акцент на найскорішому запровадженні механізмів проведення місцевих виборів та амністії на деокупованих територіях за умови активної співпраці уряду з міжнародними миротворчими місіями ООН і ЄС різних форматів.

Фахівці зі Швейцарії та Польщі надають перевагу роботі із цивільним населенням по обидва боки лінії розмежування вже сьогодні, використовуючи стратегію медіації та гуманітарного діалогу як основу для тривалого пошуку примирення в українському суспільстві. Організації з Великої Британії та Німеччини пропонують надзвичайно цікавий власний досвід щодо основи перехідного правосуддя – роботи з минулим (dealing with the past). Через це основний акцент їхньої діяльності з українською стороною вбачається передусім у відновленні історичної правди, причин конфлікту, об'єктивному висвітленні хиб минулого. Українська сторона водночас більшу частину зусиль докладає для вирішення прагматичних поточних завдань: документування воєнних злочинів і порушень міжнародного гуманітарного права, відшкодування збитків, завданих конфліктом мирному населенню.

Викладене вказує на формування окремого напряму наукових досліджень, спрямованих на запровадження принципів і підходів перехідного правосуддя до сфери інтересів вітчизняної юридичної науки, адже саме правова експертиза буде вирішальною під час розроблення пакетів законопроектів, спрямованих на подолання наслідків конфлікту.

У зв'язку з цим уважається за доцільне орієнтувати неурядові й державні інститути, діяльність яких пов'язана з питаннями збройного конфлікту, на активний інклюзивний процес розроблення української моделі перехідного правосуддя. Окремим завданням при цьому може стати участь правників у формуванні інформаційної стратегії донесення підходів, принципів, цінностей і світового досвіду перехідного правосуддя до цільових груп. Важливим процесом також має стати розроблення так званої «дорожньої карти» (робочого плану дій) імплементації принципів перехідного правосуддя з урахуванням деталізованого вивчення питань кримінального переслідування воєнних злочинців, запровадження часткової амністії для окремих категорій комбатантів, реалізації люстраційних процесів, відновлення прав жертв конфлікту.

У статті досліджено процес упровадження концепції перехідного правосуддя до сфери інтересів національних вчених-правників. Автори

відзначають, що наявні підходи до подолання наслідків збройного конфлікту (концепція побудови миру, реформа сектору безпеки, перехідне правосуддя) реалізуються в Україні фрагментарно. Однак, на жаль, цілісне законодавче бачення їх змісту, способів реалізації, а також їх потенційної взаємодії в державному управлінні ще не встановлено.

Автори надають перевагу концепції перехідної правосуддя, тому стаття знайомить професійну аудиторію з поняттям, змістом, історією становлення й основними напрямами перехідного правосуддя, такими як кримінальне переслідування, репарації, оприлюднення правди та інституційні реформи. Акцентовано увагу на необхідності розроблення національної моделі перехідного правосуддя для подолання наслідків збройного конфлікту.

Автори аналізують діяльність академічної спільноти й експертів громадських організацій протягом 2014–2019 років, що дає змогу розробити пакет рекомендацій державним органам у сфері здійснення перехідного правосуддя.

Рекомендації включають такі аспекти, як запобігання безкарності й ефективне розслідування воєнних злочинів, відновлення правових зв'язків і надання правової допомоги цивільному населенню окупованих територій, документування процесу збройного конфлікту, реконструкція історичної правди, надання компенсації жертвам війни.

У статті робиться висновок, що формування сфери наукових досліджень, спрямованих на впровадження принципів перехідного правосуддя, є фактом української юридичної науки, що має місце.

Автори роблять акцент на таких перспективних сферах юридичної діяльності, як інклюзивний розвиток української моделі перехідного правосуддя; розроблення інформаційної стратегії комунікації із цільовими групами щодо принципів, цінностей і світового досвіду перехідного правосуддя; розроблення так званої «дорожньої мапи» реалізації перехідного правосуддя; детальне опрацювання питань щодо притягнення до відповідальності воєнних злочинців, запровадження часткової амністії для деяких категорій учасників бойових дій, здійснення люстраційних процесів, відновлення прав жертв війни.

Ключові слова: перехідне правосуддя, збройний конфлікт, захист жертв конфлікту.

Blaga A., Martynenko O. The concept of transitional justice in Ukraine: introduction to the field of legal science

The article explores the process of introducing the Transitional justice' concept into the sphere of interests of the national legal scientists. The authors note that several approaches to overcome the armed conflict' consequences (Peacebuilding concept, Security sector reform, Transitional justice) are fragmentary implementing in Ukraine. However, unfortunately, a coherent legislative vision of its content, ways of implementation, as well as its potential interaction in the government management has not yet been established.

The authors prefer the concept of Transitional justice, so the article introduces to the professional audience the definition, content, history of formation and basic directions of Transitional justice: criminal prosecutions, reparations, truth-telling and institutional reforms. Emphasis is placed on the need to develop a national Transitional justice model to overcome the armed conflict' consequences.

The authors analyze the activities of the academic community and NGO experts during 2014–2019, which allowed to develop a package of

recommendations to state authorities in the area of Transitional justice implementation.

The recommendations include so aspects, as: prevention of impunity and effective investigation of war crimes, restoration of legal links and legal support for the civilian population in the occupied territories, documenting the process of armed conflict, historical truth reconstructing, providing compensation to war victims.

The article concludes that the formation of the sphere of scientific research, aimed to introduce the principles of Transitional justice is a fact of Ukrainian legal science.

The authors make a focus on such perspective areas of legal activity as: inclusive development of the Ukrainian model of Transitional justice; development of information strategy for communication with target groups concerning principles, values and world experience of Transitional justice; development of a roadmap for the legal implementation of Transitional justice; detailed elaboration of procedure matters on war criminals prosecution, introduction of partial amnesty for certain categories of combatants, implementation of lustration processes, restoration of the war victims' rights.

Key words: transitional justice, armed conflict, protection of conflict victims.

Література

1. Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political) Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 October 1997. URL: https://undocs.org/en/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

2. United Nations (2005): Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, Diane Orentlicher. UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. URL: https://undocs.org/E/CN.4/2005/102/Add.1.

3. Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies. UN Doc. S/2004/616. URL: https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/.

4. "What is Transitional Justice?" International Center for Transitional Justice. URL: https://www.ictj.org/about/transitional-justice.

5. УГСПЛ та перехідне правосуддя: формування трендів внутрішньої політики. URL: https://helsinki.org.ua/articles/uhspl-ta-perehidne-pravosuddya-formuvannya-trendiv-vnutrishnoji-polityky/.

6. Модель перехідного правосуддя в Україні. Три міжнародно-правові режими у якості її передумов. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/model-perehidnogo-pravosuddya-v-ukrayini.html.

7. Україна як плацдарм для перехідного правосуддя: погляд міжнародних фахівців. URL: https://helsinki.org.ua/blogs/ukrajina-yak-platsdarm-dlya-perehidnoho-pravosuddya-pohlyad-mizhnarodnyh-fahivtsiv/.

ПРОБЛЕМИ ТА СУДЖЕННЯ

УДК 343.2/.7
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.942

Є. Стрельцов,
доктор юридичних наук, доктор теології, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗЛОЧИН: ВАЖЛИВІСТЬ ВИЗНАЧЕННЯ

Зміни в політичному устрою, у моделі функціонування економіки, у спрямованості соціальної політики, які відбуваються в конкретній державі, завжди потребують відповідних змін в усіх галузях законодавства. Такі процеси характерні сьогодні і для України, у якій уже низку років відбуваються спроби реформаторських перетворень основних процесів державного будівництва, і тому зміна законодавства як певного нормативного «інструменту» здійснення таких намірів є об'єктивною необхідністю. Тому і в нашій державі такі зміни торкаються всіх галузей законодавства, зокрема кримінальної [1]. Зокрема, вони торкаються (можуть торкатися) всіх інститутів кримінального законодавства, але є декілька, які, безумовно, є основними в цій галузі законодавства, бо саме вони визначають її зміст, предмет, основну функцію та інші її ознаки [2].

Одним із таких основних інститутів є злочин, який являє собою офіційно виражену, образно кажучи, зовні заборонену державою відповідну модель поведінки особи [3]. Цей інститут з'являється і завжди існує «поруч» із державою. Безперечно, в процесі розвитку державності цей інститут може піддаватися різним змінам. Наприклад, може змінюватися його визначення і ознаки, можуть з'являтися «конкуруючі» інститути, наприклад, проступки, можливі й інші зміни. Але завжди, і це необхідно підкреслити, саме злочин, поняття якого отримує своє закріплення у кримінально-правовій нормі, створює відповідні кримінально-правові відносини, з усіма відомими наслідками їх встановлення, визначення та реалізації. При цьому визначення поняття злочину розкриває сутність кримінального караного діяння (вчинку), а склад злочину, будучи тісно пов'язаним із поняттям злочину, визначає юридичну структуру такого злочинного діяння. У свою чергу, наявність складу злочину, як це закріплено в законодавстві, є підставою кримінальної відповідальності. В Україні законодавство про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України (далі – КК), який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ч.1 ст. 3 КК). Вищевказані положення не тільки показують увесь «кругообіг» і «взаємозалежність» подій, які забезпечують «життя» поняття «злочину», а й додатково підкреслюють, що кримінальне законодавство надає йому основного, так би мовити, стержневого значення серед інших інститутів цієї галузі законодавства.

Більш детальне дослідження поняття та ознак злочину дає змогу нагадати, що цей інститут, як відомо, традиційно виділяють зі всього масиву

© Є. Стрельцов, 2019

правопорушень завдяки двом основним ознакам. Це так звана формальна ознака, яка, у свою чергу, включає в себе: офіційну заборону вчиняти визначені в КК вчинки (діяння) та офіційне встановлення можливості застосовувати у разі вчинення заборонених діянь засобів, кажучи в загальному плані, кримінального покарання. Ще одна ознака, яка, у свою чергу, зветься вже матеріальною, відображає сутнісний характер злочину і проявляється в тому, що такий вчинок (діяння) має найвищу серед інших правопорушень суспільну небезпеку, яка може проявлятися у значних (істотних) заподіюваних цими вчинками порушеннях встановленого в державі суспільного правопорядку. Це те, що є спільним у загально існуючій оцінці злочину (злочинних діянь). Саме це дає змогу, на нашу думку, не тільки розкрити зміст цього інституту завдяки опису його істотних і характерних ознак і, що особливо важливо в кримінальному законодавстві, встановити межі його застосування.

Але тут починаються певні складнощі, тому що в кожній державі (групі держав) є свої правила законодавчого визначення (закріплення) поняття злочину, тобто так звані «індивідуальні» прийоми і способи визначення цього поняття. Якщо звернутися до досвіду закордонних держав, то складається така картина. Наприклад, є група країн, де не надається окремого (спеціального) визначення дефініції злочину. Наприклад, такої дефініції немає в кримінальному законодавстві таких країн *(за абеткою)*: Албанії, Англії, Аргентини, Бахрейну, Бразилії, Венесуели, ОАЕ, Перу, США (федеральному і деяких штатів), Франції, ПАР, Японії та ін. У зазначених країнах вона надається або в судових рішеннях (Англія), причому щодо конкретних його видів, або в науковій літературі.

Є група, де дається тільки формальне визначення, коли в кримінальному законодавстві закріплюється, що злочином є діяння, яке заборонено кримінальним законом під страхом покарання. Таке визначення злочину є в КК таких країн *(знову за абеткою)*: Гані, Німеччині, Грузії, Індії, Йорданії, Іспанії, Колумбії, Латвії, Лівані, Македонії, Мексиці, Нігерії, Сирії, Швеції, Естонії, Ефіопії, а також багатьох штатах США. Наприклад, згідно з ч. 1 § 12 КК Німеччини: «Злочинами є протиправні діяння, за які передбачено як мінімальне покарання позбавлення волі на строк не менше одного року, так і більш суворе покарання». Під протиправним діянням, у свою чергу, розуміється таке, «... яке здійснює склад злочину, передбачений кримінальним законом». Здавалось би, «чисто» формальне визначення злочину. Але й це необхідно підкреслити, не все так однозначно. І в цих країнах, нехай у так званому «замаскованому» вигляді, ознака «суспільна небезпека» все ж використовується. Наприклад, у тій же Німеччині критерій суспільної небезпечності діяння не використовується, як раніше вказувалось, для визначення поняття злочину, але використовується для розмежування злочинів і адміністративних правопорушень. Федеральний конституційний суд цієї держави у своїх численних рішеннях підтвердив доктринальний кут зору про різні ступені суспільної небезпеки кримінального злочину і адміністративного проступку.

Формально-матеріальне визначення злочину теж є в достатній кількості країн. Зокрема, законодавче поняття суспільної небезпеки розкривається в КК Болгарії, Угорщини, КНР, Лаосу, Румунії та інших державах. Наприклад, згідно зі ст. 10 КК Болгарії, «... суспільно небезпечним є діяння, яке створює загрозу заподіяння шкоди або заподіює шкоду особистості, правам громадян, власності, встановленому Конституцією принципу верховенства права в Республіці Болгарія або іншим інтересам, що захищаються правом. Формально-матеріальне визначення, згідно з яким до формальних ознак злочину обов'язково додається ознака (ознаки), які підкреслюють суспільну небезпеку забороненого вчинку.

Причому матеріальні ознаки, які можуть використовуватися під час визначення злочину, потрібно відрізняти від подібних квазівизначень, в яких суспільна небезпека характеризується за допомогою заподіяння шкоди надзвичайно нечітко визначеному колу суспільних відносин. Наприклад, «злочин – це кримінально карана неправда», або «злочин – діяння, що посягає на середню міру моральності» та інші дають загальне, зовсім неконкретне визначення суспільної небезпеки, що, у свою чергу, створює умови для можливих, так би мовити, професійних зловживань у процесах криміналізації та застосування кримінального законодавства.

Є, на нашу думку, і визначення, які неможливо прямо віднести до цих груп, але якщо проаналізувати низку кримінально-правових норм (статей), які мають безпосередній стосунок до загального визначення злочину, то в таких так званих «сумісних» визначення, поруч із формальними існують і матеріальні характеристики злочину. Наприклад, в ч. 1 ст. 11 чинного КК закріплено, що злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Прямої вказівки на матеріальну характеристику діяння немає, а є вказівки, які додатково до кримінально-правової заборони підкреслюють необхідність дотримання принципу суб'єктивного ставлення (винне вчинення діянь) та необхідність встановлення в кожному конкретному випадку не просто особи, яка вчинила злочин, а такої особи, яка має необхідні ознаки суб'єкта злочину. Первісний погляд на таке визначення може скласти враження, що мова йде про суто формальне визначення злочину. Але поруч із таким визначенням у ч. 1, у ч. 2 цієї ж статті вже більш предметно закріплено, що не є злочином дія або бездіяльність, яка, хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, через малозначність не становить *суспільної небезпеки* (курсив – *Є. С.*), тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Отже, у цій частині закріплюється, «відштовхуючись» від тексту, що злочин, на відміну від малозначного діяння, повинен заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Це дає змогу вважати, що положення обох частин цієї статті у своїй сукупності і надають загальне формально-матеріальне поняття злочину відповідно до її назви «Поняття злочину». До цього можливо додати й інші так звані «непрямі» аргументи, але які, на нашу думку, теж вказують на наявність саме такого формально-матеріального визначення. Наприклад, у ст. 36 КК «Необхідна оборона» закріплено, що необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від *суспільно небезпечного посягання* (курсив – *Є. С.*) шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в цій обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони. Або, наприклад, у ст. 37 КК «Уявна оборона» закріплено, що такою обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли *реального суспільно небезпечного посягання* (курсив – *Є. С.*) не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання. Є і інші законодавчо закріпленні положення такого визначення злочину. Наприклад, у ст. 1 КК «Завдання Кримінального кодексу» закріплено, що він має своїм завданням «правове забезпечення охорони прав і свобод людини й громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки

людства, а також запобігання злочинам» (ч. 1), що, на мою думку, конкретизує, так би мовити, надає «оречевлене» розуміння суспільної небезпеки. І саме для здійснення цього завдання КК «визначає, які *суспільно небезпечні діяння* (курсив – *Є. С.*) є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили» (ч. 2). Тобто і тут обидві частини ст. 1 КК у своєму змістовному «зв'язку» підкреслюють формально-матеріальне визначення злочину, яке існує.

Отже, можливо констатувати, що сьогодні є неоднакове визначення поняття злочину в законодавстві різних країн, що, у свою чергу, створює необхідний привід для дискусії на порівняльно-правовому або національному рівнях. І такі дискусії за великим рахунком необхідні, бо вони за якісної їхньої організації повинні сприяти подальшому розвитку доктринальних «коментарів» до кримінального законодавства. Природно, що є така дискусія в Україні і сьогодні, тим більше, що мова йде про реформування кримінального законодавства. У зв'язку з цим спробуємо виказати нашу думку, використовуючи при цьому історично-змістовні аргументи.

Розвиток людської цивілізації свідчить, що кримінальні кодекси у своєму сучасному розумінні як систематизовані кодифіковані нормативно-правові акти з'явились, наприклад, на Європейському континенті у кінці XVII – на початку XVIII ст. та мали різні визначення злочинів. Вважається, що одним з основних, можливо, першим тодішнім нормативно-правовим актом, у якому знайшли відображення можливості закріплення матеріальної відзнаки у визначенні злочину, була Французька декларація прав людини і громадянина 1789 р. (фр. Dйclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), у ст. 5 якої було закріплено, що закон має право забороняти лише дії, шкідливі для суспільства [4]. Але попри те, що це принципове положення було закріплено в значному французькому нормативно-правовому акті, французькі кримінальні кодекси 1791 та 1810 рр. закріплювали як обов'язкову ознаку – «немає злочину поза вказівкою на те закону» і водночас не мали інших положень, які б вказували на матеріальну ознаку під час визначення злочину [5].

Отже, можливо вважати, що французький КК від самого початку свого прийняття і до сьогодні, тобто протягом більш ніж 200 років, має формальне визначення злочину, що виглядає традиційним під час його оцінки. Водночас, наприклад, Баварія, яка виступала в ті роки як незалежне державне утворювання, у 1813 р. прийняла свій КК, у якому поняття злочину мале таке визначення: «Всі умисні порушення закону, які через *свої властивості і розмір злоспрямованності* (курсив – *Є. С.*) перебувають під загрозою покарання <...> називаються злочинами» [6], тобто поєднувало формальні і матеріальні ознаки. Тобто спочатку було формально-матеріальне визначення, яке потім трансформувалось у, умовно кажучи, «відкрите» формальне і «таємно» матеріальне сучасне визначення злочину.

В українському КК зараз, як уже вказувалось, закріплено формально-матеріальне поняття злочину. Таке поняття в тому чи іншому вигляді було і в українських КК 1922, 1927 і 1960 рр. І саме з цим найчастіше пов'язують недоліки формально-матеріального визначення злочину, мотивуючи це тим, що це наслідки «радянської системи». Але й, це теж необхідно підкреслити, на українських теренах уже понад 170 років діє формально-матеріальне визначення злочину. Ще в «Укладенні о покарання кримінальних та виправних» 1845 р., у розділі І «О злочинах, проступках в покаранні взагалі», у главі І «Про *суть* (курсив – *Є. С.*) злочинів та проступків та про ступені вини», у відділенні першому « Про *суть* (курсив – *Є. С.*) злочинів та проступків» в ст. 1 було визначено, що: «Всякое нарушеніе закона, чрезъ *которое посягается на неприкосновенность правъ Власти*

Верховной и установленныхъ Ею властей, или же на права или безопасность общества или частныхъ лицъ (курсив – *Є. С.*), есть преступленіе». Але цього було ще «мало», і у ст. 2 законодавче розкривалась суспільна небезпека проступку, через яку, до речі, і розмежовувались «злочин» і «проступок». У статті було закріплено: «Нарушеніе правилъ, предписанныхъ для охраненія опредленныхъ законами *правъ и общественной или же личной безопасности или пользы* (курсив – *Є. С.*), именуется проступком [7].

Тобто у правосвідомості, насамперед, українських правників багато років, понад двохсот років, закріплено (існує) формально-матеріальне визначення злочину. Його всі сприймають, так би мовити, спокійно, до нього всі звикли, але зараз з'являється думка принципово змінити чинне визначення на суто формальне. Для чого це потрібно робити? Що нам це дасть? На мою думку, нічого, окрім того, що так «знімається» відповідальність із законодавця за якість законів, які приймаються, тому що буде не потрібно «пояснювати», для чого, з якою метою приймається відповідний закон. А так – заборонено законом, і не потрібно жодних пояснень. Крім того, а чи знаємо ми, як відреагує на це правосвідомість правового осередку, при тому, що професійна правосвідомість – це зовсім «не проста» річ, яка має значну рутинність. Фіаско, якого зазнала ідея з кримінальним проступком, неприйняття або набуття значних складнощів положеннями кримінального процесуального кодексу України 2012 року, у зв'язку з чим вони зараз піддаються певним «виправленням», це зримо підтверджують. І тому знову виникає питання: які для цього є необхідні положення? Можливо, ми намагаємось використовувати зарубіжний досвід? Проте цього ніхто не заперечує, але чи потрібно робити це «механічно», шляхом «копіювання» таких положень. Природно, виникає запитання: чи маємо ми, умовно кажучи, хоча б якісь гарантії, що в такому «новому» вигляді кримінальне законодавство буде «краще» працювати? Вже багато разів на різних рівнях нами ставиться одне і теж питання: у тій (тих) державі (державах), досвід якої (яких) ми намагаємось копіювати, краще складається боротьба зі злочинністю? Впевнений, що це не так. У багатьох, навіть розвинених, європейських країнах дуже складна ситуація з боротьбою зі злочинністю. У них навіть поруч зі «звичайними» для всіх держав злочинами є види злочинів, які для нас, так би мовити, не є традиційними, наприклад терористичні акти, злочини екстремістського характеру, злочини мігрантів та інші. А масові вбивства у США, які в останні часи набувають характеру «епідемії»? Вони є так званими «лідерами» і за показниками щодо інших злочинів, а ми там виступаємо тільки як підручні виконавці, наприклад, у наркобізнесі чи торгівлі людьми. Так, це дуже складна соціальна ситуація, і ми, безумовно, бажаємо нашим партнерам необхідної результативності в боротьбі зі злочинністю. Але у професійному колі питання про можливе копіювання такого досвіду у визначенні поняття злочину повинно дуже ретельно обговорюватися.

Підсумовуючи викладене, потрібно вказати, що визначення в процесі реформування основних, основоположних інститутів кримінального законодавства, зокрема й злочинів, завжди повинні мати продуманий і обґрунтований характер, у них повинно знаходити свою реалізацію збереження вітчизняного досвіду і врахування сучасних інновацій правового розвитку.

У статті досліджується один з основних інститутів кримінального законодавства – злочин. Підкреслюється, що значне реформування політичного устрою, моделі функціонування економіки, спрямованості соціальної політики, які відбуваються в конкретній державі, завжди

потребують відповідних змін у всіх галузях законодавства. Такі процеси характерні сьогодні і для України, у якій уже низку років відбуваються спроби реформаторських перетворень основних процесів державного будівництва, і тому зміна законодавства як певного нормативного «інструмента» здійснення таких намірів є об'єктивною необхідністю. Тому і в нашій державі такі зміни торкаються всіх галузей законодавства, зокрема і кримінального законодавства. Такі зміни в цьому законодавстві торкаються (повинні торкатися) всіх інститутів кримінального законодавства, але є декілька, які, безумовно, є основними в цій галузі законодавства, бо саме вони визначають її зміст, предмет, основну функцію та інші її ознаки. Одним з основних, стержневих інститутів кримінального законодавства є злочин. Звертається увага на існуючу зарубіжну практику визначення цього інституту. Класифікуються держави залежно від наявних у них правил визначення поняття злочину. Встановлюється, що сьогодні є два основних способи визначення цього інституту: формальний і формально-матеріальний, а також є низка країн, у законодавстві яких цей інститут офіційно не визначається. Спеціальна увага звертається на національну практику визначення поняття злочину починаючи з понад 170-річної історії його визначення на теренах України, його визначення в чотирьох наступних кримінальних кодексах і закінчуючи його визначенням у чинному Кримінальному кодексі. Зазначено особливості визначення злочину в чинному кодексі, яке «складається», так би мовити, з положень низки кримінально-правових норм. Пропонується низка проміжних визначень та остаточний висновок, в основі якого простежується теза, що важливість законодавчого визначення поняття злочину є важливою умовою для його застосування, науково-практичного тлумачення, доктринального аналізу.

Ключові слова: кримінальне законодавство, публічна галузь законодавства, нормативно-правовий «інструмент», злочин, формальне, формально-матеріальне та матеріальне визначення злочину, кримінально-правові відносини.

Streltsov Ye. Crime: the importance of definition

The article examines one of the main institutes of criminal law: crime. It is emphasized that a significant reform of the political system, models of the functioning of the economy, and the direction of social policy that occur in a particular state, always requires corresponding changes in all branches of legislation. Such processes are also characteristic of Ukraine today, in which for several years there have been attempts at reforming transformations of the main processes of state building, and therefore changing the law as a certain normative "tool" for the implementation of such intentions is an objective necessity. In our country such changes apply to all branches of the law, including criminal law. Such changes relate to (should relate to) all institutes of criminal law, but there are some that are fundamental, which determine its content, subject, main function and its other features. One of the main, pivotal institutions of criminal law is crime. Attention is drawn to the existing foreign practice of defining this institute. States are classified according to their existing rules for defining the concept of crime. It is established that today there are two main ways of determining this institution: formal and formal-material, and also are indicated a number of countries in whose legislation this institute is not officially defined. Special attention is drawn to the national practice of defining the concept of crime, starting with more than 170 years of history of its definition in Ukraine, its definition in the next four Criminal Codes and

ending with its definition in the current Criminal Code. A number of intermediate definitions and a final conclusion are proposed, based on the thesis that the importance of a legislative definition of crime is an important condition for its application, scientific and practical interpretation, and doctrinal analysis.

Key words: criminal law, public branch of legislation, regulatory legal instrument, crime, formal and material definition of crime, criminal law relations.

Література

1. Тацій В.Я. Переднє слово. Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності : мат-ли Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18–19 жовтня 2018 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2018. 552 с. С. 17–18.; Тацій В.Я, Борисов В.І., Тютюгін В.І. Актуальні проблеми розвитку сучасного кримінального права. Право України. 2010. № 9. С. 4–15.

2. Стрельцов Є.Л. Об'єктивні вимоги щодо загального змісту сучасного кримінального законодавства. Вісник Південного регіонального центру НАПрН України : науковий журнал. 2019. № 20. С. 121–135; Стрельцов Є.Л. Проблеми встановлення соціально-правової шкоди від злочину. Право України. 2011. № 11. С. 99–106; Стрельцов Є.Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. Право України. 2010. № 10. С. 102–109.

3. Панов М.І. Кримінальна протиправність як ознака злочину. Право України. 2011. № 39. С. 62–75.

4. Декларація прав людини і громадянина 1789 р. URL: https://constituante.livejournal.com/10253.html.

5. Кримінальне право Франції. URL: https://stud.com.ua/67784/pravo/kriminalne_pravo_frantsiyi.

6. Карне уложення Німецької імперії 1871 р. URL: https://pidruchniki.com/1941071944493/pravo/karne_ulozhennya_nimetskoyi_imperiyi_1871_roku.

7. Уложеніе о наказаніях уголовныхъ и исправительныхъ 1845 г. URL: http://pravo.by/upload/pdf/krim-pravo/ulogenie_o_nakazanijah_ugolovnih_i_ispravitelnih_1845_goda.pdf.

УДК 340.11:005.334
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.945

М. Василенко,
доктор фізико-математичних наук, доктор юридичних наук, професор,
в. о. завідувача кафедри кібербезпеки
Національного університету «Одеська юридична академія»

О. Козін,
кандидат фізико-математичних наук,
доцент кафедри кібербезпеки
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВО В ТЕОРІЇ РИЗИКІВ: ҐЕНЕЗА РИЗИКІВ ВІД ПРАВОВОГО ДО ІНФОРМАЦІЙНОГО СКЛАДНИКІВ (ІНСТИТУЦІЙНИЙ ПІДХІД)

Загальновідомо, що ризик представляє собою ситуативну характеристику діяльності, що може мати невідомий результат і несприятливі наслідки у разі неуспіху. Таке визначення більшою мірою стосуються поняття «ризик» взагалі. Водночас із багатьох публікацій у вітчизняних та іноземних виданнях відомо безліч визначень ризику, що несуть досить широке його тлумачення. Так, тільки в Інтернет-словниках містяться сотні тлумачень ризику в багатьох сферах людської діяльності (див. [1]). Внаслідок цього виникають різні неоднозначності щодо розкриття сутності самого ризику та пов'язаних з ним понять. Це стосується і юридичної сфери. У зв'язку з цим не викликає сумнівів, що будь-який юридичний інститут не може володіти абсолютною самодостатністю. Він лише відображає те, що вже має місце в об'єктивній дійсності. Очевидно й те, що право не створює суспільних відносин, а лише регулює та охороняє їх. В окремих джерелах ризик трактується як міра: очікуваного неблагополуччя в разі неуспіху в діяльності, визначувана поєднанням імовірності неуспіху і міри несприятливих наслідків під час його реалізації [2]; невизначеності й конфліктності в підприємницькій діяльності [1]; відмінності між різними можливими результатами прийняття певних стратегій (рішеннями задачі) [3]; небезпеки, яка характеризує ймовірність її появи і розміри пов'язаного з нею збитку [4; 5]; можливості реалізації небезпеки у вигляді певного збитку в штучно створеній діями суб'єкта ситуації [6]; виникнення в будь-якій системі небажаної події з визначеними в часі й просторі наслідками [7]. Тут видно, що трактування ризику також пов'язано з настанням певної події, а міра виступає як фактор і безпосередньо пов'язана з кількісним або якісним оцінюванням. Отже, ризик має досить широке трактування. При цьому соціальна сутність ризику полягає насамперед у тому, що суб'єкт, свідомо відступаючи від установлених в суспільстві правил поведінки, створює конфліктну ситуацію, загострює до межі проблему і, використовуючи переваги екстремальної ситуації, намагається вирішити поставлене завдання. Наприклад, у медицині такий метод іменується шоковою терапією: коли традиційні терапевтичні методи виявляються безрезультатними, організм піддають стресу, внаслідок чого він украй мобілізується і під сплеском адреналіну перемагає хворобу (наприклад, елементарна банна процедура). Відповідно, такий стан характерний також і для сфери інформаційної безпеки та кібернетики,

© М. Василенко, О. Козін, 2019

яка визначає будь-яку систему управління. У зв'язку з цим аналіз і розкриття поняття ризику для його подальшої інтерпретації розширить можливості з підвищення ефективності не тільки соціальної, а й інформаційної безпеки. Враховуючи, що ризики зачіпають різні предметні галузі, то це поняття слід розглянути з точки зору безпеки, психології, економіки, страхування, медицини, геології тощо. Воно відображене як у безлічі публікацій, так і в різних нормативних документах (див., наприклад, [1; 5-10]). Втім, виникає проблема управління різними видами ризиків, що потребує, на наш погляд, інституційного розуміння. Крім того, для розв'язання управлінських задач треба визначитися з використанням прогнозування (оцінки) ризиків. Однак автори виходять із позицій кібернетичного бачення явища і кібернетики в цілому, яка, за визначенням академіка В.М. Глушкова, представляє собою науку про загальні закони одержання, зберігання, передавання й перетворення інформації у складних системах управління [11].

Метою статті є дослідження ризиків та його інституцій в контексті їх правового та управлінсько-інформаційного розуміння з позицій прогнозування та оцінки ризиків.

Визначення ризику містяться в багатьох нормах різних галузей права (міжнародного, господарського, фінансового тощо). У нормах приватного права (цивільного, страхового, фінансового тощо) інститут ризику служить підставою для попереджуючого перерозподілу збитків. У нормах публічного права (адміністративного, кримінального тощо) ризик є підставою звільнення від юридичної відповідальності. Слід зазначити, що в межах цивільного права ризик переслідує функцію, що компенсує, а саме йдеться про відшкодування або перерозподіл заподіяних збитків у межах договірних правовідносин, яка принципово відрізняється від юридичної відповідальності. Підставою звільнення від неї є ризик у нормах публічного права. Думки окремих вчених про те, що кожна галузь права може з урахуванням власної специфіки автономно визначати той або інший юридичний інститут, фактично суперечить принципу єдності правової системи. Водночас існує Міжнародний стандарт ISO 31000 [12], який використовується для загального оцінювання ризику, щоб реалізовувати процес керування ризиком, який має бути інтегрованим з іншими складниками керування ризиками, що включає обмін інформацією та консультування; установлення контексту (оточення); загальне оцінювання ризику (його ідентифікація, аналіз та оцінювання); оброблення ризику; моніторинг і критичне аналізування. Призначення стандарту полягає в тому, щоб сприяти спільному узгодженому розумінню пов'язаної з керуванням ризиком діяльності та послідовному підходу до її описування, а також використанню єдиної термінології щодо керування ризиком у процесах і структурах, пов'язаних з управлінням.

Слід зазначити, що такий специфічний вид діяльності, як юридичне прогнозування, що реально існує та почало використовуватися на практиці, все ж таки перебуває ще в процесі становлення. Тому доводиться констатувати порівняно невелику кількість наукових досліджень у цьому напрямі і, як результат, відсутність цілісної теорії юридичного прогнозування. Втім, окремі напрацювання все ж мають місце. Так, В.В. Андріюк у своєму кандидатському дослідженні, присвяченому юридичному прогнозуванню, зазначає, що прогностична діяльність є необхідною умовою для правильного та ефективного управління суспільством та правового регулювання всіх сфер його життєдіяльності [13]. А само юридичне прогнозування визначає як дескриптивне наукове передбачення перспектив, тенденцій, можливих чи бажаних станів досліджуваного об'єкта державно-правової дійсності в майбутньому та назріваючих проблем щодо нього, а також можливих і необхідних

шляхів, засобів і строків досягнення цих станів, поставлених цілей стосовно цього об'єкта, вирішення назріваючих проблем (чи більш лаконічно – як імовірнісне дескриптивне наукове передбачення майбутнього стану досліджуваного об'єкта державно-правової дійсності) [13]. Автор виділяє два види юридичних прогнозів за цільовим критерієм та за часовим інтервалом – перспективний і нормативний прогноз. Під час перспективного юридичного прогнозування здійснюється дослідження перспектив, тенденцій розвитку об'єкта державно-правової дійсності, визначення можливого його стану в майбутньому без урахування дії суб'єктивного фактору, що здатний вплинути на розвиток досліджуваного об'єкта. В основі розробки такого прогнозу лежить ідея екстраполяції в майбутнє виявлених у результаті вивчення минулого та теперішнього стану досліджуваного державно-правового явища, тенденцій його розвитку. Нормативний юридичний прогноз повинен містити інформацію про можливі та необхідні шляхи, засоби, способи, заходи, які з найбільшою ймовірністю створять можливість досягнення цілей у державно-правовій сфері суспільства. Основою нормативного юридичного прогнозу стає ідея оптимізації, вибору найбільш доцільних, конструктивних, рентабельних шляхів, способів, засобів і заходів, які у визначені строки з найбільшою ймовірністю дозволяють досягти поставлених цілей стосовно досліджуваного державно-правового явища. Однак Міжнародний стандарт ISO 31000 враховує більшу частину можливих ризиків та пов'язаних з ними складників, у тому числі й юридичних ризиків. Щодо юридичних ризиків зауважимо, що, враховуючи єдність регулятивних і охоронних правовідносин (коли, наприклад, кримінальні закони охороняють інтереси, що регламентують адміністративне, цивільне право), в одному процесі правозастосування юрисдикційний орган стикається з інститутом, в якому існують протилежності, які формують інститут ризиків і балансуються все ж таки судовою практикою. Крім міжгалузевих суперечностей, інститут ризику у вітчизняній правовій системі обтяжений також і комплексом внутрішньогалузевих суперечностей. Так, у цивілістиці набула широкого поширення категорія «ризик випадкової загибелі або псування майна». Для ризику характерна ознака пізнаваності ризикованої ситуації: суб'єкт, що ризикує, повинен мати можливість проаналізувати кожний з альтернативних варіантів можливого розвитку подій. Тут він стикається із ситуацією неоднозначного і непрогнозованого розвитку подій. З моменту виникнення необхідності ухвалення ризикованого рішення події з різним ступенем вірогідності можуть розвиватися в різних напрямах; одні з них можуть призвести до позитивного результату, інші – до негативного. У цьому випадку суб'єкт лише приєднується до процесу розвитку подій і своїм приєднанням додає йому спрямованість (як, наприклад, стрілочник переводить залізничну стрілку і направляє локомотив на інший шлях з метою суспільної безпеки). Якщо в результаті помилки суб'єкта або з інших причин ситуація ризику одержала шкідливий вектор розвитку, і наступили негативні наслідки, то навіть у цьому випадку прийняте в стані ризику рішення (дія) є не причиною спричинення шкоди, а лише умовою його. Існує висновок про нерозривну єдність ризикованого рішення і ризикованої ситуації: саме ситуація ризику, що створилася, разом із необхідністю примушує суб'єкта ухвалити відповідне рішення, без якого його функціональне призначення не здатне реалізуватися. Якщо особа «йде на ризик» у відриві від ризикованої ситуації (тобто без необхідності), то це не ризик, а спричинення шкоди з непрямим наміром або злочинною легковажністю. Наприклад, водій без необхідності в умовах обмеженої видимості, порушуючи заборонний дорожній знак, здійснюючи обгін, виїжджає

на смугу стрічного руху, де допускає лобове зіткнення з автомобілем стрічного напряму руху. Аналіз зарубіжного законодавства дозволяє дійти висновку, що проблема відмежування ризику від інших форм правомірного спричинення шкоди актуальна і для наших іноземних колег. Так, у п. 1 ст. 27 КК Польщі «Правомірний експеримент» фактично проведено змішення двох автономних юридичних інститутів правомірного спричинення шкоди: правомірний ризик і спричинення шкоди під час відправлення професійних функцій; тобто можливість ризикованої поведінки ставиться в залежність від професійної діяльності суб'єкта» [14]. У зв'язку з викладеним також виникає проблема юридичної оцінки ризиковано-пасивної поведінки: коли суб'єкт, оцінивши альтернативу розвитку ситуації, обирає той варіант поведінки, який характеризується його бездіяльністю. Існує думка про можливу і юридично ризиковану бездіяльність. Проте представляється обґрунтованим твердження, що пасивна поведінка, навіть якщо вона вписується в межі альтернативності розвитку подій і з різним ступенем імовірності може вабити як позитивне, так і негативне відхилення, не має відношення до юридичного інституту ризику, оскільки основним соціальним призначенням цього інституту залишається стимулювання прогресу, соціальної активності особи. Якщо ж припустити зворотне (можливість пасивно ризикованої поведінки), то втрачається його функціональна роль. Конструктивною ознакою ризику є те, що право на ризик строго обмежено обов'язком суб'єкта, який ризикує, діяти відповідно до встановлених правил, і лише за дотримання таких інструкцій ризик признається правомірним. Дозволимо собі не погодитися з подібною точкою зору. Основною соціальною властивістю і призначенням ризику є його новизна, тобто коли в цілях суспільного прогресу особа обирає нові, раніше не відомі шляхи рішення поставленої задачі. Дотримання інструкцій як обов'язкова ознака характерна для іншого інституту: спричинення шкоди під час відправлення професійних функцій. Крім того, об'єктивним є тимчасове відставання багатьох інструкцій від сучасного стану розвитку науково-технічного прогресу.

З позиції загальної теорії ризиків автори (М.В. та О.К.) звертають увагу на принципову особливість, а саме на те, що «прогнозуванням» часто замінюють «оцінку» ризиків. Прогнозування використовують у нетехнічній писемності, і тут воно, схоже, функціонує аналогічно оцінці. Однак між ними існує різка відмінність у стандартній моделі статистичної проблеми. Однак в юридичній галузі частіше говорять про обґрунтований ризик, що не викликає зауважень із боку авторів цієї роботи. Однак з юридичних позицій він відрізняється від спричинення шкоди в стані крайньої необхідності.

Обґрунтований ризик слід відмежовувати від спричинення шкоди в стані крайньої необхідності: коли для деяких категорій осіб дія в стані крайньої необхідності поставлена в обов'язок, а ризик виступає як виключно суб'єктивне право будь-якого суб'єкта; у разі крайньої необхідності спонукальним мотивом дій суб'єкта є загрозлива небезпека суспільно значущим інтересам, а в разі ризику – досягнення соціально значущої мети, небезпека в даному випадку може і не загрожувати; за крайньої необхідності порівнянню підлягає тяжкість шкоди заподіяної і такої, що запобіг, а в разі ризику акцент робиться на порівняння ступеня ймовірності спричинення шкоди (наприклад, допустимий ризик тяжких наслідків, але з мінімальним ступенем імовірності); за крайньої необхідності відбувається свідоме спричинення шкоди, а в разі ризику шкода цілеспрямовано не заподіюється, враховується лише ймовірність його спричинення; коли мета крайньої необхідності – зберегти статус-кво (діючу систему суспільних цінностей), мета статична, а за ризику мета – досяг-

нення розвитку суспільних відносин, мета динамічна; а також у разі, коли за крайньої необхідності має місце зовнішня небезпека, а за ризику джерело небезпеки представляє сам суб'єкт.

В інформаційних технологіях ризики мають суттєве значення та визначаються вираженою конкретикою. В умовах необхідності створення інформаційної безпеки оцінка інформаційних ризиків дозволяє визначити необхідний рівень захисту інформації та здійснити його. Оцінка інформаційних ризиків дозволяє визначити необхідний рівень захисту інформації, здійснити його підтримку і розробити стратегію розвитку інформаційної структури компанії. Оцінка та аналіз інформаційних ризиків є необхідною умовою для створення системи управління ризиками і плану забезпечення безперервності й відновлення бізнесу.

У разі дослідження інформаційної безпеки ризик часто відображається ймовірністю або пов'язаними з нею поняттями (вимірювана ймовірність втрат, поява несприятливого результату або події). Також зустрічається визначення ризику як дії або діяльності, реалізація якої ставить під загрозу задоволення будь-якої досить важливої потреби. В окремих джерелах ризик трактується як міра небезпеки, що характеризує ймовірність її появи і розміри пов'язаної з нею шкоди. Зустрічаються і визначення ризику, які відображають його як небезпеку (передбачувану чи невідому), ситуацію вибору з двох варіантів дії (пов'язаного з можливою невдачею, з одного боку, і передбачає хоча б мінімальне збереження вже досягнутого, з іншого).

Досліджуючи технічні ризики, виділяють їхні базові витоки: ризик розглядається як вимірювана або розрахована ймовірність; ризик пов'язують з настанням певної події (як правило, несприятливої); поняття ризику розкривається через діяльність суб'єкта; ризик розкривається через незалежну від суб'єкта діяльності подію; акцент робиться на кількісну та якісну оцінку ризику – «міру ризику»; поняття ризику розкривається через невизначеність; ризик відображається ситуацією вибору з двох або декількох варіантів дії; ризик сприймається як небезпека, частота, витрати і втрати, характеристика ситуації, сумарна величина. У цьому разі, обговорюючи поняття ризику, можна виділити одну характеристику, яка зустрічається у всіх визначеннях, наведених вище, та об'єднує їх. Це подія, яка має відбутися і яка пов'язана з імовірністю, дією або діяльністю, мірою, частотою, вибором певних рішень, невизначеністю, із втратами, небезпекою тощо. При цьому саме управління ризиками розглядають як процес ідентифікації, управління, усунення або зменшення ймовірності подій, здатних негативно впливати на ресурси інформаційної системи, зменшення ризиків безпеки, потенційно мають можливість впливати на інформаційну безпеку, за умови прийнятної вартості засобів захисту. Управління ризиками включає в себе всі операції, які можна проводити над ризиком інформаційної безпеки: мінімізацію, нейтралізацію, прийняття ризику, передачу ризику або страхування.

Аналіз та оцінку ризику визначають послідовними взаємопов'язаними процедурами, які входять у процес управління. Оцінка ризику розглядається як процес ідентифікації інформаційних ресурсів системи і загроз цих ресурсів, а також можливих втрат, заснований на оцінці частоти виникнення подій і розміру збитку. Аналіз ризику розкривається як процес ідентифікації ризиків, визначення їх величини і виділення областей, що вимагають захисту. За джерелом походження виділяють такі складники невизначеності інформації: «природну», зумовлену неповнотою інформації, пов'язаної з тим, що в силу об'єктивних причин не всі фактори, що впливають на очікуваний результат, контролюються і прогнозуються, а отже, вони повинні розглядатися як випадкові; «метрологічну», зумовлену похибками

визначення (вимірювання) рівнів змінних факторів; а також поведінкову і цільову. Джерелом «природної» невизначеності під час прийняття рішень є велика кількість обставин, які неможливо врахувати, а їхня сукупна дія призводить до не цілком передбачуваних результатів. «Природна» невизначеність пов'язана з неможливістю передбачення в повній мірі результату певної діяльності, оскільки в подібних умовах, унаслідок спільного впливу великої кількості випадкових факторів, результати однієї й тієї ж події можуть бути різними. Стосовно господарської діяльності можна виділити такі фактори: флуктуації в природному середовищі – кліматичні умови, стохастичний характер природних процесів, часу, місця і сили небезпечних природних явищ, які можуть зумовлювати прояви стихійних лих та мати негативний вплив на функціонування і розвиток соціально-економічної ситуації; негативні стохастичні процеси в техносфері, пов'язані з надійністю процесів виробництва (відмовами) й епізодично виникаючими небезпечними техногенними явищами (пожежі, вибухи тощо). До таких факторів можна також віднести процеси в суспільстві (нестабільність соціально-політичної ситуації і невизначеність перспектив її зміни) та в економіці (нестабільність ділового навколишнього середовища, що надмірно зросло в процесі економічної глобалізації, збільшення числа суб'єктів діяльності, впровадження сучасних інформаційних технологій та більша відкритість суспільства). Слід брати до уваги й нестабільність внутрішнього середовища організації (розмір матеріальних, фінансових і трудових ресурсів на момент реалізації прийнятого рішення тощо).

Джерела «метрологічної» невизначеності фактично представляють собою неточності інформації про об'єкт прийняття рішення, наприклад, недостатню поінформованість про військовий потенціал держави-супротивника, про величину попиту на товари, послуги та капітал, про фінансову стійкість і платоспроможність клієнтів, партнерів, конкурентів; про ціни, курси, тарифи дивіденди; про можливості та надійність обладнання; про позиції, способи дій і можливі рішення конкурентів тощо. Така інформація в практичній діяльності є різнорідною, неточною, неповною та спотвореною. Чим нижче якість інформації, що використовується під час прийняття рішень, тим більш імовірні можливі відхилення фактичного результату діяльності від очікуваних і вище можливість втрат від помилкових рішень.

Поведінкова невизначеність виникає за наявності: конфліктних ситуацій, протиборчих тенденцій, зіткнення суперечливих інтересів: війни; міжнаціональних конфліктів, конкуренції; різних позиції в інноваційному процесі розробників, проектувальників, користувачів і виробників.

Прийняття раціональніших рішень у цих випадках вимагає використання специфічного математичного апарату теорії ігор. Цільова невизначеність виникає в багатоцільових завданнях, які потребують багатокритеріального вибору оптимальних рішень.

За факторами виникнення невизначеності ризики ще поділяються на природні, технічні та економічні (комерційні). Останні зумовлені змінами в економіці підприємства або країни. До них належать: невизначеність ринкового попиту і пропозиції, слабка передбачуваність ринкових цін, невизначеність дій партнерів, недостатність інформації про дії конкурентів тощо. Тут слід ураховувати й політичні фактори, зумовлені зміною політичної обстановки, що впливає на господарську діяльність.

За ймовірністю настання події, що аналізується, і можливості її визначення для ризиків розглядають ситуації, що широко використовуються в практичних задачах прийняття рішень: повної невизначеності (наприклад, часу, місця і силі негативної

події), коли визначена лише область зміни досліджуваної величини; часткової (імовірнісної) невизначеності, якщо відома, наприклад, частота, а отже, ймовірність негативної події заданої інтенсивності у фіксованому місці. Саме для ризиків третього типу невизначеність має місце, якщо може бути встановлено ймовірнісний розподіл, тобто існує можливість накопичити й обробити велику кількість статистичної інформації для репрезентативності аналізованих вибірок.

Отже, ризики є послідовними, взаємопов'язаними процедурами, які входять у процес управління. Оцінка ризику передбачає дослідження стану, ситуації (сценаріїв) з наявними ознаками небезпеки, невизначеності та/або випадковості, а найефективнішим методом її здійснення є юридичне прогнозування та проектування. На етапі оцінки ризиків формується стратегія управління ризиками, а оскільки повністю уникнути ризиків у більшості випадків неможливо, то вагоме значення має вирішення питання допустимості (прийнятності, виправданості) ризику, яке потребує подальшого дослідження та обґрунтування. Визначення ризику містяться в багатьох нормах різних галузей права (міжнародного, господарського, фінансового тощо). У нормах приватного права (цивільного, страхового, фінансового тощо) інститут ризику служить підставою для попереджуючого перерозподілу збитків. У нормах публічного права (адміністративного, кримінального тощо) ризик є підставою звільнення від юридичної відповідальності. Слід зазначити, що в межах цивільного права ризик переслідує функцію, що компенсує, а саме йдеться про відшкодування або перерозподіл заподіяних збитків у межах договірних правовідносин, що принципово відрізняється від юридичної відповідальності. Оцінка ризику, що використовують у технічних системах, розглядається як процес ідентифікації інформаційних ресурсів системи і загроз цих ресурсів, а також можливих втрат, заснований на оцінці частоти виникнення подій і розміру збитку. Аналіз ризику розкривається як процес ідентифікації ризиків, визначення їх величини і виділення областей, що вимагають захисту.

У статті розглянуто загальні проблеми теорії ризиків у різних сферах діяльності (від правової до інформаційної). Дається порівняльний аналіз визначень ризику в нормах різних галузей права (міжнародного, господарського, фінансового тощо). Встановлено відповідність стандарту ISO 31000, який встановлює можливі ризики в різних галузях діяльності людини та виявляє їхні основні властивості, в тому числі й у галузі суспільних ризиків. Обговорено питання виникнення та розвинення ризикових ситуацій та механізмів формування ризику. Виявлено різницю між оцінкою та аналізом ризиків. Приділено увагу питанням оцінювання інформаційних ризиків. Аналіз ризику розкривається як процес ідентифікації ризиків, визначення їх величини і виділення областей, що вимагають захисту. Показано джерела походження ризиків. Невизначеності інформації поділяють на «природні», які зумовлені неповнотою інформації, пов'язаної з тим, що в силу об'єктивних причин не всі фактори, що впливають на очікуваний результат, контролюються і прогнозуються. Отже, вони повинні розглядатися як випадкові. Також невизначеності інформації поділяють на «метрологічні», які зумовлені похибками визначення (вимірювання) рівнів змінних факторів; а також поділяють на поведінкові й на цільові. Оцінка ризику, що використовують у технічних системах, розглядається як процес ідентифікації інформаційних ресурсів системи, загроз для цих ресурсів, а також можливих втрат, заснованих на оцінці частоти виникнення подій і розміру збитку.

Ключові слова: ризик, аналіз та оцінка ризику, джерела ризику, управління ризиком, право, інформаційні технології, невизначеність, інформаційний ризик.

Vasilenko M., Kozin O. Law in risk theory: genesis of risks from legal to information components (institutional approach)

The article discusses the general problems of risk theory in various fields of activity (from legal to informational). A comparative analysis of the definitions of risk contained in the rules of law of various branches of law (international, economic, financial, etc.) is given. The compliance with the ISO 31000 standard is established, which establishes possible risks in various fields of human activity and reveals their basic properties, including in the field of public risks. The issues of the occurrence and decomposition of risk situations and risk formation mechanisms are discussed. Differences between risk assessment and risk analysis have been identified. Attention is paid to issues of information risk assessment. Risk analysis is disclosed as a process of identifying risks, determining their magnitude and identifying areas requiring protection. The sources of risk are shown. The uncertainties of information are divided into "natural" ones, which are caused by the incompleteness of information due to the fact that due to objective reasons, not all factors affecting the expected result are controlled and predicted. Therefore, they should be considered as random. Also, the uncertainties of information are divided into "metrological", which is due to errors in determining (measuring) the levels of variable factors, as well as are divided into behavioral and target. Risk assessment, used in technical systems, is considered as a process of identifying information resources of a system and threats for these resources, as well as a process of identifying possible losses, based on an assessment of the frequency of occurrence of events and the amount of damage.

Key words: *risk, risk analysis and assessment, sources of risk, risk management, law, information technology, uncertainty, information risk.*

Література

1. Индеева В.В. К вопросу об определении понятия «риск». Сб. заочных электронных конференций. Электрон. дан. Москва : Российская Академия Естествознания, 2009. URL: http:www.rae.ru/arj/2007/02/Indeeva/pdf

2. Обеспечение информационной безопасности организаций банковской системы Российской Федерации. Общие положения: СТО БР ИББС 1.0. 2006. Москва : ИПК «Издательство стандартов», 2006. 27 с.

3. Лопатников Л.И. Экономико-математический словарь. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : Дело, 2003. 520 с.

4. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності : Закон України №877-V від 5 квітня 2007 р. Відомості Верховної Ради України. 2007. № 36. Ст. 389.

5. Райзберг Б.А. Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : Инфра-М, 2006. 494 с.

6. Российская энциклопедия по охране труда : в 3 т. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Изд-во НЦ ЭНАС, 2007. Т. 2. 408 с.

7. Дзекцер Е.С. Геологическая опасность и риск (методологическое исследование). Инженерная геология. 1992. № 6. С. 3–10.

8. Рагозин Ф. Оценка и картографирование опасности и риска от природных и техногенных процессов (теория и методология). Проблемы безопасности при чрезвычайных ситуациях. 1993. № 5. С. 16–41.

9. Корченко А.Г., Иванченко Е.В., Казмирчук С.В. Анализ и определение понятия риска для его интерпретации в области информационной безопасности. Защита информации : научно-технический журнал. 2010. № 3. С. 5–10.

10. Луцкий М.Г. Иванченко Е.В., Казмирчук С.В. Базовые понятия управления риском в сфере информационной безопасности. Защита информации: научно-технический журнал. 2011. № 2. С. 86–95.

11. ИСО 31000:2018 Менеджмент риска. Руководство. 2-е изд. Международный стандарт / Перевод АНО ДПО «ИСАР». 2018. 19 с.

12. Малиновский Б.Н. Академик Виктор Глушков. Золотые вехи истории и техники Украины. Киев : ВМУРоЛ, 2003.183 с.

13. Андріюк В.В. Теоретико-методологічні основи юридичного прогнозування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права історія політичних і правових учень». Київ, 2007. 21 с.

14. Kodeks karny Rzeczypospolitej Polskiej, Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, k.k. z 1997 r. URL: https://static.profinfo.pl/file/core_products/2019/3/28/054600097bb3f71783392083e6e1acab/Kodeks%20karny%20Mozgawa%20-%20profinfo.pdf?view

УДК 342.573
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.969

В. Кириченко,
кандидат історичних наук, доцент,
завідувач кафедри політології та права
Національного університету «Запорізька політехніка»

Ю. Соколенко,
старший викладач кафедри політології та права
Національного університету «Запорізька політехніка»

РЕФЕРЕНДУМ ЯК ФОРМА БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ДЕМОКРАТІЇ: ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

За останні роки в політико-правовій системі України відбулися глибинні трансформаційні процеси, що зумовлює необхідність пошуку нових правових підходів під час нормопроєктування вітчизняного законодавства про всеукраїнський референдум, правозастосовна практика якого не повною мірою відповідає сучасним європейським стандартам. У ч. 1 ст. 5 Конституції України закріплено: «... носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ», відповідно, встановлено його статус пріоритетного суб'єкта влади, який реалізує свою правосуб'єктність на «владу безпосередньо» [1].

Проте відсутність відповідного законодавства унеможливлює реалізувати права громадян на національну правотворчість через проведення всеукраїнського референдуму для вирішення нагальних проблем суспільного і державного життя, що, по суті, нівелює принципи зазначеної норми щодо суверена влади, яким є народ. У цьому сенсі актуальність теми дослідження зумовлена необхідністю вивчення історичного розвитку інституту референдуму та його ролі в суспільстві, співвідношення термінів «референдум» і «плебісцит» та практичного застосування досвіду демократичних держав у цій сфері діяльності.

Науково-теоретичним підґрунтям для дослідження проблематики референдуму стали насамперед роботи як зарубіжних, так і українських учених, таких як Т. Брежнєва, А. Георгіца, А. Дюнан, В. Ковальчук, С. Кравченко, О. Крупчан, О. Лотюк, О. Могилевець, В. Німченко, М. Оніщук, В. Погорілко, Б. Ткачук, В. Федоренко, О. Фрицький, Д. Ціммерман, В. Чиркін, М. Чудаков, В. Шаповалов та інші.

Водночас доводиться констатувати, що в сучасній правовій доктрині відсутні комплексні дослідження щодо нормативного регулювання всеукраїнського референдуму та не досить розробленим залишається порівняльно-правовий аналіз проблемних питань здійснення народовладдя в Україні та європейських державах. Також не досліджено прорахунки юридичного характеру, які відбулись під час проведення всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 року.

Метою статті є дослідити інститут референдуму та його роль у суспільстві. Для досягнення зазначеної мети передбачено вирішення таких завдань: висвітлити історичний розвиток інституту референдуму; розкрити історико-правові аспекти термінів «референдум» і «плебісцит»; висвітлити досвід організації і проведення референдумів у зарубіжних державах, який може сприяти розробленню необхідних змін і доповнень до Конституції України та прийняттю спеціального закону про всеукраїнський референдум.

© В. Кириченко, Ю. Соколенко, 2019

В умовах трансформації політико-правової системи України посилюється інтерес як науковців і політиків, так і значної частини громадянського суспільства до конкретних виявів прямої демократії. Згідно зі ст. 69 Конституції України «народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії» [1]. Тобто в цій конституційній нормі закріплено обидві основоположні форми прямого народовладдя – вибори і референдум, які ґрунтуються на реалізації громадянами України свого права голосу, який є загальним, рівним і таким, що здійснюється шляхом таємного голосування. При цьому слід зазначити, що не можна змішувати або ототожнювати термін «вибори» з терміном «референдум», тому що їхня відмінність полягає в об'єкті волевиявлення: на відміну від виборів голосування, на референдумі виражає відношення виборців не до будь-якої особи, а до остаточного вирішення щодо змісту Конституції, прийняття законів та інших найважливіших питань внутрішньополітичного чи зовнішньополітичного значення.

Термін «референдум», який у перекладі з латинської мови дослівно означає «те, що має бути повідомлене», з'явився вперше в обігу в XV ст. у зв'язку з діяльністю новоутвореного Сейму Швейцарського Союзу. Свого часу появу цього терміна швейцарський учений А. Дюнан пояснював так: «У старій Швейцарії засідання Сейму були нерегулярними <...> представники Союзних земель були не депутатами в нинішньому розумінні цього слова, а послами, які вели справи від імені своїх урядів. Коли з'являлися такі справи, щодо яких у послів не було повноважень, то рішення щодо них приймалося «ad'referendum», тобто «для доповіді» <.... тобто влади земель не були пов'язані рішеннями Сейму» [2, с. 19].

Варто зазначити, що інститут референдуму був започаткований ще в Стародавньому Римі, проте перший у світі достовірно відомий референдум було проведено в 1439 р. у швейцарському кантоні Берн із питання запровадження додаткового збору для погашення військових боргів кантону. Надалі позитивний досвід кантону Берн був запозичений більшістю інших швейцарських кантонів. Крім того, перший у світі загальнодержавний референдум також був проведений у Швейцарії в 1802 р. Його предметом стало затвердження другої конституції Гельветичної республіки. За підрахунками В.В. Маклакова, з 1793 по 1994 рр. у Швейцарії було проведено на національному рівна 414 референдумів, причому до 1900 р. – 57 разів, у 1971–1980 рр. – 87, у 1981–1990 рр. – 76, а в 1991–1993 рр. – відбулося 33 референдуми. Водночас за ці роки в решті європейських країнах відбулося лише 149 референдумів, а всього у світі за 200 років було проведено 779 загальнонаціональних референдумів [3, с. 489]. Отже, понад 50 відсотків усіх проведених загальнонаціональних референдумів у світі припадає на Швейцарію, і тому цю країну по праву називають «батьківщиною референдумів». Причому використання цієї форми прямої демократії у Швейцарії виявляє тенденцію до зростання. За ствердженням В. Маркітантова і В. Нечитайла, референдум у Швейцарії є справжнім механізмом впливу громадськості на вироблення державної політики. За допомогою референдумів у цій країні поступово створюється унікальна модель консенсусної демократії. Застосування цього досвіду українськими державними політиками і політехнологами може позитивно позначитися на трансформації всієї політичної системи суспільства [4, с. 72].

Необхідно наголосити, що після Другої світової війни із завершенням процесів деколонізації референдум стає загальновизнаним, універсальним інститутом безпосередньої демократії та закріплюється в конституціях більшості держав світу, зокрема в Данії, Італії, Люксембурзі, Франції, ФРН,

Японії та інших, а також у постсоціалістичних і пострадянських країнах. До речі, всеукраїнський референдум як інструмент безпосередньої демократії був закріплений в ст. 30 Конституції УРСР 1937 р. [5], проте відтоді референдум був проведений в Україні лише двічі – 1 грудня 1991 р., на якому було підтверджено законність і надано найвищої юридичної сили Акту проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. [6], та 16 квітня 2000 р., на якому громадяни України проголосували за зміни до Конституції України, але через те, що організатори референдуму припустили істотні помилки, його рішення залишилися проігнорованим. І тому дуже важливий механізм народного волевиявлення фактично спрямувався безрезультатно.

Отже, зародившись у Швейцарії, референдуми пройшли складний і неоднозначний шлях історичного розвитку і сьогодні вони стали важливим політико-правовим інститутом, який В.Ф. Погорілко і В.Л. Федоренко ідентифікують як підгалузі конституційного права – референдне право та референдний процес [7; 8]. Референдуми вважаються найдемократичнішою формою волевиявлення громадян, в якій виражається безпосереднє народовладдя, реалізується принцип щодо належності всієї повноти влади та закріплений на конституційному рівні в 36 із 42 держав континентальної Європи. Наприклад, у ст. 3 Конституції Французької Республіки 1958 р. зазначено: «... національний суверенітет належить народу, який здійснює його через своїх представників і шляхом референдуму» [9, с. 665], а в п. 3 ст. 3 Конституції Російської Федерації 1993 р. проголошено: «... вищим безпосереднім проявом влади народу є референдум і вільні вибори» [10]. Тобто референдуми застосовуються в більшості держав світу, навіть у мусульманських країнах, які обережно ставляться до форм прямого народовладдя загалом. Наприклад, у ст. 2 Конституції Королівства Марокко 1996 р. зазначено: «... верховна влада належить народу, який може реалізувати її безпосередньо шляхом референдуму...» [11, с. 91].

Крім того, референдум виконує в суспільстві визначальну роль, є способом формування громадської думки, формою реалізації політичних прав громадян, а також може використовуватися навіть у демократичній державі як противага представницькій демократії. Референдум як безпосереднє народне волевиявлення має, звичайно, перевагу перед представницькою демократією, але вона не є абсолютною, і тому про неї можна говорити лише у разі дотримання певних умов. По-перше, питання, яке виноситься на референдум, повинно бути доступним для розуміння звичайному виборцю, тому що іноді сформульоване питання має певний прихований підтекст, а по-друге, до початку проведення референдуму слід попередньо обговорити питання, що виноситься на розсуд виборців, ґрунтовно роз'яснити їм через засоби масової інформації сутність цього питання, а також бажані й, можливо, небажані його наслідки, щоб кожен виборець зміг усвідомити всі наслідки прийнятого ним рішення. Але таке роз'яснення потребує неупередженості й об'єктивності, представлення різних альтернативних поглядів. Тільки за виконання цих умов референдум дає можливість народу висловити свою волю та уникнути політичного маніпулювання з боку держави. В іншому разі референдум може мати неправовий характер та антинародну спрямованість, а також враховуючи, що референдум не передбачає процесу домовленостей між зацікавленими сторонами, він може перетворитися на інструмент «тиранії більшості».

До речі, про негативні явища, що здійснюються під час проведення референдуму, говорив і член Конституційної комісії України В.Г. Бурчак 13 грудня 1995 р.: «... референдум <...> це ж величезний обман <...> бо коли переважна більшість – 70 чи 80% людей, які ідуть до урн, взагалі не розуміють,

про що йде мова <...> Агітація і пропаганда привертають їх до якоїсь ідеї, щоби через маніпулювання народом можна було зробити шляхом референдуму що завгодно» [12, с. 442–443]. На підтвердження зазначеного можна навести безліч прикладів, коли диктатори, починаючи від Наполеона Бонапарта і до сьогодення, успішно використовували цей інститут для розширення власних повноважень, скасування чи зупинення дії конституції, маскуючи під народне волевиявлення узурпацію влади. Наприклад, у Пакистані в 1984 р. за правління диктатора генерала М. Зія уль-Хака було проведено референдум із дуже своєрідно сформульованим питанням: «Чи є ви правовірним мусульманином і чи підтримуєте ви політику правління президента Зія уль-Хака?». Природно, що в Пакистані, де 95–98% жителів є правовірними мусульманами, вони, прочитавши першу частину питання, змушені були відповідати також позитивно й на другу частину [13, с. 430]. Отже, вміло поставлене питання на референдумі найчастіше передбачає здебільшого і відповідь на нього. І тому тоталітарні режими завжди використовували референдуми для виправдання свого існування.

У сучасній конституційній доктрині термін «референдум» розглядається як одна з форм безпосередньої демократії, що застосовується для прийняття або затвердження шляхом голосування конституційних актів, законів та інших найважливіших рішень загальнодержавного чи місцевого значення [14, с. 301]; як форма безпосередньої демократії, зміст якої полягає в прийнятті виборчим корпусом конституції, законів та інших найважливіших рішень загальнодержавного та місцевого значення шляхом голосування [15, с. 273]; як спосіб прийняття законів, ухвалення рішень із найважливіших питань суспільного життя шляхом прямого волевиявлення громадян під час всенародного голосування [16, с. 210]; як форма волевиявлення народу шляхом голосування з важливого державного або суспільного питання [11, с. 91; 17, с. 79]; як голосування громадян із приводу певного законопроєкту або закону, а також питань державного, регіонального або місцевого значення [18, с. 223].

З урахуванням зазначеного слід констатувати, що правова наука розглядає референдум як одну із форм здійснення безпосередньої демократії, участь в якій забезпечує народу як первинному суб'єкту конституційно-правових відносин право вирішення найважливіших питань державного та суспільного життя.

Водночас нерідко голосування виборців на референдумі ще називають плебісцитом. Термін «плебісцит» походить від грецького слова «plebs», а в перекладі з латинської мови «plebiscitum» означає «рішення народу». Наприкінці XVIII ст. уперше з'являється термін «плебісцит» для позначення способу приєднання до конкретної держави тих земель, які були заселені й перебували під територіальною юрисдикцією інших держав. В юридичній літературі термін «плебісцит» вважається синонімом терміна «референдум» або слугує за критерієм змісту питань (предметом), які виносяться на голосування, для позначення його різновидів. Але слід мати на увазі, що смислове позначення цих термінів не завжди збігається, і тому в різних державах чинне законодавство по-різному підходить до зазначених інститутів. Наприклад, у ст. 14 Конституції Федеральної Республіки Бразилія 1988 р. застосовуються обидва поняття: і референдум, і плебісцит. При цьому зазначена Конституція визначає предмет плебісциту, а предмет референдуму – ні, а також наголошує, що плебісцит має імперативний або вирішальний характер, а референдум – консультативний характер. У Франції плебісцит вважається більш широким поняттям, ніж референдум, який розуміється різновидом плебісциту. Тому у французьких джерелах вживається і термін «референдум

плебісцитарного характеру», який проводив президент Франції Шарль де Голль. На нашу думку, заслуговує на увагу пропозиція В. Ковальчука про те, що в новому законі про всеукраїнський референдум повинно бути передбачено право на проведення консультативних референдумів, зокрема «плебісцитних референдумів» [19, с. 159]. Більшість країн світу в національному законодавстві використовує тільки термін «референдум» (Іспанія, Італія, Україні, Росія та інші), але низка країн використовує лише термін «плебісцит» (Еквадор, Коста-Рика, Чилі).

Серед науковців є і така думка, згідно з якою плебісцит визначають як референдум, який проводиться з важливого питання, що має доленосний характер для держави, тобто здійснюється голосування з питань зовнішньополітичного характеру, що пов'язані з міжнародно-правовими наслідками. У міжнародному праві термін «плебісцит» – це голосування осіб, наділених активним виборчим правом, щодо зміни державної належності певної території або визначення її статусу як території новоутвореної держави, а також прийняття або зміни форми державного правління [20, с. 574]. Наприклад, в Ісландії за результатами всенародного голосування 1944 р. була не тільки утворена нова держава, а і встановлена її форма правління. Також питання форми державного правління були предметом плебісциту в Італії (1946 р.), Греції (1975 р.) і Бразилії (1993 р.) [21, с. 162].

Отже, в юридичній науці визначаються певні відмінності між референдумом і плебісцитом, які полягають у тому, що предметом референдуму може бути прийняття конституції чи закону або внесення змін до них, а також скасування закону, а предметом плебісциту є вирішення інших питань, таких як відповідне голосування щодо державної належності або загального статусу тієї чи іншої території, голосування щодо надання «верховної влади» одній особі. У зв'язку з цим плебісцит розглядається як один із різновидів референдуму за предметом. Але незважаючи на це, референдум і плебісцит за своєю політико-правовою природою і порядком проведення є тотожними.

В Україні питання референдуму регламентується на конституційному рівні. При цьому, визнавши референдум важливою формою безпосередньої демократії в Україні, Основний Закон закріпив у ст. ст. 38, 69, 70, 72–74, п. 2 ч. 1 ст. 85, п. 20 ч. 1 ст. 92, п. 6 ч. 1 ст. 106 та ст. 156 положення щодо порядку ініціювання та проведення референдумів. Розвиток зазначених конституційних положень має здійснювати відповідний Закон України про референдум, але, на жаль, необхідно констатувати факт відсутності такого законодавчого регулювання, що зумовлює виникнення низки проблем практичного та теоретичного характеру. При цьому слід нагадати, що ще в 2007 р. Рада Європи рекомендувала Україні ухвалити та ввести в дію без подальшого зволікання базовий конституційний закон про референдум [22]. Це сталося через те, що Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 р. (до речі, чимало його положень прямо суперечили Конституції України), у зв'язку з прийняттям Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р., втратив чинність, а останній, у свою чергу, був визнаний рішенням Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 р. № 4-р/2018 таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) [23].

Отже, незважаючи на те, що в тексті Конституції України закріплено такий інститут безпосередньої демократії, як референдум, це ще не гарантує обов'язкового його використання. В Україні концепція проведення всеукраїнського референдуму ще не набула правового оформлення, тобто дотепер не прийнято спеціального закону про всеукраїнський референдум, що негативно впливає на подальший розвиток

демократичних засад розвитку громадського суспільства взагалі та підвищення ролі громадян у прийнятті найважливіших рішень внутрішньополітичного чи зовнішньополітичного значення зокрема. У цьому сенсі національному законодавцю може послужити вивчення позитивного досвіду зарубіжних демократичних держав щодо проведення не лише обов'язкових референдумів, а й інших форм безпосередньої демократії, наприклад таких, як «плебісцитний референдум», у разі застосування якого необхідно враховувати як історію, так і традиції окремих країн. Такі дослідження мають сприяти розробленню необхідних змін і доповнень до розділу III «Вибори, референдум» Конституції України та прийняттю відповідного закону.

У статті визначено теоретичні та практичні проблемні питання інституту референдуму як форми безпосередньої демократії та напрями їх вирішення в законодавстві України. Розглянуто ґенезу появи терміна «референдум», розвиток інституту референдуму у Швейцарії та доведено, що понад 50% усіх проведених загальнонаціональних референдумів у світі припадає саме на неї, а також стверджується, що референдум у Швейцарії є справжнім механізмом впливу громадськості на вироблення державної політики. Обґрунтовано, що не можна змішувати або ототожнювати термін «вибори» з терміном «референдум» у зв'язку з тим, що їхня відмінність полягає в об'єкті волевиявлення виборців.

Констатується, що після Другої світової війни і завершення процесів деколонізації референдум стає загальновизнаним, універсальним інститутом безпосередньої демократії та закріплюється в конституціях більшості держав світу. Наведено приклади проведення референдумів в Україні та звернуто увагу на те, що рішення референдуму від 16 квітня 2000 р. так і не було імплементовано до вітчизняного законодавства.

Зазначено, що референдум, який вважається найдемократичнішою формою волевиявлення громадян, закріплено на конституційному рівні в 36 із 42 держав континентальної Європи. Наголошується, що референдум виконує в суспільстві визначальну роль, є способом формування громадської думки, формою реалізації політичних прав громадян, а також може використовуватися навіть у демократичній державі як противага представницькій демократії, але за дотримання певних умов. По-перше, питання, яке виноситься на референдум, повинно бути доступним для розуміння звичайному виборцю; по-друге, до початку проведення референдуму слід попередньо обговорити питання, що виноситься на розсуд виборців, насамперед у засобах масової інформації. Тільки за виконання цих умов референдум дає можливість народу висловити свою волю та уникнути політичного маніпулювання з боку держави. Наведено думки окремих науковців щодо поняття терміна «референдум».

Констатується, що в юридичній літературі термін «плебісцит» вважається синонімом терміна «референдум». При цьому звернуто увагу на те, що смислове позначення цих термінів не завжди збігається, і тому в різних державах чинне законодавство по-різному підходить до зазначених інститутів. Тобто плебісцит розглядається як один із різновидів референдуму за предметом, водночас за своєю політико-правовою природою і порядком проведення вони є тотожними. Підтримано пропозицію В. Ковальчука про те, що в новому законі про всеукраїнський референдум повинно бути передбачено право на проведення консультативних референдумів, зокрема «плебісцитних референдумів».

Обґрунтовано доцільність вивчення позитивного досвіду зарубіжних

демократичних держав щодо проведення референдумів, внесення необхідних змін і доповнень до розділу ІІІ «Вибори, референдум» Конституції України та прийняття законодавчого акта про всеукраїнський референдум, відсутність якого негативно впливає на подальший розвиток демократичних засад, розвиток громадянського суспільства взагалі, та підвищення ролі громадян у прийнятті найважливіших рішень внутрішньополітичного та зовнішньополітичного значення зокрема.

Ключові слова: народне волевиявлення, безпосередня демократія, референдум, плебісцит, всеукраїнський референдум, плебісцитний референдум, референдумне законодавство.

Kyrychenko V., Sokolenko Yu. Referendum as a form of direct democracy: historical and legal aspects

The article identifies theoretical and practical problems of the referendum institute as a form of direct democracy and directions of their solution in the legislation of Ukraine. The genesis of the term "referendum" was considered, the development of the referendum institute in Switzerland, and it was proved that more than 50 percent of all national referenda held in the world belong to it, and it is stated that the referendum in Switzerland is a real mechanism of influence of the public on policy making. It is justified that the term "elections" cannot be confused or equated with the term "referendum" because their difference lies in the object of the will of the voters.

It is stated that after the Second World War and the completion of the decolonization process, the referendum became a universally recognized, universal institution of direct democracy and enshrined in the constitutions of most states of the world. Examples of holding referendums in Ukraine are given and attention is drawn to the fact that the referendum decision of April 16, 2000 has not been implemented in national legislation.

It was noted that the referendum, which is considered to be the most democratic form of expression of the will of citizens, is fixed at the constitutional level in 36 of the 42 states of continental Europe. It is emphasized that the referendum plays a decisive role in society, is a way of forming public opinion, a form of exercising citizens' political rights, and can also be used even in a democratic state as a counterweight to representative democracy, but subject to certain conditions. First, the referendum question must be accessible to the ordinary voter; secondly, before the referendum is held, the issues that are at the discretion of the voters should be discussed beforehand, especially in the media. Only by fulfilling these conditions does the referendum enable the people to express their will and avoid political manipulation by the state. The opinions of some scholars on the concept of the term "referendum" are given.

It is stated that the term "plebiscite" is considered synonymous with the term "referendum" in the legal literature. Attention is drawn to the fact that the meaning of these terms does not always coincide, and therefore, in different countries, the current legislation differently approaches these institutions. That is, plebiscite is regarded as one of the varieties of referendum on the subject, at the same time, by their political and legal nature and procedure, they are identical. V. Kovalchuk's proposal that the new law on the all-Ukrainian referendum should provide for the right to hold consultative referendums, including "plebiscite referendums", was supported.

The expediency of studying the positive experience of foreign democratic states regarding the holding of referenda, making necessary changes and additions to section III "Elections, referendum" of the Constitution of Ukraine and adopting a legislative

act on the all-Ukrainian referendum, the absence of which adversely affects the further development of the society, which further influence the further development of society, are substantiated, and enhancing the role of citizens in making major political and foreign policy decisions in particular.

Key words: people's will, direct democracy, referendum, plebiscite, all-Ukrainian referendum, plebiscite referendum, referendum legislation.

Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Дюнан А. Народное законодательство в Швейцарии. Исторический обзор. Санкт-Петербург, 1896.

3. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов. / рук. авт. кол. Б.А. Страшун. 4-е изд. обновл. и дораб. Москва : Норма, 2007. 896 с.

4. Маркітантов В., Нечитайло В. Референдум як форма прямої демократії: зарубіжний і вітчизняний досвід. Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку: зб. наук. пр. Вип. 27. Львів : Видавництво «Львівська політехніка», 2015. С. 69–74.

5. Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30 січня 1937 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua.

6. Про проголошення незалежності України : Постанова Верховної Ради Української РСР. Відомості Верховної Ради України. Київ, 1991. № 38. Ст. 502.

7. Погорілко В., Федоренко В.. Референдне право України : навч. посіб. Київ : Прецедент, 2006. 366 с.

8. Федоренко В. Референдне право в системі конституційного права України. Вісник Центральної виборчої комісії. Київ, 2005. № 2. С. 72–76.

9. Конституции государств Европейского Союза / под общ. ред. Л. Окунькова. Москва : Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1997. 816 с.

10. Конституция Российской Федерации : официальный текст. Москва : Издательство «Экзамен», 2003. 64 с.

11. Кириченко В., Куракін О. Порівняльне конституційне право: модульний курс : навч. посіб. Київ: «Центр учбової літератури», 2012. 256 с.

12. Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С.. Головатого. кн. 3, частина ІІІ: Документи. Стенограми. Київ : Видавництво «Право». Українська Правнича фундація, 1999. 480 с.

13. Чудаков М. Ф. Конституционное государственное право зарубежных стран. Минск : Харвей, 1998. 784 с.

14. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. Т. 5 : П–С. Київ: Українська енциклопедія, 2003. 736 с.

15. Георгіца А. Конституційне право зарубіжних країн : підручник. Тернопіль : Астон, 2003. 432 с.

16. Рябов С. Політологія: словник понять і термінів. 2-е вид. перероб. і доп. Київ : Видавничий дім «КМ Академія», 2001. 256 с.

17. Лотюк О. Форми безпосередньої демократії в сучасних зарубіжних країнах (італійський досвід). Підприємництво, господарство і право. Київ, 2008. № 6. С. 79–82.

18. Фрицький О. Конституційне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 536 с.

19. Ковальчук В. Всенародний референдум як одна з форм легітимації державної влади: зарубіжний та вітчизняний досвід. Право України. Київ, 2009. № 12. С. 151–159.

20. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. Т. 4 : Н–П. Київ : «Українська енциклопедія», 2002. 720 с.

21. Шаповал В. Конституційне право зарубіжних країн : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 496 с.

22. Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні» від 19 квітня 2007 р. № 1549. URL: http://zakon.rada.gov.ua.

23. Справа за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» : Рішення Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 р. № 4-р/2018. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-18/print.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.970

Т. Дракохруст,
кандидат наук з державного управління, доцент,
завідувач кафедри міжнародного права та міграційної політики
Тернопільського національного економічного університету

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІГРАЦІЇ У КАНАДІ

Вивчення ґенези міграційного законодавства Канади є актуальним, по-перше, з тієї причини, що міграційний процес у цих державах безпосередньо пов'язаний з Україною, і, по-друге, тому що нашій країні за подальшого формування та вдосконалення існуючого вітчизняного міграційного законодавства як складника загального адміністративно-правового механізму регулювання міграції доцільно використовувати кращий зарубіжний досвід, зокрема канадійський.

Питаннями особливості міграції Канади та її подальший вплив на розвиток сучасних глобальних міграційних процесів займалися: О. Малиновська, Н. Тиндик, Л. Рибаковський, А. Хомра, Ю. Римаренко, С. Мосьондз, В. Олефір та інші.

Мета статті – дослідити особливості ґенези міграційного законодавства Канади і специфіку адміністративно-правового регулювання міграції Канади.

Сучасна міграційна політика Канади передбачає збільшення бізнес-мігрантів на один відсоток зі збереженням попереднього рівня сімейної міграції [1, с. 13]. Однак найприйнятнішим варіантом вважається залучення бізнес-мігрантів разом із членами їхніх сімей, що дало б змогу поєднати сімейну і бізнес-міграцію.

Специфіка адміністративно-правового регулювання міграційного процесу в Канаді полягає насамперед у тому, що питаннями міграції тут займається підрозділ із питань іммігрaції Комісії з проблем зайнятості (політичні аспекти), окремий департамент уряду відповідає за надання громадянства та розвиток багатонаціональних культур. Сама ж інтеграція у канадське суспільство передбачає координацію політики, яку здійснюють міністерства федерального уряду, а також уряди різних провінцій.

У Канаді вже тривалий час ефективно функціонує розроблене положення про в'їзд у країну робітників для тимчасового працевлаштування, перевага ж, як правило, надається довготерміновій іммігрaції робочої сили.

У канадському міграційному законодавстві також визначені групи людей, яким категорично заборонено в'їжджати в Канаду, та передбачені чіткі процедури вислання з країни осіб, які порушують положення про в'їзд.

Мігрантам надаються позики, фінансова допомога. Допомога структурам, причетним до прийому мігрантів на місцях, становила, наприклад, у 1990 р. 9 млн дол., на спеціальний доступ до служб зайнятості та мовну підготовку було виділено 6 млн дол.

У 1989 р. в Канаді була введена нова система надання статусу біженця, яку підтримало та високо оцінило УВКБ ООН. Канада – одна із трьох країн світу, що мають державну програму щодо переселення біженців. Згідно із цим документом канадська міграційна політика відображає ті зміни в політичній ситуації, що відбуваються у світі після Другої світової війни. Суттєво вплинув на збільшення кількості біженців із цього регіону арабо-ізраїльський

© Т. Дракохруст, 2019

конфлікт. Потік біженців із Латинської Америки зріс до 20%, а з Африки – до 6% (тут основними «постачальниками» біженців стали Ефіопія, Мозамбік, Сомалі, де тривали міжнаціональні конфлікти) [2, с. 128]. У 1995 р. урядова програма передбачала надання допомоги 7300 вимушеним переселенцям.

Існуючі міграційні проблеми в державі розв'язуються як на федеральному, так і на провінційних рівнях. Чинне міграційне законодавство Канади передбачає поняття впорядкованого потоку мігрантів, а міграційна система включає в себе не лише контроль за чисельністю, але й за категоріями людей, які в'їжджають у країну. Йдеться насамперед про програму врегульованої, планової міграції. У законі ж про імміграцію зазначається, що вона сприяє досягненню будь-якої демографічної мети, цілей, які уряд може поставити щодо чисельності, структури та географічного розподілу населення Канади та забезпечення возз'єднання сімей, виконання міжнародних зобов'язань щодо біженців та підтримки гуманітарних традицій щодо тих осіб, які не є біженцями, але які мають право на захист, сприяння розвитку національної економіки та забезпечення й зміцнення соціальної структури Канади з урахуванням федерального устрою та двомовного характеру Канади [3].

З кінця 60-х років XX ст. Канада здійснює недискримінаційну та універсальну політику допуску в країну мігрантів. Усі вони поділяються на три групи чи класи, кожен з яких відображає категорії, визначені в законі про імміграцію: сімейна категорія – члени сімей канадських громадян чи мігрантів, які вже знаходяться в Канаді; біженці – особи, які відповідають визначенню Конвенції 1951 р. чи визначені урядом Канади; самостійні мігранти – відібрані в силу їхньої кваліфікації, роду занять, професійної підготовки чи рівня освіти. Дана категорія мігрантів визначається на основі набраних балів за кожним пунктом системи відбору.

Біженці, допущені в Канаду, поділяються на три групи: державні, які відібрані чиновниками за кордоном із тимчасових таборів (10–15 тис. осіб щорічно), біженці, спонсорами яких виступає приватна особа (60 тис. осіб щорічно), та особи, які шукають притулку (понад 36 тис. осіб щорічно). Ті шукачі притулку, які отримали статус біженців, стають повноправними постійними жителями країни.

Самостійні мігранти своєю чергою поділяються на тих, хто вливається в країну як робітник, і тих, хто планує відкрити там власну справу.

Одразу після прибуття в країну мігранти набувають статусу законно проживаючих осіб і отримують майже всі права громадянина Канади, за винятком права голосувати на виборах. Вони отримують право на свободу пересування, освіту, медичне обслуговування, отримання прибутків, соціальну допомогу, страхування від безробіття та професійну підготовку, мають право стати громадянами після постійного проживання в державі протягом трьох років. Діти таких осіб, які народилися в Канаді, автоматично стають громадянами країни.

До міграційного законодавства країни інкорпоровано основні положення Конвенції 1951 р. Це законодавство містить норми, які дають змогу визначати статус біженця всередині країни, а також здійснювати переселення біженців, яких набирають за межами держави.

Клопотання про набуття статусу біженця в Канаді може подаватися в будь-яку канадську консульську установу за кордоном. Більшість заявників рекомендуються канадській владі УВКБ ООН. Рекомендації можуть надходити також від неурядових організацій, церковних громад, родичів чи громадських об'єднань у Канаді, які фінансово підтримують переселення. Шукачі притулку можуть звертатися із клопотанням також самостійно.

Під час розгляду клопотань, поданих за кордоном, застосовуються дві

групи критеріїв. Перша випливає із норм Конвенції 1951 р., друга – з міграційних правил Канади, відповідно до яких заявник повинен мати особисті, кваліфікаційні якості, державну або приватну фінансову підтримку, які дадуть йому змогу успішно облаштуватися в країні після переселення. Перш ніж отримати імміграційну візу, яка дає право на постійне проживання в Канаді, він повинен також пройти медичне обстеження, перевірку щодо (не)участі у кримінальній діяльності тощо [4, с. 95].

Міграційне законодавство дозволяє також клопотатися про набуття статусу біженця в момент в'їзду до Канади або вже перебуваючи на її території. У 2001 р. у країні було подано рекордну кількість клопотань шукачів притулку – 44 тис. Серед них найбільшою групою були громадяни Угорщини – 3,8 тис. осіб, Пакистану – 3,2 тис. осіб, Шрі-Ланки – 3 тис. осіб, Зімбабве – 2,7 тис. осіб та Китаю – 2,4 тис. осіб [5].

Оскільки Угорщина, на думку канадського уряду, не є країною, ситуація в якій породжує біженців, у відповідь на значне зростання кількості шукачів притулку з цієї країни було введено посилений контроль за видачею віз на всі види поїздок громадян Угорщини до Канади. Саме тому норма визнання біженцями шукачів притулку з Угорщини протягом року була найнижчою.

Відповідно до процедури, що здійснювалася в Канаді до 2001 р. включно, спершу уповноважений офіцер Департаменту громадянства та імміграції визначав, чи є підстави для розгляду клопотання шукача притулку. Якщо особа здійснила кримінальний злочин чи становила потенційну загрозу безпеці Канади, уже подавала клопотання про надання статусу біженця в Канаді, проте отримала відмову, або раніше була визнана біженцем в іншій державі, до якої могла повернутися, її клопотання до розгляду щодо надання статусу біженця не допускалося. Проте в канадському міграційному законодавстві передбачена можливість оскарження такого рішення в суді [6].

Як правило, розгляд клопотань щодо надання статусу біженця відбувається за участю двох представників Ради, а статус надається, якщо хоча б один із них висловлюється за його надання. Одноголосне рішення вимагається лише в окремих випадках, наприклад, якщо з'ясовується, що шукач притулку без поважної причини знищив або викинув ідентифікаційні документи.

У випадку, коли ситуація не вимагає детального розгляду, інформація, повідомлена шукачем притулку, повністю відповідає тому, що було відомо про ситуацію в країні, з якої він прибув, статус біженця може надаватися без спеціального слухання після зустрічі заявника лише з одним представником Ради, і навпаки, у найскладніших випадках рішення приймається розширеним складом [7].

Наприкінці 2001 р. в Канаді було прийнято Закон «Про імміграцію та захист біженців», який замінив чинне до того законодавство у відповідній сфері. Застосування нового Закону розпочалося наприкінці 2002 р.

Протягом 2001 р. дозволи на постійне проживання в Канаді отримали 26,4 тис. біженців. Причому близько 500 сомалійців та 46 громадян Афганістану, які не мали національних документів, стали постійними жителями країни, скориставшись положеннями законодавства Канади, що дозволяють особам, які не можуть поновити національні документи, звернувшись до відповідних владних органів країни походження, підтвердити свою особу через подання декларації, присяги та показів свідків і отримати право на постійне проживання через п'ять років після набуття статусу біженця.

Характерно, що громадська думка досить часто висловлює різке незадоволення з приводу прийняття Канадою біженців, оскільки вважає, що переважна їх більшість порушує закони і погіршує криміногенну ситуацію в країні. В імміграційному плані до 2000 р.

йшлося про те, що подальші програми з прийому цієї категорії мігрантів мають координуватися з неурядовими організаціями, а також повинні бути забезпечені всесторонньою підтримкою з боку соціальних служб Канади [8, с. 13].

Характеризуючи в цілому міграційний склад прибулих у Канаду осіб з початку 90-х років XX ст., слід насамперед відзначити різке зростання кількості мігрантів з Азіатсько-Тихоокеанського регіону. Тенденція до збільшення контингенту азіатського населення Канади за рахунок прибуття нових мігрантів збереглася до кінця минулого століття. У першу десятку країн, з яких найчастіше прибували мігранти в Канаду, з європейських входять лише Великобританія та Польща. Упродовж останніх років перше місце в міграційному потоці в Канаду стабільно займає Гонконг [9, с. 5].

Квебек займає перше місце з виробництва товарів широкого споживання серед інших канадських провінцій. Британська Колумбія також нарощує обсяги промислового виробництва, у провінції швидкими темпами розвивається індустрія туризму.

Незначний приріст населення за рахунок міграції спостерігається у Новій Шотландії. Із західних провінцій мігранти надають перевагу поселенням в Альберті, яка займає перше місце серед провінцій Прерії щодо темпів економічного розвитку – за рахунок подальших розробок нафтових родовищ та переробки нафти.

Західні сільськогосподарські провінції Канади до кінця Другої світової війни були місцями традиційного поселення українських мігрантів. Однак після закінчення Другої світової війни українці почали надавати перевагу поселенню в промислово розвинутих регіонах країни. Місцем зосередження української післявоєнної міграції став Торонто.

Сюди ж тривала міграція з України впродовж 70-х–80-х років XX ст. Цілком очевидно, що у післявоєнний період зі зрозумілих причин виїзд з України, як і з усього колишнього СРСР, не міг досягти високого рівня. До Канади здебільшого приїжджали особи, які мали там родичів і могли скористатися правом на возз'єднання сім'ї. Переважну більшість тих, хто приїхав у Канаду з колишнього СРСР, становили євреї, котрі виїжджали з Радянського Союзу за ізраїльськими візами.

Нині українські громадські організації активно виступають за збільшення квоти для мігрантів з України, звинувачуючи уряд країни в дискримінаційній політиці щодо українських мігрантів. Ці звинувачення ґрунтуються передусім на тому, що, наприклад, у 1993 р. Україна, як і всі інші держави колишнього СРСР, займала лише 58-ме місце серед усіх країн, з яких Канада приймала мігрантів. У тому ж році з України в Канаду виїхало тільки 758 осіб [10].

Виступаючи за збільшення імміграційної квоти для українських громадян, канадські українці сподіваються таким чином пожвавити українські етнічні організації, загальмувати асиміляційні процеси в українському середовищі Канади.

Як уже відомо, Україна скасувала візи для канадців ще у 2005 році, однак Канада досі не пішла на взаємне скасування візових вимог. Про включення України до канадської програми «trusted traveller» було оголошено під час візиту Президента Володимира Зеленського до Канади в липні цього року. Однак канадською стороною деталей цієї програми щодо України досі оприлюднено не було.

Та все ж, прогнозуючи збільшення чисельності мігрантів з незалежної України, виходячи з аналізу нової міграційної стратегії канадського уряду, можна впевнено стверджувати, що така постановка питання видається досить ілюзорною. Українські громадяни через глибоку кризу національної економіки, соціальної незахищеності та все ще існуючої інерції пострадянського тоталітарного мислення не здатні легко і безповоротно ввійти до

категорії бізнес-мігрантів, на яку здебільшого орієнтуються у федеральній міграційній політиці Канади.

Водночас непогані шанси для майбутнього виїзду в Канаду матимуть вузькі спеціалісти з вищою технічною освітою, нестачу яких ще не один рік відчуватиме канадська економіка. Ці громадяни України зможуть потенційно влитися в групу бізнес-мігрантів, готових працевлаштуватися на канадських фірмах.

Нещодавні поправки до чинного міграційного законодавства Канади були спрямовані насамперед на те, щоб ефективніше здійснювати керівництво програмою усунення затримок та використання більш досконалих систем, які сприятимуть чіткішому управлінню даними процесами і будуть зосереджуватися на тому, щоб фактичний міграційний потік збігався з плановим. Проаналізувавши міграційну політику Канади, можна зробити висновок про те, що з кінця XIX ст. уряд країни систематично і цілеспрямовано виробляв міграційну стратегію, яка вміло відображала особливості внутрішньополітичного та внутрішньоекономічного розвитку країни і була тісно з ними пов'язана. На сучасному етапі в центрі міграційної політики Канади перебуває залучення в країну бізнес-мігрантів, які своїми знаннями та капіталами сприяли би процвітанню канадської економіки.

У статті розглянуто розвиток міграційного законодавства Канади. Автор зосереджує свою увагу на тому, що сучасна міграційна політика Канади зосереджена переважно на бізнес-міграції. У статті розглядається також специфіка адміністративно-правового регулювання міграційного процесу в Канаді. Автор виокремлює, що Канада здійснює недискримінаційну та універсальну політику допуску в країну мігрантів, та зазначає, що вони поділяються на три групи чи класи, кожен з яких відображає категорії, визначені в законі про імміграцію: сімейна категорія – члени сімей канадських громадян чи мігрантів, які вже знаходяться в Канаді; біженці – особи, які відповідають визначенню Конвенції 1951 р. чи визначені урядом Канади; самостійні мігранти – відібрані в силу їхньої кваліфікації, роду занять, професійної підготовки чи рівня освіти. Автор акцентує увагу на тому, що якщо особа здійснила кримінальний злочин чи становила потенційну загрозу безпеці Канади, уже подавала клопотання про надання статусу біженця в Канаді, проте отримала відмову, або раніше була визнана біженцем в іншій державі, до якої могла повернутися, її клопотання до розгляду щодо надання статусу біженця не допускалося. Проте в канадському міграційному законодавстві передбачена можливість оскарження такого рішення в суді. Існуючі міграційні проблеми в державі розв'язуються як на федеральному, так і на провінційних рівнях. Чинне міграційне законодавство Канади передбачає поняття впорядкованого потоку мігрантів, а міграційна система включає в себе не лише контроль за чисельністю, але й за категоріями людей, які в'їжджають у країну. Йдеться насамперед про програму врегульованої, планової міграції. Автор робить висновки про те, що з кінця XIX ст. уряд країни систематично і цілеспрямовано виробляв міграційну стратегію, яка вміло відображала особливості внутрішньополітичного та внутрішньоекономічного розвитку країни і була тісно з ними пов'язана. На сучасному етапі в центрі міграційної політики Канади перебуває залучення в країну бізнес-мігрантів, які своїми знаннями та капіталами сприяли би процвітанню канадської економіки.

Ключові слова: міграція, бізнес-міграція, міграційна політика, адміністративно-правове регулювання, Канада.

Drakokhrust T. Administrative and legal regulation of migration in Canada

The evolution of Canada's migration law is examined in the article. The author focuses his attention on the fact that Canada's current migration policy focuses mainly on business migration. The specificity of the administrative and legal regulation of the migration process in Canada is also examined in the article. The author points out that Canada has a non-discriminatory and universal policy on admission to the country of migrants and notes that they are divided into three groups or classes, each reflecting the categories defined in immigration law: family category – members of Canadian or migrant families already located in Canada; refugees – persons who meet the definition of the 1951 Convention or are identified by the Government of Canada; Independent migrants – selected by their qualifications, occupation, training or educational level. The author emphasizes that if a person has committed a criminal offense or posed a potential threat to Canada's security, has already applied for refugee status in Canada, but has been refused or previously recognized as a refugee in another country to which he or she could return, Refugee status was not considered. However, Canadian migration law provides for the possibility of challenging such a decision in court. Existing migration problems in the state are being addressed at both the federal and provincial levels. Canada's current migration law provides for the notion of an orderly flow of migrants, and the migration system includes not only population controls but also categories of people entering the country. First of all, it is a program of regulated, planned migration. The author concludes that from the late nineteenth century. The government of the country systematically and purposefully developed a migration strategy that was able to reflect and closely relate to the particularities of the country's domestic and domestic economic development. At the present stage, Canada's migration policy center is attracting business migrants to the country who, through their knowledge and capital, would help the Canadian economy thrive.

Key words: migration, business migration, migration policy, administrative regulation, Canada.

Література

1. A Broader Vision: Immigration and Citizenship. Plan 1995–2000. Ministry of Supply and Services. Canada, 1994. P. 13.

2. Citizenship and Immigration Canada, Into the 21st Century: A Strategy for Immigration and Citizenship. Ottawa, 1994. P. 3.

3. Ван дер Плойг К. История иммиграционной политики в Канаде. Иммиграционная политика западных стран : альтернативы для России ; под ред. Г. Витковской. Москва, 2002. С. 23–31.

4. Тиндик Н.П. Особливості імміграційної політики Канади. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. Зб. наук. праць. Львів, 2008. Вип. 3. С. 176–187.

5. Report on Asylum Procedures. Overview of Policies and Practices in IGC Participating States / Secretariat of the Inter-Governmental Consultation on Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia. Geneva, 1997. P. 95.

6. McAllister D.M. 'Refugees and Public Access to Immigration Hearings in Canada: A Clash of Constitutional Values,' 2 IJRL 562 (1990).

7. Nash A., ed. Human Rights and the Protection of Refugees under International Law, Institute for Research on Public Policy, Canadian Human Rights Foundation. Halifax, NS, 1988.

8. Deconstructing a Nation: Immigration, Multiculturalism and Racism in '90s Canada. 1992. P. 103.

9. Facts and Figures. Overview of Immigration. Ottawa, 1994. P. 4.

10. Дем'яненко С. Імміграція 93 – цифри та роздуми. Нові дні. 1994. Верес. – жовт.

УДК 343.1(477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.971

І. Курбатова,
кандидат юридичних наук,
старший прокурор
Прокуратури м. Києва

РОЛЬ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ В СИСТЕМІ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Найбільшою перепоною до економічного зростання та демократичного розвитку держави, здатною поставити під загрозу будь-які позитивні зрушення і перетворення, є корупція, яка нівелює засади верховенства права та законності, заважає повноцінній реалізації гарантованих Конституцією прав і свобод громадян, всебічному розвитку громадянського суспільства та створює негативний імідж Української держави на міжнародній арені.

Важливу роль у розв'язанні проблеми протидії корупції, яка залишається одним із найактуальніших і найважливіших аспектів діяльності кожної держави, відіграють органи прокуратури, які покликані забезпечити невідворотність притягнення до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення. Це питання завжди виступало одним із ключових компонентів кримінальної політики в будь-якій державі. Забезпечення результативності його реалізації щодо осіб, які вчинили корупційні злочини у сфері службової та професійної діяльності, відіграє неабияку роль для сьогоднішнього суспільства через його вкрай негативне ставлення до цих явищ.

Згідно з дослідженнями індексу CPI (Corruption Perception Index, Індекс сприйняття корупції) міжнародної організації Transparency International, за 2018 р. Україна здобула лише 32 бали зі 100 можливих у цьому дослідженні, отримавши лише два додаткових бали, порівняно з 2017 р., та піднялася зі 130 на 120 місце в глобальному рейтингу «Індексу сприйняття корупції» серед 175 досліджуваних країн світу. Поряд із цим показники України досі гірші, ніж у країн сусідів: Польща – 60, Румунія – 47, Угорщина – 46, Білорусь – 44, Молдова – 33.

На думку Європейської бізнес-асоціації, корупція та недовіра до судової системи в Україні вже третій рік поспіль очолюють рейтинг найголовніших перешкод для іноземних інвесторів [1].

Указане прямо пов'язано з неповнотою і фрагментарністю проведення антикорупційної реформи, зокрема, в частині діяльності правоохоронних органів. Саме ефективність реформування прокуратури України в умовах тотального правового нігілізму та корупції прямо визначає перспективи зміцнення правопорядку й законності, стає базовим чинником позитивної динаміки суспільних процесів.

У цих умовах досить актуальним є дослідження правової природи спеціалізації органів прокуратури із зверненням уваги на переваги, а також на можливі недоліки. Тему діяльності спеціалізованих органів прокуратури щодо протидії корупційним проявам в Україні досліджували такі вчені: П.П. Андрушко, О.М. Бандурко, Ю.В. Баулін, В.І. Галаган, В.М. Гаращук, О.В. Драган, Д.Г. Заброда, Л.Є. Кисіль, М.В. Косюта, О.Р. Михайленко, М.В. Руденко, В.В. Сухонос, В.Я. Тацій, О.М. Толочко й інші відомі вітчизняні вчені.

© І. Курбатова, 2019

Однак практичні переваги і потенційні недоліки спеціалізації органів прокуратури потребують подальших досліджень і сьогодні.

Зважаючи на наведене, метою статті є на підставі узагальнення чинного кримінального процесуального законодавства, практики його застосування та аналізу спеціальної літератури визначити роль органів прокуратури у кримінальних провадженнях щодо корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» [2], корупція – це використання особою наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей зі метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або, відповідно, пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам із метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей.

Прокуратура України посідає центральне місце в системі правоохоронних органів України у сфері протидії корупційним проявам. Вона здійснює цю протидію шляхом реалізації функцій процесуального керівництва досудовим розслідуванням і підтримання державного обвинувачення в суді, представницьку діяльність у позакримінальній сфері, координацію дій правоохоронних органів у сфері протидії кримінальним корупційним проявам. Окремі елементи протидії корупційним проявам наявні також і під час реалізації функції нагляду за виконанням судових рішень у кримінальних провадженнях, застосування інших заходів примусового характеру, що обмежують гарантовані Конституцією права та свободи громадян.

На думку О.Р. Михайленка, органи прокуратури, кожен у межах своєї компетенції, відіграють реальну й конкретну роль у виконанні завдань і здійсненні функцій, покладених на прокуратуру. Їхня система та структура побудовані так, щоб вплив прокуратури на забезпечення законності, правопорядку, прав і законних інтересів був ефективним, всеохоплюючим на всій території України і на всіх напрямах соціальних відносин, урегульованих законами [3, с. 58].

Особливу роль органів прокуратури у протидії корупції відіграє координація діяльності правоохоронних органів. Указана функція в процесі реформування органів прокуратури зазнала значних змін. Зокрема, відповідно до ст. 10 Закону України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р., на Генерального Прокурора України та підпорядкованих йому прокурорів із метою підвищення ефективності протидії злочинності й корупції було покладено обов'язок координувати діяльність правоохоронних органів у питаннях протидії злочинності та корупції. Тобто корупція розглядалася законодавцем як самостійний об'єкт координаційної діяльності поряд із координацією протидії злочинності.

Що стосується координаційної діяльності, передбаченої ч. 2 ст. 25 чинного Закону України «Про прокуратуру», то в цій статті корупція є об'єктом координаційної діяльності виключно в «сфері протидії злочинності» [4]. Тобто законодавець виключив із координаційних повноважень прокуратури тих суб'єктів, які діють поза межами кримінального провадження. Фактично це може призвести до розбалансування системи протидії корупції й неузгодженості дій окремих антикорупційних інституцій, як наслідок, погіршення стану законності та правопорядку в державі. Наприклад, у Законі зовсім нічого не сказано про взаємодію з Національним агентством із питань запобігання корупції, яке теж має право ініціювати вжиття заходів щодо притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень.

Важливим етапом реформування системи органів прокуратури України стало створення Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП), статус якої унормовано ч. 5 ст. 8-1 Закону України «Про прокуратуру». Функціональне навантаження цього самостійного структурного підрозділу Генеральної Прокуратури України включає як кримінальну, так і позакримінальну сфери: САП здійснює нагляд за діяльністю Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) та позовну діяльність за наслідками кримінальних проваджень.

На думку І.В. Драгана, під час створення САП Україною було використано досвід передових європейських країн, таких як Німеччина, де в прокуратурах окремих земель можуть створюватися спеціальні відділи по боротьбі з корупцією (зокрема, це відповідний відділ у прокуратурі м. Вуппераль, спеціалізована прокуратура по боротьбі з корупцією землі Північний Рейн-Вестфалія) [5, с. 51].

Як зазначає О.С. Проневич, подібна практика є в Іспанії (Служба державного обвинувачення з протидії корупції та організованій злочинності), в Румунії (Національний антикорупційний директорат у системі прокуратури при Вищому касаційному суді), у Швеції (Національний антикорупційний відділ у складі прокуратури Швеції) тощо [6, с. 263–265].

У 2002 р. урядом Польщі затверджено програму боротьби з корупцією під назвою «Антикорупційна стратегія». На виконання цієї програми створена та працює надзвичайна кодифікаційна комісія сейму Польщі, яка готує зміни до законодавства з метою покращення протидії корупції.

З 24 серпня 2006 р. набрав чинності Закон про «Про центральне антикорупційне Управління» (далі – ЦАУ). Основною метою діяльності ЦАУ є боротьба зі зловживанням владою та використання привілеїв для досягнення особистої і майнової користі, а також діяльністю, спрямованою проти економічних інтересів держави. На ЦАУ покладено обов'язок переслідувати корупційну злочинність, ретельно перевіряти майнові декларації чиновників і працівників сфери самоуправління, стежити за спробами порушити заборону поєднання громадських (державних) функцій із господарською діяльністю. Зазначена система дає змогу також досить ефективно виявляти корупційні дії представників влади та вести ефективну боротьбу з ними [7, с. 202].

Естонія – це одна із країн пострадянського простору, яка вважається однією з найменш корумпованих у Європі, хоча в 90-х роках теж була поширена організована злочинність, «рекет» і корупція, зокрема і в правоохоронних органах. Починаючи з 1991 року уряд країни розробив стратегію на побудову інноваційної моделі електронної держави, що супроводжувалося прийняттям нового антикорупційного законодавства. У протидії корупції державна прокуратура Естонії здійснює нагляд за працівниками правоохоронних органів [7, с. 201].

В Україні цей процес теж не стоїть на місці. Зокрема, Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» щодо забезпечення прозорості в організації діяльності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури з метою виконання рекомендацій Міжнародного валютного фонду» від 18 лютого 2016 р. було запроваджено низку нововведень, якими підвищено ступінь незалежності Спеціалізованого антикорупційного прокурора від Генерального Прокурора України, а також змінено процедуру призначення на керівні посади в САП. Зокрема, від компетенції Генерального Прокурора України вилучено право призначення керівників і заступників керівників структурних підрозділів САП і передано відповідні повноваження Спеціалізованому антикорупційному прокуророві.

Ще однією новелою, яка посилила незалежність Спеціалізованого антикорупційного прокурора від Генерального Прокурора України, стало те, що ключову

роль у призначенні самого Спеціалізованого антикорупційного прокурора відтепер відіграє конкурсна комісія, оскільки кандидатура, відібрана нею, призначається на посаду Генеральним Прокурором України в обов'язковому порядку.

Крім того, Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р., окрім норм, що стосуються організації діяльності НАБУ, викладено в новій редакції ст. 75 КК України, згідно з якою унеможливлюється застосування інституту звільнення від призначеного судом покарання з випробуванням щодо осіб, які засуджені за корупційні злочини, а також внесено зміни до ст. 66 КК України, якими заборонено застосування ст. 75 КК України до осіб, які вчинили злочини цього виду. Водночас ст. 45 КК України доповнено приміткою, в якій викладено виключний перелік злочинів, що вважаються корупційними. Зрозуміло, що ці доповнення набагато підвищать ефективність протидії корупційним злочинам і покращать взаємодію НАБУ і САП.

Окремо слід зупинитись на співпраці України з європейськими інституціями щодо протидії корупції. Сьогодні Україною ратифіковано ключові конвенції з протидії корупції, зокрема Кримінальну та Цивільну конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (ETS 173 та ETS 174), що дало змогу приєднатися до GRECO. GRECO покликана вдосконалювати компетентність її членів у боротьбі з корупцією для вжиття заходів через динамічний процес спільного оцінювання методів проведення та однакового впливу згідно з їхніми зобов'язаннями в цій сфері.

На 84-му пленарному засіданні Групи держав Ради Європи проти корупції (GRECO), проведення якого заплановано протягом 2–6 грудня 2019 р. в м. Страсбург (Франція), Україна звітуватиме про виконання рекомендацій GRECO, наданих Україні за результатами 4-го раунду оцінювання з теми «Запобігання корупції серед парламентарів, суддів та прокурорів» (Звіт затверджений на 76-му пленарному засіданні GRECO, що відбулося 19–23 червня 2017р.).

Українською державою також виконано рекомендації Ради Європи щодо вдосконалення системи протидії корупції, які безпосередньо не стосуються прокуратури, але опосередковано впливають на неї. Наприклад, 11 листопада 2015 р. Парламентом України прийнято Закон України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів», яким створено орган, що здійснює відповідні функції щодо активів, на які може бути накладено арешт або які може бути конфісковано в кримінальному провадженні. Верховною Радою України ухвалено Закон України «Про внесення змін до Кримінального та КПК України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» від 18 лютого 2016 р., а також інші нормативні акти. Вищезазначені закони також тією чи іншою мірою регулюють прокурорську діяльність у сфері протидії корупції.

Водночас Прокуратура України на сучасному етапі стикається з низкою проблем, зумовлених незавершеністю антикорупційної реформи й організаційними недоліками. Однією з проблем є недостатня узгодженість між НАБУ, САП, ДБР і Генеральною Прокуратурою України під час передання кримінальних проваджень від органів прокуратури до НАБУ чи ДБР, що пов'язано з недостатньою законодавчою визначеністю цієї процедури; визначення джерел матеріально-технічного постачання САП (такі джерела можуть бути пов'язані як із НАБУ, так і з Генеральною Прокуратурою) тощо.

Крім того, методика оцінки якості роботи прокурора застаріла та не

відповідає оновленим завданням, які поставлені перед органами прокуратури. У зв'язку з цим Наказом Генерального Прокурора від 5 березня 2018 р. № 38 створено робочу групу, на яку покладено обов'язок опрацювання можливості запровадження пілотного проєкту системи оцінки якості роботи прокурора у прокуратурах Львівської, Одеської та Харківської областей та розроблення проєктів відповідних організаційно-розпорядчих документів.

Отже, прокурорська діяльність у сфері протидії корупції в Україні на сучасному етапі перебуває на стадії удосконалення, що зумовлено необхідністю приведення національної правоохоронної системи до європейських і міжнародних стандартів. З метою відповідності передовим світовим моделям протидії корупції було прийнято комплекс нормативно-правових актів, які запровадили принципово нові засади діяльності органів прокуратури в цій сфері.

Україною було виконано значну частину рекомендацій інституцій ЄС, враховано досвід розвинених країн Європи щодо протидії корупції та проведено заходи, які значно посилили антикорупційну діяльність, і зазначається позитивна динаміка. Водночас Прокуратура України продовжує наражатись на низку проблем, таких як недостатня урегульованість сплати судового збору, недосконаліть механізму взаємодії з іншими суб'єктами протидії корупції: НАБУ, ДБР, Національне агентство з питань запобігання корупції тощо.

У статті проаналізовано стан протидії корупції в Україні та роль органів прокуратури в організації протидії цим проявам. Наголошено, що сьогодні стан протидії корупції досить низький порівняно з розвиненими європейськими країнами, що заважає повноцінній реалізації гарантованих Конституцією прав і свобод громадян, всебічному розвитку громадянського суспільства та створює негативний імідж Української держави на міжнародній арені.

Основна мета роботи полягає в тому, щоб на підставі узагальнення чинного кримінального процесуального законодавства, практики його застосування та аналізу спеціальної літератури визначити роль органів прокуратури у кримінальних провадженнях щодо корупційних злочинів.

Сформульовано, що Україна використала досвід передових європейських країн у протидії корупції та з цією метою було внесено зміни у чинне кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство, а також створено та унормовано діяльність таких органів, як САП, НАБУ, НАЗК, ДБР, на які покладено обов'язок організації та здійснення заходів щодо протидії корупційним проявам і реагування на вчинені корупційні злочини.

Крім того, приділена значна увага співпраці України з європейськими інституціями щодо протидії корупції. Наголошено, що Українська держава виконала значний обсяг рекомендацій європейських інституцій, що дало змогу приєднатися до GRECO і, як наслідок, покращило співпрацю з ЄС у питаннях протидії корупції.

Підкреслено, що сьогодні ще не повністю закінчено всі заходи, які спрямовані на реформування правоохоронної системи України з метою покращення ефективності протидії корупції, і цей процес необхідно вдосконалювати з урахуванням європейських і світових тенденцій.

Ключові слова: прокурор, органи прокуратури, корупція, корупційні злочини, протидія корупції.

Kurbatova I. Role of prosecutor bodies in the system of prevention and anti-corruption

The article analyzes the state of counteracting corruption in Ukraine and the role of prosecutors in organizing

counteraction to these manifestations. It is emphasized that today the state of counteraction to corruption is rather low in comparison with the developed European countries, which hinders the full realization of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution of the citizens, the comprehensive development of civil society creates a negative image of the Ukrainian state in the international arena.

The main purpose of the work is to determine, on the basis of the generalization of the existing criminal procedural legislation, the practice of its application and analysis of the specialized literature, the role of the prosecuting authorities in criminal proceedings concerning corruption offenses.

It is stated that Ukraine has used the experience of the leading European countries in the fight against corruption and for this purpose it has been amended the existing criminal and criminal procedural legislation, as well as created and standardized activities of such bodies as the SAP, NABU, NAZC, DBR, which are responsible, organization and implementation of measures for combating corruption and responding to the crimes committed.

In addition, considerable attention is paid to Ukraine's cooperation with the European institutions in combating corruption. It was stressed that the Ukrainian state has implemented a considerable amount of recommendations of the European institutions, which allowed it to join GRECO and as a consequence improved cooperation with the EU in the fight against corruption.

It is emphasized that today all measures aimed at reforming Ukraine's law enforcement system with the aim of improving the effectiveness of combating corruption have not been fully completed, and this process needs to be refined in the light of European and world trends.

Key words: prosecutor, prosecuting authorities, corruption, corruption crimes, counteraction to corruption.

Література

1. Національна доповідь щодо реалізації засад антикорупційної політики у 2018 р. : Схвалена Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 29 березня 2019 р. № 885. URL: https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/07/Natsdopovid-2018.pdf.

2. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1700-18.

3. Михайленко О.Р. Прокуратура України : підручник. 2-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2011. 336 с.

4. Про Прокуратуру : Закон України № 1697-VII від 14 жовтня 2014 р. Сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1789-12.

5. Драган І.В. Роль прокуратури у протидії корупції : досвід Німеччини. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2015. № 2. С. 49–55.

6. Проневич О.С. Інститут спеціалізованої антикорупційної прокуратури в європейській державно-правовій традиції. Форум права. 2015 № 1. С. 261–268.

7. Супрун Т.М. Зарубіжний досвід запобігання та протидії корупції. Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика). Вип. № 2–3 (6–7). 2017. С. 199–204.

8. Грицюк І.В. Криміналістична характеристика кримінальних корупційних правопорушень. Реформування кримінального провадження в Україні: кримінальні процесуальні та криміналістичні аспекти : матер. Міжнар. наук.-практ. конф., присв. пам'яті професорів В.П. Бахіна, В.К. Лисиченка, І.Я. Фрідмана, 19 квітня 2019 р. / Ун-т ДФС України, Нац. академія внутрішніх справ, Нац. академія служби безпеки України та ін. Ірпінь, 2019. С. 345–348.

УДК 141.113
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.972

О. Остапенко,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правового регулювання економіки
Харківського національного економічного університету

ПРИНЦИПИ ПОЛІТИЧНОГО Й ІДЕОЛОГІЧНОГО ПЛЮРАЛІЗМУ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Становлення України як демократичної держави вимагає належного впровадження пов'язаних між собою принципів політичного й ідеологічного плюралізму, закріплених на рівні міжнародного стандарту в Загальній декларації прав людини 1948 р. (ст. 20), Конвенції про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 р. (ст. ст. 2, 10), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ст. 11), Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р. (ст. 22) та у національному законодавстві, зокрема у ст.ст. 15, 37 Конституції України, ст.ст. 4, 12 Закону України «Про політичні партії в Україні».

Окремі аспекти становлення засад політичного й ідеологічного плюралізму сучасності висвітлювалися у працях Г. Гончарової, С. Кононенка, Є. Лук'яненка, С. Лукаша, М. Остапенко, С. Троян, О. Уткіна та інших, а також зарубіжних авторів посттоталітарних, транзитивних, лабільних країн Центрально-Східної Європи, зокрема Г. Зімона, Н. Розенблюма, В. Слободчикова, М. Мамардашвілі, К. Маннгейма, Р. Барта тощо. Проте пов'язаність принципів плюралізму з формуванням української національної ідеї, подальшою демократизацією суспільства та реалізацією соціально-економічних реформ зумовлюють необхідність подальшого дослідження й наукову зацікавленість цією проблемою.

Метою статті є дослідження проблем реалізації принципів політичного та ідеологічного плюралізму в Україні та визначення шляхів їх вирішення.

Висвітлення питань плюралізму відбувається в історичному, політологічному й юридичному напрямах. Науковці наголошують, що найважливішою вимогою плюралізму є запровадження в політиці й суспільстві різного роду стримувань і противаг, що збалансовують впливи найбільш потужних політичних сил і дають змогу контролювати владу. Політичний плюралізм базується на наявності в переважної більшості громадян, партій і громадських організацій консенсусу, згоди щодо основних політичних цінностей – загальної зацікавленості в збереженні й зміцненні держави, визнанні демократичних правил гри, що включають чесне суперництво в боротьбі за владу, терпимість до опозиції, повагу до закону, рішень більшості, прав людини, а також автономії й права меншості на власну думку та її вільне відстоювання в межах закону, відмову від антиконституційного використання сили для вирішення спірних питань [1].

Ст. 15 Конституції України закріплює, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності. Наприклад, плюралізм (від лат. – множинний) передбачає різноманітність поглядів, підходів, позицій, концепцій у правовій, політичній, економічній, культурній та іншій діяльності. Характерними ознаками розвинених форм плюралізму є багато-

© О. Остапенко, 2019

варіантність, вибір, альтернативність, свобода тощо [2]. Така багатоманітність виявляється в економічній сфері через існування форм власності, їхню взаємодію й здатність конкурувати між собою, у соціальній – через наявність різних соціальних груп, їхніх соціальних інтересів і розшарування (стратифікації) суспільства, у культурній – у розвитку різних напрямів і форм вияву самобутності людей, у формі гласності, свободі висловлювань, дискусій, різноманітності поглядів і думок, у духовній – через відсутність єдиного світогляду, повагу до духовного вибору людини та деідеологізацію суспільства.

Суспільна свідомість відображає суспільне буття з позицій певних соціальних груп, і як своєрідна інтегрована єдність ціннісного, нормативного та пізнавального структурних компонентів і становить її ідеологічний аспект. Оскільки ідеологія пов'язана як із суто раціонально-свідомісною, так і з ментально-психологічною сферами життя соціуму, її належить розглядати не просто як елемент суспільної свідомості, а й у ширшому соціокультурному контексті – як безпосередній продукт і суспільно-політичної, і водночас духовно-культурної діяльності суспільства [3]. Формування суспільної ідеології здійснюється через виховання, освіту, засоби масової інформації. Ідеологія є ціннісною системою, що відображає ставлення людей до соціальної дійсності, чинного суспільного порядку, дає змогу обґрунтовувати політичні цілі, ідеали, принципи, що покладаються в основу політичних програм партій, які визначають засоби їхньої реалізації. Закріплення ідеологічного плюралізму відбувається переважно через визнання й гарантування особистих і політичних прав і свобод.

Пов'язаність ідеологічного і політичного плюралізму полягає в тому, що перший породжує ідейні спори й ідеологічне розмаїття, що, у свою чергу, призводить до другого, який прагне відповідним чином їх реалізувати [3]. На думку М. Остапенко, важливими нормами політичного плюралізму є такі: відмова від політичного насильства і диктатури; визнання народу абсолютним і суверенним джерелом влади; визнання верховенства закону і прав особистості; пошук політичного консенсусу і готовність до компромісів; вирішення найважливіших питань більшістю голосів і толерантне та терпиме ставлення до навіть нелояльної меншості тощо. Правове закріплення політичного плюралізму гарантує суспільству, з одного боку, захист від насильницької зміни суспільного ладу, з іншого – дотримання встановлених законів, «правил демократичної гри» з боку різних політичних партій і рухів [3].

Американський політолог Ф. Гросс виділяє в політичній ідеології: а) основні цінності («10 християнських заповідей», «Загальну декларацію прав людини»); б) допоміжні (інструментальні), корисні за певних обставин, але не обов'язкові для всіх (надійність, пунктуальність, коректність, чесна гра, прибуток, уміння одягатися із смаком), – що допомагають людині підтримувати відносини із суспільством і робити політику; та в) абсолютні цінності (свобода, рівність, справедливість) [4, с. 127]. Автор підкреслює, що під час проведення реформ необхідно чітко уявляти собі цінності цього суспільства, бо більшість із них, як правило, здійснюються за допомогою тиску. І тому важливо враховувати, зміна яких цінностей не призведе до опору з боку суспільства, а якими цінностями не можна нехтувати, бо це може породити соціально-політичну напругу.

Для розуміння процесів ідеологізації суспільства пропонуємо проаналізувати типи ідеологій. Традиційно ідеології поділяють на «ліві» (комуністичні й соціалістичні течії) і «праві» (консервативні й національні). У сучасних умовах ліберальної демократії доцільно говорити про наявність демократичного центру, що функціонує в межах

політичної системи, не заперечуючи законності поступових економічних і соціальних змін. На противагу центру, крайнє праве та ліве крила політичного спектра – це переважно меншості, які прагнуть докорінно змінити конституційну та соціальну системи. Крайнє ліве крило політичного спектра представляє антикапіталістичну доктрину, праве пропонує зміни в націоналістичному напрямі [3].

Ф. Кирилюк виділяє шість типів ідеології: комунізм, соціал-демократію, лібералізм, консерватизм, націоналізм і фашизм [5, с. 413]; О. Соловйов – чотири: лібералізм/неолібералізм, консерватизм/неоконсерватизм, соціалізм, соціал-демократію і фашизм [6, с. 339–351]; К. Гаджієв – п'ять: лібералізм, консерватизм, соціал-демократію, марксизм і тоталітаризм [7, с. 121], але вважає, що реально конкурують нині лише три з них – лібералізм, консерватизм, соціал-демократія. В. Ісаков за ступенем поширеності і впливу на суспільство ідеології поділяє на такі види: ідеократичні – панування єдиної моноідеології, яку підтримує держава (Північна Корея, фашистська Німеччина, СРСР); клерикальні (Іран, арабські країни); перехідні, еклектичні (Східна Європа, пострадянські країни) та плюралістичні (Західна Європа, США) [8, с. 11]. При цьому політологи визначають, що зміни соціально-історичних і політико-правових умов життя тягнуть зміни ідеологічних програм і цінностей, зокрема зміни традиційних ідеологічних орієнтацій чи то в напрямку їхнього пом'якшення (це властиве комуністичній ідеології), чи то в напрямку розширення (у цьому випадку можна послатися на зміни в соціал-демократичній ідеології). Наприклад, розвиткові сучасної соціал-демократії властиве включення до її базових положень таких ліберальних цінностей, як правова держава, демократичний плюралізм тощо [3].

У контексті типологізації ідеологій, які покладаються в основу політичних програм партій і визначають засоби їхньої реалізації, постає цікаве питання щодо дійсного плюралізму ідеологій і партій в Україні. За даними Міністерства юстиції України, станом на 1 січня 2019 р. в Україні зареєстровано 352 партії [9]. Проте із зареєстрованих партій ще в часи проголошення незалежності України більш-менш політично активною і такою, що не змінювала свої ідеологічні цінності, є лише Соціалістична партія України. За даними ЦВК, щодо участі партій у виборах народних депутатів у 2019 р. із зареєстрованих у 1990-ті рр. партій брала участь лише Партія зелених України, яка є партією екологічної спрямованості та електорально активною була лише в 1990-х рр. (були у складі парламенту після виборів 1998 р.).

Пропонуємо проаналізувати історію створення та діяльність партій, що були обрані до складу Парламенту у 2019 р.: «Слуга народу», «Опозиційна платформа – За життя», ВО «Батьківщина», «Європейська солідарність» і «Голос» [10; 11].

Партія «Слуга народу» була створена у 2019 р. як сила, що пропонує зміни у країні: оновлення політичної системи, покращення якості політики та політиків, встановлення цінностей і принципів, яких вимагає сьогодні суспільство. Партія «Голос» була створена у травні 2019 р. на основі політичної партії «Платформа ініціатив», створеної у лютому 2015 р. з метою повернути людину в центр держави, декларує демократичний підхід до політики, відокремлення грошей від політики.

Партія «Опозиційна платформа – За життя» була зареєстрована Міністерством юстиції України 9 грудня 1999 р. як політична партія «За життя» (Всеукраїнське об'єднання «Центр»). У липні 2016 р. була перейменована в «За життя», 14 грудня 2018 р. – в «Опозиційну платформу – За життя». Співголовами партії є В. Рабинович (Всеукраїнське об'єднання «Центр»), Ю. Бойко (був головою Республі-

канської партії України, створеної у 2005 р., до серпня 2007 р., у 2006 р. балотувався в Парламент по списку Опозиційного блоку «НЕ ТАК!», створеного на базі СДПУ(о), у 2007 р. прийшов у парламент у складі «Партії регіонів», восени 2014 р. – за списком партії «Опозиційний блок») [12].

ВО «Батьківщина» зареєстровано у 1999 р. Його лідер – Ю. Тимошенко у 1997–1999 рр. була першою заступницею голови ВО «Громада» П. Лазаренка, у лютому 2001 р. утворила Форум національного порятунку як громадську ініціативу, на ґрунті якої в листопаді 2001 р. був створений «Блок Юлії Тимошенко». У листопаді 2011 р. участь блоків політичних партій у парламентських виборах була заборонена. У результаті до «Батьківщини» під назвою «Об'єднана опозиція «Батьківщина»» увійшли партії «Реформи і порядок», «Народний рух України», «Фронт змін», «За Україну!», «Народна самооборона», «Громадянська позиція», Соціально-християнська партія та Меджліс кримськотатарського народу. І з 2002 р. партія представлена в усіх скликаннях Парламенту [13].

«Європейська солідарність» (зареєстрована у 2000 р. як партія «Солідарність» на чолі з М. Антонюком, у 2014–2019 р. – «Блок Петра Порошенка «Солідарність», з 2019 р. – «Європейська солідарність»). Видається цікавою історія трансформації партії: у 2001 р. партію «Солідарність» очолив П. Порошенко, і у 2002 р. вона приєдналася до виборчого блоку В. Ющенка «Наша Україна», у 2013 р. «Солідарність» увійшла до ВО «Батьківщина», оскільки впродовж 10 останніх років не брала участі у парламентських або президентських виборах, як того вимагає Закон України «Про політичні партії в Україні», рішенням суду її реєстраційне свідоцтво було анульовано. Внаслідок цього на основі неактивної партії «Національний альянс свободи та українського патріотизму» («НАСТУП»), створеної у 2000 р. як «Всеукраїнська партія Миру і Єдності (ВПМЄ)» і перейменованої у 2013 р. на «Національний альянс свободи та українського патріотизму» («НАСТУП») задля «упізнаваності» президентської сили на парламентських виборах у жовтні 2014 р. її було перейменовано на «Всеукраїнське об'єднання «Солідарність». Треба зазначити, що практика використання партійної назви, яка тотожна або майже дослівно повторює назву іншої, чинної або вже неіснуючої партії, не суперечить українському законодавству, хоча, до прикладу, у Грузії партіям заборонено законом використовувати ті назви, абревіатури і символи, які повторюють уже колись існуючі, навіть у ліквідованої партії, якщо від часу її ліквідації пройшло менше 4 років. Цікавим фактом є те, що 6 жовтня 2014 р. Міністерство юстиції України зареєструвало ще один «клон» колишньої партії Петра Порошенка – політичну партію «Солідарність» (реєстраційний номер – 252-п.п.), керівником якої значиться Костецький Станіслав Іванович, колишній голова Спілки поляків України [14]. У 2014 р. ВО «Солідарність» було перейменовано на «Блок Петра Порошенка, згодом – «Блок Петра Порошенка «Солідарність»», яка після виборів у Парламенті утворила фракцію, що об'єднала представників партії «Блок Петра Порошенка», колишніх членів партії «УДАР» (Український демократичний альянс за реформи) Віталія Кличка», низку журналістів, громадських активістів і політичних діячів. Серед 150 депутатів фракції тоді 43 були членами «Блок Петра Порошенка», 104 – безпартійними, троє – членами інших партій (Українська народна партія (М.І. Кучер), Конгрес українських націоналістів (А.Я. Лопушанський), Всеукраїнське об'єднання «Батьківщина» (С.І. Мельник) [14]. У 2019 р. партія була перейменована на «Європейську солідарність».

На підставі викладеного виникає питання: а чи можна вважати такі

зміни в партії, їхні перейменування, об'єднання чи роз'єднання реалізацією принципу політичного та ідеологічного плюралізму? На жаль, навряд чи. Такі трансформації переважно свідчать не про світоглядні цінності, прагнення до побудови демократичної, соціальної, правової держави, а лише про бажання до участі в політиці з метою.

Ще одна ілюстрація порушення принципів політичного й ідеологічного плюралізму – невідповідність, на думку окремих суддів Конституційного Суду України, громадських експертів [15], Венеціанської комісії [16] окремих положень Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», який було визнано конституційним Рішенням Конституційного Суду України від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» [17]. Вказаний Закон був прийнятий 9 квітня 2015 р. 30 травня 2017 р. до Конституційного Суду України надійшло конституційне подання 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» від 9 квітня 2015 р. № 317-VII, провадження у справі було відкрито і з 22 листопада 2017 р. почався її розгляд. Не можна не погодитися зі змістом ґрунтовного рішення Конституційного Суду України щодо легітимності мети Закону – недопущення повторення злочинів комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, будь-якої дискримінації за національною, соціальною, класовою, етнічною, расовою або іншими ознаками у майбутньому, відновлення історичної та соціальної справедливості, усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України і його висновку про те, що пропаганда комуністичного режиму та нацистського режиму, публічне використання їхніх символів є намаганням виправдати тоталітаризм і запереченням конституційних принципів і демократичних цінностей, захист яких є обов'язком усіх органів державної влади. Проте в окремій думці судді Конституційного Суду України Колісника В.П. щодо Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» наведено аргументовану позицію щодо порушення принципу політичного плюралізму, деталізованого у ст. 37 Конституції України. Наприклад, В.П. Колісник вказує: «Водночас положення Закону, яке передбачає можливість усунення зареєстрованої політичної партії з виборчого процесу в адміністративному порядку (частина п'ята ст. 3 Політичні партії, обласні, міські, районні організації або інші структурні утворення, передбачені статутом політичної партії, щодо яких центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань державної реєстрації юридичних осіб, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, прийнято у визначеному Кабінетом Міністрів України порядку рішення про невідповідність їхньої діяльності, найменування та/або символіки вимогам цього Закону, не можуть бути суб'єктом виборчого

процесу), не може вважатися прийнятним у демократичному суспільстві та не відповідає частині четвертій ст. 37 Конституції України, згідно з якою «... заборона діяльності об'єднань громадян може здійснюватися лише в судовому порядку». Для такого висновку є всі підстави, адже участь у виборах є визначальним та обов'язковим складником діяльності політичної партії, без якого існування партії втрачає будь-який сенс, а партія перетворюється на політичну фікцію, адже «... політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах» (частина друга ст. 36 Конституції України). Без участі у виборах відповідне об'єднання громадян втрачає ознаки політичної партії, що нівелює право громадян на об'єднання» [18].

Крім того, у висновку Венеціанської комісії було зазначено, що, «... на відміну від переліку символіки комуністичного тоталітарного режиму, цей перелік (символіки національно-соціалістичної партії) є коротшим і чіткішим, обмежений виключно символами, пов'язаними з Німеччиною 1939–1945 рр., <...> закон мав би однаково регулювати обсяг та детальність опису діянь, пов'язаних з обома ідеологіями». Тому не можна не погодитися з думкою Д. Коркунова, що «... як порушення можна кваліфікувати червону хустинку і водночас не помічати символіки третього рейху в логотипах численних офіційних громадських формуваннях та політичних рухів» [19]. Юрист також зазначає: «... ще одним прикладом подвійних стандартів можна вважати прийнятий 9 квітня 2015 р. Закон «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у XX столітті», де визнаються та вшановуються на державному рівні Організація українських націоналістів, Українська повстанська армія та інші, ідеологічний складник діяльності яких викликає в суспільстві не менш суперечливе ставлення, ніж діяльність КПРС. В цьому випадку виникає правова колізія, коли одним Законом забороняється пропаганда, символіка та ідеологія національно-соціалістичного режиму, а іншим декламується підтримка та вшанування організацій, які створювалися та діяли у складі та під безпосереднім керівництвом нацистської Німеччини (тоді територія райхскомісаріату України)» [19].

Підсумовуючи викладене, можемо зробити висновок, що сучасне українське суспільство потребує забезпечення стабільності держави, гідного рівня матеріального і духовного життя людей, що здатна забезпечити лише демократична система цінностей, яка ґрунтується на політичному плюралізмі, на вільній ринковій економіці, рівності громадян перед законом. Функціонування цієї системи цінностей у високорозвинених країнах Європи та світу підтримується відповідною інфраструктурою політичної соціалізації, як засобу відтворення зрілої демократичної політичної культури [20]. Складність політичної та економічної ситуації в країні, соціальне розшарування суспільства вимагають пошуку суспільного діалогу, компромісу і консенсусу між владою і народом. Захист національних інтересів в умовах формування української державності, пошук національної ідеї для формування громадянського суспільства вимагає вирішення гострих політичних проблем щодо визначення сутності і змісту патріотизму (з метою уникнення руйнівного псевдопатріотизму), визначення статусу мов у поліетнічній Україні, формування інформаційного простору, вільного від пропаганди, маніпуляцій свідомістю, незалежності й об'єктивності мас-медіа і найголовніше – підвищення рівня політичної і правової культури громадян, а також рівня захисту прав людини.

Демократизація України, забезпечення політичної стабільності з метою недопущення дестабілізації

суспільства зумовлені належною реалізацією таких засад конституційного ладу, як політичний та ідеологічний плюралізм, і вимагає належного впровадження пов'язаних між собою принципів політичного й ідеологічного плюралізму, закріплених на рівні міжнародного стандарту в Загальній декларації прав людини 1948 р., Конвенції про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р., та у національному законодавстві, зокрема у ст. ст. 15, 37 Конституції України, ст. ст. 4, 12 Закону України «Про політичні партії в Україні». Сучасне українське суспільство потребує забезпечення стабільності держави, гідного рівня матеріального і духовного життя людей, що здатна забезпечити лише демократична система цінностей, яка ґрунтується на політичному плюралізмі, на вільній ринковій економіці, рівності громадян перед законом. Функціонування цієї системи цінностей у високорозвинених країнах Європи та світу підтримується відповідною інфраструктурою політичної соціалізації як засобу відтворення зрілої демократичної політичної культури. Складність політичної та економічної ситуації в країні, соціальне розшарування суспільства вимагають пошуку суспільного діалогу, компромісу і консенсусу між владою і народом. Захист національних інтересів в умовах формування української державності, пошук національної ідеї для формування громадянського суспільства вимагають вирішення гострих політичних проблем щодо визначення сутності і змісту патріотизму (з метою уникнення руйнівного псевдопатріотизму), визначення статусу мов у поліетнічній Україні, формування інформаційного простору, вільного від пропаганди, маніпуляцій свідомістю, незалежності й об'єктивності мас-медіа і найголовніше – підвищення рівня політичної і правової культури громадян, а також рівня захисту прав людини.

Ключові слова: плюралізм, ідеологія, світогляд, політична партія, держава, демократія, розвиток.

Ostapenko O. Principles of political and ideological pluralism: problems of implementation in Ukraine

Democratization of Ukraine, ensuring political stability in order to prevent destabilization of society is dependent on the proper application of such constitutional principles as political and ideological pluralism and requires the proper implementation of related principles of political and ideological pluralism, enshrined at the level of the international standard in the Universal Declaration of Human Right of 1948, The Convention on Freedom of Association and the Protection of the Right to Organize of 1948, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, and in national legislation, in particular Art. 15, 37 of the Constitution of Ukraine, Art. 4, 12 of the Law of Ukraine "On Political Parties in Ukraine". In modern Ukrainian society the stability of the state, a decent level of material and spiritual life of people, which is capable of providing only a democratic value system based on political pluralism, a free market economy, equality of citizens before the law must be ensured. The functioning of this value system in the highly developed countries of Europe and the world is supported by an appropriate infrastructure of political socialization, as a means of restoring a mature democratic political culture. The complexity of the political and economic situation in the country,

social stratification require the search for public dialogue, compromise and consensus between the authorities and the people. Protecting national interests in the conditions of formation of the Ukrainian statehood, search for a national idea for the formation of civil society requires the solution of acute political problems in determining the essence and content of patriotism (in order to avoid destructive pseudopatriotism), determining the status of languages in poly-ethnic Ukraine, forming an informative space, free of propaganda, manipulation of consciousness, independence and objectivity of the mass media and most importantly – raising the level of political and legal culture of citizens, as well as the level of human rights protection.

Key words: pluralism, political party, state, democracy, development.

Література

1. Щербина Н.Ф., Махінла Ю.Б. Політико-ідеологічний плюралізм в сучасній Україні: теоретичні й практичні аспекти. Молодий вчений. № 4 (31), квітень, 2016 р. С. 327–332.

2. Юридична енциклопедія : в 6 тт. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. URL: http://leksika.com.ua/14191125/legal/plyuralizm.

3. Остапенко М.А. Ідеологічний плюралізм: проблема необхідності розвитку і збереження цілісності демократичного суспільства.

4. Гросс Ф. Идеологии, цели и ценности. Общественные науки за рубежом. Сер. 1. 1989. № 6. С. 121–145.

5. Політологія: Навчально-методичний комплекс / за ред. проф. Ф.М. Кирилюка. Київ : Центр навчальної літератури, 2004. 704 с.

6. Соловьев А.И. Политология: Политическая теория, политические технологии : учебник для студентов вузов. Москва : Аспект Пресс, 2003. 559 с.

7. Гаджиев К.С. Введение в политическую науку. 2-е изд. Москва : Логос, 1999. 352 с.

8. Исаков В.Б. Право и идеология в демократическом обществе. Гражданское общество в России и за рубежом. 2011. № 1. С. 11–15.

9. Відомості щодо зареєстрованих у встановленому законом порядку політичних партій станом на 01.01.2019 року. URL: https://minjust.gov.ua/m/4561.

10. Відомості щодо реєстрації виборчих списків кандидатів у депутати (вибори 2019 р.). URL: https://www.cvk.gov.ua/pls/vnd2019/wp400pt001f01=919.html.

11. ЦВК назвала партії, що взяли 225 місць у Верховній Раді. URL: https://www.pravda.com.ua/news/2019/08/3/7222696.

12. Оппозиционная платформа – За життя. URL: https://file.liga.net/parties/za-zhittya.

13. Всеукраїнське об'єднання «Батьківщина». URL: https://www.chesno.org/party/222.

14. Історія партії «Блок Петра Порошенка». URL: https://rada.oporaua.org/analityka/istorii-partii/5119-istoriia-fraktsii-blok-petra-poroshenka.

15. Висновок Центру політико-правових реформ щодо відповідності Конституції України Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» від 9 квітня 2015 р. № 317-VII. URL: http://pravo.org.ua/ua/news/20872463-visnovok-tsentru-politiko-pravovih-reform-schodo-vidpovidnosti-konstitutsiyi-ukrayini-zakonu-ukrayini-pro-zasudgeennya-komunistichnogo-ta-natsional-sotsialistichnogo-natsistskogo-totalitarnih-regeimiv-v-ukrayini-ta-zaboronu-propagandi-yihnoyi-simvoliki-vi.

16. Спільний проміжний висновок щодо Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», ухвалений Венеціанською комісією на 105-му пленарному засіданні, Венеція, 18–19 грудня 2015 р. URL: https://www.legislationline.org/download/id/6157/file/CDL-AD2015041-ukr.pdf.

17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки».

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/v009p710-19.

18. Окрема думка судді Конституційного Суду України Колісника В.П. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/nd09d710-19#n2.

19. Коркунов Д. Подвійні стандарти впровадження Закону «про декомунізацію». URL: https://uspishna-varta.com/novyny/podv%D1%96jn%D1%96-standarti-vprovadzhennya-zakonu-prodekomun%D1%96zac%D1%96yu.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.973

П. Гуйван,
кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, професор
Полтавського інституту бізнесу

ПРАКТИКА ЄСПЛ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Право на інформаційну свободу, яке включає в себе такий складник, як можливість отримувати вільний доступ до відомостей, що становлять публічний інтерес, визначається основоположним правом людини за міжнародними правовими актами. Зокрема, Міжнародний пакт про громадянські й політичні права наголошує на наявності у кожної особистості невід'ємного природного права шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір (ст. 19). Дана можливість є елементом свободи слова як визначального та основоположного принципу справедливості та демократії. Інформація у вигляді відомостей або повідомлень про події і факти здавна циркулювала в суспільстві, будучи одним із засобів спілкування, оволодіння знаннями, освіти, виховання, супроводу руху товарів і послуг, свідчення про укладені угоди, вирішення суперечок, підтвердження подій і фактів [1, с. 267]. Реалізуючи свої конституційні права щодо вільного збору, зберігання, використання та поширення інформації, особа має можливість задовольнити свій інформаційний, громадський та приватний інтерес. Такий результат досягається за рахунок реалізації закладеної в законі спроможності на доступ до інформації – отримання її задля задоволення особистих чи суспільних потреб.

Дотримання вказаних принципів передбачає необхідність гарантування інформаційної відкритості органів державної влади. Це у свою чергу означає таку організацію діяльності владних суб'єктів, за якої громадянам, їх об'єднанням, комерційним структурам, іншим державним органам забезпечується можливість отримувати необхідну та достатню інформацію про діяльність органів влади, прийняті рішення та іншу суспільно значущу інформацію, дотримуючись установлених законами обмежень [2, с. 5]. При цьому, як вказується у ст. 4 Закону України «Про доступ до публічної інформації», за загальним правилом публічна інформація є відкритою. Винятки із цього правила встановлюються законом. Суб'єкт розпорядження подібною інформацією не вправі відмовити особі в доступі до неї, якщо вказані дані є або повинні бути в його розпорядженні, крім випадків, коли існують законні обмеження для подібного доступу.

Водночас питання гарантування вільного обороту інформації в Україні є доволі актуальним. Мусимо констатувати, що ситуація, коли публічні органи влади всіляко порушують права громадян на отримання суспільно значимих відомостей, є досить типовою. Відмови чи зволікання у доступі відбуваються під різними приводами, при цьому владний суб'єкт такі рішення про відмову ухвалює на власний розсуд, ніяк не мотивуючи або роблячи неналежну мотивацію. До прикладу, орган судового врядування – Вища кваліфікаційна комісія суддів – зазвичай не надає належної відповіді особам, що звертаються до неї з інформаційними

© П. Гуйван, 2019

запитами про результати конкретних рейтингових оцінювань у межах конкурсів на посади, що проводяться Комісією, оскільки, як вказує суб'єкт влади, документальне фіксування таких зауважень не велося. Ось так, ні більше, ні менше. Оцінка виставлена, але відповіді на питання «чому така?» немає, бо ніхто не зберігає таких відомостей. Це, по-перше, не відповідає законодавству, яке нормує вказану діяльність і чітко визначає порядок проведення конкурсів, а, по-друге, показує нехтування даним органом основними конвенційними засадами інформаційної свободи, які покликані забезпечити кожній особі право знати результати свого рейтингу та бути переконаною в об'єктивності відношення до неї [3]. Отже, проблематика потребує подальшого прискіпливого вивчення.

Зазначені питання щодо належної організації вільного доступу особи до публічних відомостей та запобігання незаконному обмеженню інформаційної свободи людини досліджувалися такими вченими, як О. Бандурка, Б. Кормич, М. Поліковський, В. Коваль, М. Тищенко, В. Колпаков, І. Кресіна, Ю. Тодика, О. Марценюк, Т. Костецька та ін. У цих роботах обстоювалася концепція про необхідність законодавчого закріпленням положення про обов'язок органів публічної влади максимально інформувати суспільство про факти, які мають загальний інтерес, а також стосовно організації чіткого та злагодженого правового порядку надання відомостей на публічні запити громадян. Разом із тим слід зазначити, що в науковій літературі недостатньо проводився аналіз правозастосовної практики з даного питання. Особливо корисним для національного поступу в досліджуваній царині є вивчення європейських судових напрацювань. Тож метою цієї статті є аналіз відповідного міжнародного правозастосовного матеріалу з питань унормування відносин щодо свободи доступу до інформації та практики ЄСПЛ у частині застосування гарантій особистості на інформаційну свободу. Це дозволило напрацювати рекомендації для подальшого розвитку національної правової системи в досліджуваній площині.

Як встановлено автором цієї праці у своїх численних наукових дослідженнях, національне судочинство наразі не виробило адекватних та пропорційних способів захисту матеріального права особи на доступ до інформації. Більше того, чітко вбачається, що система українського судівництва під час вирішення подібних спорів зазвичай перебуває, всупереч конвенційній вимозі про безсторонність суду, на боці більш економічно сильної сторони – органу владних повноважень [4]. Тож позаяк правова позиція судочинства з досліджуваного питання не сформована, а в певній частині є хибною, маємо вивчити практику Європейського суду з прав людини, яка уособлює юридичний підхід тієї організації, до якої прагне (принаймні декларує) приєднатися Україна – ЄСПЛ. При цьому слід зазначити, що відповідна правозастосовна традиція цього органу, попри загальне визначення прецедентності його рішень, далебі не була однозначною впродовж останніх років. Йдеться про готовність суддів, як у самому Суді, так і в похідному порядку – на місцях, за певних обставин застосовувати конвенційну статтю 10 до відносин з доступу до інформації.

Показовим є непростий поступ самого ЄСПЛ щодо усвідомлення та юридичного закріплення пріоритету права особи на доступ до публічної інформації над загальновизнаним та, здавалося б, непорушним правом держави (в особі органів управління) здійснювати свої владні повноваження щодо організації суспільного життя громади. Європейський суд з прав людини як інституція, покликана першочергово захищати права громадян (саме так зветься Конвенція, виконання якої та практичне застосування положень якої довірено ЄСПЛ), пройшов довгий та тернистий шлях, аби усвідомити пріоритети ціннісних орієнтирів у даній

сфері. Тож спочатку пересічному європейському громадянинові годі було сподіватися на судовий захист від сваволі держави в питанні надання вільного доступу до відомостей, які становлятьпублічнийінтерес.Так,у1990–2000-х роках Європейський суд неодноразово виносив рішення, якими відхиляв прохання заявників визнати як порушення статті 10 Конвенції факт ненадання їм адміністративної інформації. Фактично Судом була зайнята позиція, згідно з якою відмова держави в отриманні даної інформації відповідала формулюванню статті 10 Конвенції.

Наприклад, у 1987_році Європейський суд розглянув справу «Leander v. Sweden» [5]. За обставинами цієї справи пану Торстену Леандеру було відмовлено в доступі до відомостей про нього, що містилися у засекреченому поліцейському реєстрі. Під час розгляду даної справи ЄСПЛ дійшов висновку, що порушення статті 10 не було. Суд зазначив: «...З положень Указу ясно випливає, що його метою є забезпечення того, щоб особи мали необхідну особисту кваліфікацію. Тож, заявляючи, що заявник не може бути прийнятий з міркувань національного забезпечення призначення на цю посаду, Головнокомандувач ВМФ урахував відповідну інформацію лише для того, щоб переконайтеся, чи володів пан Ліндер одним із необхідних кваліфікаційних чинників для цієї посади. Стаття 10, у ситуації, описаній у цій справі, не надає особі права доступу до реєстру інформації про його особисті характеристики, а так само не покладає на Уряд обов'язок надавати таку інформацію особі (п. 70–73).

Подібні підходи ще неодноразово використовувалися Судом під час розгляду скарг про порушення прав особи на отримання інформації. Зокрема, у справі «Gaskin v. the United Kingdom» заявник, Грем Гескін, отримав відмову в доступі до особистих документів про своє виховання в дитинстві у закладах опіки та в прийомних сім'ях, які зберігалися у міській раді Ліверпуля. За рішеннями судів йому було відмовлено з огляду на наявність у них конфіденційної інформації про третіх осіб [6]. Було встановлено, що стаття 10 не передбачає обставин у справі надавати заявникові право на одержання проти волі місцевої влади доступу до файлу, який утримує цей орган. Суд вважає, що, як це було зроблено у вищезгаданому рішенні Леандера, право на свободу отримання інформації не містить зобов'язання держави передавати дану інформацію окремій особі (п. 51, 52). Такого ж висновку дійшов ЄСПЛ і у справі «Guerra and others v. Italy» [7], навівши ті ж міркування, що й у справі «Leander v. Sweden».

Але, як стверджує сам Суд, його правозастосовна концепція має право на поступову зміну, і то відповідає свого часу задекларованому ним принципу, згідно з яким Конвенція є живим механізмом, і її сприйняття не може бути навіки усталеним, а має розвиватися, доповнюватися та вдосконалюватися. Отже, вже під час розгляду вказаної справи «Guerra and others v. Italy» правозастосовний європейський орган дійшов висновку, що стаття 10 Конвенції накладає на держави не просто обов'язок надавати громадськості інформацію з питань навколишнього середовища, але також містить позитивне зобов'язання збирати, обробляти та поширювати таку інформацію, яка за своєю природою не могла би прийти до відома громадськості. Тобто було встановлено наявність у відповідача – конкретної держави – так званого позитивного інформаційного обов'язку щодо громадян. Отже, Суд вказав, що захист, наданий статтею 10, має превентивну функцію щодо можливих порушень Конвенції у випадку серйозної шкоди навколишньому середовищу, і стаття 10 набула переваги навіть перед прямим порушенням інших основних прав, таких як право на життя або до поваги до приватного і сімейного життя. Надання громадськості інформації є одним з основних способів захисту

благополуччя і здоров'я населення у ситуаціях, де є загроза довкіллю.

Утім, загальний підхід Європейського суду стосовно пріоритету публічних прав органів держави над їхнім позитивним обов'язком надавати важливу інформацію населенню, не кажучи вже про зобов'язання владного суб'єкта надавати вичерпні відомості на запит конкретної особи, ще певний час мав місце. Зокрема, у справі «Сирбу та інші проти Молдови» [8] заявники апелювали, що вони вчасно не отримали повідомлення про підвищення заробітної плати працівникам кількох міністерств, оскільки відповідне рішення уряду мало статус таємного. Заявники вказали, що через відсутність доступу до інформації вони не одержали вчасно належну зарплатню. Вони також скаржилися, що через невиконання судових рішень на їхню користь вони не змогли користуватися своїм володінням, і, таким чином, було порушено їхнє право на захист власності відповідно до статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Тим не менше, суд вказав, що у цьому випадку свобода одержувати інформацію не може бути прирівняна до обов'язку держави оприлюднювати таємні документи. Свобода одержання інформації, про яку йдеться в пункті 2 статті 10 Конвенції, «в основному забороняє уряду обмежувати особу в отриманні інформації, яку інші бажають або можуть бути готові передавати йому». Ця свобода не може розглядатися як нав'язування державі за таких обставин, як ця у цій справі, позитивних зобов'язань щодо розголошення громадськості будь-якої таємниці (п. 16).

Однак із часом позиція ЄСПЛ змінилася, і наразі все частіше Суд застосовує правила про свободу інформації під час розгляду заяв щодо ненадання суб'єктами влади доступу до відомостей, які становлять публічний інтерес. Показовою в даному контексті є справа «Tбrsasбg a Szabadsбgjogokйrt v. Hungary», розглянута у 2009 році [9]. За заявою апліката – організації «Угорське об'єднання громадських свобод», владний орган – Конституційний Суд відмовив йому в наданні запитуваного документу щодо змін до кримінального кодексу, які стосувалися злочинів, пов'язаних із наркотиками. ЄСПЛ розглянув справу і дійшов таких висновків. Оскільки метою громадської організації було отримання інформації задля її поширення й ініціювання в такий спосіб суспільної дискусії з питань протидії обігу наркотиків, органи влади перешкодили йому це зробити, Європейський суд зауважив, що «монополія Конституційного Суду на інформацію, таким чином, виступає однією з форм цензури». Тож попри те, що втручання органів влади ґрунтувалося на законних підставах і мало легітимну мету – захист прав особи (зокрема, на приватність), однак таке втручання, на думку Європейського суду, не було необхідним у демократичному суспільстві. При цьому Суд навів дуже важливу для усвідомлення його нових підходів фразу: «Тим не менше, Суд нещодавно наблизився до ширшого розуміння поняття «свобода одержувати інформацію» <...> і, відповідно, до визнання права на доступ до інформації». На переконання ЄСПЛ, у даній справі мало місце втручання в здійснення організацією функцій *«вартового пса»* суспільства через *«цензуру інформаційної монополії»,* а не просто відмова у доступі до офіційних документів. Заявник брав участь у законному зборі інформації з питань суспільної важливості, а влада втручалася на початковому етапі в цей процес шляхом створення адміністративних перешкод.

При цьому Суд відкинув заперечення відповідача стосовно порушення персональних даних автора документу, який запитувався. Було визнано абсолютно неймовірним, що будь-які відомості про приватне життя депутата, які захищається у приватній сфері, могли бути виявлені в його конституційній скарзі. Депутат дійсно повідомив пресу, що він подав скаргу, і тому його думка з цього суспільно важливого питання, в прин-

ципі, могла бути пов'язаною з його особистістю. Разом із тим суд вважає, що якщо державні діячі зможуть здійснювати цензуру преси та контролювати громадські дискусії під приводом своїх особистих прав, стверджуючи, що їхні думки з державних питань пов'язані з їх особистістю і тому є особистими даними, які не можуть бути розкриті без їхньої згоди, це буде мати фатальні наслідки для свободи вираження думок в області політики. На думку Суду, ці міркування не можуть служити виправданням втручанню, який став предметом скарги в даному випадку. Таким чином, Європейський суд одноголосно прийняв рішення про те, що у цій справі держава Угорщина вчинила порушення статті 10 Конвенції (п. 28, 37, 39). У подальшому Суд неодноразово застосовував сформульовану в цій справі позицію, але практика розширення застосування положень статті 10 Конвенції на різні сфери доступу до інформації тільки розвивається.

З викладеного маємо зробити певні висновки. Основним постулатом, який застосовує Європейський суд з прав людини під час регулювання питань, що виникають при організації публічного доступу до інформації, яка має суспільний інтерес, є визнання того, що Конвенція гарантує право громадськості бути «належним чином поінформованою». ЄСПЛ зазначає, що громадськість має право отримувати інформацію та ідеї, що становлять суспільний інтерес. При цьому особливо важливим є правове запобігання втручанню держави в поширення інформації не лише публічними ЗМІ, а й приватними особами. Найбільш актуальними питаннями, які потребують нагальної та серйозної уваги, аби досягти рівня основних демократій в галузі доступу до інформації, є приховування інформації органами влади, надання неповної інформації або відмова надати копії запитаних документів, порушення термінів надання відповідей на запити. Зрештою, важливим дисциплінуючим фактором має стати запровадження реальної відповідальності чиновників за допущені ними порушення під час реалізації заявниками своїх прав на отримання інформації.

Дана стаття присвячена дослідженню актуального питання правового забезпечення державних гарантій стосовно належної організації вільного доступу особи до інформації, що становить суспільний інтерес. Акцентовано увагу на вирішальному значенні, яке надається інформаційній свободі людини у міжнародному законодавстві. Підкреслено, що дотримання європейських принципів у даній сфері передбачає необхідність забезпечення інформаційної відкритості органів державної влади. Висловлено думку про існування суттєвих недоліків у національному регулюванні даного питання, і передовсім у правозастосовній площині. Адже система українського судівництва під час вирішення подібних спорів зазвичай перебуває, всупереч конвенційній вимозі про безсторонність суду, на боці більш економічно сильної сторони – органу владних повноважень. Оскільки виважена правова позиція судочинства з досліджуваного питання не сформована, а в певній частині є хибною, в роботі робиться висновок про необхідність вивчення практики Європейського суду з прав людини.

На конкретних прикладах проілюстровано еволюцію юридичного підходу ЄСПЛ щодо усвідомлення та закріплення пріоритету права особи на доступ до публічної інформації над загальновизнаним та, здавалося б, непорушним правом держави (в особі органів управління) здійснювати свої владні повноваження щодо організації суспільного життя громади. Прокоментовано рішення Суду у 1990–2000-х роках, коли він неодноразово виносив вердикти, якими відхиляв прохання заявників визнати як порушення статті 10 Конвенції факт ненадання їм

адміністративної інформації. Утім, ураховуючи, що правозастосовна концепція Суду має право на поступову зміну, і то відповідає свого часу задекларованому ним принципу, згідно з яким Конвенція є живим механізмом, у подальшому позиція ЄСПЛ кардинально змінилася. Наразі правозастосовний європейський орган часто робить висновок, що стаття 10 Конвенції накладає на держави не просто обов'язок надавати громадськості інформацію з питань, що мають публічний інтерес, але також містить позитивне зобов'язання збирати, обробляти та поширювати таку інформацію, яка за своєю природою не могла б дійти до відома громадськості.

Ключові слова: публічна інформація, вільний доступ, суспільний інтерес.

Guyvan P. Echr's practice of protecting the right of access to public information

This article is devoted to the research of the actual issue of legal provision of state guarantees regarding the proper organization of free access of a person to information of public interest. Emphasis is placed on the crucial importance given to information freedom of man in international law. It is emphasized that adherence to the European principles in this field implies the necessity of ensuring the openness of public authorities. It has been suggested that there are significant shortcomings in the national regulation of this issue, and above all, in the law enforcement area. After all, the system of Ukrainian judiciary in the resolution of such disputes is usually, contrary to the conventional requirement of impartiality of the court, on the side of the more economically strong side - the authority. As the legal position of the judiciary on the issue under consideration has not been formulated, and in a certain part is incorrect, the paper concludes that it is necessary to study the practice of the European Court of Human Rights.

Specific examples illustrate the evolution of the ECtHR's legal approach to recognizing and prioritizing a person's right of access to public information over the generally recognized and seemingly inviolable right of the state (represented by governing bodies) to exercise their authority over public life. It commented on the Court's decision in the 1990–2000s, when it repeatedly issued judgments rejecting the applicants' request to admit that they had failed to provide them with administrative information as a violation of Article 10 of the Convention. However, given that the Court's enforceable concept is entitled to a gradual change, and in time it is in line with the principle it has declared that the Convention is a living mechanism, the ECtHR's position has subsequently changed dramatically. Currently, the law enforcement body of the European Union often concludes that Article 10 of the Convention imposes on States not only an obligation to provide information to the public on matters of public concern, but also contains a positive obligation to collect, process and disseminate such information, which is by nature could not be made known to the public.

Key words: public information, free access, public interest.

Література

1. Беляков К. Управление и право в период информатизации : монография. Київ : КВІЦ, 2001. 308 с.

2. Ортинський В.Л. Удосконалення державної політики у сфері інформаційних технологій у контексті діяльності органів виконавчої влади. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки. 2016. № 801. С. 3–8.

3. Справа № 800/333/17. Архів Касаційного адміністративного суду Верховного Суду за 2017 рік.

4. Гуйван П.Д. Належна мотивованість дій органів влади та національних судів у сфері доступу до публічної інформації. Підприємництво, господарство і право. 2019. № 11.

5. Case of Leander v. Sweden 26 March 1987 (Application no. 9248/81). URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57519"]}

6. Case of Gaskin v. The United Kingdom 07 July 1989 (Application no. 10454/83). URL: http://www.juridischeuitspraken.nl/19890707EHRMGaskin.pdf

7. Case of Guerra and Others v. Italy Feb 19, 1998 Application no. 14967/89. URL: https://swarb.co.uk/guerra-and-others-v-italy-echr-19-feb-1998/

8. Рішення ЄСПЛ від 14 червня 2004 року, остаточне від 10 листопада 2004 року у справі «Сирбу та інші проти Молдови» (Sorbu and others v. Moldova), заяви № 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01та 73973/01. URL: http://echr.ketse.com/doc/73562.01-73565.01-73712.01-73744.01-etc-en-20040615/

9. Case «TBRSASBG A SZABADSBGJOGOKÍRT v. Hungary», 14 April 2009. Application № 37374/05. URL: http://khpg.org/index.php?id=1241425889

УДК 347.13
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.974

Д. Спєсівцев,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

ЮРИДИЧНІ ФАКТИ-СТАНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ НАУКОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ

Лише цілісна система знань про правову природу юридичних фактів, положення якої містять під собою необхідне наукове обґрунтування, може слугувати ефективним доктринальним фундаментом для вдосконалення процесу нормотворчості, практики правореалізації і правозастосування. Велике значення під час її формування має усунення дискусійних моментів шляхом усебічного аналізу положень відповідної наукової теорії. Одним із них є вчення про юридичні факти-стани як різновид обставин, що наділені трансформаційними властивостями щодо правової реальності.

Правова природа юридичних фактів, їхніх різновидів і особливостей спричинення ними юридичних наслідків ставала предметом розгляду, зокрема, таких вітчизняних і зарубіжних учених, як М.М. Агарков, С.С. Алексєєв, В.І. Борисова, І.В. Венедіктова, Б. Віндшейд, Ю.С. Гамбаров, Д.Д. Грімм, О.Г. Данільян, Г.Ф. Дормидонтов, М.Л. Дювернуа, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, В.Б. Ісаков, О.С. Кізлова, А.В. Коструба, О.А. Красавчиков, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, Є.О. Мічурін, О.О. Отраднова, М.Д. Пленюк, М.О. Рожкова, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Халфіна, Є.О. Харитонов, М.В. Яроцька, В.Л. Яроцький та ін.

Мета статті полягає в розгляді основних наукових положень теоретичної концепції юридичних фактів-станів й визначенні характеру їх узгодження з домінуючими цивілістичними поглядами на сутність юридичного факту як підстави спричинення визначених юридичних наслідків.

Звертаючись до питання положень, які формують основу відповідної наукової концепції, необхідно зазначити, що відповідний підхід не є новелою сучасної цивілістики. Спроби її обґрунтування здійснювались ще в середині XX ст. Зокрема, ця тематика стала предметом уваги О.С. Іоффе в роботі «Правовідношення за радянським цивільним правом» (1949 р.). Звертаючись до питання юридичних фактів, вчений звернув увагу на постійне або тривале в часі існування явищ, які безперервно або періодично породжують певні юридичні наслідки. Результатом осмислення цієї тематики стало формування вченим пропозиції виокремлювати на рівні поділу юридичних фактів на дії та події окремої групи під загальною назвою юридичних обставин такі невольові явища, що існують постійно або протягом тривалого часу, породжують певні правові наслідки й не погашаються однократним актом правової дії [1, с. 122–123]. Надалі концепція юридичних станів, що наділені здатністю породжувати певні юридичні наслідки, була підтримана, зокрема, А.К. Стальгевичем й Ю.К. Толстим (1957 р.). Однак, попри розвиток її підтримки в цивілістичному середовищі, відповідні наукові положення ставали й предметом критики, яка багато в чому зумовлювалась відсутністю належної обґрунтованості

© Д. Спєсівцев, 2019

наукового підходу, складністю визначення місця таких обставин у загальноприйнятій класифікації юридичних фактів. Зокрема, аналізуючи відповідні теоретичні положення, Р.О. Халфіна зазначала, що автори, які відносять стани до юридичних фактів, все одно в результаті доходять висновку, що відповідний стан є видом дії або події [2, с. 288–289].

Досить глибоке наукове осмислення відповідної тематики здійснив В.Б. Ісаков у своїй праці «Юридичні факти в радянському праві» (1984 р.). Вчений визнавав за триваючими обставинами, зокрема такими, як громадянство, спорідненість тощо, юридичну силу, однак характеризував її як посередню, зазначаючи, що юридичний факт-стан породжує наслідки лише в сукупності з іншими юридичними фактами, а тому наділений потужною складоутворюючою дією. Для пояснення юридичної сили станів спричиняти юридичні наслідки вчений розглядав їх як наслідок юридичного факту, що надалі відривається від своєї фактичної основи і вже як самостійний юридичний факт входить у фактичний склад різних правовідносин. У результаті наукового осмислення відповідної концепції, погоджуючись із тим, що юридичні факти-склади за своєю правовою природою не вписуються в усталений поділ юридичних фактів на дії і події, вчений пропонує ще один критерій класифікації юридичних фактів, за яким вони поділяються на факти короткострокової і факти тривалої дії [3, с. 34–36].

Необхідно зазначити, що серед сучасників ставлення до категорії юридичних фактів-станів неоднозначне. Зокрема, наприклад, В.С. Ковальська відстоює позицію, що юридичний факт-стан у сімейному праві – це конкретна життєва обставина, яка виникає внаслідок діянь чи подій, що характеризуються відносною стабільністю та тривалим періодом існування, протягом якого самостійно або в сукупності з іншими юридичними фактами постійно або періодично спричиняє сімейно-правові наслідки та не погашається в однократному акті правового застосування [4, с. 167]. Зі свого боку, Г.М. Чувакова з осторогою ставиться до пропонованої В.Б. Ісаковим класифікації, зазначаючи, що питання юридичних фактів-станів залишається спірним. І хоча вчена констатує, що певні стани зумовлюють обсяг правосуб'єктності особи, а втім, не виключає, що, перебуваючи в складі складного юридичного факту, до якого входять інші обставини чи дії, вони можуть забезпечувати динаміку правовідношення [5, с. 32]. Виключно як елементи фактичного складу розглядає факти-стани О.А. Явор, яка вважає, що саме по собі перебування в певному стані не виступає самостійною підставою для виникнення, зміни або припинення правовідносин, але за умови наявності іншого юридичного факту здобуває юридичне значення [6, с. 87].

З урахуванням зазначеного необхідно констатувати, що одним із проблемних аспектів наукової концепції юридичних фактів-станів є *понятійно-термінологічний*. Сам термін «юридичний факт-стан» певною мірою містить внутрішнє протиріччя, яке є передумовою осмислення недосконалості сутнісного складника відповідного теоретичного положення. Не вдаючись до глибоких наукових поглядів на правову природу юридичного факту, слід звернутись до усталеного його розуміння, в межах якого юридичний факт розглядається як певна життєва обставина, що враховується законодавством, з настанням якої виникають, змінюються або припиняються цивільні правовідносини [7, с. 107]. Тобто юридичним фактом є певна обставина правової реальності, що передбачена нормою права або актом саморегулювання, з настанням якої пов'язуються визначені юридичні наслідки.

Що стосується стану, то в межах загальноприйнятого розуміння стан характеризує статику реальності, а в контексті механізму правового регулювання – статику правової реальності.

У «Великому тлумачному словнику України» стан визначається як сукупність ознак, рис, що характеризують предмет, явище цієї миті відповідно до певних вимог щодо якості, ступеня готовності і т. ін. [8, с. 1383]. У контексті такого розуміння стан не є обставиною, що може мати трансформаційні здатності щодо правової дійсності, змінювати її, зокрема, шляхом виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин. Стан характеризує певні обставини, є їхніми ознаками.

Другим проблемним аспектом наукової концепції юридичних фактів-станів є *процесний (функціональний) складник* відповідного феномена. В пошуку відповіді на питання порядку спричинення таким видом юридичних фактів наслідків учені доходять висновку, що юридичний факт-стан спричиняє наслідки постійно [4, с. 167], безперервно або періодично [1, с. 122–123]. Однак у аспекті цієї позиції вважаємо, що не можна повністю ігнорувати елементарні закони логіки, окремі положення яких повністю застосовні й до правової реальності.

З наведених вище наукових поглядів убачається, що вчені, які підтримують концепцію юридичних фактів-станів, по суті, стверджують про існування альтернативної юридичної схеми спричинення юридичних наслідків. Відповідно до традиційної моделі причинно-наслідкової моделі, яка реалізовуються під час спричинення юридичним фактом визначеного юридичного наслідку, такий (-і) наслідок (наслідки) спричиняється (-ються) одноразово. Наприклад, наслідки у вигляді виникнення договірних цивільних правовідносин, а також суб'єктивних цивільних прав і обов'язків, що входять до їхнього змісту, спричиняються з моменту укладення договору. Безумовно, такі наслідки можуть бути пов'язані як із цивільним правом, так і з іншими галузями права, наприклад з фінансовим правом (виникнення обов'язку сплати податку або, навпаки, пільг під час оподаткування), однак вони спричиняються одноразово й можуть існувати певний проміжок часу після моменту настання юридичного факту. Крім того, якщо йдеться про юридичний склад, то настання відповідних юридичних наслідків може пов'язуватись із декількома обставинами, однак за загальним правилом відповідний наслідок спричиняється із завершенням формування складу, тобто з моменту настання останньої обставини складу.

Що ж стосується юридичного факту-стану, то, як убачається з аналізованих наукових позицій, він спричиняє юридичний наслідок постійно, безперервно або періодично. Однак, взявши за тренувальну модель умовне суб'єктивне цивільне право, ми одразу зіштовхуємось із проблемами в обґрунтуванні порядку реалізації такої причинно-наслідкової схеми. Спричинення наслідку постійно означає, що такий наслідок нічим не обмежений, він спричиняється завжди, щомиті, щосекунди. Однак, як можна уявити спричинення наслідку у вигляді виникнення суб'єктивного цивільного права або правовідношення щомиті? Чи означає це, що щомиті між тими самими особами виникає одне й те саме правовідношення, і де кількісна або якісна межа виникнення таких правовідносин? Зрозуміло, що в такому разі автори, які використовують термін «постійно», найімовірніше, намагаються підкреслити міцний зв'язок між юридичним станом і наслідком, який можна охарактеризувати такою тезою: «Суб'єктивне цивільне право (суб'єктивний цивільний обов'язок, правовідношення тощо) існує доти, доки існує відповідний юридичний стан». Однак у цьому ж вбачається й одне з проблемних місць аналізованої наукової концепції, зокрема зосередження уваги на статиці. У зазначеному випадку проводиться співвідношення між існуванням стану й існуванням права, тоді як схема спричинення наслідку, через яку, власне, і розкривається сутність юридичного факту, залишається в зазначеному випадку за межами огляду, а в межах

традиційного її розуміння проводиться співвідношенням між настанням юридичного факту й спричиненням ним відповідного юридичного наслідку.

Юридичний наслідок у наведеному випадку спричиняється не постійно, по суті, виникнувши один раз, він продовжує існувати протягом певного часу. Екстраполюючи цю тезу на наведений нами приклад із договором, ми повинні стверджувати про те, що суб'єктивні цивільні права в особи існують доти, доки ця особа перебуває в правовідношенні, тобто доки правовідносини перебувають у стані чинності. Однак чи означає це, що стан перебування в правовідношенні породив суб'єктивні цивільні обов'язки? Очевидно, що ні. Відповідний юридичний стан сам є наслідком юридичного факту. Наведене демонструє, що межі існування певного юридичного стану можуть збігатися з межами існування суб'єктивних цивільних прав (суб'єктивних цивільних обов'язків, правовідносин тощо), однак це не означає, що перше виступає причиною другого.

Наведене вище стосується й використання термінів «безперервно» та «періодично». При цьому в аспекті «періодичності» також постає проблема, як певний стан може спричиняти юридичні наслідки періодично і що трапляється з попереднім юридичним наслідком у разі спричинення наступного, якщо вони є повністю тотожними?

Окреслені вище аспекти юридичних станів, зокрема сутнісно властивий їм статичний характер, а також складнощі обґрунтування динамічних проявів, зокрема темпоральних особливостей спричинення визначених юридичних наслідків, створюють підґрунтя для припущення, що в межах наукової концепції юридичних фактів-станів може відбуватися підміна понять, у межах якої певний юридичний стан як наслідок визначеного юридичного факту розглядається, власне, як юридичний факт, хоча і не має ознак останнього. У цьому аспекті не можна не звернути увагу на те, що, зокрема, В.С. Ковальська визначила юридичний факт-стан, зокрема, як життєву обставину, яка виникає внаслідок діянь чи подій [4, с. 167], з чого випливає, що досліджуваний феномен, по-перше, є наслідком юридичного факту, а, по-друге, він не поглинається загальним усталеним поділом юридичних фактів на дії й події.

На наше переконання, важливу роль у забезпеченні *status quo* в дискусії щодо концепції юридичних фактів-станів відіграє ракурс розгляду відповідної наукової проблеми, а саме фрагментарний погляд на причинно-наслідкові зв'язки. До предмета розгляду включається недостатня сукупність обставин, яка видається за необхідну для наукового аналізу причинно-наслідкову модель. Це сприяє тому, що певні збіги обставин можуть трактуватись як реалізація безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку. Тобто здійснюється помилкове встановлення характеру елементів (умов настання юридичного факту, власне юридичного факту і його наслідків) у механізмі спричинення визначених юридичних наслідків (виникнення, перехід або припинення суб'єктивних цивільних прав та/або виникнення, зміна або припинення цивільних правовідносин). За таких обставин як юридичний факт часто розглядається, зокрема, умова настання юридичного факту або його наслідки.

Складність піднятого питання зумовлює необхідність оперування прикладами, які більш наглядно демонструють переваги або недоліки наукової концепції юридичних фактів-станів.

Зокрема, у наукових дослідженнях наводиться такий приклад юридичного факту-стану як утворення, зміна або припинення певних сімейних прав та обов'язків станом непрацездатності, спричиненого інвалідністю [4, с. 165]. Однак для того, щоб визначити роль стану непрацездатності у відповідній причинно-наслідковій моделі, необхідно чітко згрупувати відповідні обставини. Нормативною основою для аналізованої ситуації виступає ст. 75 Сімейного

кодексу України (далі – СК України), ч. 2 якої, зокрема, встановлюється, що право на утримання (аліменти) має той із подружжя, який є непрацездатним, потребує матеріальної допомоги, за умови, що другий із подружжя може надати матеріальну допомогу [9]. З наведеної норми чітко вбачається наслідок, яким є виникнення права на утримання, а також певні юридично важливі обставини, наявність яких є необхідною умовою його виникнення. Однак для того, щоб визначити, що серед зазначеного є юридичним фактом, який визначально спричиняє цей наслідок, необхідно дати відповідь на запитання, з якого моменту виникає право на утримання? У цьому сенсі вважаємо, що наведена норма дає чітко зрозуміти, що таким моментом є момент втрати працездатності. Потреба в матеріальній допомозі того з подружжя, який втратив працездатність, а також наявність можливості її надання в іншого є умовами виникнення такого права. Звідси випливає те, що саме факт втрати працездатності слугує обставиною, яка спричиняє наслідок у вигляді виникнення відповідного суб'єктивного цивільного права.

Дійсно, аналізована причинно-наслідкова модель певною мірою є нетривіальною, оскільки в такому разі неважливими є причини втрати працездатності. Це можуть бути як незаконні дії третіх осіб, так і певні події. При цьому в такому разі непрацездатність є їхнім наслідком, однак сам факт втрати працездатності може мати місце пізніше за наведені обставини, і саме він має значення для аналізованої моделі. По суті, це один із прикладів того, коли наслідок певного юридичного факту стає юридичним фактом для наступних наслідків у ланцюгу причинно-наслідкових зв'язків. У контексті аналізованої ситуації не можна випускати з уваги й те, що особа могла вступити у шлюб, будучи непрацездатною, про що інший із наречених знав. Очевидно, що в такому разі з урахуванням змісту ст. 75 СК України право на утримання (за наявності інших необхідних обставин) виникає з моменту укладення шлюбу.

Наведене демонструє зв'язок юридичного стану непрацездатності з існуванням суб'єктивного права на утримання, однак лише як умови, що має місце після настання відповідного юридичного факту, а не власне як такого юридичного факту.

Також прихильники концепції юридичних фактів-станів відносять до них, зокрема, громадянство, воєнний стан, надзвичайний стан, перебування на службі в органах державної влади тощо [10, с. 140], однак за більш комплексного розгляду відповідних причинно-наслідкових зв'язків ці обставини, як правило, являтимуть собою або умови настання юридичних фактів або наслідки останніх.

Узагальнюючи викладене вище, слід визнати, що у світлі сучасного стану наукової розробленості концепція юридичних фактів-станів залишається досить дискусійною. При цьому підґрунтям для дискусії навколо неї слугує недосконаліть відповідних теоретичних положень. Водночас щонайменше два фактори зумовлюють її підтримку в науковому середовищі. У ролі першого виступає ракурс розгляду, який може обмежувати погляд на систему причинно-наслідкових зв'язків і, як результат, призводити до неправильного визначення юридичного факту, умов його настання і його наслідків у контексті причинно-наслідкових моделей. У ролі другого фактора виступає наявність зв'язку між певними юридичними станами й наслідками юридичного факту.

У сучасній юридичній літературі небезпідставно висловлюється думка щодо існування правоперешкоджаючих юридичних фактів, до яких можна віднести факт встановлення заборони відчуження майна, що створює тимчасові перешкоди власнику здійснювати правоможність розпорядження ним. Як антипод цього різновиду юридичних фактів можна розглядати правозабезпечувальні юридичні факти. Однак їх

все одно не слід підміняти юридичними станами як умовами існування наслідків юридичних фактів. Як приклад правозабезпечувального юридичного факту можна розглядати визнання судом правочину дійсним. Такий юридичний факт зберігає існування прав, що виникли на підставі правочину, зокрема, з дефектами форми (ч. 2 ст. 218 ЦК України). Однак різниця між характером цієї обставини й юридичним станом дійсності правочину є очевидною в контексті проведеного вище аналізу.

Стаття присвячена розгляду основних теоретичних положень і проблемних аспектів наукової концепції юридичних фактів-станів як різновиду обставин, що, відповідно до норм цивільного права або актів саморегулювання цивільних відносин, спричиняють виникнення, перехід та/або припинення цивільних прав або виникнення, зміну та/або припинення цивільних правовідносин.

Автор визначає, що наукова концепція юридичних фактів-станів не є новелою сучасної доктрини цивільного права. Такі вчені, як О. Іоффе, А. Стальгевич, Ю. Толстой, Р. Халфіна, В. Ісаков та інші, звертали на неї увагу в середині XX ст.

Окремі вчені зазначають існування окремих обставин, що здатні спричиняти юридичні наслідки постійно, тривалий час або періодично. У зв'язку з цим вони і були названі «юридичні факти-стани». Однак відповідні теоретичні положення стали предметом дискусії. Зокрема, Р. Халфіна вказувала на те, що, зрештою, всі вчені доходять висновку, що юридичні факти-склади є діями або подіями.

Автор визначає два основні проблемні аспекти аналізованої наукової теорії, що впливають на життєздатність її наукових положень. Першим є понятійно-термінологічний. Відповідно до загальноприйнятого розуміння «стан» є характеристикою певного явища, у зв'язку з чим належить до статики. Водночас юридичні факти забезпечують динаміку правової реальності. Другим аспектом є процесний (функціональний). Він демонструє складнощі в поясненні процесу постійного, тривалого або періодичного спричинення юридичним фактом наслідків, а також долю тих наслідків, що вже бути спричинені раніше.

У результаті проведеного аналізу автор, базуючись на догматичних положеннях доктрини цивільного права, резюмує, що явище, яке називається «юридичний факт-стан», насправді являє собою умови юридичного факту або його наслідки. Хибна оцінка відповідних обставин як юридичних фактів є результатом застосування дослідниками неналежного наукового інструментарію.

Ключові слова: юридичний факт, юридичний факт-стан, юридичний склад, юридичні наслідки.

Spiesivtsev D. Juridical facts-states in civil law of Ukraine: problem aspects of scientific concept

The article is devoted to consideration main theoretical provisions and debatable aspects of scientific concept of juridical facts-states as circumstances that according to legal norms or acts of civil relationships self-regulation causes establishment, transfer and/or termination of civil rights or establishment, modification and/or termination of civil relationships.

The author determines that scientific concept of juridical facts-states in not a novelty of modern civil law doctrine. Such scientists as O. Ioffe, A. Stalgevich, Y. Tolstoi, R. Khalfina, V. Isakov and others paid attention to it in the middle of 20th century.

Some lawyers note that several circumstances are able to cause legal consequences permanently, continuously or periodically. Because of this they were nominated "juridical facts-states". But appropriate theoretical

provisions became the subject of discussion. For example R. Khalfina noted that in the end all scientists had made conclusion that juridical facts-states were kinds of actions or events.

The author determines two main debatable aspects of scientific concept of juridical facts-states that influence it viability. The first is conceptually-terminological. According to widespread understanding state is characteristic of phenomena and thus relates to static. Meanwhile juridical facts provides dynamic of juridical reality. The second is process (functional) aspect. It demonstrates difficulties in explaining how juridical fact can cause consequences permanently, continuously or periodically and what happens with consequences that have been caused before?

As a result, basing on dogmas of civil law doctrine and legislative provisions of Ukraine the author assumes that phenomena called "juridical facts-states" actually are conditions of juridical facts or its consequences. As a rule faulty determination of appropriate circumstances as juridical facts is a result of application wrong scientific approach by researchers.

Key words: juridical fact, juridical fact-state, juridical composition, legal consequences.

Література

1. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та. 1949. 144 с.

2. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. Москва : Юрид. лит., 1974. 351 с.

3. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. Москва : Юрид. лит., 1984. 144 с.

4. Ковальська В.С. Юридичні факти-стани у сімейному праві: питання правової природи. Університетські наук. записки. 2012. № 4 (44). С. 162–168.

5. Чувакова А.М. Юридические факты, фактические составы и их дефекты : монография. Одеса : Фенікс, 2009. 112 с.

6. Явор О.А. Види юридичних фактів: аналіз сімейного законодавства України. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 6-2. Т. 2. С. 85–88.

7. Цивільне право : підручник у 2 тт. / Борисова В.І. (кер. авт. кол.), Баранова Л.М., Бєгова Т.І. та ін. ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. 656 с.

8. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. з дод. і допов. Київ, Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

9. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21. Ст. 135 (із змінами).

10. Волкова І.М. Юридичні факти-стани у динаміці конституційних правовідносин. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 11. С. 140–145.

УДК 346:347.7:334.7]:35.071.6(043.3)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.975

А. Сошников,
кандидат юридичних наук,
провідний юрист відділу проблем модернізації господарського права та законодавства
Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ПЛАНУВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ НА ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНОМУ, РЕГІОНАЛЬНОМУ ТА МІСЦЕВОМУ РІВНЯХ В УМОВАХ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ

За даними електронної системи закупівель, у 2018 році 28 тис. організаторами було опубліковано 1,252 млн оголошень про проведення закупівель, з яких успішно завершилися 1,084 млн закупівель з очікуваною вартістю 657,710 млрд грн [1]. Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», схваленої Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015, однією з основних 62 реформ на найближчі декілька років, проголошено реформу у сфері здійснення публічних закупівель [2]. Публічні закупівлі посідають важливе місце серед засобів реалізації державної економічної політики. Зокрема, одним з основних пріоритетів внутрішньої економічної політики України, відповідно до ст. 7 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 року, визначено підвищення результативності державних видатків, реалізацію прозорої політики закупівель за державні кошти, яка гарантуватиме раціональне використання ресурсів [3], що й зумовлює необхідність дієвого планування відповідних закупівель.

В останні роки вітчизняні науковці приділяють досить значну увагу дослідженню інституту публічних закупівель, а саме такі: В. Возна, А. Довбенко О. Кулак, В. Малолітнева, Н. Селіванова, А. Олефір, М. Остап'юк, Я. Петруненко, Н. Цибульник та інші. Окремі дослідники приділяють увагу особливостям планування закупівельних процедур, але відповідні напрацювання не дають змоги системно підійти до його вдосконалення.

Метою статті є аналіз підходів до здійснення планування публічних закупівель та його вдосконалення, що дасть змогу здійснювати планування публічних закупівель на державному, регіональному та місцевому рівнях.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року № 922-VII передбачено планування закупівель та інші передумови здійснення процедур закупівель. Планування розглядається тільки через призму річного плану, коли закупівлі здійснюється відповідно до річного плану. Річний план, додаток до річного плану та зміни до них безоплатно оприлюднюються на вебпорталі Уповноваженого органу з питань закупівель протягом п'яти днів із дня їх затвердження [4]. У свою чергу, законодавець розглядає планування у сфері публічних закупівель тільки на локальному рівні, рівні конкретного замовника, тобто на загальнодержавному рівні, рівні адміністративно-територіальних одиниць планування (регіональному та місцевому рівнях) у сфері публічних закупівель не здійснюється.

Хоча Закон України «Про публічні закупівлі» не передбачає відповідного поділу, але на практиці публічні закупівлі проводяться на таких рівнях: національному рівні (закупівлі на загальнодержавному рівні); регіональному

© А. Сошников, 2019

та місцевому рівнях, закупівлі на рівні окремих адміністративно-територіальних одиниць – Автономної Республіки Крим, областей, районів, міст, районів у містах, селищ, сіл).

На національному рівні процедури закупівель проводилися центральними органами виконавчої влади та іншими органами публічної влади, державними підприємствами тощо, а вже з 2017 року – і державною установою «Професійні закупівлі» (у межах пілотного проєкту з організації діяльності централізованої закупівельної організації) [5], за кошти Державного бюджету. Аналіз електронної системи Prozorro (https://prozorro.gov.ua) дає змогу дійти висновку, що на регіональному і місцевому рівнях закупівлі проводяться: місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, комунальними закладами чи комунальними установами.

Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 6 серпня 2014 року № 385, проголошує, що метою реалізації державної регіональної політики є створення умов для динамічного, збалансованого розвитку регіонів України з метою забезпечення соціальної та економічної єдності держави, підвищення рівня конкурентоспроможності регіонів, активізації економічної діяльності, підвищення рівня життя населення, додержання гарантованих державою соціальних та інших стандартів для кожного громадянина незалежно від місця проживання [6]. Постановою Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань «Децентралізація влади в Україні. Розширенням прав місцевого самоврядування» від 15 грудня 2005 року № 3227-IV підкреслюється, що децентралізована модель в умовах сталого соціально-економічного розвитку довела свою перевагу над централізованою [7]. Європейською хартією місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 року (підписана від імені України 6 листопада 1996 року та ратифікована Верховною Радою України 15 липня 1997 р. [8]) передбачено, що місцеве самоврядування означає право і спроможність органів місцевого самоврядування в межах закону здійснювати регулювання та управління суттєвою часткою публічних справ, під власну відповідальність, в інтересах місцевого населення. У свою чергу, публічні повноваження, як правило, здійснюються переважно тими органами публічної влади, які мають найтісніший контакт із громадянином [9].

Враховуючи державну політику децентралізації, тобто передачі від органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування значної частини повноважень, ресурсів і відповідальності, надалі кількість закупівель на регіональному та місцевому рівнях буде тільки збільшуватися; замовниками на регіональному і місцевому рівнях повинні стати тільки органи місцевого самоврядування, комунальні підприємства, комунальні заклади та комунальні установи, здебільшого для розв'язання регіональних і місцевих соціальних проблем, задоволення суспільних потреб конкретної територіальної громади чи її частини.

Більшість українських учених акцентує увагу на відсутності виваженої політики щодо планування на регіональному та місцевому рівнях [10, с. 26; 11, с. 117; 12, с. 64]. Наприклад, Л. Васейчук зазначає, що на рівні області, району, міста довгострокове планування розвитку розпорошене (наявність великої кількості локальних програм), несистемне (відсутність системи погодження, узгодження пріоритетів) не публічне (залишається лише формальністю) [10, с. 26]. У свою чергу, цю проблему можна вирішити лише через взаємоузгодженість бюджетних програм із довгостроковими стратегічними пріоритетами суспільного розвитку та гарантії з боку уряду, що під час зміни влади ці програми не будуть призупинені чи скасовані [12, с. 64].

Необхідно також погодитися, що планування – це невіддільний складник управління господарською діяльністю, діяльністю, спрямованою на надання економічній системі держави впорядкованості, створення передумов для втілення в життя концептуальних задумів [13]. Планування у сфері публічних закупівель необхідно розглядати в тісному зв'язку з плануванням витрат бюджету. В. Смиричинський уважає, що основним параметром плану закупівель є обсяг асигнувань, що не дає змоги забезпечити прийнятну ефективність. Між обсягами, строками, цінами поставок і розмірами асигнувань реально діє, коригуючи їх, система взаємозв'язків, які неможливо передбачити під час підготовки і проведення торгів і які вимагають безперервного системного коригування [14, с. 40]. Сучасна економічна наука розглядає планування на трьох рівнях (площинах): загальнодержавному (національному), регіональному та місцевому (рівні окремої адміністративно-територіальної одиниці) та локальному (рівні суб'єкта господарювання).

Відповідно до ст. 2 Бюджетного кодексу України на локальному рівні основним плановим фінансовим документом бюджетної установи, яким на бюджетний період встановлюються повноваження щодо отримання надходжень і розподіл бюджетних асигнувань на взяття бюджетних зобов'язань і здійснення платежів для виконання бюджетною установою своїх функцій і досягнення результатів, визначених відповідно до бюджетних призначень, є кошторис. Зараз планування спрямоване на реалізацію короткострокової перспективи (не більше бюджетного року), в цьому полягає ще одна з проблем ефективного та раціонального використання публічних коштів. Окремі вчені вказують, що для вдосконалення механізму бюджетного планування в Україні слід здійснювати з урахуванням досвіду інших країн, який передбачає подальше вдосконалення організаційно-правових засад бюджетного розширення практики середньо- та довгострокового бюджетного прогнозування та планування [15, с. 222]. О. Фіц розглядає планування як «перспективне (річне) планування та поточне планування проведення конкретних процедур закупівель. Перспективне планування <...> закупівель безпосередньо пов'язано з бюджетним процесом і є його складником, оскільки використовуються державні, насамперед бюджетні, кошти» [16]. Автор дотримується концепції локального планування, закладеної законодавцем. Варто зауважити, що цей автор розглядає планування у сфері публічних закупівель досить вузько, це його твердження є досить дискусійним, оскільки доцільно також розглядати планування у сфері публічних закупівель, як на державному, регіональному та місцевому рівнях. Необхідно зазначити, що є прямий зв'язок між плануванням публічних закупівель із бюджетним процесом. Звернемося до досвіду держав зі схожою державною економічною політикою, наприклад, в Російській Федерації бюджетний період збільшено, і він становить кілька років. Ця бюджетна реформа дала змогу більш системно здійснювати ті чи інші витрати з бюджету, зокрема, через інститут публічних закупівель. Процес планування публічних закупівель стає більш стабільним і прогнозованим (особливо, щодо великих інфраструктурних проєктів). За такої ситуації замовники мають можливість планувати проведення закупівель на більш тривалий період (середньострокова перспектива) і залучати суб'єктів господарювання як учасників процедур закупівель не як «технічних» виконавців, а стратегічних партнерів; у свою чергу, учасники процедур закупівель отримують певні гарантії здійснення оплати і ринок збуту на кілька років; суспільство може отримати підвищеного рівня сервіс (поліпшення дорожнього покриття, будівництво метрополітенів і аеропортів тощо). Слід підкреслити, що в західноєвропейських державах прогнозування

здійснюється на більш тривалий період (3–5 років), аніж в Україні [17]. Досить цікавий досвід Французької Республіки наводить В. Перепелична. Зокрема, Кодексом державного прок'юременту передбачається, що замовники процедур закупівель повинні заздалегідь визначити свої проблеми для забезпечення найбільш ефективної закупівлі у майбутньому [18, с. 36]. Необхідно погодитися з В. Зубар, який зазначає, що під час організації і проведення публічних закупівель необхідно виділити такі етапи планування: стратегічне планування; довгострокове планування; середньострокове планування; оперативне короткострокове планування [19, с. 137–138]. Середньострокове бюджетне планування є досить ефективним інструментом підвищення ефективності бюджетних видатків. Розпорядники отримують можливість розробляти довгострокові плани з гарантією, що реалізація цих проєктів не буде зупинена через рік із причин перегляду пріоритетів. Наразі через нестабільність графіку фінансування в Україні гальмується реалізація багатьох великих інфраструктурних проєктів [17]. У свою чергу, О. Самошкіна вважає, що запровадження довгострокового бюджетного прогнозування та вдосконалення системи середньострокового прогнозування і поточного планування видатків бюджету в межах бюджетної стратегії дасть змогу пов'язати процес щорічного планування видатків бюджету з довгостроковою стратегією соціально-економічного розвитку держави [20, с. 117]. За стратегічного планування кількісні показники та їхні конкурентні значення, як правило, не встановлюють, на відміну від довгострокового. Стратегічні плани спрямовані на довгострокову перспективу та базуються на аналізі наявних тенденцій розвитку економіки, фінансових ринків, а також містять елементи прогнозування. У стратегічних планах немає подробиць, деталізації положень і точних дат виконання [21, с. 239]. Нині економічна наука виділяє такі фази (етапи) планування: поточне планування та бюджетування (характеризується короткостроковістю планів (до року); екстраполяційне планування (характеризується довгостроковим плануванням); стратегічне планування (характеризується неможливістю прогнозування) [22, с. 4–5]. Відповідна класифікація може бути покладена також в основу планування державної, регіональної та місцевої політики у сфері публічних закупівель (короткострокове (до одного року), середньострокове (на декілька років), довгострокове (понад три роки) та стратегічне планування (понад десять років)). Окремі дослідники обґрунтовують запровадження трирічних закупівельних планів, які повинні містити узагальнену інформацію про закупівлі замовника і, відповідно, бути довгостроковою системою координат для бізнесу [23]. О. Фіц влучно зазначив: «Планування публічних закупівель відіграє значну роль, оскільки від правильного визначення планових показників публічних закупівель залежить якість виконання бюджету й ефективність використання державних коштів. <...> Кошторисний порядок планування бюджетних витрат дає змогу забезпечити цільове витрачання коштів і порівняти планову й фактичну суми фінансування. Проте використання кошторисного планування, за якого самі витрати є результатом, не дає змоги оцінити ефективність використання державних коштів. Пропозиції щодо середньострокового планування дають змогу сформувати стратегію соціально-економічного розвитку держави й виділити цільові орієнтири, безпосередньо визначати структуру, рівень і напрями державних грошових потоків, економічну й суспільну ефективність діяльності суб'єктів бюджетного планування, що безпосередньо пов'язано із забезпеченням прозорості та ефективності державних закупівель» [16]. Необхідно зазначити, що короткострокове, середньострокове, довгострокове та стратегічне планування у сфері публічних закупівель дасть змогу

знизити витрати відповідних бюджетів, забезпечити ефективність використання публічних фінансів, а також переорієнтувати бюджетну політику (відійти від «точкового» характеру фінансування), що надалі дало змогу надати можливість вирішувати першопричини проблеми, а не боротися з наслідками цих проблем.

Ст. 11 Господарського кодексу України передбачено, що здійснення державою економічної стратегії і тактики у сфері господарювання спрямовується на створення економічних, організаційних і правових умов, за яких суб'єкти господарювання враховують у своїй діяльності показники прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку. Основними формами планування на державному рівні є Державна програма економічного та соціального розвитку України, Державний бюджет України, а також інші державні програми з питань економічного і соціального розвитку; у свою чергу, органи влади Автономної Республіки Крим, місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування відповідно до Конституції України розробляють і затверджують програми соціально-економічного та культурного розвитку відповідних адміністративно-територіальних одиниць і здійснюють планування економічного і соціального розвитку цих одиниць [24]. У свою чергу, ст. 4 Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» від 23 березня 2000 року № 1602-III встановлює систему прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку, яка складається з: прогнозів економічного і соціального розвитку України на середньо- та короткостроковий періоди; прогнозів розвитку окремих галузей економіки на середньостроковий період; загальнодержавних програм економічного, соціального розвитку, інших державних цільових програм; прогнозів економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на середньостроковий період; програм економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на короткостроковий період [25].

Впорядкованість (систематизація), реалістичність і прогнозування варто розглядати, як основоположні категорії планування, які дадуть змогу вибудувати дієву систему публічних закупівель. Державне, регіональне та місцеве планування сприяє наближенню публічних закупівель до так званих «сталих закупівель». У програмі економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, області, району, міста, крім іншого, повинні бути відображені: можливі шляхи розв'язання головних проблем розвитку економіки і соціальної сфери відповідної адміністративно-територіальної одиниці; цілі та пріоритети соціально-економічного розвитку відповідної адміністративно-територіальної одиниці; система заходів місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо реалізації соціально-економічної політики (ст. 11 Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України»).

Необхідно зазначити, що саме публічні закупівлі і набувають значення превалюючого правового механізму реалізації загальнодержавних програм економічного, соціального розвитку, інших державних цільових програм і програм економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст; які покликані вирішити конкретні проблеми тієї чи іншої групи населення (наприклад, поставки лікарських засобів для інфікованих ВІЛ тощо), територіальної громади чи її частини (наприклад, забезпечення мешканців населеного пункту питною водою, належним дорожнім покриттям тощо). Також необхідно звернути увагу на доцільність розроблення та затвердження державної, регіональних і місцевих програм публічних закупівель,

які будуть враховувати положення прогнозів економічного і соціального розвитку України на середньо- та короткостроковий періоди; прогнозів розвитку окремих галузей економіки на середньостроковий період; загальнодержавних програм економічного, соціального розвитку, інших державних цільових програм; прогнозів економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на середньостроковий період; програм економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на короткостроковий період.

Так пропонується на загальнодержавному рівні Кабінету Міністрів України затверджувати Державну програму публічних закупівель, що буде включати закупівлі для забезпечення діяльності органів державної влади, юрисдикція яких поширюється на територію всієї України або для реалізації загальнонаціональних завдань чи проєктів, визначених Кабінетом Міністрів України. Тоді як на рівні Автономної Республіки Крим, областей, м. Києва та м. Севастополя (регіональний рівень) будуть затверджуватися регіональні програми публічних закупівель Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласними радами, Київською міською радою та Севастопольською міською радою. На рівні районів і міст (місцевий рівень) пропонується затверджувати місцеві програми публічних закупівель районними та міськими радами. Відповідні регіональні та місцеві програми публічних закупівель міститимуть інформацію про пріоритетний перелік закупівель, планові показники в здійсненні закупівель на найближчі роки (на середньострокову перспективу), строки проведення закупівель тощо, що дасть змогу вирішувати соціально-економічні проблеми окремих адміністративно-територіальних одиниць і відповідних територіальних громад.

Доречним убачається внесення змін і доповнень у чинне законодавство, а саме: доповнити ст. 4 Закону України «Про публічні закупівлі» таким положенням: «Планування публічних закупівель здійснюється на державному, регіональному, місцевому та локальному рівнях. Під час розроблення державної, регіональних і місцевих програм публічних закупівель враховуються положення прогнозів економічного і соціального розвитку України, державної програми економічного і соціального розвитку 86 України, прогнозів економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст; програм економічного та соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст. Закупівля на локальному рівні здійснюється відповідно до річного плану. Річний план, додаток до річного плану та зміни до них безоплатно оприлюднюються на вебпорталі Уповноваженого органу з питань закупівель протягом п'яти днів із дня їх затвердження».

Обґрунтовано доцільність здійснення планування публічних закупівель на державному, регіональному та місцевому рівнях (через розроблення державної, регіональних і місцевих програм публічних закупівель), що потребуватиме законодавчих змін до чинної редакції Закону України «Про публічні закупівлі».

У свою чергу, прийняття державної, регіональних і місцевих програм публічних закупівель дасть змогу закріпити пріоритетний перелік закупівель на середньострокову перспективу, строки здійснення закупівель тощо.

Оскільки публічні закупівлі набувають значення превалюючого правового механізму реалізації програм економічного і соціального розвитку та інших програмних документів, які покликані вирішити конкретні проблеми суспільства, груп населення, територіальної громади чи його частини, відповідні програми публічних закупівель повинні враховувати положення програм економічного і соціального розвитку та інших прогнозних і програмних документів.

У статті досліджено підходи до здійснення планування публічних закупівель і запропоновано його вдосконалення, що дасть змогу більш ефективно випростовувати публічні кошти, в умовах децентралізації.

Визначено особливості здійснення процедур закупівель на загальнонаціональному рівні, регіональному та місцевому рівнях. Проаналізовано вплив децентралізації на здійснення публічних закупівель.

Обґрунтовується доцільність здійснення планування публічних закупівель на державному, регіональному та місцевому рівнях (через розроблення програм публічних закупівель), що потребуватиме законодавчих змін до чинної редакції Закону України «Про публічні закупівлі». Державна програма публічних закупівель буде включати закупівлі для забезпечення діяльності органів державної влади, юрисдикція яких поширюється на територію всієї України або для реалізації загальнонаціональних завдань чи проєктів, визначених Кабінетом Міністрів України. Регіональні та місцеві програми публічних закупівель міститимуть інформацію про пріоритетний перелік закупівель, планові показники в здійсненні закупівель на найближчі роки (на середньострокову перспективу), строки проведення закупівель тощо, що дасть змогу вирішувати соціально-економічні проблеми окремих адміністративно-територіальних одиниць і відповідних територіальних громад.

Оскільки публічні закупівлі набувають значення превалюючого правового механізму реалізації програм економічного і соціального розвитку та інших програмних документів, які покликані вирішити конкретні проблеми суспільства, груп населення, територіальної громади чи його частини, відповідні програми публічних закупівель повинні враховувати положення прогнозів економічного і соціального розвитку України на середньо- та короткостроковий періоди; прогнозів розвитку окремих галузей економіки на середньостроковий період; загальнодержавних програм економічного, соціального розвитку, інших державних цільових програм; прогнозів економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на середньостроковий період; програм економічного і соціального розвитку Автономної Республіки Крим, областей, районів і міст на короткостроковий період.

Ключові слова: *публічні закупівлі, планування, адміністративно-територіальні одиниці, децентралізація.*

Soshnikov A. Planning of public purchases on the national, regional and municipal districts in the minds of decentralized

The article explores approaches to the implementation of public procurement planning and proposes its improvement, which will allow more efficient allocation of public funds in the conditions of decentralization.

Specific features of procurement procedures at national, regional and local levels have been identified. The impact of decentralization on public procurement is analyzed.

The feasibility of carrying out public procurement planning at the state, regional and local levels (through the development of public procurement programs) is justified, which will require legislative changes to the current version of the Law on Public Procurement. The State Public Procurement Program will include procurement to support the activities of public authorities whose jurisdiction extends to the whole of Ukraine or to implement national tasks or projects identified by the Cabinet of Ministers of Ukraine. Regional and local public procurement programs will contain information on the priority list of purchases, targets for procurement in the coming years (in the medium

term), the timing of procurement, etc., which will solve the socio-economic problems of individual administrative and territorial units.

As public procurement is becoming a prevailing legal mechanism for the implementation of economic and social development programs and other programmatic documents that are intended to solve specific problems of society, population, territorial community or part thereof, the relevant public procurement programs should take into account the provisions of the economic and social development forecasts of Ukraine on average- and short-term periods; forecasts of the development of certain sectors of the economy for the medium term; national programs of economic, social development, other state targeted programs; forecasts of economic and social development of the Autonomous Republic of Crimea, regions, districts and cities over the medium term; programs of economic and social development of the Autonomous Republic of Crimea, regions, districts and cities in the short term.

Key words: public procurement, planning, administrative-territorial units, decentralization.

Література

1. Звіт сфери публічних закупівель за 2018 рік. URL: http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=3befc2bd-57c1-4e5b-9d2ce36a1f624b8c&title=ZvitSferiPublichnikhZakupivelZa2018-Rik.

2. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015. Дата оновлення: 12.01.2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015 (дата звернення: 20.11.2019).

3. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2180-VIII. Дата оновлення: 30.11.2017. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2411-17 (дата звернення: 03.03.2019).

4. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Дата оновлення: 01.01.2019. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19 (дата звернення: 22.11.2019).

5. Про реалізацію пілотного проєкту з організації діяльності централізованої закупівельної організації : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2016 р. № 928. Дата оновлення: 23.11.2016. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/928-2016-%D0%BF (дата звернення: 21.11.2019).

6. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 серпня 2014 р. № 385. Дата оновлення: 12.01.2018. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-227%D0%BF (дата звернення: 11.11.2019).

7. Про Рекомендації парламентських слухань «Децентралізація влади в Україні. Розширення прав місцевого самоврядування» : Постанова Верховної Ради України від 15 грудня 2005 р. № 3227-IV. Дата оновлення: 15.12.2005. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3227-15 (дата звернення: 11.11.2019).

8. Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036 (дата звернення: 11.11.2019).

9. Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування : Закон України від 15 липня 1997 р. № 452/97-ВР. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/452/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 11.11.2019).

10. Васейчук Л. Регіональні особливості стратегічного планування в Україні. Публічне управління: теорія та практика. 2012. № 1 (9). С. 26–31.

11. Рибчанська Х. Удосконалення системи державного фінансового контролю в умовах євроінтеграційних процесів. Вісник Львівського національного аграрного університету. Серія : Економіка АПК. 2014. № 21 (1). С. 151–158. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnau_econ_2014_21%281%29__32.

12. Табакова Т. Планування бюджетних видатків в Україні: теоретичний та практичний аспект. Схід. 2012. № 5 (119). С. 61–65.

13. Устименко В., Джабраилов Р. Государственное планирование экономического и социального развития страны. Экономико-правовые исследования в XXI веке : мат-лы Межд. науч.-практ. интернет-кон-

ференции. URL: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/uchastnik/index.php?ELEMENT_ID=695.

14. Смиричинський В. Про використання логістичних підходів в системі закупівель за державні кошти. Вісник ТНЕУ. 2008. № 1. С. 37–42.

15. Михайленко С. Міжнародний досвід планування бюджету. Актуальні проблеми економіки. 2010. № 9 (111). С. 215–222.

16. Фіц О. Сучасний стан планування державних закупівель. Держава та регіони. Серія: Право та державне управління. 2012. № 2. URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Ptdu/2012_2/files/PD212_35.pdf.

17. Бурлакова О. Становлення фінансового планування підприємств в Україні. Економічний вісник університету : зб. наук. пр. 2012. № 18/1. URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/evu/2012_18_1/Burlakov.pdf.

18. Перепелична В. Основні принципи державного прок'юременту Франції. Державні закупівлі України. 2010. № 1. С. 34–40.

19. Зубар В. Формування механізму управління системою держаних закупівель в Україні : дис. ... канд. наук з держ. управління : 25.00.02. Харків, 2010. 222 с.

20. Самошкіна О. Перспективне прогнозування видатків бюджету та його вплив на соціально-економічний розвиток. Наукові праці НДФІ. 2008. № 4 (45). С. 112–117.

21. Котовська І. Стратегічне та довгострокове планування: основні відмінності. Інноваційна політика. 2011. № 1 (20). С. 238–241.

22. Саєнко М. Стратегія підприємства: підручник. Тернопіль : Вид-во «Економічна думка», 2006. 390 с.

23. Письменна М. Роль державного замовлення в економічному розвитку країни. Незалежний аудитор. 2013. № 4. С. 46–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Na_2013_4_9.

24. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. Дата оновлення: 07.02.2019. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 03.03.2019).

25. Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України : Закон України від 23 березня 2000 р. № 1602-III. Дата оновлення: 02.12.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1602-14 (дата звернення: 11.11.2019).

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.976

В. Никифорак,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

МЕЖІ СВОБОДИ ДОГОВОРУ КРІЗЬ ПРИЗМУ РОЗУМНОСТІ, СПРАВЕДЛИВОСТІ ТА ДОБРОСОВІСНОСТІ

Попри всю беззаперечність і надзвичайну важливість принципу свободи договору, який є одним із фундаментальних принципів приватноправових відносин, задекларована законом свобода договору неодмінно повинна мати свій обсяг і відповідні межі. Зрозуміло, що зумовленість таких меж може мати під собою різне підґрунтя, проте першочергово зазначена необхідність встановлення меж свободи договору прямолінійно залежить від належної реалізації таких загальних засад цивільного права, як розумності, справедливості та добросовісності [1]. Загалом, вказані принципи є «... мірилом, «лакмусовим папірцем», «... цементуючою ланкою» розвитку і становлення майнового обороту» [2] в сучасному суспільстві.

Проблемами свободи договору загалом, а також меж її реалізації зокрема займалися чимало вітчизняних і зарубіжних цивілістів, серед яких – В.С. Бєлих, О.А. Беляневич, М.Є. Василенко, Н.Ю. Голубєва, А.В. Луць, В.В. Сергієнко, Р.Ю. Ханик-Посполітак і багато інших. Водночас у працях цих учених питання меж свободи договору через призму розумності, добросовісності та справедливості в комплексі раніше не розглядалося.

Метою статті є надання відповіді на питання про чинники обмеження договірної свободи та їхня зумовленість такими засадами цивільного права, як розумність, добросовісність і справедливість.

На нашу думку, проблема меж свободи договору повинна розглядатися щонайменше із двох сторін. З одного боку, слід однозначно погодитись із тим, що свобода договору не безмежна, адже завжди є об'єктивна потреба в її обмеженні з метою захисту публічних інтересів, інтересів слабкої сторони договору, інтересів кредиторів тощо [3]. З іншого боку, практика свідчить, що суди досить часто формально застосовують норми зобов'язального права, чим необґрунтовано зазіхають на свободу договору, а також на такий принцип (формально не проголошений Цивільним кодексом України, але міститься в багатьох нормах), як принцип стабільності цивільного обороту. З цим пов'язана практика визнання договорів неукладеними або визнання окремих умов договорів незаконними з причин невідповідності їхнім певним імперативним нормам цивільного права.

Якщо ж більш ґрунтовно простежити реалізацію свободи договору в цивільному праві як основній приватноправовій галузі, якій цей принцип властивий, то можна з'ясувати, що винятками із загального принципу свободи договору, як слушно зазначають В.В. Сергієнко та Д.П. Півовар, є випадки, коли [4]: 1) укладення договору є обов'язковим (публічний договір, виконання оборонного замовлення тощо); 2) укладення договору певного типу може бути заборонено тим або іншим суб'єктам, що випливає, як правило, з природи

 © В. Никифорак, 2019

діяльності, що оформляється відповідними договорами; 3) будь-яка зі сторін договору позбавлена можливості брати участь у формуванні його умов (до прикладу, договору приєднання, договору на користь третіх осіб). Не важко помітити, що в зазначених авторами випадках акцент робиться саме на добросовісності, яка й покликана захистити інтереси слабшої сторони і, відповідно, забезпечити належну реалізацію принципу свободи договору.

На захисті інтересів осіб наголошує і Н.Ю. Голубєва, яка, зокрема, зазначає: «... можливість винятків із принципу свободи договору зумовлена необхідністю захисту державою суспільних інтересів загалом, прав споживачів зокрема, особливо в тих сферах економіки, які є природними монополіями або ж в яких є можливим порушення допустимих меж реалізації цивільних прав особами, які займають на ринку домінуюче становище» [5]. Якщо таку позицію розглянути детальніше, то можна дійти логічного висновку про залежність меж законодавчих обмежень принципу свободи договору від економічної ситуації в державі. Адже під час економічної кризи держава завжди дотримується жорсткішої законодавчої політики щодо обмеження договірної свободи, що, у свою чергу, пояснюється нагальною необхідністю усунення передумов або наслідків такої кризи. Зрозуміло, що в такому разі діятиме примат колективних інтересів над індивідуальними. І, навпаки, якщо негативні фактори в державі відсутні, а економіка характеризується стабільністю, то першочерговою стає ідеологія особистої свободи та індивідуалізму, що, безумовно, тягне за собою зменшення законодавчих обмежень договірної свободи [6]. Обмеження наведеного характеру, на нашу думку, зумовлюються критеріями розумності.

Найбільш яскраво обмеження договірної свободи простежується в цивільному праві, і це природно. На підставі проведеного аналізу положень цивільного законодавства України, а також доктрини цивільного права України було з'ясовано, що обмеження свободи договору загалом можна класифікувати на дві групи: 1) обмеження свободи щодо укладення цивільно-правового договору; 2) обмеження свободи щодо виду, форми та змісту цивільно-правового договору.

Перша група, яка стосується обмеження свободи стосовно укладення цивільно-правового договору, полягає в покладенні законом обов'язку на особу щодо укладення договору у прямо визначених випадках. Тобто в цьому разі мова вже абсолютно не йде про будь-який вільний вияв волі, про її автономію. Зокрема, згідно із законодавством такими «обов'язковими договорами» є: 1) публічний договір; 2) договір приєднання; 3) договір за державним замовленням; 4) типовий договір; 5) попередній договір.

Щодо публічного договору законом встановлено такі обмеження: комерційній організації забороняється надавати переваги окремим особам під час укладення публічного договору, встановлювати неоднакові ціни для своїх споживачів, а за необґрунтованого ухилення від укладення публічного договору споживач може примусити її до цього або вимагати відшкодування завданих таким ухиленням збитків у судовому порядку.

У передбаченому ч. 1 ст. 634 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України договорі приєднання обмеження свободи договору простежується в тому, що сторона, яка приєднується до такого договору, не може внести будь-яких змін до самого договору, не може претендувати на переговори щодо «індивідуальних» умов договору і т.п. Слід визнати, що в цьому разі договірна свобода також зберігається, хоча й в обмеженому вигляді. До речі, договори приєднання властиві не лише романо-германській правовій системі. В країнах англо-американської цивільно-правової сім'ї договори приєднання отримали назву «продиктовані договори», відповідно до яких одна сторона (зазвичай монополіст

у відповідній галузі) наказує свої умови контрагенту. В Англії, США та інших країнах вони називаються «договорами в стандартній формі» (standard form contracts) [7]. Будучи розробленими однією стороною, умови такого договору можуть бути прийняті або відкинуті споживачем. Отже, останній (споживач) має формальне право відмовитися від укладення невигідного для нього договору. Однак реалізація цього права ускладнена і практично неможлива, оскільки внаслідок економічної нерівності контрагент фактично не має можливості вибору і змушений нерідко погоджуватися на такі умови [7].

Наступним законодавчим обмеженням свободи договору є приписи ч. 4 ст. 183 Господарського кодексу (далі – ГК) України, відповідно до яких ухилення від укладення договору за державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою відповідальність, передбачену Господарським кодексом та іншими законами України. Отже, закон прямо приписує суб'єкту обов'язковий порядок укладення договору, а ухилення від цього тягне за собою застосування господарських санкцій відповідно до ст. 218 ГК України. Наведений договір зумовлюється публічним інтересом, який і встановлює винятковий випадок, коли сторона зобов'язується укласти господарський договір без власного на те волевиявлення, а отже – обумовити подібний випадок обмеження договірної свободи критеріями розумності, добросовісності чи справедливості неможливо.

Подібним законодавчим обмеженням договірної свободи виступає положення абз. 4 ч. 4 ст. 179 ГК України, яке визначає, що під час укладення господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови. Такі типові договори можуть застосовуватися і в цивільному праві, а саме під час укладення публічних договорів і договорів приєднання. Попри те, що типові договори спрямовані на однакове та ефективне врегулювання договірних відносин осіб, все ж вони мають і свою негативну сторону. Досить часто на практиці умови таких договорів ставлять одну із сторін у вкрай невигідне становище порівняно з іншою. Щоб хоч якось врівноважити цю ситуацію у міжнародному законодавстві, зокрема законодавстві Європейського Союзу та держав-членів ЄС, було розроблено поняття «несправедливі умови в договорах» (unfair term in contract). Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 3 Директиви Ради ЄС № 93/13/ЄЕС від 5 квітня 1993 р. «Про несправедливі умови в договорах зі споживачами» [8] (яка перебуває в переліку тих міжнародних актів, які підлягають імплементації в чинне законодавство України [9]), умови договору, які не обговорювалися індивідуально, визнаються несправедливими, якщо всупереч вимогам добросовісності вони призводять до значного дисбалансу щодо прав та обов'язків сторін, які випливають із договору, на шкоду споживачеві. Окрім того, поняття «несправедливі умови в договорах» закріплено у ст. 4.110 Принципів європейського договірного права. У вказаній статті закріплено таке: «Сторона може оспорювати умову, яка не була індивідуально обговорена, якщо, всупереч вимогам добросовісності та чесної ділової практики, вона призводить до істотного дисбалансу в правах та обов'язках сторін, які виникають за договором, завдають шкоди стороні, беручи до уваги природу майбутнього виконання договору, а також всі інші умови договору та обставини на час укладення договору».

Порівнюючи положення Директиви 93/13/ЄЕС з Принципами, можна зробити висновок, що несправедливою є: 1) така умова договору, яка не була попередньо погоджена з контрагентом.

Погодженою вважається умова, яка була предметом переговорів між сторонами. Такі переговори можуть проходити шляхом складання проєкту договору однією стороною, в який можуть вноситися зміни другою стороною або прийматись другою стороною без змін. У будь-якому разі вирішення питання, чи умови договору були погоджені з контрагентом, залежатиме від конкретних обставин укладення договору; 2) умова, яка всупереч вимогам добросовісності та чесної ділової практики спричиняє істотний дисбаланс у правах та обов'язках сторін [10].

Досить спірним, на нашу думку, видається питання про обмеження свободи договору за попереднім договором. Відповідно до ст. 635 ЦК України попередній договір – це угода, сторони якої зобов'язуються протягом певного строку укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Однак договір про наміри і, зокрема, протокол про наміри, в якому відсутнє узгоджене волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору, таким не вважається. Отже, набуває розвитку норма ст. 626 ЦК України про договір як домовленість і ст. 627 ЦК України про волевиявлення сторін як обов'язковий складник свободи договору [11].

Другу групу обмежень, як уже було зазначено вище, становлять обмеження свободи щодо виду, форми та змісту договору, які зумовлюються суб'єктним складом правовідносин, предметом і цілями укладення такого договору. Зокрема, сторони не можуть повністю на власний розсуд (свавільно) укладати цивільно-правові договори, навіть якщо це прямо не суперечить законодавству.

По-перше, укладення цивільно-правового договору повинно здійснюватися належними суб'єктами. По-друге, варто пам'ятати, що межі договірної свободи дуже тісно кореспондують з інститутом фіктивних та удаваних правочинів. Отже, саме природа договірних цивільних правовідносин визначає належну договірну конструкцію. Інакше можна вести мову про удаваність, фіктивність або ж недійсність правочину (договору).

Договірна свобода сторін цивільно-правового договору обмежується також способом укладення (формою) договору, а саме обмежена обов'язковістю письмової форми договору, а також його нотаріального посвідчення у прямо передбачених законом випадках і допустимістю його укладення шляхом мовчання лише у випадках, прямо передбачених законом або домовленістю сторін (ст. ст. 205, 208–210 ЦК України).

Прикладом умови цивільно-правового договору, якою обмежується свобода однієї зі сторін угоди, може слугувати так зване «пріоритетне право» («переважне право»), прикладів якого чинне законодавство містить чимало. До прикладу, ст. 362 ЦК України встановлено, що у разі продажу частки у праві спільної часткової власності співвласник має переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів. На перший погляд наявність вказаних переважних прав видається несправедливою щодо тих суб'єктів, права та інтереси яких не є переважними. Однак насправді така «умовна несправедливість» переважних прав обґрунтовується наявністю певних, законодавчо визначених чинників, які передують виникненню цих прав, а отже, і підтверджують їхню допустимість із погляду права.

Не менш цікавим і допустимим в аспекті положень законодавства країн – як англо-американської, так і романо-германської цивільно-правових систем – обмеженням принципу свободи договору є так звані «обмежувальні умови» договору комерційної концесії, більш відомого світу як франчайзинг. Такі умови встановлені ст. 1122 ЦК України, згідно з якою в договорі комерційної концесії можуть бути передбачені особливі (обмежувальні)

умови, а саме: 1) обов'язок правоволодільця не надавати іншим суб'єктам аналогічні комплекси прав для їхнього використання на закріпленій за користувачем території або навіть утримуватися від власної аналогічної діяльності на вказаній території; 2) обов'язок користувача не створювати конкуренцію правоволодільцеві на території, на яку поширюється чинність договору, зокрема, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач із використанням виключних прав правоволодільця; 3) обов'язок користувача не отримувати аналогічні права від конкурентів (зокрема, потенційних) правоволодільця; 4) обов'язок користувача узгоджувати з правоволодільцем місце розташування комерційних приміщень для продажу товарів чи надання послуг, а також їхній інтер'єр та екстер'єр. Попри вказані положення, кодекс визначає також перелік умов, які є неприпустимими в контексті обмеження прав сторін договору комерційної концесії з погляду їхньої справедливості та добросовісності. Зокрема, умова договору, за якою правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт або послуг) або встановлювати верхню чи нижню межу такої ціни, є нікчемною. З аналогічних причин має бути нікчемною умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі.

Обмеження свободи договору можуть бути продиктовані і специфікою об'єкта (предмета) договору. Зокрема, об'єктом договору не можуть бути речі, які законом або іншим актом вилучені з обігу. Крім того, деякі об'єкти, зазначені в законі або в передбаченому в ньому порядку, можуть належати тільки певному колу осіб, або особам, які отримали спеціальний дозвіл. Нормативні приписи щодо вказаних об'єктів містяться в Постанові Верховної Ради України від 24 січня 1995 р. «Про право власності на окремі види майна».

Окремо треба розглянути можливість обмеження досліджуваного принципу категоріями справедливості та моралі. З цього приводу О.А. Беляневич зазначає, що інститутами, які істотно обмежують договірну свободу, слід вважати такі: 1) відповідно до ст. 627 ЦК – вимоги розумності та справедливості, яких мають дотримуватися учасники договірних правовідносин; 2) відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК – моральні засади суспільства. Крім того, в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі», «моральні засади суспільства». Застосування в судовій практиці саме таких обмежень свободи цивільно-правового договору є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер вказаних категорій [12], внаслідок чого суди по-різному застосовують ці категорії, спираючись на фактичні обставини конкретної справи, а також доказову базу кожного з учасників судового процесу.

Вважається, що філософська основа осмислення свободи полягає в її діалектичному розумінні як похідного від обмежень, що дають змогу окреслити межі цього явища і, відповідно, створюють його. На думку німецького філософа Йоганна Готліба Фіхте, кожна конкретна людина «... повинна обмежити свою вільну діяльність так, щоб інші могли жити, а інші, у свою чергу, свою вільну діяльність так, щоб могла жити вона» [13]. Отже, свобода – це зворотна сторона правових обмежень. Чим більше обмежень і заборон, тим менше свободи!

Водночас у свободи є обмеження, межі. В цьому плані видається справедливим висліз І.П. Малінової: «... нічим не обмежена свобода унеможливлює сам вибір, оскільки відсутність зовнішніх обмежень не дає змоги сформулюва-

тися внутрішнім а отже, виключає самовизначеність у вчинку» [14]. Натомість імперативні норми досить часто убезпечують суб'єктів права від настання несприятливих для них наслідків. При цьому обмеження, визначені законом, повинні відповідати принципам права, а отже, не порушувати права осіб. Лише в такому разі вони не матимуть негативної реакції, належно сприйматимуться суспільством. Розумність як підстава обмеження свободи обґрунтовувалася свого часу ще Ґ.В.Ф. Гегелем. Зокрема, він зазначав, що впертий наполягає на своїй позиції лише тому, що це його правда, він наполягає на ній без розумної підстави, тобто без того, щоб його намагання були чимось, що має загальну цінність [15].

Отже, підсумовуючи все вище викладене, можна стверджувати, що існує низка причин, які спонукали законодавця встановити обмеження дії принципу свободи договору. Але загалом усі ці причини пов'язані з необхідністю дотримання балансу інтересів окремих осіб і всього суспільства загалом, і метою обмежень принципу свободи договору в кінцевому підсумку є нормальне (належне) функціонування економіки, безперервний розподіл (обіг) товарів, робіт і послуг серед суб'єктів цивільних правовідносин, а також дотримання загальних засад приватного права – розумності, добросовісності та справедливості.

У статті проаналізовано необхідність законодавчого обмеження свободи договору. При цьому обґрунтовується, що необхідність встановлення меж свободи договору прямолінійно залежить від належної реалізації таких загальних засад цивільного права, як розумності, справедливості та добросовісності.

На підставі проведеного аналізу положень цивільного законодавства України, а також доктрини цивільного права України було з'ясовано, що обмеження свободи договору в загалом можна класифікувати на дві групи: 1) встановлення меж свободи щодо укладення цивільно-правового договору; 2) обмеження свободи щодо виду, форми та змісту цивільно-правового договору.

Перша група чинників зумовлює наявність таких «обов'язкових» договорів, як: 1) публічного договору; 2) договору приєднання; 3) договору за державним замовленням; 4) типового договору; 5) попереднього договору. Доцільність встановлення меж договірної свободи щодо наведених договорів обґрунтовується більшою мірою критеріями справедливості та добросовісності.

Друга група обмежень зумовлюється суб'єктним складом правовідносин, предметом і цілями укладення цивільно-правового договору, а отже, має у своїй основі принцип розумності. У статті встановлено, що межі договірної свободи тісно кореспондують з інститутом фіктивних та удаваних правочинів.

Окремо доводиться доцільність обмеження договірної свободи шляхом визначення понять «переважне право» та «обмежувальна умова». «Умовна несправедливість» переважних прав обґрунтовується наявністю певних, законодавчо визначених чинників, які передують виникненню цих прав, а отже, і підтверджують їхню допустимість із погляду права. У свою чергу, можливість встановлення обмежувальних умов у договорі комерційної концесії зумовлюється критеріями справедливості та добросовісності.

Як висновок у статті обґрунтовується положення про те, що всі причини обмеження свободи договору пов'язані з необхідністю: 1) дотримання балансу інтересів окремих осіб і всього суспільства загалом; 2) безперервного розподілу (обігу) товарів, робіт і послуг серед суб'єктів цивільних правовідносин; 3) дотримання загальних засад приватного права – розумності, добросовісності та справедливості.

Ключові слова: свобода договору, межі свободи, добросовісність, розумність, справедливість, переважні права, обмежувальні умови.

Nykyforak V. Limits of contract freedom from the position of rationality, justice and integrity

The article under studies reveals the necessity of legislative restriction in the contract freedom. It substantiates that the above necessity directly depends on proper implementation of such fundamentals of Civil Law as rationality, justice and integrity.

Based on the analysis of the provisions of the Ukraine's civil legislation, as well as on the Ukrainian Civil Law doctrine, it has been ascertained that the restriction of the contract freedom may be classified into two groups: 1) establishing the limits of freedom regarding the conclusion of a civil contract; 2) restriction of freedom regarding the type, the form and the content of a civil contract.

The first group of factors presupposes such "mandatory" contracts as: 1) a public contract; 2) a contract of accession; 3) a government contract; 4) a model contract; 5) a preliminary contract. The expediency of establishing restrictions in the above contracts is mostly substantiated by the criteria of justice and honesty.

The second group of restrictions arises out of the composition of legal relations, the subject and the objectives of concluding a civil contract, and, consequently, rests on the principle of rationality. The article lays particular emphasis on the fact that the restrictions of the contract freedom are very closely related to the notions of fictitious and sham transactions.

In addition, the necessity of introducing restrictions into the contract freedom has been proved by means of defining the notions of "the priority rights" and "restricting condition". "The conventional injustice" of the priority rights is explained with the help of certain legislatively determined factors that proceed the emergence of the above-mentioned priority rights. Hence, they may be considered as acceptable from the point of view of law. What is more, the possibility of establishing restrictions in a contract of commercial concession is caused by the criteria of justice and integrity.

The article concludes that all the reasons that make up for restricting the contract freedom are associated with the necessity of: 1) keeping up a balance between the interests of certain individuals and the society on the whole; 2) continuous distributing the goods and services among the participants of legal relations; 3) keeping up to the universal requirements of Private Law – the principles of rationality, integrity and justice.

Key words: contract freedom, freedom restrictions, rationality, integrity, justice, priority rights, restricting conditions.

Література

1. Воловик О.А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції). Вісник Вищої ради юстиції. 2013. № 2. С. 134.

2. Полич С.Б. Принципы гражданского права – оценочные категории? Проблемы права. 2015. № 4 (52). С. 136.

3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право : в 2 кн. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд., испр. Москва : Статут, 2000. С. 159.

4. Сергієнко В.В., Півовар Д.П. Порушення принципів цивільного права при регулюванні відносин, укладених типовими договорами. Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal). 2015. № 4. С. 22.

5. Голубєва Н.Ю. Свобода договору як принцип цивільного права. Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 51. С. 70.

6. Василенко М.Є. Свобода договору, обмежена публічним порядком та моральними засадами суспільства, у континентальному цивільному законодавстві. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 8. С. 66.

7. Белых В.С. Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика. Право и государство. 2015. № 4. С. 33.

8. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013.

9. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення розроблених Міністерством економічного розвитку і торгівлі планів імплементації деяких актів законодавства ЄС» від 4 березня 2015 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/164-2015-р.

10. Ханик-Посполітак Р.Ю. Поняття «несправедливі умови в договору». Наукові записки. Юридичні науки. 2000. Т. 64. С. 104.

11. Басай О.В. Принципи цивільного права України: теорія і практика : монографія / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Івано-Франківськ : Сімик, 2013. С. 268.

12. Беляневич О.А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України. Вісник Київського нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. 2004. № 60/52. С. 66.

13. Забоев К.Ю. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. Санкт-Петербург : Юридический центр-Пресс, 2003. С. 80–85.

14. Малинова И.П. Классическая философия права. Материалы лекций. Екатеринбург : Изд-во УрГЮА, 1997. С. 23.

15. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правові аспекти) : монографія. Харків : Юрсвіт, НДІ Приватного права і підприємництво АПрН України, 2008. С. 217.

УДК 347.124
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.977

В. Погребняк,
кандидат юридичних наук,
докторант кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
суддя
Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду

СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНО-ПРАВОВИМ ТА РЕЧОВО-ПРАВОВИМ ПРАВОЧИНАМИ В СВІТЛІ ПРИНЦИПІВ РОЗ'ЄДНАННЯ ТА АБСТРАКЦІЇ

Принципи роз'єднання та абстракції є базовими засадами розмежування зобов'язально-правового (зобов'язального) та речово-правового (речового, розпорядчого) правочинів у механізмі переходу суб'єктивних цивільних прав. Вони є результатом осмислення німецькими вченими-пандектисками юридичного механізму виникнення суб'єктивних цивільних прав на підставі цивільно-правового договору в контексті римського приватного права. Декілька років тому це питання було піднято на сторінках літератури відомими вітчизняними вченими юристами, і зараз його обговорення активно набирає оберти. Однак досі вчена спільнота не сформувала єдиної позиції щодо правової природи такого виду правочинів і взагалі щодо життєздатності відповідної наукової теорії у вітчизняних правових реаліях.

У цивільно-правовій літературі питання співвідношення між зобов'язально-правовим і речово-правовим правочинами розглядалось такими вченими правниками, як: В.І. Борисова, П.А. Варул, Б. Віндшейд, Г. Дернбург, Г.Ф. Дормідонтов, Ю.П. Єгоров, С.С. Каширський, А.В. Коструба, Л.В. Криволапова, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, Є.Я. Мотовиловкер, Д.В. Носов, О.О. Останіна, О.О. Отраднова, М.Д. Пленюк, В.О. Рясенцев, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.А. Суржекно, Р.І. Таш'ян, В.С. Толстой, В.А. Фогель, Г.Г. Харченко, Б.Б. Черепахін, С.І. Шимон, О.О. Ягельницький, В.Л. Яроцький та інші.

Мета статті полягає у здійсненні аналізу основних положень наукової концепції розмежування зобов'язально-правового та речово-правового (розпорядчого) правочинів у контексті принципів роз'єднання та абстракції з метою визначення їхньої теоретичної обґрунтованості та перспектив впровадження у вітчизняній правовій системі України.

Принцип роз'єднання, що передбачає розмежування зобов'язально-правового та речово-правового правочинів у механізмі переходу суб'єктивних цивільних прав на речі, а також принцип абстракції, що встановлює відносну незалежність речово-правового правочину від зобов'язально-правового, є взаємодоповнюючими і розглядаються в поєднанні. При цьому вони детермінують зв'язки між зобов'язально-правовим і речово-правовим правочинами як складниками юридичного механізму переходу суб'єктивних цивільних прав. Тобто в такому механізмі відповідні правочини у світлі зазначених принципів також розглядаються як взаємодоповнюючі.

У контексті зазначених принципів німецьке цивільне право розрізняє зобов'язальні правочини, які створюють

© В. Погребняк, 2019

зобов'язання, та розпорядчі правочини, які безпосередньо переносять титул [1, с. 153]. Наприклад, договір купівлі-продажу є зобов'язально-правовим і породжує зобов'язання з передачі майна у власність. Для переходу права власності необхідне вчинення речово-правового (розпорядчого) правочину [2, с. 383] – домовленості сторін про перехід речових прав [3, с. 7], за якою річ передається набувачу і сторони погоджуються, що право переходить до набувача [4, с. 211].

В юридичній літературі зазначається, що критики принципу роз'єднання та принципу абстракції вважають розмежування зобов'язального та розпорядчого правочинів штучним, оскільки воно ускладнює застосування права [5, с. 41]. Однак вважаємо, що питання повинно полягати не в складності відповідної конструкції, а в її життєздатності в контексті нормативних положень і в доцільності в аспекті механізму правового регулювання визначених суспільних відносин.

Ба більше, навіть нормативна основа розмежування зобов'язального та розпорядчого правочинів не повинна зупиняти вченого у всебічному її аналізі, зокрема, і в контексті визначення доцільності її існування. Адже, як справедливо зазначає В.Л. Яроцький, ефективним є використання в галузевих юридичних дослідженнях формально-догматичного методу з позицій конструктивного критично-правового підходу, який дає змогу встановити «слабкі місця» відповідних нормативних положень і за необхідності запропонувати шляхи їх усунення [6, с. 8–9]. Саме тому всебічний погляд на порушене питання здатен виявити як переваги, так і недоліки відповідної наукової концепції і визначити перспективи її розвитку в межах вітчизняної правової системи.

Переваги і недоліки розмежування зобов'язально-правового та речово-правового правочинів пов'язуються із двома базовими тезами: 1) взаємодоповненням принципів роз'єднання та абстракції; 2) розумінням правочину як дії, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Саме принцип абстракції внаслідок своєї неусталеності і недовершеності породжує багато дискусійних моментів аналізованої наукової концепції. Зокрема, Г.Г. Харченко зазначає, що зміст принципу абстракції передбачає, що речовий правочин цивільно-правового договору, за яким відбувається перехід речового права на об'єкт, вважається, як правило, дійсним незалежно від дійсності зобов'язальної частини такого договору. Тобто у разі, якщо зобов'язальна частина договору буде визнана недійсною, недійсність речової його частини не настає автоматично [4, с. 212]. Сам підхід ученого, в межах якого він поєднує «речову частину» та «зобов'язальну частину» в межах одного договору, вже показує відсутність абсолютної незалежності між двома відповідними частинами та їхню пов'язаність.

Крім того, В.А. Фогель також непрямо визнає залежність розпорядчого правочину від зобов'язально-правового, зазначаючи, що у разі недійсності зобов'язально-правового правочину речово-правовий (розпорядчий) залишається дійсним, попри те, що перший є правовою підставою для другого [2, с. 381]. Тобто, крім того, що обидва правочини в парі є частиною юридичного механізму виникнення або переходу суб'єктивних цивільних прав, вони також перебувають у визначеній континуальній і детермінуючій взаємодії між собою. Зобов'язально-правовий правочин вчиняється раніше і слугує підставою для вчинення розпорядчого правочину.

Спробу підкреслити самостійність розпорядчого правочину можна побачити в оперуванні терміном «договір» щодо зобов'язально-правової та речово-правової частин відповідного механізму, зокрема «договір купівлі-продажу» та «договір традиції» [5, с. 37–38] або «речовий договір» [3, с. 7; 14],

що відповідають зобов'язально-правовому та речово-правовому правочинам відповідно. Однак використання терміна «договір» щодо двох правочинів у межах загальної спрямованості на їхнє розмежування також підкреслює існування між ними спільних рис.

«Вразливі місця» принципу роз'єднання демонструються вольовим елементом абстрактного речово-правового (розпорядчого) правочину.

Загалом, у відокремленні від принципів роз'єднання та абстракції конструкція абстрактного правочину є життєздатною і підвищує оперативність цивільного обороту речі шляхом спрощення процедури виникнення та переходу суб'єктивних цивільних прав на неї, виключення з відповідних юридичних механізмів певних формальностей. Зокрема, як абстрактні правочини в юридичній літературі розглядаються акцепт векселя, аваль, банківська гарантія [7, с. 14–17], видача цінних паперів на пред'явника тощо. Для всіх зазначених правочинів характерне твердження Ю.П. Єгорова, що з урахуванням корисності акту поведінки в цивільному обороті законодавець наділяє його характером правочину і за неясності каузи [8, с. 104]. Відповідні правочини вирізняються простотою форми, чіткістю та однозначністю. Їх вчинення призводить до результату незалежно від спрямованості волі особи, оскільки вони не можуть породжувати інших наслідків, ніж ті, що передбачені законом для їх вчинення.

Однак законодавець досить вибірково ставиться до абстрактності правочинів і обмежує сферу їх вчинення однозначними і чіткими ситуаціями, що не допускають різнорозуміння, оскільки в протилежному разі створюються загрози для стабільності цивільного обороту. Абстрактність правочину може вносити в механізми виникнення, переходу та припинення суб'єктивних цивільних прав елемент юридичної невизначеності, оскільки вольовий компонент правочину виноситься за його межі і не розглядається як істотна умова відповідного акту поведінки [8, с. 104]. В контексті розмежування зобов'язального та речового правочинів механізму виникнення або переходу суб'єктивних цивільних прав справедливим є твердження О.А. Сурженко, що сама по собі передача майна недостатня для кваліфікації його наслідків, оскільки такі наслідки можуть визначатись лише підставою для передання. Через те, що майно передається і за договором купівлі-продажу, і за договором оренди, і за договором зберігання, це не означає, що у всіх цих випадках наслідками передачі буде набуття права власності особою на річ [9].

Саме тому ще в римському праві на вольовий компонент речово-правового правочину звертали особливу увагу. Речово-правовий елемент механізму переходу суб'єктивних цивільних прав називався традицією [3, с. 7; 9] (лат. traditio). Саме traditio після скасування mancipatio та in jure cessio стало загальною формою та способом переходу права власності на всі речі. Римське право визначало, що самого лише договору не досить для зміни суб'єкта права власності. За ним повинен слідувати акт передачі права (traditio), за яким особа, яка передає право, визнає право власності набувача на річ, що передається, а набувач визнає річ своєю. Однак римські юристи визнавали, що угода між передаючим та одержуючим, в якій втілюється спільне бажання, є justa causa traditionis і являє собою умову, без якої неможливий перехід права власності шляхом traditio [10, с. 111–112].

Неможливість ігнорування зв'язку між зобов'язально-правовим і речово-правовим правочинами призводить до висновку, що зобов'язальний правочин є каузальним і спрямовується на досягнення певного результату, тоді як розпорядчий правочин слугує тій же меті, у зв'язку з чим у нього немає окремої самостійної каузи або мети. Розпорядчий правочин спрямовується на досягнення мети зобов'язального

правочину, а його абстрактність означає, що з його змісту неможливо встановити, з якою метою він вчиняється [5, с. 35].

З наведеного випливає пов'язаність зобов'язально-правового та речово-правового правочинів у контексті принципів роз'єднання та абстракції, зокрема, в аспекті вольового елементу. З цього приводу обґрунтованим виявляється припущення С.І. Шимон, що у разі, якщо трактувати, наприклад, передання речі самостійним правочином, то його правовий наслідок – виникнення права власності – не має збігатися з наслідком головного правочину, на підставі якого здійснюється передача речі. Звідси слід було б вважати, що правочин із купівлі-продажу має на меті виникнення обов'язків із передання речі, але ще не виникнення права власності [11, с. 1049]. При цьому, як справедливо зазначає Л.В. Криволапова, правочин є вольовою дією, і при цьому ця воля доноситься до інших осіб зовнішньою формою волевиявленням. У зв'язку з цим розпорядчий правочин здебільшого має своєю основою договір [12, с. 263, 264].

З наведеного напрошується логічне питання щодо доцільності розмежування зобов'язально-правового та речово-правового правочинів у контексті принципу роз'єднання.

Очевидним є те, що вчинення розпорядчого правочину без зобов'язально-правової частини може лише перенести володіння, однак не спричиняє перехід права власності або виникнення у набувача похідних речових прав, оскільки його вольовий елемент залишається невизначеним, а він необхідний для кваліфікації правочину саме як такого, що спричиняє визначені наслідки. В цьому вбачається факультативний (допоміжний) характер речово-правового правочину щодо зобов'язально-правового, адже перший не може існувати без другого.

Крім того, якщо зважати на те, що зобов'язально-правовий елемент є правочином, тобто вольовою дією, спрямованою на виникнення, перехід або припинення суб'єктивних цивільних прав, то звідси має випливати, що він породжує відповідні права, зокрема право вимоги. А якщо так, тоді це право вимоги забезпечується захистом. Тому якщо особа, яка передає права, ухиляється від вчинення розпорядчого правочину, у набувача після вчинення зобов'язально-правового правочину повинна існувати можливість набути права в обхід розпорядчого правочину. В протилежному разі втрачається сам сенс розмежування зобов'язально-правового та речово-правового правочинів, адже наслідком першого є лише виникнення можливості вчинити другий. Така його цінність є суперечливою. Хоча і вона підкреслює зв'язок між двома відповідними компонентами.

Узагальнюючи викладене вище, необхідно зазначити, що одним із ключових положень, які наводять вчені-правники на користь принципів роз'єднання та абстракції, є надання добросовісному набувачу суб'єктивних цивільних прав більш високого рівня захищеності порівняно з традиційною «моноправочинною» системою, яка не передбачає здійснення такого поділу. Як захисна перевага принципу абстракції розглядається необхідність ретельного, поетапного розгляду обставин справи для забезпечення прав учасників відповідних правовідносин, зокрема окремого визнання недійсним зобов'язально-правового та речово-правового (розпорядчого) правочинів [4, с. 214]. Проте у світлі зазначеного необхідно зважати і на те, що підстава недійсності зобов'язально-правового правочину може одночасно бути і підставою недійсності речово-правового, зокрема у разі, коли обидва правочини вчиняються недієздатною особою [5, с. 37], або якщо має місце помилка щодо предмета правовідносин [1, с. 154].

Наведене вище створює підґрунтя для дискусій із приводу життєздатності і доцільності запровадження принципів роз'єднання та абстракції, якими забезпечується поділ правочинів на

зобов'язально-правові та речово-правові як невіддільних елементів виникнення або переходу суб'єктивних цивільних прав на речі. Вбачається, що речово-правовий правочин має похідний характер від зобов'язально-правового складника, оскільки детермінується її каузою і є її логічним продовженням у межах розвитку механізмів виникнення та переходу суб'єктивних цивільних прав. Вольовий елемент речово-правового компонента повністю визначається зобов'язально-правовим. З цього виникає питання: як неправомірна або недостатня правова підстава може викликати повністю правомірний і повний юридичний наслідок?

Якщо ж йти тим шляхом, що абстрактний речово-правовий правочин є незалежним від зобов'язально-правового, тоді підкреслюється штучність їхнього розмежування. Інакше кажучи, якщо після вчинення зобов'язально-правового правочину у формі укладення договору купівлі-продажу вчиняється речово-правовий правочин із передачі речі в тимчасове користування, то в такому разі стає очевидним недоцільність існування зобов'язально-правового елементу і повна незалежність розпорядчого правочину від нього. Якщо ж вчинення другого без належної justa causa зумовлює його недійсність або неспричинення ним необхідного правового наслідку, то в такому разі стає очевидним його залежність від зобов'язально-правового правочину. Звідси і питання: в чому полягає необхідність їх розмежування?

Ба більше, в контексті захисту виникає питання щодо доцільності існування «дворівневої» процедури його здійснення. По-перше, сам факт розмежування двох видів правочинів вимагає від учасників відповідних правовідносин підвищеної уваги до їхньої чинності, а, по-друге, дворівневий захист – це, відповідно, подвійна тривалість, подвійні витрати, подвійне навантаження на суди у відповідних категоріях справ. Очевидною є та обставина, що в такому разі захист втрачає в оперативності застосування. Переваги в такому підході порівняно з «однорівневим» захистом досить складно вгледіти, особливо в контексті можливості суду вирішити питання в межах однієї юридичної процедури, а не декількох і зважаючи на те, що законодавець може підвищити рівень забезпеченості прав набувачів шляхом обмеження випадків застосування відповідних способів захисту суб'єктивних цивільних прав відчужувачів.

З наведеного випливає, що концепція принципів роз'єднання та абстракції є дискусійною і потребує зваженого підходу під час її впровадження як базової нормативної моделі механізмів виникнення та переходу суб'єктивних цивільних прав.

Стаття присвячена розгляду основних наукових положень щодо розмежування зобов'язально-правового та речово-правового правочинів в юридичних механізмах виникнення та переходу суб'єктивних цивільних прав у контексті принципів роз'єднання та абстракції. Встановлено, що вони є результатом осмислення німецькими вченими-пандектисками юридичного механізму виникнення суб'єктивних цивільних прав на підставі цивільно-правового договору. Базуючись на цих принципах, зокрема німецьке цивільне законодавство розмежовує зобов'язально-правовий і речово-правовий правочини як підстави перенесення титулу. Для прикладу, укладення договору купівлі-продажу являє собою зобов'язально-правовий акт. За німецьким цивільним законодавством його не досить для переходу прав. Наступною стадією є вчинення речово-правового правочину – домовленості про перехід прав, що вчиняється продавцем і покупцем і може мати форму, зокрема фактичної передачі речі.

Водночас у сучасних умовах концепція принципів роз'єднання та абстракції є предметом дискусії. Одним із її вразливих місць є вольовий

аспект, адже відповідно до загальноприйнятої наукової позиції зобов'язально-правовий правочин є каузальним і спрямовується на спричинення певних юридичних наслідків. Також речово-правий правочин вчиняється з тією самою метою, однак не має своєї власної каузи. У зв'язку з цим співвідношення між обома правочинами породжує питання необхідності існування речово-правового акту як окремого правочину в юридичному механізмі виникнення і переходу суб'єктивного цивільного права. Сучасні вчені зазначають, що подвійність правочинів забезпечує подвійний захист учасників відповідних правовідносин. У разі недійсності зобов'язально-правового правочину речово-правовий зберігає свою чинність. Тому реституція може мати місце лише у разі визнання недійсними обох правочинів.

Автор резюмує, що розмежування зобов'язально-правового і речово-правового правочинів змушує учасників відповідних правовідносин бути більш уважними під час їх вчинення. Крім того, таке розмежування подвоює організаційні і фінансові витрати на передачу відповідного суб'єктивного цивільного права і створює додаткові навантаження на суди у разі виникнення юридичного конфлікту. У зв'язку з цим необхідність розмежування зобов'язально-правового і речово-правового правочинів у механізмі виникнення і переходу суб'єктивних цивільних прав зараз залишається дискусійною.

Ключові слова: виникнення прав, перехід прав, правочин, зобов'язально-правовий правочин, речово-правовий правочин, роз'єднання, абстракція

Pohrebniak V. The relationship between contractual and proprietary transactions with respect to principles of division and abstraction

The article is devoted to consideration the main scientific provisions concerning distinction of contractual and proprietary acts in legal mechanism of establishment and transfer of subjective civil rights with regard to principles of division and abstraction. Establishing such principles is a result of comprehension by German pandectists the legal mechanism of establishing civil rights on the basis of contract. Basing on these principles German civil legislation divides contractual and proprietary transactions as ground for title transfer. For example conclusion sales-purchase contract is a contractual act. But it is not enough for right transfer according to German civil legislation. The next stage is proprietary act – agreement of right transfer concluded between salesman and purchaser that can take shape of material act of thing transfer.

But in actual circumstances principles of division and abstraction generate discussion. One of the main weak spots of analyzed concept is will. According to common theoretical position contractual act is causal and aims at effect some consequence. At the same time proprietary act follows the same aim but doesn't have own causa. Relation between both transactions raises the question of necessity of proprietary act as separate deal in legal mechanism of establishment and transfer of subjective civil rights. Modern scientists note that double transactions provide double protection of dealing parts rights. In case of invalidation of contractual act the proprietary act saves its validity. In this point of view restitution can be caused only when both acts recognized as invalid.

The author concludes that division of contractual and proprietary transactions makes necessitate dealing parts to be more attentive when committing them. Moreover such division doubles all organizational and financial expenses on right transfer and loads on courts when juridical conflicts arise. That's why necessity of distinction contractual and proprietary transactions in legal mechanism of establishment and transfer of subjective civil rights is staying debatable nowadays.

Key words: right establishment, right transfer, transaction, contractual transaction, proprietary transaction, division, abstraction.

Література

1. Таш'ян Р.І. Недійсність правочинів та її правові наслідки у цивільному праві Німеччини. Вісник Національної академії правових наук України. 2017. № 1 (88). С. 152–160.

2. Фогель В.А. Недвижимое имущество как объект добросовестного приобретения (по праву Германии). Объекты гражданского оборота : сб. статей / отв. ред. М.А. Рожкова. Москва : Статут, 2007. С. 379–393. (Анализ современного права).

3. Балаценко М.І. Місце речового договору в механізмі реєстрації речових прав на нерухоме майно. Українське комерційне право. 2015. № 14. С. 6–14. (Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень).

4. Харченко Г.Г. Принципи роз'єднання та абстракції у речовому праві. Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 211– 214.

5. Варул П.А. Распорядительные сделки. Сборник научных статей в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова : сб. науч. ст. / отв. ред. П.А. Варул. Ярославль : ЯрГУ, 2011. С. 34–42.

6. Яроцький В.Л. Проблеми використання формально-догматичного методу в сучасних цивілістичних дослідженнях. Проблеми подальшого вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : мат-ли наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч.Н. Азімова, м. Харків, 21 грудня 2017 р. Харків, 2017. С. 5–13.

7. Власова А.В. Абстрактные обязательственные договоры. Очерки по торговому праву : сб. науч. тр. / под. ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославск. гос. ун-т. Ярославль, 2002. Вып. 9. С. 9–19.

8. Егоров Ю.П. Классификация сделок. Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 3 (16). С. 100–111.

9. Сурженко О.А. Засоби фіксації переходу права власності за договором. Теорія і практика правознавства: електрон. наук. фахове вид. 2013. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_9 (дата звернення: 17.12.2018).

10. Дормидонтов Г. Ф. Система римского права: Вещное право. студ. Изд. Казань : Типо-литография Импер. ун-та. 1913. 204 с.

11. Шимон С.І. Відчуження майнового права та концепт речового (розпорядчого) правочину в цивільному праві. Форум права : електрон. наук. фахове вид. 2011. № 2. С. 1048–1054. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_2_172 (дата звернення: 17.12.2018).

12. Криволапова Л.В. О месте распорядительных сделок в системе юридических фактов. Известия Оренбургского государственного аграрного университета. 2012. № 36–1. Т. 4. С. 262–265.

УДК 346.34
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.978

С. Подоляк,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри господарського та адміністративного права
факультету соціології та права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

ГОСПОДАРСЬКИЙ ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МАРКЕТИНГОВИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ

Перехід України до ринкової економіки в умовах поглиблення конкуренції вимагає в господарюючих суб'єктів професійного ставлення до споживчого попиту. Саме тому проведення маркетингового аналізу в його найефективніших формах у підприємницький діяльності стало об'єктивною необхідністю. Термінологія господарського договору про надання маркетингових послуг широко використовується в літературі, утім, його правове визначення залишається предметом дискусій. Маркетингові послуги та господарсько-договірні зв'язки між господарюючими суб'єктами, пов'язані з наданням маркетингових послуг, наполегливо входять у цивільний оборот і вимагають свого регулювання. Для сприяння підвищенню рівня маркетингових послуг в Україні та захисту суб'єктів ринку від некваліфікованого маркетингового обслуговування Українською асоціацією маркетингу (УАМ) на основі чинних міжнародних стандартів розроблено стандарт якості маркетингових досліджень УАМ 91.12.0-2108654-001-2002 [1].

Метою статті є визначення правової природи господарського договору про надання маркетингових послуг, його особливостей і різновидів як однієї з ключових для розвитку ринкових відносин конструкцій, проведення аналізу чинного законодавства України в сфері надання послуг і формулювання пропозицій щодо його вдосконалення.

Господарсько-договірні відносини та їхнє правове вираження – господарський договір – є організаційним елементом економіки кожної країни. У правознавстві України категорія господарського договору залишається спірною. У Господарському кодексі (далі – ГК) України визначення господарського договору відсутнє, як і нема одностайності у визначенні цього поняття в літературі з господарського права, виданій в Україні за останні роки [4, с. 37]. При цьому термін (категорія) «господарський договір» використовується в таких значеннях: як угода (правочин), що породжує права та обов'язки учасників господарських відносин; як зобов'язання сторін (учасників господарських відносин), що ґрунтуються на укладеній ними угоді; як правовий документ, в якому фіксується факт угоди та зміст зобов'язання сторін.

О.А. Беляневич зазначає, що як соціально-правова категорія господарський договір має особливі ознаки [5, с. 456–457]:

1) сфера господарювання як особлива сфера суспільних відносин, особлива цільова спрямованість господарських договорів виявляється в обслуговуванні безпосередньої господарської діяльності (як основної, так і допоміжної) та організації такої діяльності;

2) сторони зобов'язання – які є суб'єктами господарювання або іншими учасниками відносин у сфері господарювання;

3) юридичний об'єкт – певні дії господарського чи управлінського характеру

© С. Подоляк, 2019

(зокрема, виконання робіт, передача майна, сплата грошей, надання інформації тощо).

І лише за наявності зазначених ознак відносин, що склалися між сторонами внаслідок угоди, визначаються як господарсько-договірні з поширенням на них норм спеціального законодавства, що регулює окремі види господарських договорів, порядок їх укладання та виконання, зміст, застосування різних видів господарсько-правової відповідальності за неналежне виконання.

Вчена А.Г. Бобкова з цього приводу вважає, що недостатність і нечіткість господарського законодавства, наявність проблем у правозастосуванні напряму пов'язані з невизначеністю правової природи господарського договору [7, с. 3].

Як правило, дослідження господарського договору здійснюється з використанням традиційного для юриспруденції методологічного інструментарію. Ми використовуємо міждисциплінарний підхід, сформований у межах синергетики. Синергетика надає нам можливість розглянути господарський договір як відкриту самоорганізуючу соціально-правову господарську систему, яка може бути описана на вербальному рівні з використанням для дослідження методу системного аналізу.

Сутність системи права полягає в тому, що її складові частини – галузі права – не тільки відмежовуються одна від одної, але й нерозривно пов'язані між собою, відображаючи властивість єдиної системи як цілого. Це стосується й співвідношення цивільного та господарського права [8, с. 31].

Господарське договірне право одночасно виступає складником господарського права (його інститутом) і системою нижчого рівня в системі права загалом [6, с. 81]. Під цим кутом зору підсистема «господарський договір» є елементом господарського договірного права. Враховуючи концепцію загального підходу системного методу пізнання, що невіддільною властивістю будь-якої системи є її відносність, тобто що кожна система може розглядатися як елемент іншої, більш широкої системи – системи більш широкого порядку, – можна і господарський договір розглянути як систему.

З одного боку, господарське договірне право можна представити як сукупність норм і відносин, які створені самими суб'єктами цих відносин у порядку самоорганізації та саморегулювання, а господарський договір – це інструмент господарського договірного права, а з іншого – держава, як гарант цивільного суспільства, за допомогою системи норм виступає регулятором господарсько-договірних відносин – захищає та реалізує ці відносини за допомогою державних засобів примусу.

Розглядаючи загальне поняття господарського договору з урахуванням синергетичного визначення системи, що система – це сукупність об'єктів і процесів («компонентів»), які мають між собою взаємозв'язок і взаємодію й створюють єдине ціле з властивостями, яких не має жоден із компонентів окремо [9, с. 22], можна зробити висновок, що господарський договір, з одного боку, виконує функцію юридичного факту, з яким пов'язується виникнення в конкретних учасників господарських відносин прав та обов'язків (індивідуалізованих правил поведінки), з іншого боку, як зобов'язання, виступає ключовим елементом стадії реалізації норм, в якому поєднуються використання дозволянь, дотримання заборон, виконання зобов'язань і який спрямований на досягнення соціально значущих цілей і задоволення певних інтересів учасників господарських відносин та інтересів суспільства загалом [6, с. 73]. Саме така багатофункціональність господарського договору і надає нам можливість розглянути його як соціально-правову господарську систему, яка складається з компонентів – елементів системи, поєднаних між собою функціональними правовими зв'язками, й також має універсальну конструкцію, яка надає можливість виокремити такі основні елементи соціально-правової системи

«господарський договір»: контрагенти; істотні умови договору; угода сторін; зобов'язальні правовідносини; правова мета договору (з огляду на концепцію, що господарський договір як угода має визначену правову та економічну мету, в дослідженні розглядався тільки правовий аспект).

При цьому конструкція господарського договору як засобу організації господарсько-договірних відносин базується на законодавчих імперативних нормах, які створюють зовнішнє правове поле і виконують функції контролю правомірності цих відносин.

Узагальнюючи все зазначене вище, загальну нормативно-правову модель господарського договору можна відобразити як модель правовідносин, які виникають на основі господарського договору, а саме – сукупності умов господарського договору щодо розподілених між учасниками договірного процесу на підставі їхньої угоди прав та обов'язків, реалізація яких спрямовується на досягнення правової мети договору.

Аналізуючи зазначену модель господарського договору як соціально-правову господарську систему, можна стверджувати, що вона визначає його структуру та кінцеву мету. Системність господарського договору виявляється не тільки в тому, що він складається з функціональних частин – юридичних компонентів, пов'язаних поміж собою функціональними зв'язками (формами реалізації права), а ще й у тому, що ця система існує не в замкнутому просторі, а в зовнішньому правовому полі і в зовнішньому середовищі. Стабільність і сталість системи залежать від реалізації процесу самоорганізації – наявності механізмів саморегуляції. Можна зазначити, що соціально-правовій системі «господарський договір» притаманні два види механізмів саморегуляції:

– договірна саморегуляція – від'ємні зворотні зв'язки, котрі за допомогою особливих засобів впливу (санкцій) урівноважують систему;

– процесуально-договірна саморегуляція – додатні зворотні зв'язки (мирові угоди), котрі не стримують нерівновагу системи, а переводять її на інший рівень рівноваги за допомогою зміни прав та обов'язків.

За такого підходу правова сутність господарського договору полягає в організації (зокрема, самоорганізації) господарсько-договірних відносин, спрямованих на досягнення правової мети, при цьому норми права виконують роль нормативно-правового регулятора цих відносин.

Спробуємо використати для дослідження розроблене нами авторське визначення господарського договору як соціально-правової господарської системи, заснованої на угоді сторін, що слугує юридичною (правовою) підставою виникнення зобов'язальних правовідносин, за якими визнається юридичний (правовий) характер, та спрямованої на досягнення правової мети [10, с. 19–21].

Розглянемо конструкцію господарського договору про надання маркетингових послуг як соціально-правову господарську систему:

– контрагенти (суб'єкти господарювання): замовник і виконавець-маркетолог;

– істотні умови договору (предмет договору): маркетингові послуги для підвищення ефективності власного виробництва та оптимізації бізнес-процесів, які визначають предмет договору: розміщення в місцях продажу, вивчення, дослідження та аналіз споживчого ринку (окремих його елементів, зокрема учасників, товарів, попиту, пропозиції тощо) та/або формування пропозицій щодо способів досягнення визначеної замовником або іншою особою мети на ринку (формування або підвищення попиту, стимулювання збуту тощо); ціна; строк дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК України) [2];

– угода сторін договору: виконавець-маркетолог зобов'язується виконати завдання замовника, а замовник

зобов'язується оплатити виконавцеві надання визначених договором послуг;

– правова мета договору: надання звіту про проведення маркетингових досліджень з їхніми результатами та рекомендаціями замовнику;

– економічна мета договору: отримання ефекту результативності маркетингових послуг, який не виникає в момент їх завершення, наслідком чого може бути не гарантованість результату послуги, тобто слідування сформульованим рекомендаціям і пропозиціям, зокрема втіленим у маркетингову програму або стратегію, не гарантує одержання запланованого результату [11, с. 157]. На нашу думку, це вимагає конкретної правової регламентації результату маркетингових послуг, гарантій, що бере на себе виконавець, з досягнення такого результату.

Вищевикладене доводить, що правова сутність господарського договору про надання маркетингових послуг повністю збігається із запропонованим нами загальним визначенням господарського договору як соціально-правової господарської системи, заснованої на угоді сторін, що слугує юридичною (правовою) підставою виникнення зобов'язальних правовідносин, за якими визнається юридичний (правовий) характер, та спрямованої на досягнення правової та економічної мети.

Враховуючи різноманітність цільової спрямованості маркетингових послуг, і характеру дій, що становлять їхній зміст, можна зробити умовну диференціацію господарських договорів про надання маркетингових послуг залежно від обраного терміну дії договорів у частині істотних умов договору: 1) за довгострокової співпраці предмет договору визначає загальний перелік послуг і загальні умови виконання, а в додаткових угодах визначають місце проведення дослідження, строки виконання тощо; 2) за разової співпраці предмет договору визначає конкретні завдання, строк виконання, ціну, місце проведення.

Широко поширеним прикладом короткострокового договору є господарський договір про надання маркетингових послуг мерчандайзингу – вдалого розміщення товарів у торговому залі, оригінального оформлення прилавків і вітрин, організація презентацій із роздаванням сувенірів, наданням знижок і пільг тощо.

Українське законодавство досі не передбачило механізмів правового регулювання господарських договорів про надання маркетингових послуг, які мають свою специфіку та особливості. Тому стає очевидною необхідність перегляду наукових підходів до господарсько-договірних відносин у цій сфері задля підвищення їхньої якості та ефективності. Господарський кодекс України в ст. 6 визначає серед загальних принципів господарювання вільний рух капіталів, товарів і послуг на території України, а в ч. 1 ст. 259 [2] прямо відносить надання послуг до різновидів господарської діяльності, при цьому зазначає, що окремий вид діяльності може складатися як з єдиного простого процесу, так і охоплювати низку процесів, кожен з яких входить до відповідної категорії класифікації. У такому аспекті можна вважати, що маркетингові послуги (маркетингові дослідження) за правовим режимом займають проміжне становище між господарським договором про надання послуг і господарським договором про науково-дослідні дослідження [11, с. 157]. Ст. 180 ГК України не надає конкретного визначення предмета договору (ч. 3), утім, узагальненою назвою «умови про предмет у господарському договорі» охоплює найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їхньої якості [2].

Водночас ст. 901 Цивільного кодексу України [3] нормативно закріплює загальне визначення договору про надання послуг. Відповідно, ГК України визначає надання послуг господарською діяльністю, а Цивільний кодекс (далі – ЦК) України – цивільно-правовою категорією.

Отже, можна стверджувати, що договори про маркетингову діяльність

при тому, що посідають важливе місце в класифікації договорів про надання послуг, досі не знайшли гідного місця ні в системі господарського, ні в системі цивільного права.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що дослідження правової природи господарського договору про надання маркетингових послуг як соціально-правової господарської системи з використанням синергетичного методу довело достовірність кінцевого результату та ефективність вибору методу дослідження. Враховуючи, що маркетингові послуги є способом задоволення потреб господарської діяльності, а замовником і виконавцем є господарюючі суб'єкти, ми вважаємо доцільним закріплення в ГК України господарського договору про надання маркетингових послуг із виокремленням повного переліку конкретних умов договору й конкретної правової регламентації результату маркетингових послуг, а саме – гарантій, що бере на себе виконавець із досягнення такого результату.

У статті проводиться дослідження ефективності правового регулювання господарського договору про надання маркетингових послуг у законодавстві України в умовах ринкової економіки. Здійснюється аналіз сучасних підходів до загального визначення поняття господарського договору відомих українських учених-правознавців. За допомогою синергетичного методу досліджено господарський договір як відкриту самоорганізуючу соціально-правову систему. Розглянуто вербальну нормативно-правову модель системи «господарський договір», на базі якої розкрито його юридичну природу і сформульовано авторське визначення господарського договору як соціально-правової господарської системи, заснованої на угоді сторін, що слугує юридичною (правовою) підставою виникнення зобов'язальних правовідносин, за якими визнається юридичний (правовий) характер, та спрямованої на досягнення правової мети. Зроблено аналіз господарського договору про надання маркетингових послуг, розглянуто його конструкцію як соціально-правової господарської системи, виокремлено особливості окремих його структурних елементів. Доведено, що правова сутність господарського договору про надання маркетингових послуг повністю збігається із запропонованим нами визначенням господарського договору як соціально-правової господарської системи.

Важливою відмінністю господарського договору про надання маркетингових послуг нами визначено особливе значення економічної мети договору – отримання ефекту результативності маркетингових послуг, який не виникає в момент їх завершення, наслідком чого може бути не гарантованість результату послуги, тобто слідування сформульованим рекомендаціям і пропозиціям, зокрема втіленим у маркетингову програму або стратегію, не гарантує одержання запланованого результату.

Проведений аналіз чинного законодавства України в сфері надання послуг довів, що українське законодавство досі не передбачило механізмів правового регулювання господарських договорів про надання маркетингових послуг, які мають свою специфіку та особливості. Запропоновано основні напрями вдосконалення господарського законодавства України в цьому питанні.

Ключові слова: господарський договір, надання маркетингових послуг, замовник, виконавець

Podolyak S. Economic contract for marketing services in Ukraine

In the article the effectiveness of legal regulation of economic contract for marketing services in the legislation of Ukraine is examined. The analysis of modern approaches to the general

definition of the concept of economic contract done by well-known Ukrainian legal scholars is carried out. The economic contract was examined using the synergistic method as the open self-organizing social-legal system. The verbal normative-legal model of the economic contract system is considered. It was the basis for revealing the legal nature of economic contract and for representing the author's definition of economic contract as a socio-legal economic system based on the agreement of parties, which serves as a legal ground for the origin of obligatory legal relations, and aimed to achieve legal goal. The analysis of the economic contract for marketing services is made, its construction is considered as a socio-legal economic system, and the features of its individual structural elements are highlighted. It is proved that the legal point of economic contract for marketing services completely fits with our proposed definition of the economic contract as a socio-legal economic system.

The important difference of economic contract for marketing services is the special significance of the economic purpose of the contract – obtaining the effective marketing services, which does not occur at the time of their completion. So it may result to the lack of guarantee of the service result. Following the formulated recommendations and proposals, including implementing in the marketing program or strategy, does not guarantee the intended result.

The conducted analysis of the current legislation of Ukraine in the sphere of services has shown that our legislation has not yet provided the mechanisms of legal regulation of economic contracts for marketing services, which have their specific features. The basic directions of improvement of the economic legislation of Ukraine in this matter are offered.

Key words: economic contract, rendering marketing services, client, executor.

Література

1. Українська асоціація маркетингу. URL: http://uam.in.ua/ukr/about.

2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print.

3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran161#n161&p=.

4. Луць В.В. Тенденції розвитку договірного права в сучасних умовах. Еволюція цивільного законодавства : проблеми теорії і практики : матеріали Міжнародної наук.-практ. конф., м. Харків, 29–30 квітня 2004 р. Київ : Академія правових наук України ; НДІ приватного права і підприємництва ; НДІ інтелектуальної власності ; Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С. 32–39.

5. Договірне право України. Загальна частина : навч. посібник / Боднар Т.В., Дзера О.В., Кузнєцова Н.С. та ін. ; за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.

6. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 592 с.

7. Бобкова А.Г. Про господарські договори в рекреаційній діяльності. Правничий часопис Донецького університету. 2000. № 1 (4). С. 13–17.

8. Шахматов В.П. Учение о правовых нормах (общетеоретический и цивилистический аспекты) : библиогр. пособие. Красноярск : Изд-во Красноярского ун-та, 1985. 156 с.

9. Пугачева Е.Г., Соловьенко К.Н. Самоорганизация социально-экономических систем : учеб. пособие. Иркутск : Издательство БГУЭП, 2003. 171 с.

10. Подоляк С.А. Недійсний та неукладений господарський договір: правові підстави та наслідки : монографія. Київ : Видавництво «Ліра-К», 2012. 214 с.

11. Мірзоян А.А. Окремі проблеми правового регулювання маркетингових послуг. Актуальні проблеми юридичної науки : збірник тез Міжнар. наук. конф. «Шості осінні юридичні читання», м. Хмельницький, 26–27 жовтня 2007 р. : у 3 ч. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. Ч. 2 : Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний процес. Трудове право. Право соціального забезпечення. С. 155–158.

УДК 343.85:343.34
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.979

Н. Федчун,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОСНОВИ ПРОФІЛАКТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ПІД ЧАС ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ БЕЗПЕКИ

Протягом тривалого часу проблеми необережної злочинності в кримінології були другорядними, оскільки існувала думка про незначну суспільну небезпечність злочинів цього виду. Така позиція є хибною. За розміром і характером заподіюваної шкоди злочини, скоєні з необережності, значно переважають умисні злочини, які зазвичай активно вивчаються. Практика свідчить, що під час порушення правил безпеки необережні злочини становлять абсолютну більшість.

Як правило, у разі злочинної необережності характер завданого збитку визначають не стільки ступенем «моральної зіпсованості» особи, скільки сферою діяльності суб'єкта, способом використання ним знарядь і засобів, ситуацій, за яких скоєно злочин, а також багатьма іншими обставинами, що можуть бути випадковими для суб'єкта. Тому в необережних злочинах наявне певне протиріччя між соціально-психологічною характеристикою правопорушника і значущістю наслідків, що настають.

Активна технізація всіх сфер людського життя, збільшення кількості джерел підвищеної небезпеки та ускладнення вимог до осіб, які їх (джерела) експлуатують, зумовлюють необхідність актуалізації досліджень проблеми профілактики злочинів, що вчиняються під час порушення правил безпеки.

До прикладу, не оцінити збитки, спричинені аваріями на промислових об'єктах, різного роду техногенними катастрофами, забруднення довкілля, дорожньо-транспортні пригоди, пожежі тощо. Рівень аварійності, який би він не був, вимагає невпинної уваги, особливо в галузях, пов'язаних із ризиками глобальних наслідків.

До питань необережної злочинності неодноразово звертались у своїх працях такі вчені, як Антонян Ю.М., Бузало П.М., Василевич В.В., Дагель П.С., Даньшин І.М., Джужа О.М., Дрішлюк І.А., Закалюк А.П., Зелінський А.Ф., Іншаков С.М., Крайник Г.С., Мисливий В.А., Нежурбіда С.І. та інші.

Наприклад, у літературі зазначається, що в основі індивідуальної злочинної поведінки, зокрема й необережної, у причинній площині лежать як ситуація, так і негативні психологічні деформації, що прийняли форму антисуспільної установки особистості. Зовнішні фактори діють опосередковано, через риси характеру, вольові й емоційні якості, ціннісно-нормативні характеристики свідомості, мотиваційну сферу та сферу потреб [1, с. 66]. Умовою переходу зовнішніх факторів у внутрішні є різноманітні форми діяльності людини, кожна з яких відображається у внутрішньому світі людини.

Зокрема, порушуючи встановлені правила безпеки експлуатації або ремонту, особи-працівники транспорту або виробництва діють на шкоду соціальному зв'язку, змінюючи характер своєї діяльності так, що вона стає небезпечною для суспільства. У поєднанні із зовнішніми умовами (погодними умовами, особливостями технічного засобу і т.п.) це призводить до втрати контролю над транспортним засобом

© Н. Федчун, 2019

або його механізмами, які забезпечують його нормальне функціонування. Особа ж винного в порушенні правил безпеки характеризується антисоціальною установкою, що виражається у зневажливому ставленні до безпеки на транспорті або виробництві, до життя і здоров'я людей, або не досить вираженою соціальною установкою, тобто не досить дбайливим ставленням до зазначених соціальних цінностей.

Безумовно, конкретна ситуація помітно впливає на порушення правил безпеки, певним чином впливаючи на порушника. Однак характер зазначеного впливу не завжди однозначний: конкретна ситуація може не тільки сприяти створенню загрози безпеки, але й бути індиферентною або навіть ускладнювати реалізацію загрози.

Наприклад, відносну більшість усіх аварій під час експлуатації джерел підвищеної небезпеки (63,3%) скоєно в сприятливій ситуації, значно менше (27,5%) – у нейтральній і тільки 9,2% – в умовах перешкоджаючої ситуації. Поряд із цим конкретна ситуація в 63% випадків порушень правил безпеки давала особі достатню інформацію про можливість заподіяння шкоди, і у всіх випадках вона ж створювала для неї об'єктивну можливість уникнути шкоди [2, с. 47].

Зазначена закономірність є свідченням того, що порушники за своїми особистими рисами здебільшого не відповідають ситуації, оскільки під час усвідомлення небезпеки ситуації і наявної об'єктивної можливості уникнути заподіяння шкоди вони повинні були зробити це.

Особливо необхідно зазначити, що під час порушення правил безпеки джерело підвищеної небезпеки (обладнання, транспортний засіб) набуває самостійності. Використання його на шкоду суспільству не входить у сферу свідомої діяльності особистості [3].

Отже, під час порушення правил безпеки небезпечна (криміногенна) ситуація в їхньому ґенезисі практично завжди відіграє досить значиму роль.

Через встановлення кореляційних зв'язків між небезпечною (криміногенною) ситуацією та об'єктивною стороною злочинного порушення правил безпеки як зовнішнього вираження вчинення злочину можна визначити характер взаємодії особистості (порушника), небезпечних властивостей ситуації та джерела підвищеної небезпеки.

Вплив небезпечної ситуації та властивостей джерела підвищеної небезпеки у криміногенезі порушення правил безпеки через класифікацію небезпечних ситуацій за рівнем складності, розроблену С.М. Іншаковим [4, с. 194], може бути представлений так:

1) Ситуація високого рівня складності – ситуація, з якою може впоратися і негативні наслідки якої здатний уникнути не всякий фахівець; забезпечення безпеки в такій ситуації – мистецтво.

Ситуація цього типу відіграє в ґенезі необережного злочину вирішальну роль.

2) Ситуація середнього рівня складності – забезпечення безпеки вимагає підготовки фахівця, вміння зібратися і сконцентруватися на прийнятті правильного рішення і подоланні небезпеки.

Роль ситуації цього типу і роль особистості в ґенезі необережного злочину рівнозначні.

3) Ситуація низького рівня складності – криміногенна ситуація відіграє другорядну роль у ґенезі злочину, головна роль належить негативним рисам особистості.

Проте слід враховувати, що навіть найбільш несприятлива ситуація не обов'язково призводить до скоєння злочину. Вирішальне значення, безумовно, належить конкретній людині з її системою поглядів, схильностей і прагнень. Своєчасна нейтралізація небезпечного потенціалу ситуації і вжиття заходів до мінімізації її шкідливої дії мають велике значення для профілактики порушень правил безпеки.

Джерело підвищеної небезпеки та ситуація у разі порушення правил

безпеки мають підпорядковане значення, яке може ускладнювати завдання особи щодо сприйняття їхніх впливів і ситуації загалом.

Отже, основні причини порушень правил безпеки зумовлені суперечностями між суб'єктом їх вчинення і об'єктивними обставинами (ситуацією, конкретними знаряддями праці, технічними засобами і т.п.). Водночас самі дефекти особистості порушника, небезпечні властивості ситуацій і знарядь криються в загальносоціальних причинах й умовах злочинності загалом: політичній та економічній кризі, деформації суспільної та індивідуальної свідомості, дезорганізації суспільного життя [5, с. 67].

Необхідно зазначити, що не кожна аварія або інші негативні наслідки на транспорті або виробництві є результатом злочинного порушення правил безпеки, але науковими дослідженнями [2; 6; 7] підтверджується той факт, що механізм порушення спеціальних правил безпеки, їхні детермінанти переважно збігаються.

Ситуація і, наприклад, транспортний засіб як джерело підвищеної небезпеки виступають зовнішнім фоном, умовою вчинення злочину. Лише поведінкою суб'єкта (особистісний людський фактор), що взаємодіє із ситуацією і джерелом підвищеної небезпеки, загроза, що призводить до суспільно-небезпечних наслідків, реалізується в дійсності. Необхідно зазначити, що причини порушень правил безпеки кореняться в суперечності між двома цими сторонами, тобто полягають у невідповідності особистості (або її поведінки) вимогам ситуації або стану технічного засобу.

Отже, об'єктивні чинники сприяють створенню кордону, меж, у рамках яких особа може вибрати як неправильний (необережний), так і правильний (тобто такий, що не порушує інтересів суспільства) варіант поведінки.

Під час розслідування будь-яких аварій із поля зору випадають причини психологічного складника поведінки безпосереднього учасника аварійної ситуації, який є відповідальним за безпечне управління об'єктом, адже лише поведінкою суб'єкта (людський фактор), що взаємодіє із ситуацією і джерелом підвищеної небезпеки, загроза, що призводить до суспільно-небезпечних наслідків, реалізується в дійсності.

А.Ф. Зелінський вважав, що психологія необережних злочинів, які саме становлять абсолютну більшість під час порушення правил безпеки, складається з діалектичного співвідношення помилок (дефектів) свідомості та неусвідомлюваних психічних процесів: «Необережне спричинення шкоди відбувається через те, що свідомість винного «спрацювала» не так, як треба було б у цьому випадку, і її місце у регуляції поведінки зайняли звички, установки, емоції» [8, с. 114].

Фактором, що впливає на оперативну надійність порушників правил безпеки, є морально-вольові особливості їхньої особистості. Названий фактор посідає центральне місце в системі детермінант делінквентної (злочинної) поведінки осіб, які порушують правила безпеки, оскільки саме він дає змогу зв'язати необережні дії цих осіб із сутністю вини як негативним (не досить уважним) ставленням суб'єкта до виконуваних ним обов'язків.

Психофізіологічні стани суб'єкта відіграють істотну роль в його поведінці і нерідко є однією з причин виникнення аварійних ситуацій і серйозних аварій. Зокрема, за даними, отриманими під час дослідження [2], 10,3% осіб спричинили аварію внаслідок перевтоми; 2,6% – внаслідок розгубленості в критичний момент; 25,7% – внаслідок неуважності, поспішності, квапливості. Ще 1,5% перебували в момент аварії у хворобливому стані. Якщо до того ж врахувати осіб, які вчинили аварію у стані сп'яніння, яке помітно знижує велику кількість психофізіологічних функцій людини, то виявиться, що в третині випадків дефекти реакції відіграють вирішальну роль, можуть сприяти в складних умовах неправильному сприйняттю та оцінці ситуації,

помилковому вибору варіанта поведінки, негативно позначиться на швидкості і точності вчинення дій, що тягне за собою тяжкі наслідки.

Взаємодія «небезпечної ситуації – людського фактора – джерела підвищеної небезпеки» вимагає триєдиного вектора профілактичної діяльності через нейтралізацію небезпечного потенціалу ситуації, мінімізацію «людського фактора» та врахування небезпечних властивостей джерела підвищеної небезпеки, а саме:

1) нейтралізацію небезпечного потенціалу ситуації: прогнозу і припинення можливих варіантів надзвичайного ускладнення техногенної ситуації, що загрожує виходом техніки з-під контролю людей; вилучення з виробництва серійних технічних конструкцій, експлуатація яких створює такі ситуації; обмеження експериментальних ситуацій такого роду, забезпечення підвищеного рівня локалізації негативних наслідків під час технічних експериментів; поліпшення умов охорони праці, техніки безпеки;

2) мінімізацію «людського фактора»: підвищення правової культури; підготовку фахівців і відпрацювання стандартів поведінки в небезпечних ситуаціях, постійне навчання, періодичне підвищення їхньої кваліфікації та поточний контроль за відповідністю рівня їхньої підготовки і психофізичного стану складності виконуваних завдань; виховну роботу, спрямовану на запобігання тим чи іншим порушенням правил безпеки; посилення відповідальності правопорушників цієї категорії.

3) джерело підвищеної небезпеки: нейтралізацію небезпечних факторів, властивих технічним системам, і зменшення можливої шкоди від їх використання; чітку регламентацію норм і правил безпеки; розроблення нових, максимально безпечних для людини і навколишнього середовища машин і механізмів; технічне вдосконалення знарядь і засобів, підвищення їхньої надійності; контроль за технічним станом джерела підвищеної небезпеки.

Отже, до експлуатації джерел підвищеної небезпеки необхідно залучати не тільки залежно від компетенції та фізичного здоров'я, а й з урахуванням психофізіологічних показників і станів особистості та здійснювати подальший контроль цих показників у процесі використання/експлуатації джерела підвищеної небезпеки поряд зі своєчасною нейтралізацією небезпечного потенціалу ситуації та джерела підвищеної небезпеки і вжиття заходів до мінімізації її шкідливої дії.

Стаття присвячена визначенню основних засад профілактики злочинів, що вчиняються під час порушення правил безпеки. Зазначається, що не кожна аварія або інші негативні наслідки на транспорті або виробництві є результатом злочинного порушення правил безпеки, але механізм порушення спеціальних правил безпеки, їхні детермінанти переважно збігаються.

Ситуація і, наприклад, транспортний засіб як джерело підвищеної небезпеки виступають зовнішнім фоном, умовою вчинення злочину. Лише поведінкою суб'єкта (людський фактор), що взаємодіє із ситуацією і джерелом підвищеної небезпеки, загроза, що призводить до суспільно-небезпечних наслідків, реалізується в дійсності. Необхідно зазначити, що причини порушень правил безпеки полягають у невідповідності особистості (або її поведінки) вимогам ситуації або стану технічного засобу, тобто кореняться в суперечності між цими сторонами.

Отже, об'єктивні чинники сприяють створенню кордону, меж, у рамках яких особа може вибрати як неправильний (необережний), так і правильний (тобто такий, що не порушує інтересів суспільства) варіант поведінки.

Психологія порушення правил безпеки складається з діалектичного співвідношення дефектів свідомості, що виражається у зневажливому ставленні до безпеки на транспорті

або виробництві, до життя і здоров'я людей, та психофізіологічних станів особистості. Зазначене дає змогу пов'язати необережні дії порушників із сутністю вини як негативним (не досить уважним) ставленням суб'єкта до виконуваних ним обов'язків.

Взаємодія «небезпечної ситуації – людського фактора – джерела підвищеної небезпеки» вимагає триєдиного вектора профілактичної діяльності через нейтралізацію небезпечного потенціалу ситуації, мінімізацію «людського фактора» та врахування небезпечних властивостей джерела підвищеної небезпеки.

Ключові слова: джерело підвищеної небезпеки, небезпечний потенціал ситуації, людський фактор, порушення правил безпеки, злочинна необережність, психофізіологічні стани, профілактика.

Fedchun N. The prevention basics of crimes, committed by safety rules violation

The article is devoted to definition of the prevention basics of crimes, committed by safety rules violation. Noted that not every accident or other negative effects on transport or production are caused by criminal violation of safety rules, but the mechanism of violation of special safety rules and its determination are the same.

Defined that situation and source of hazard act as an external background, only by behavior of the subject (human factor), that interacts with situation and source of hazard, the threat, may be realized. The causes of safety rules violation lay in the inconsistency of the person (or his behavior) with the requirements of the situation or condition of technical means, i.e. lay in the antilogy of these sides.

In such a way, objective factors support the creation of borders, in the frames of which a person can choose as an incorrect (careless), so correct (that doesn`t break common interests) variant of behavior.

Psychology of safety rules violation consists in dialectical relation of defects of consciousness (such as disrespectful attitude to safety on transport or production, to life and health of people) and psychophysiological states of the person. Mentioned accepts to connect careless actions of violators with the essence of the guilt, as with negative (not attentive enough) attitude to performed duties.

Interaction of "situation – human factor – source of hazard" requires a triple vector of prevention activity by neutralization of the dangerous potential of the situation, minimization of human factor and taking into account the hazardous properties of the high-risk source.

Key words: source of hazard, dangerous potential of the situation, human factor, safety rules violation, criminal negligence, psychophysiological states, prevention.

Література

1. Криминальная мотивация / Ю.М. Антонян, В.В. Гульдан, В.Н. Кудрявцев и др. ; под ред. В.Н. Кудрявцева. Москва : Наука, 1986. 304 с.

2. Федчун Н.О. Кримінологічна безпека мореплавства та кримінально-правові засоби її забезпечення : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Одеса : НУ «ОЮА», 2014. 241 с.

3. Дагель П.С. Неосторожность. Уголовно-правовые и криминологические проблемы. Москва : Юрид. лит., 1977. 144 с.

4. Иншаков С.М. Исследование преступности. Проблемы методики и методологии : монография. Москва, 2012. 335 с.

5. Крайник Г. Мотиви злочинів, вчинених з необережності. Юридична Україна. 2014. № 12. С. 65–70.

6. Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту : монографія. Дніпропетровськ : Юридична академія МВС України, 2004. 380 с.

7. Дришлюк И.А. Охрана безопасности движения и эксплуатации морского транспорта уголовно-правовыми средствами : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 1988. 23 с.

8. Зелинский А.Ф. Осознаваемое и неосознаваемое в преступном поведении. Харків : Вища школа, 1986. 168 с.

УДК 343.102
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.980

С. Фролов,
Служба безпеки України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ТА КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ

Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, сьогодні є одним із основних напрямів діяльності організованих злочинних угруповань і злочинних організацій, що має транснаціональний характер і тягне за собою спричинення тяжких наслідків для економіки більшості держав світової спільноти. Не підлягає сумніву той факт, що легалізація злочинних доходів стала глобальною загрозою для економічної та політичної безпеки, у зв'язку з чим цей вид злочинної діяльності перебуває в центрі уваги правоохоронних і фінансових органів, які, у свою чергу, потребують прийняття узгоджених заходів щодо протидії цьому явищу як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Результати теоретичних досліджень і практичного досвіду, пов'язаних із протидією легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, опубліковані у працях таких учених і практиків, як: П.П. Андрушко, Л.І. Аркуша, С.Н. Баліна, О.М. Бандурка, В.П. Головіна, М.В. Джига, О.Ф. Долженков, Л.М. Доля, О.О. Дудоров, В.А. Журавель, Н.С. Карпов, Я.Ю. Кондратьєв, О.Є. Користін, Н.М. Мироненко, С.І. Ніколаюк, Д.Й. Никифорчук, В.М. Попович, Г.М. Потинка, А.М. Решелюк, О.Б. Сахарова, А.Г. Семчук, М.С. Хруппа, В.Ю. Шепитько та інші. Оцінюючи наукові здобутки цієї проблематики, слід зауважити, що питання протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, розроблені не остаточно та потребують подальших досліджень. У цій сфері залишається значне коло питань, поки що не розв'язаних.

Метою статті є розгляд проблем протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Суспільна небезпека легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, полягає в заподіянні шкоди легальній економічній діяльності, створенні матеріального підґрунтя для збільшення масштабів злочинної діяльності, дестабілізації нормального функціонування фінансової системи, зниженні рівня довіри до неї, посиленні інфляційних процесів, порушенні принципу рівноправності суб'єктів підприємницької діяльності, посиленні недобросовісної конкуренції та майнового розшарування суспільства, погіршенні міжнародного іміджу України.

Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, є типовим конвенційним злочином, тобто діянням, криміналізація якого відбулась у зв'язку зі вступом нашої держави до числа учасників відповідних міжнародно-правових актів.

Основним безпосереднім об'єктом злочину є встановлений із метою протидії залученню в економіку «брудних» коштів порядок здійснення господарської діяльності, а також порядок вчинення цивільно-правових правочинів у частині використання майна, не пов'язаного з господарською діяльністю. Додатковими об'єктами злочину виступають інтереси правосуддя, фінансова система, засади добросовісної конкуренції.

© С. Фролов, 2019

Предмет злочину – кошти та інше майно, одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів (предикатне діяння).

Кошти та інше майно виступають предметом легалізації за умови, що їх одержання відбулося заздалегідь і було поєднано з порушенням норм тільки кримінального законодавства України або іншої держави. Це випливає з назви ст. 209 Кримінального кодексу України (далі – КК України), де прямо вказується на доходи, одержані саме злочинним шляхом [1].

Слід зазначити, що законодавче визначення предикатного діяння неодноразово зазнавало змін.

Зокрема, за ст. 209 КК України у редакції Закону України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III предметом легалізації визнавались грошові кошти та інше майно, здобуті злочинним шляхом [2].

За ст. 209 КК України в редакції Закону України від 16 січня 2003 р. № 430-IV предикатним діянням визнавалось: по-перше, діяння, за яке КК України передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох і більше років (за винятком діянь, передбачених ст. ст. 207, 212 КК України); по-друге, діяння, яке визнається злочином за кримінальним законом іншої держави і за таке саме діяння передбачена відповідальність КК України [3]. Другий вид діянь у судовій практиці мав обмежувальне тлумачення – як діяння, яке визнається злочином згідно з кримінальним законодавством іншої держави, якщо й КК України за таке саме діяння передбачена кримінальна відповідальність у виді позбавлення волі на строк не менше трьох років (п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 15 квітня 2005 р. № 5 [4].

У п. 1 примітки до ст. 209 КК України в редакції Закону України від 18 травня 2010 р. № 2258-VI обидва види предикатних діянь були сформульовані по-новому: по-перше, це діяння, за яке КК України передбачено покарання у виді позбавлення волі (за винятком діянь, передбачених ст. ст. 207, 212 та 212-1 КК України); по-друге, це діяння, вчинене за межами України, якщо воно визнається суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, за кримінальним законом держави, де воно було вчинене, і є злочином за КК України [5].

У п. 1 примітки до ст. 209 КК України в редакції Закону України від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI зазначено такі два види предикатних діянь: по-перше, це діяння, за яке КК України передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян (за винятком діянь, передбачених ст. ст. 212 і 212-1 КК України); по-друге, це діяння, вчинене за межами України, якщо воно визнається суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, за кримінальним законом держави, де воно було вчинене, і є злочином за КК України [6].

Сьогодні п. 1 примітки до ст. 209 КК України діє в редакції Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII та виділяє такі два види предикатних діянь: по-перше, це діяння, за яке КК України передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян; по-друге, це діяння, вчинене за межами України, якщо воно визнається суспільно небезпечним протиправним діянням, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, за кримінальним законом держави, де воно було вчинене, і є злочином за КК України та внаслідок вчинення якого незаконно одержано доходи [7].

Відповідальність за ст. 209 КК України не виключена і в тому разі, коли особа, яка вчинила предикатне діяння, була звільнена від кримінальної відповідальності у встановленому законом

порядку (у зв'язку із закінченням строків давності, застосуванням акта амністії тощо) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв'язку зі смертю), а одержані внаслідок зазначеного діяння кошти або інше майно стали предметом легалізації.

Кваліфікація за ст. 209 КК України можлива і тоді, коли особа не притягувалась до кримінальної відповідальності за предикатне діяння. У такому разі особа одночасно притягується до кримінальної відповідальності за предикатний злочин і за легалізацію (відмивання) коштів або іншого майна, одержаних унаслідок його вчинення, тобто за сукупністю цих злочинів, оскільки вона усвідомлює, що вчиняє легалізацію таких коштів (майна).

Для кваліфікації за ст. 209 КК України не має значення місце вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, тобто місцем одержання «брудних» доходів може бути територія як України, так і іноземної держави. В останньому випадку вимагається, щоб діяння – джерело доходів одночасно визнавалось і предикатним злочином за кримінальним законом іноземної держави, і злочином, внаслідок вчинення якого одержуються доходи, за КК України.

Буквальне тлумачення примітки до ст. 209 КК України дає змогу дійти висновку про те, що вчинене за кордоном суспільно небезпечне протиправне діяння, яке передувало легалізації (відмиванню) доходів, не обов'язково має тягнути основне покарання у вигляді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Для визнання предикатним діянням злочину, вчиненого в іншій державі, не має значення, яке за видом і розміром покарання передбачене за його вчинення як її кримінальним законом, так і за таке саме діяння КК України у разі його вчинення на території України.

Щодо вчинених в Україні суспільно небезпечних протиправних діянь, що передували легалізації (відмиванню) доходів, то в чинній редакції ст. 209 КК України реалізовано ідею обмеження кола діянь як джерела «брудних» доходів. Зокрема, з кола предикатних виключено діяння, за які згідно з КК України передбачено основне покарання, менш суворе, ніж позбавлення волі або штрафу, розмір якого дорівнює або є меншим, ніж три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Конкретний злочинний спосіб, за допомогою якого одержано майно – предмет розглядуваного злочину – на кваліфікацію за ст. 209 КК України не впливає (за винятком вказаних вище обмежень). Це може бути той чи інший злочин проти власності, одержання хабара, вбивство з корисливих мотивів, незаконне виготовлення підакцизних товарів тощо.

Не є предметом легалізації кошти (незалежно від їхнього розміру), одержані як субсидії, субвенції, дотації чи кредити внаслідок надання неправдивої інформації, хоча з такими коштами надалі і вчинюються діяння, перелічені у ст. 209 КК України, оскільки ці кошти одержуються офіційно (легально) і злочин, передбачений ст. 222 КК України, не містить усіх ознак предикатного діяння, визначеного в п. 1 примітки до ст. 209 КК України [1].

Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їхніх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, за загальним правилом, потрібно кваліфікувати за спеціальною кримінально-правовою нормою (ст. 306 КК України) [1]. При цьому, якщо за ці кошти придбається майно, яке не підлягає приватизації або яке не належить до обладнання для виробничих та інших потреб (наприклад, нерухомість або транспортний засіб), або ж такі кошти використовуються у правомірній підприємницькій та іншій господарській діяльності, але не у вигляді розміщення їх у банках, на підприємствах, в установах,

організаціях та їхніх підрозділах, вчинене треба кваліфікувати не за ст. 306, а за ст. 209 КК України (за наявності всіх ознак складу злочину).

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 209 КК України, може альтернативно виражатись в одній із чотирьох форм: 1) вчинення фінансової операції з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів; 2) вчинення правочину з такими коштами та майном; 3) вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження таких коштів або майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їхнього походження, місцезнаходження або переміщення; 4) набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів.

Відповідно до чинного закону суб'єктом легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, тобто злочину, передбаченого ст. 209 КК України, є фізична осудна або обмежено осудна особа, яка досягла на момент вчинення вказаного злочину 16-ти років (ч. 1 ст. 22 КК України) [1].

Суб'єктом цього злочину може бути як приватна, так і службова особа. За ст. 209 КК України може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, і наступні дії, які охоплюються поняттям легалізації, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння. Викладена думка спирається на те, що чинний КК України не розглядає легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом як форму причетності до предикатного злочину.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 209 КК України, службовою особою з використанням свого службового становища в усякому разі потребує додаткової кваліфікації дій цієї особи залежно від конкретних обставин: за ст. 364 КК України (зловживання владою або службовим становищем); за ст. 365 КК України (перевищення влади або службових повноважень); за ст. 366 КК України (службове підроблення) [1].

Слід також зазначити, що суб'єктом досліджуваного злочину, якщо він вчиняється службовою особою, може бути не кожна фізична осудна або обмежено осудна особа, що вчинила злочин у віці, з якого законом передбачено настання кримінальної відповідальності (16 років). Крім того, потрібно, щоби злочинні дії вказаної особи відбувались із використанням легально встановленого механізму господарських відносин, бо тільки так вона може посягнути на встановлений законом порядок господарювання в Україні – об'єкт злочину, передбаченого ст. 209 КК України. Тому слід встановити, чи має ця особа право виступати певним учасником (суб'єктом, або представляти суб'єкт) господарських відносин. З цією метою необхідно уважно вивчити документи, що підтверджують дієздатність та/або спеціальну правосуб'єктність вказаної особи.

Отже, суб'єкт цього злочину повинен мати компетенцію учасника відносин у сфері господарювання. До цієї категорії, згідно з ч. 1 ст. 2 Господарського кодексу України належать такі: 1) суб'єкти господарювання; 2) споживачі; 3) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією; 4) громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності [8]. До того ж, як справедливо підкреслено в п. 15 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 15 квітня 2005 р. «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів,

одержаних злочинним шляхом», суб'єктом злочину, склад якого передбачено в ст. 209 КК України, може бути не просто фізична осудна або обмежено осудна особа, яка досягла 16-річного віку, а щодо вчинення тих чи інших правочинів, ще й набула повної дієздатності у випадках і порядку, передбачених законом, і не була обмежена в дієздатності або не позбавлена її судом [4].

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 209 КК України, характеризується прямим умислом. Для кваліфікації за ст. 209 КК України не вимагається точної обізнаності про характер і конкретні обставини вчинення предикатного діяння, але необхідним є усвідомлення особою тих фактичних обставин вчиненого, з якими КК України пов'язує можливість призначення основного покарання у вигляді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Обізнаність особи про відповідне походження «брудного» майна встановлюється в кожному конкретному випадку.

Найменування розглядуваного злочину, а також звернення до положень законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, дають змогу дійти висновку про те, що у ст. 209 КК України йдеться про таке залучення відповідного майна в побутовий і господарський обіг, яке поєднується з прагненням надати цьому процесу правомірний вигляд. Таке прагнення може поєднуватись із задоволенням власних потреб чи мотивів винної особи (наприклад, з бажанням отримати прибуток або допомогти тому, хто вчинив предикатне діяння, уникнути покарання за скоєне). Для кваліфікації за ст. 209 КК України потрібно встановити, що дії винного були вчинені умисно і з метою надання правомірного вигляду володінню, використанню, розпорядженню відповідними коштами або майном, їх набуттю чи для приховання джерел їхнього походження. Тобто бажання приховати справжнє джерело майна, щодо якого вчиняються правочини, інші дії або яке використовується, і видати «брудне» майно за легальні доходи виступає як обов'язкова характеристика суб'єктивної сторони. Через відсутність такого бажання випадки використання «брудного» майна для продовження вчинення незаконних, зокрема кримінально караних, діянь (наприклад, для незаконного виготовлення підакцизних товарів) не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 209 КК України.

Українське законодавство характеризує відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, органічно поєднуючи його з визначенням Міжнародних конвенцій ООН, в яких зазначається, що злочини вчиняються з використанням фінансових операцій чи укладення угод із коштами або іншим майном, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало такій легалізації. Тому однією з обов'язкових ознак предмета «відмивання» є злочинне походження таких коштів. Водночас мета легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, є критерієм, відповідно до якого цей злочин треба відмежовувати від схожих діянь, передбачених іншими нормами кримінального права.

У статті розглянуто питання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом у теоретичному та правовому аспектах. Досліджено кримінально-правову та кримінологічну характеристику цього виду протиправної діяльності, зокрема об'єкт і предмет злочину, зміни законодавчого визначення предикатного діяння, об'єктивну та суб'єктивну сторони, особливості суб'єкта злочину. Встановлено, що суспільна небезпека легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, полягає в заподіянні шкоди легальній економічній діяльності, створенні матеріального підґрунтя для збільшення масштабів злочинної діяльності, дестабілізації

нормального функціонування фінансової системи, зниженні рівня довіри до неї, посиленні інфляційних процесів, порушенні принципу рівноправності суб'єктів підприємницької діяльності, посиленні недобросовісної конкуренції та майнового розшарування суспільства, погіршенні міжнародного іміджу України. Легалізація злочинних доходів стала глобальною загрозою економічній і політичній безпеці, у зв'язку з чим цей вид злочинної діяльності перебуває в центрі уваги правоохоронних і фінансових органів, які, у свою чергу, потребують прийняття узгоджених заходів щодо протидії цьому явищу як на національному, так і на міжнародному рівнях. Легалізація є типовим конвенційним злочином, тобто діянням, криміналізація якого відбулась у зв'язку зі вступом нашої держави до числа учасників відповідних міжнародно-правових актів. Зроблено висновок, що досліджуваний злочин вчиняється з використанням фінансових операцій чи укладення угод із коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало такій легалізації, а мета легалізації є критерієм, відповідно до якого цей злочин треба відмежовувати від схожих діянь, передбачених іншими нормами кримінального права. Створення в Україні сучасної нормативної бази боротьби з відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом, є важливим і актуальним завданням.

Ключові слова: злочинні кошти, злочинні доходи, легалізація злочинних доходів, правове забезпечення, кримінально-правова та кримінологічна характеристика.

Frolov S. Criminal-legal and criminological characteristics of legalization (washing) of money received by a criminal way

The article deals with the issue of legalization (laundering) of proceeds of crime in theoretical and legal aspects. The criminal law and criminological characteristics of this type of illegal activity, in particular, the object and object of the crime, changes in the legislative definition of predicate act, objective and subjective parties, peculiarities of the subject of the crime are investigated. It is established that the public danger of legalization (laundering) of proceeds of crime is to cause damage to legal economic activity, to create a material basis for increasing the scale of criminal activity, destabilizing the normal functioning of the financial system, reducing the level of trust in it, and strengthening business entities, increased unfair competition and property stratification of society, deterioration of international Ukraine's image. The legalization of criminal proceeds has become a global threat to economic and political security, and this is why this type of criminal activity is the focus of law enforcement and financial authorities, which in turn require concerted action to counter this phenomenon both nationally and at the international level. Legalization is a typical convention crime, that is, an act whose criminalization occurred in connection with the accession of our country to the number of participants in the relevant international legal acts. It is concluded that the investigated crime is committed using financial transactions or entering into agreements with funds or other property obtained as a result of committing a socially dangerous unlawful act, which preceded such legalization, and the purpose of legalization is the criterion according to which this crime must be distinguished provided for by other rules of criminal law. Creating a modern regulatory framework for combating money laundering in Ukraine is an important and urgent task.

Key words: criminal means, criminal proceeds, legalization of criminal proceeds, legal support, criminal law and criminological characteristics.

Література

1. Кримінальний кодекс України : Закон від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 19.11.2019).

2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. С. 131.

3. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 430-IV. Голос України. 2003. № 26. 11 лютого.

4. Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 квітня 2005 р. № 5. Відомості Верховного Суду України. 2005. № 5. С. 9.

5. Про внесення змін до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» : Закон України від 18 травня 2010 р. № 2258-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 29. С. 392.

6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI. Голос України. 2011. № 239. 17 грудня.

7. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон від 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1702-18 (дата звернення: 19.11.2019).

8. Господарський кодекс України : Закон від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 19.11.2019).

УДК 342.841:35.08(477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.981

І. Христич,
кандидат економічних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу кримінологічних досліджень
Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса
Національної академії правових наук України

ВДОСКОНАЛЕННЯ ВИЯВЛЕННЯ ОБСЯГІВ КОРУПЦІЇ У ПРИВАТНІЙ СФЕРІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми охоплює те, що корупція – це явище, яке ілюструє рівень маргінальності та занепаду публічного апарату та служби, правоохоронної та судової систем, інших важливих державних інститутів, забезпечення та утвердження прав людини і громадянина. Зрозуміло, що корупція як соціальне явище притаманне різним країнам світу. В останні роки значна увага стала приділятися протидії корупції в різних сферах життєдіяльності нашої країни. При цьому тривалий час у нашій країні на існування корупції у приватній сфері зовсім не зверталася увага. Зарубіжні вчені, навпаки, цьому питанню приділяли і приділяють увагу вже давно, тому що існування її і є запобіжником розвитку економіки. Для того, щоб можна було реально оцінити обсяг корупції у приватній сфері України, необхідно мати чітке уявлення про її обсяги. На жаль, цьому питанню не приділяється достатньої уваги й сьогодні.

Багатоаспектні проблеми вдосконалення статистичного обліку корупційних правопорушень підняті в працях вітчизняних учених і представників ближнього та далекого зарубіжжя. Це праці таких авторів: М.І. Бажанова, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.В. Голіни, Б.М. Головкіна, А.П. Закалюка, В.С. Зеленецького, О.Г. Кальмана, О.М. Литвинова, В.В. Сташиса, Л.О. Шевченко, Л. Шелли та інших учених. Але, на жаль, в більшості публікацій проблемі встановлення реальних обсягів корупції в приватній сфері не приділяється належної уваги.

Метою і завданням статті є встановлення обсягів корупції у приватній сфері України.

Корупційні прояви за сферами суспільних відносин, які мають високі корупційні ризики, розподіляють на приватну та публічну сфери. Приватна сфера – це сукупність суспільних відносин, яка складається серед окремих осіб (юридичних або фізичних) із приводу реалізації приватних інтересів [1, с. 29].

Корупційну злочинність у приватній сфері деякі вчені поділяють на такі види: корупційні неправомірні дії, що вчиняються щодо юридичних осіб приватної сфери; підкуп-продажність усередині компанії; використання службовцями приватних комерційних структур для одержання неправомірної вигоди [2, с. 888, 890]. Підкреслимо, що показники, які характеризують корупційні прояви у приватній сфері, не є стабільними, вони систематично видозмінюються.

Загалом, тривалий час вважалось, що корупція притаманна лише сферам державного управління та публічної влади. І лише з приєднанням Україною до Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією та Конвенції ООН проти корупції (дата ратифікації – 18.10.2006) починають розглядатися питання корупції у приватній сфері, тому що в ній підкреслюється наявність корупційних відносин у діяльності юридичних осіб приватного права, а також про враження всього бізнес-середовища корупційною практикою [3].

© І. Христич, 2019

За критерієм дисциплінарної належності основні методи дослідження явищ є такими: статистичними, соціологічними, психологічними, економічними [4, с. 27]. Найбільш широко можна застосовувати статистичні та соціологічні методи.

У більшості країн світу інформацію щодо поширеності корупції надають статистичні звіти. Одним із найпоширеніших джерел статистичних даних щодо корупції є звіти Організації економічної співпраці та розвитку. Вони надають інформацію про кількість зафіксованих корупційних правопорушень, кількість ув'язнених корупціонерів, загальну суму штрафів, сплачених хабарниками та інше. Міжнародний огляд жертв злочинності (International Crime Victim Survey, ICVS) – програма досліджень зі з'ясування частоти реального зіткнення громадян із корупцією на практиці та звернення у зв'язку з цим до правоохоронних органів – була задіяна для з'ясування дійсних проявів корупції і не відображає її просте сприйняття. Припустімо, що в Україні отримати об'єктивні результати за цим підходом проблематично. Правовий нігілізм із боку влади та населення є причиною правопорушення, кримінальних зловживань, які часто навіть не фіксуються правоохоронними органами. [5, с. 107]. Зрозуміло, якщо чітко побудувати звітність, то ці дані будуть найбільш об'єктивними, але в нашій сучасній реальності, коли ми чітко не можемо встановити й чисельність населення, то вважати, що це шлях, який призведе до чіткого реального встановлення обсягу корупції, особливо у приватній сфері, дуже проблематично.

На практиці основні дослідження такого явища, як корупція, – це соціологічні методи дослідження у вигляді масового опитування, при цьому можуть використовуватися методи анкетування або інтерв'ювання Тому в більшості країн світу дуже широко використовуються різні види соціологічних опитувань. Найчастіше використовується анкетування, коли бланки анкет із запитаннями щодо досліджуваної проблеми у різні способи передаються опитуваним (респондентам) [4, с. 30].

За всіх цих досліджень використовуються різні системи оцінювання корумпованості країн, однак загальних стандартів у цій сфері не встановлено. Це спричиняє значну різницю в системах оцінювання масштабів корупції. Тому розглянемо досвід і оцінки найбільш відомих і впливових організацій щодо стану корупції в нашій країні з метою вдосконалення вітчизняних методів оцінки рівня корупції у приватній сфері України.

Найбільш відомою є міжнародна громадська організація по боротьбі з корупцією та дослідженню питань корупції у світі, яка заснована 1993 р. у Берліні колишнім директором Світового банку Пітером Айгеном – Transparency International. На підставі опитування міжнародних фінансових і правозахисних експертів, зокрема з Азійського та Африканського банків розвитку, Світового банку і міжнародної організації Freedom House та ін. складається щорічний рейтинг країн світу з 1995 р. За 2018 р. Україна піднялась на 10 позицій у рейтингу «Індекс сприйняття корупції», посівши 127-е місце серед 180 країн. За результатами 2018 р. Україна має 32 бали зі 100 максимально можливих, що на 2 бали більше, ніж у 2017 р. [6]. Загалом індекс класифікує держави за шкалою від 0 (найбільш високий рівень корупції) до 100 (найнижчий рівень корупції) [6]. Отже, можна зрозуміти, що Україна є в лідерах за корумпованістю життя.

Барометр світової корупції – щорічне соціологічне дослідження Transparency International, яке проводиться для знаходження думки громадян про те, які державні та суспільні інститути є найбільш корупційними, врахувати практичний досвід стикання з корупцією. Дослідження також враховує оцінку респондентами ефективності діяльності влади в питаннях протидії корупції. Вона проводиться щорічно з 2003 р.

у більш ніж 60-ти країнах світу. Ці дослідження є менш поширеними у практиці міжнародних компаній, ніж «Індекс сприйняття корупції» (ІСК). Методика оцінки відмінна від ІСК тим, що опитування проводять не серед експертів, а серед пересічних громадян. За цим рейтингом можна оцінити загальний стан корупції як за галузями економіки, так і за сферами суспільного життя. Саме останній напрям групування результатів дослідження дає МНК змогу прогнозувати проблемні сфери, що перешкоджатимуть веденню бізнесу [5, с. 106–107].

Найбільшою мірою зазначеній меті оцінки корупції за своїм змістом і характером розрахунків відповідає «Індекс хабародавців» (Bribe Payers Index), який також розраховується Transparency International [7]. Актуальність індексу визначається методом його розрахунку: опитують близько 3 тис. бізнесменів із 28 країн світу щодо того, наскільки, на їхню думку, здатні до корупції фірми з інших країн, з якими вони співпрацюють. У дослідженні беруть участь найвпливовіші з огляду на міжнародну торгівлю країни. На основі цього індексу країни ранжують за здатністю до корупційних методів ведення бізнесу у міжнародній діяльності. Це дослідження є регулярним, що дає можливість відстежувати розвиток стану корупції у світі [5, с. 107].

Transparency International як велика міжнародна компанія систематично проводить масштабні інформаційні антикорупційні кампанії, мета яких привернути увагу до боротьби з цим ганебним явищем.

Спроба провести анкетування нами на шпальтах Інтернету чітко продемонструвала незацікавленість респондентів надавати інформацію про стан корупції у приватній сфері. Насамперед, це підкреслюється поширеністю цього явища в суспільстві. Як правило, в нашій країні проводять анкетні опитування окремі громадські та спеціалізовані організації. Комплексного дослідження рівня й масштабу поширення корупції загалом в Україні не проводиться. Є спроби оцінити її рівень лише окремими соціологічними опитуваннями, якими займаються неурядові організації або вітчизняні громадські організації.

При цьому необхідно звернути увагу, що 5 грудня 2001 р. в Україні відбувся перший Всеукраїнський перепис населення. Хоча за встановленою практикою і згідно з рекомендаціями ООН переписи населення в більшості країн світу проводяться раз на десять років. Принципи та рекомендації ООН визначають, що саме переписи населення є унікальним джерелом соціально-демографічних даних і дають змогу отримати найдетальнішу інформацію щодо різноманітних характеристик населення як на загальнодержавному та регіональному рівнях, так і на міжнародному. Без проведення їх казати, що ми маємо уявлення про соціально-демографічну структуру всього населення країни, не можна. Тому ще раз треба ставитися з недовірою про твердження, що вибірка опитуваних відповідає структурі населення України.

Після цього періоду в Україні з 1 по 14 грудня 2010 р. у Дергачівському районі Харківської області відбувся пробний перепис населення. Метою проведення пробного перепису населення є відпрацювання всіх методологічних та організаційних питань Всеукраїнського перепису населення, а також технології автоматизованого оброблення отриманих матеріалів. Але перепис не було проведено. Зараз планується у листопаді – грудні 2020 провести другий перепис населення України. Зараз у грудні 2019 р. планується провести пробний перепис в Оболонському районі м. Києва і Бородянському районі Київської області. Зрозуміло, що в обраних районах його провести простіше, але навряд чи вони зможуть охарактеризувати реальну чисельність населення та його зміни за 20 років між переписами населення.

Інтерв'ю, на відміну від анкетного способу, відрізняється тим, що в цих

випадках дослідник самостійно ставить запитання безпосередньо опитуваному і фіксує відповіді у спеціально розроблених бланках. Такий спосіб збирання інформації є більш тривалим і витратним. Проте за належної організації він дає змогу забезпечити довіру співрозмовника й отримати більш відверті і достовірні дані [4, с. 31]. Тому вважаємо, що під час перепису населення, яке практично буде проводитися методом інтерв'ю, було б доцільно опитати громадян України про їхнє ставлення до корупції, щодо стану з нею, на їхню думку. Після такого опитування дійсно б з'явилась можливість встановити реальну картину щодо стану корупції в Україні загалом і у приватній сфері.

Тому пропозиції провести перепис населення якось інакше з метою економії коштів вважаємо недоцільним, тому що основна мета перепису населення при цьому не буде досягнута, ми не зможемо встановити реальну соціально-демографічну характеристику населення України та, мабуть, і чисельність встановимо лише наближено.

На жаль, можна констатувати, що в нашій країні відсутнє систематичне обстеження населення з метою встановлення обсягів корупції загалом, а також у приватній сфері. Загальновідомо, що встановлення реальних обсягів корупції необхідно тому, що корупція є передумовою і наслідком функціонування тіньової економіки держави, а суб'єкти корупційних діянь – одні з основних споживачів послуг із легалізації (відмивання) коштів, одержаних злочинним шляхом, і водночас неодмінні учасники більшості схем їх «відмивання». Саме тому без радикального зниження рівня корупції заходи щодо детінізації національної економіки, запобігання та протидії організованій злочинності, відмиванню «брудних» коштів не дадуть очікуваного ефекту. Спроби побороти корупцію лише за допомогою вибіркового покарання за корупційні діяння не будуть ефективними, оскільки залишаються глибинні чинники цих соціальних поведінкових деструкцій, а легалізація або «відмивання» злочинних, зокрема корупційних, доходів набули якісно нового поширення в період економічної нестабільності.

Для того, щоб реально протидіяти корупції в масштабах України, необхідно переходити від окремих соціологічних опитувань громадян про стан корупції в країні до загального опитування по всій території країни, при цьому доцільно було б його вперше провести під час перепису населення суцільно або вибірково.

У статті розглянуто головні аспекти щодо виявлення обсягів корупції у приватній сфері України.

Проаналізовано, що необхідно відносити до корупції у приватній сфері. Корупційну злочинність у приватній сфері, як правило, поділяють на: корупційні неправомірні дії, що вчиняються щодо юридичних осіб приватної сфери; підкуп-продажність усередині компанії; використання службовцями приватних комерційних структур для одержання неправомірної вигоди. При цьому необхідно мати на увазі, що показники, які характеризують корупційні прояви у приватній сфері, не є стабільними, вони систематично видозмінюються.

Підкреслено, що методи, які використовуються для збирання, обробки та аналізу тієї чи іншої інформації, поділяються на статистичні, соціологічні, психологічні та економічні.

При цьому зазначено, що, на жаль, в Україні, як у більшості інших країн світу, основні методи дослідження і встановлення обсягів корупційних діянь – це соціологічні методи масового опитування у вигляді анкетування та інтерв'ю.

Розкрито досвід міжнародної громадської організації по боротьбі з корупцією та дослідженню питань корупції у світі Transparency International, обчислення «Індексу сприйняття корупції»; «Барометра світової корупції», «Індексу хабародавців».

При цьому відмічено, що в інших країнах світу широко використовуються і статичні звіти, що в нашій країні практично недоцільно, тому що навряд чи вони дадуть реальну картину щодо рівня корупції, особливо у приватній сфері.

Зроблено висновок, що реальний обсяг поширення корупції в нашій країні, особливо у приватній сфері, можна встановити лише під час перепису населення шляхом суцільного або вибіркового опитування всіх громадян.

Ключові слова: корупція, приватна сфера, статистичні методи, соціологічні методи, масові опитування.

Khrystych I. Improving the detection of corruption volume in the private sphere of Ukraine

The article deals with the main aspects concerning the detection of corruption volume in the private sector of Ukraine.

It is analyzed what should be referred to corruption in the private sphere. Corruption in the private sphere is usually divided into: corruptive misconduct perpetrated against legal entities in the private sphere; bribe-corruption within the company; the use of private commercial entities by employees to obtain undue benefits. It should be borne in mind that indicators that characterize corruption in the private sphere are not stable, they are systematically modified.

It is emphasized that the methods used to collect, process and analyze certain information are divided into statistical, sociological, psychological and economic ones.

At the same time, it is noted that, unfortunately, in Ukraine, as in most other countries in the world, the main methods of investigating and establishing the volume of corruption are sociological methods of mass survey in the form of questionnaires and interviews.

The experience of the international public organization on combating corruption and studying corruption issues in the world, Transparency International, calculation of the "Corruption Perceptions Index"; "Global Corruption Barometer", "Bribe Payers' Index" is revealed.

However, it is noted that static reports are widely used in other countries of the world that is practically impractical in our country, because they are unlikely to give a real picture of the level of corruption, especially in the private sphere.

It is concluded that the real extent of corruption in our country, especially in the private sphere, can only be established in the census by continuous or selective polling of all citizens.

Key words: corruption, private sphere, statistical methods, sociological methods, mass surveys.

Література

1. Романов М.В. Основні засади запобігання корупції. Харків : ТОВ Видавництво «Права людини»», 2017. 176 с.

2. Некрасова Т.А. Социально-правовая природа и последствия коррупции в частноправовой сфере. Административное и муниципальное право. 2013. № 9 (69). С. 885–892.

3. Проти корупції: Конвенція ООН ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 р. № 251-V. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16. (дата звернення: 22.11.2019).

4. Кримінологія : підручник / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйська та ін.; за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2014. 512 с.

5. Романченко Н.В. Системний підхід до оцінки корупції в міжнародному бізнесі як фактора економічної небезпеки. Наукові записки НаУКМА. НаУКМА, 2012. Т. 133. С. 106–111.

6. Transparency International опубликовали ежегодный индекс восприятия коррупции. URL: https://www.currenttime.tv/a/29740284.html (дата звернення: 22.11.2019).

7. Bribe Payers Index: *Transparency International*. URL: http://www.transparency.org. (дата звернення: 22.11.2019)

УДК 347.152
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.982

В. Васильєв,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки,
докторант кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ САМОРЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

За останнє сторіччя юридична наука здійснила стрибок у розробленні доктрини правових засобів регулювання суспільних відносин. Однак, незважаючи на це, окремі аспекти піднятої проблеми, зокрема процес еволюції таких засобів, не знайшли комплексного розкриття у працях учених-юристів. З точки зору цивільного права і властивого йому диспозитивного методу правового регулювання інтерес викликає проблема засобів саморегулювання майнових відносин та їх місця в ґенезі засобів правового впливу на суспільні відносини в цілому, що є одним із фундаментальних аспектів юридичної науки.

Сутність і засоби регулювання приватних відносин були предметом наукових досліджень, зокрема таких учених-правників, як В.К. Антошкіна, В.І. Борисова, Б. Віндшейд, О.М. Гончаренко, Д.Д. Грімм, Г. Дернбург, М.Ф. Казанцев, Л.А. Корунчак, В.В. Кочин, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, І.В. Спасибо-Фатєєва, В.С. Толстой, Б.Б. Черепахін, В.Л. Яроцький та ін.

Мета статті полягає у розгляді сутності основних засобів саморегулювання майнових цивільних відносин та їх інструментальних особливостей в аспекті процесу еволюції.

Насамперед слід відмітити, що засобами саморегулювання є інструменти, які застосовуються учасниками суспільних відносин самостійно для упорядкування зв'язків між собою. Саморегулювання є децентралізованою формою правового регулювання цивільних відносин, яке здійснюється, як правило, актами їхніх учасників. Протилежною формою правового регулювання таких відносин є централізоване регулювання, яке здійснюється суб'єктом, який наділений правотворчими функціями. Однією з ознак централізованого регулювання є те, що воно здійснюється в односторонньому порядку в межах реалізації владних функцій.

Незважаючи на те, що визначальну роль в упорядкуванні майнових цивільних відносин відіграють саме правові засоби, повнота розгляду піднятої проблеми може бути досягнута зі зверненням у тому числі до так званих «доправових» інструментів упорядкування відносин. У цьому сенсі в якості первісного способу саморегулювання майнових відносин слід розглядати табу.

1. Табу. Наукове положення про те, що цей засіб став першим нормативним соціальним регулятором суспільних відносин, набуло практично догматичного характеру в сучасній юридичній науці. Його нормативність полягала в тому, що табу сприймалось і дотримувалось певною групою осіб протягом тривалого часу. Сутність табу розкривається в науковій літературі через три компоненти: 1) переконаність людей у приналежності до певного колективу, що відбивається у розгляді особи, яка

© В. Васильєв, 2019

порушила заборону, як такої, котра одночасно перебуває в небезпеці і становить небезпеку для інших членів колективу; 2) відчуття страху перед невідомою небезпекою, яку накликають відповідні дії; 3) власне заборона, норма [1, с. 315].

У літературі можна зустріти досить цікаву думку вчених, що одним із перших табу виступила заборона перешкоджати доступу членів групи до мисливської здобичі [1, с. 313], в чому, безумовно, простежується майновий характер відносин, в яких воно застосовувалось. Окреслена ситуація є цікавою з тієї позиції, що вона демонструє природню близькість майнового і немайнового елементів у зв'язках між членами груп у прасуспільстві. Заборона чинити перешкоди в доступі інших членів групи до засобів виживання, якими слугує мисливська здобич, з одного боку, забезпечує впорядкування майнових зв'язків між відповідними індивідуумами з приводу визначеного блага, а з іншого – слугує засобом забезпечення життя відповідних осіб. З цього приводу М.М. Бедрій підтримує позицію вчених, що як табу також виступали кровозмішення, заборони вбивати родича, залишати без допомоги (убивати) слабких і непрацездатних – осіб похилого віку, дітей, осіб з інвалідністю [2, с. 25]. Це дає привід вважати, що табу формується як реакція прасуспільства на загрози навколишнього світу і спрямовується перш за все на підвищення рівня виживання відповідної групи. При цьому в цій спрямованості табу охоплює як зв'язки між членами прасуспільства стосовно майнових, так і немайнових благ.

У літературі можна зустріти думку, що табу в певній мірі ззовні нав'язувалось первісній людині [3, с. 22–23], з чим, однак, важко погодитись. Встановлення заборон є реакцією відповідних груп на зовнішні загрози. При цьому такі загрози не можна розглядати як фактор, що обумовлює зовнішнє нав'язування заборон відповідним особам. Джерелом табу виступав страх перед невідомим. Не існувало цілеспрямованої влади як інструменту встановлення табу. Вони формувались відповідними індивідуумами самостійно як реакція на зовнішні небезпеки і сприймались практично всіма членами групи, в чому знаходить прояв їхня самоорганізація, а також нормативність відповідного регулятора.

2. Правовий звичай. Проблема правових звичаїв знайшла широке розкриття у працях німецьких учених-пандектистів XIX ст. Зокрема, Б. Віндшейд зазначав, що під звичаєвим правом розуміється те право, що, не будучи встановленим державою, дотримується фактично. При цьому, на думку вченого, в такому дотриманні знаходить прояв переконаність осіб, які дотримуються відповідних правил, у тому, що вони і є право. Ця переконаність є основою зобов'язальної сили звичаєвого права, оскільки свідомість народу є джерелом будь-якого позитивного права [4, с. 37–38]. У свою чергу Г. Дернбург, визнаючи звичай найстарішим джерелом права, вважав, що саме на звичаях базуються основні інститути цивільного права – власність, шлюб, спорідненість [5, с. 66]. У подальшому думка, згідно з якою положення звичаєвого права виникають у результаті одноманітного застосування певної норми протягом тривалого часу з впевненістю в її юридичній силі [6, с. 63], стала пануючою в розкритті сутності правового звичаю.

У сучасній юридичній літературі відносно часто висловлюється думка про те, що в додержавний період правовий звичай виступав єдиним джерелом права, тоді як табу являли собою соціальні норми [2, с. 24–25]. Вважаємо, що повністю погодитись із цим не можна. Табу як первісний регулятор суспільних зв'язків виступав одним із факторів формування звичаю. Хоча табу і формувались у певній мірі хаотично, тим не менше, вони базувались на певних, раціональних на той час факторах. Не все було заборонено. При цьому окремі

заборони «приживались» у певній групі, а інші – ні. У свою чергу звичай є усталеним правилом поведінки. Це дає привід вважати, що табу, виступаючи первісним доправовим засобом упорядкування відносин, в тому числі майнових, створило фундамент для формування звичаю як більш прогресивного, вже правового, а не тільки соціального, засобу, якому властиві не лише заборони, а й дозволи, й навіть позитивні зобов'язування. Тут же простежується і автономізація звичаю від табу. Суспільство може не пам'ятати, чому була встановлена первісна заборона певної поведінки, однак приймати відповідне правило, в основу якого покладено заборону, як загальноприйняте.

Історичний період формування правового звичаю як джерела права тісно пов'язується з проблемою виникнення права в цілому. Цей зв'язок чітко простежується в розмежуванні соціального і правового звичаїв як можливих різних етапів розвитку відповідного регулятора. «Можливих», тому що не всі звичаї набували правового характеру, а ті, що набували, перед цим були звичаями соціальними.

Не заглиблюючись у проблему співвідношення права і держави, слід погодитись із вченими, які вважають, що позитивне право склалось під час переходу людства до цивілізації, коли виникли об'єктивізовані основи для свобод окремої людини – поява надлишкового продукту у вигляді приватної власності [7, с. 39]. На заміну егалітарної традиції розвиненого первісного суспільства все більше приходило визнання правомірності майнової та соціальної диференціації членів суспільства, їх нерівного доступу до матеріальних і духовних цінностей, спадковий характер такої нерівності, з чим, зокрема, пов'язувалось і створення нової норми – правової [8, с. 227]. Процес такої диференціації, а також формування в ході міжплемінних конфліктів, зокрема військової еліти, сприяли утворенню більш складної організації міжплемінних і внутрішньоплемінних стосунків, що у свою чергу стимулювало процес інституціоналізації влади. Результатом цього став поступовий перехід від самоврядності первісної общини до формування публічної політичної влади з високим рівнем організованості, в межах якої виокремлювались окремі інституції, які наділялись, зокрема, і нормотворчими функціями. Як зазначають правознавці, право спочатку існувало у вигляді схвалених державою фактичних, повторюваних суспільних відносин, які набували правового характеру. З часом воно закріплюється і виражається в письмових, офіційних джерелах – законах, судових прецедентах, нормативних договорах тощо [9, с. 73], які стають основним засобом нової форми регулювання суспільних відносин, у тому числі майнових – централізованої.

Як перші законодавчі пам'ятки наразі розглядаються Закони Хаммурапі (приблизно 1780–1750 роки до н.е.), а також Закони Ману (приблизно II ст. до н.е. – II ст. н.е.) [10, с. 13–14]. Формування приватного (цивільного) права як цілісного системного нормативного утворення, на переконання деяких учених, відбувалось у I ст. н.е. [11, с. 65]. У зв'язку з цим можна стверджувати, що саме з цього часу відповідні правові засоби саморегулювання набувають власне цивільно-правового характеру в сучасному розумінні, тобто стають звичаями цивільно-правовими.

Зважаючи на викладене вище, очевидно, що звичай як засіб регулювання майнових відносин виник раніше за нормативно-правовий акт, що дає привід вважати, що навіть за виникнення права саморегулювання виступало первісною формою впорядкування суспільних відносин, в тому числі майнових. При цьому правовий звичай як засіб саморегулювання майнових відносин має перехідний характер. У процесі інституціоналізації влади соціальний звичай набуває правового характеру і стає, відповідно, звичаєм правовим.

3. Договір. Цей засіб саморегулювання майнових цивільних відносин

став найбільш прогресивним. Його перевагами є те, що він здатен індивідуально регулювати відносини практично в будь-якій сфері суспільного виробництва. Єдиним обмеженням договору є його відносний характер. Як правило, він є обов'язковим лише для тих осіб, які його укладають, та їхніх правонаступників.

Наукові дослідження не дають змогу достеменно встановити часові межі виникнення договору як засобу впорядкування суспільних відносин. У сучасній юридичній літературі відмічається, що договір використовувався на всіх етапах правової еволюції. При цьому приватноправовий договір виник на зорі державно-правового розвитку для вчинення майнових правочинів, установлення шлюбних відносин [12, с. 52].

З матеріалістичної точки зору значним фактором розвитку договірних форм регулювання майнових відносин виступило виникнення власності [13, с. 83] і, зокрема, приватної власності [14, с. 18]. Як ми зазначали, одні з перших табу майнового характеру безпосередньо пов'язувались із привласненням благ. Поряд із цим лише після виникнення надлишків майнових благ виникає необхідність у застосуванні окремого засобу, який дозволяє розпоряджатись ними на користь інших осіб для отримання взамін благ іншого характеру, тобто для забезпечення товарообмінних операцій. Зважаючи на те, що ані табу, ані звичай не були наділені необхідними якостями, які б дозволяли налагоджувати договірні відносини з урахуванням індивідуальних особливостей ситуації, саме договір починає займати місце основного засобу саморегулювання майнових відносин, яке і в умовах сьогодення почесно належить йому.

Індивідуальний характер регулювання суспільних відносин, що властивий цивільно-правовому договору, дозволяє стверджувати про те, що елементи домовленості простирають свої корені глибоко в історію формування людства. Що є табу як не спільна згода членів прасуспільства в утриманні від повної поведінки? І що таке звичай як не правило поведінки, що формувалось у тому числі шляхом тривалого встановлення однотипних моделей суспільних зв'язків учасниками договірних відносин?

Набуття договором статусу найбільш ефективного і гнучкого регулятора суспільних відносин відбувалось поступово, по мірі розвитку суспільства й ускладнення суспільних зв'язків, на що не могли оперативно реагувати ані табу, ані звичаї, ані нормативно-правові акти, ані жодні інші засоби. Це демонструється і тією обставиною, що норми про договір як засіб регулювання відносин купівлі-продажу, оренди, підряду тощо знайшли закріплення на рівні приписів перших пам'яток права, в тому числі Законів Хаммурапі.

4. Односторонні акти як правові засоби саморегулювання майнових цивільних відносин завдячують своїм виникненням еволюції майнових відносин, а також форм кооперації суб'єктів цивільного права. Ці засоби виникли в останню чергу, оскільки для їх використання необхідні специфічні умови, зокрема високий рівень організованості суспільства і ринкових відносин.

Уже перші об'єднання громадян, які утворювались для спільного ведення певних справ, у тому числі з метою отримання прибутку, передбачали закріплення обов'язкових для їхніх учасників правил поведінки, що стосувалися порядку здійснення майнових витрат і розподілу доходів. Відповідаючи на вимоги суспільства, римське право запропонувало нову конструкцію – *universitates* (юридичні особи), яка передбачала наділення правами приватних осіб професійних і релігійних союзів (*collegia, sodalicia, societates, corpora*), самоврядних місцевих цивільних громад (*minicipia, colonie*), державної казни (*fiscus*) [15, с. 297]. Одним із засобів регулювання майнових і організаційних відносин між учинками відповідних утворень виступав цивільно-правовий договір,

гнучкість якого як інструмента упорядкування суспільних зв'язків повністю задовольняла потреби суспільства. Зокрема, прообраз сучасних господарських товариств – *societas* утворювався шляхом укладення договору між його учасниками [15, с. 441].

Поряд із цим еволюція уявлень про конструкцію юридичної особи сприяла переосмисленню проблеми правових засобів регулювання порядку здійснення діяльності відповідним утворенням. Визнання можливості створювати юридичну особу одним учасником унеможливило використання договору як регулятора організаційних і майнових відносин усередині неї. Це сприяло виникненню нового засобу саморегулювання майнових відносин – статуту.

Крім того, формою саморегулювання майнових цивільних відносин на ранніх етапах розвитку цивільного права стали засоби, які мали окремі ознаки договорів, однак використовувались в односторонньому порядку. Ними виступили односторонні акти, зокрема такі, як публічна обіцянка винагороди. Особа самостійно, в односторонньому порядку моделює зміст цивільних правовідносин, наприклад, формує завдання, визначає винагороду за його виконання й у визначеній формі адресує пропозицію вступити в ці правовідносини іншим особам. Свідомо здійснюючи поведінку, що кореспондує пропозиції, інші особи вступають у відповідні правовідносини. Процес виникнення правовідносини відрізняє відповідні правові засоби від договору.

Також до засобів саморегулювання майнових цивільних відносин, що застосовуються в односторонньому порядку, можна віднести окремі види цінних паперів, а також актів, що вчиняються в процесі їх емісії (видачі) і фіксуються у визначеній формі. Серед сучасних прикладів таких актів виступає, зокрема, оформлення проспекту облігацій, який містить інформацію про ціну розміщення відповідних цінних паперів і розмір доходу за відсотковими облігаціями [16, п. 5 розділу II].

Загалом, поява односторонніх актів індивідуального саморегулювання майнових цивільних відносин є результатом розвитку останніх, еволюції цивільного обороту в цілому і, зокрема, виникнення необхідності використання інструментів упорядкування суспільних зв'язків, процес формування яких на ранній стадії передбачає ідентифікацію лише одного учасника відносин, який і використовує відповідний інструмент правового регулювання. Вступ іншого суб'єкта (суб'єктів), особа якого може бути не відомою на момент вчинення акту саморегулювання, відбувається відтерміновано відносно такого моменту.

Узагальнюючи викладене вище, необхідно визнати, що в процесі еволюції людства саморегулювання виступило первісною формою упорядкування суспільних відносин. Засоби впливу, що забезпечували досягнення відповідної мети, за своїм якісним рівнем відповідали рівню розвитку суспільства, однак, що головне, формувалися самим суспільством для регулювання власної ж поведінки. Відповідний інструментарій пройшов значний шлях еволюції від табу як примітивного, відносного сучасності, доправового засобу регулювання поведінки до договору як універсального інструменту регулювання цивільних відносин. При цьому майновий компонент відігравав украй важливу роль у відповідному еволюційному процесі, причини чого криються в потужному впливі розвитку відносин власності на розвиток людства в цілому.

Особливістю засобів саморегулювання майнових цивільних відносин є те, що вони могли й можуть існувати та застосовуватись одночасно в межах єдиної правової системи. Це пов'язується, зокрема, з різним ступенем їхньої юридичної гнучкості, а тому й різним характером впливу на учасників майнових цивільних відносин. При цьому плюралізм засобів індивідуального саморегулювання відповідних суспільних зв'язків, зокрема тих, що застосовуються в односторонньому

або двосторонньому порядку, забезпечується адаптацією до типових правових ситуацій, а тому й ефективністю у виконанні регулятивної функції.

Стаття присвячена розгляду сутності основних засобів саморегулювання майнових цивільних відносин і їхніх інструментальних особливостей в аспекті процесу еволюції.

Встановлюється, що першим нормативним соціальним регулятором суспільних відносин у доправову епоху виступило табу як заборона певної поведінки. При цьому в юридичній літературі висловлюється думка, що однією з перших сформувалась заборона перешкоджати доступу членів групи до мисливської здобичі. Автор формує висновок, що джерелом табу виступав страх перед невідомим. Відповідні заборони формувались індивідуумами самостійно як реакція на зовнішні небезпеки, в чому знаходили прояв їх самоорганізація і нормативність відповідного регулятора.

Визначається, що табу стало передумовою формування звичаю як усталеного правила поведінки. При цьому еволюція звичаю демонструє те, що засоби саморегулювання майнових відносин випередили виникнення засобів їх централізованого регулювання. До виникнення права звичай мав соціальний характер і вже виступав інструментом упорядкування суспільних зв'язків майнового характеру. У свою чергу формування права як феномена надало певним звичаям правового характеру, оскільки на ранніх стадіях розвитку держав саме звичай отримав офіційне визнання. Лише згодом державні утворення почали активно використовувати нормативно-правові акти для регулювання майнових відносин.

Виникнення договору пов'язують із виникненням приватної власності. Встановлюється, що цей засіб саморегулювання майнових цивільних відносин став найбільш прогресивним. Його перевагами є те, що він здатен індивідуально регулювати практично будь-які відносини.

Автор доходить висновку, що формування односторонніх актів як засобів саморегулювання майнових цивільних відносин супроводжувалось розвитком конструкції юридичних осіб. Однак у подальшому виникли нові інструменти правового регулювання одностороннього характеру, які врегульовували відносини, що в силу специфіки не могли впорядковуватись договором.

Ключові слова: саморегулювання, самоорганізація, табу, звичай, договір, акти одностороннього характеру, майнові відносини.

Vasyliev V. Evolution of legal means of self-regulation of property civil relationships

The article is devoted to consideration the essence of main means of self-regulation of property civil relationships as well as their instrumental features in context of evolution.

It's defined that taboo as prohibition of some behavior became the first normative social regulator of relations in pre-legal period. In addition according to some scientist's opinion first taboo was the rule that prohibited blocking of group members access to hunter's booty. The author concludes that fear of unknown became the first source of taboo. Appropriate prohibitions have been formulating by individuals themselves as reaction on external danger that can be qualified as signs of self-organization and normativity of appropriate regulator.

It's determined that taboo has become the prerequisite of the formation of custom as established rule of conduct. Besides, the evolution of a custom demonstrates that means of self-regulation of property relationships had outpaced the origination of the means of centralized regulation. Before law originated the custom had

been used as instrument of arrangement of social connections of proprietary character. In its turn emergence of law as phenomenon transformed customs to legal means, since at the early stages of state evolution barely custom got official recognition. Only later state formations began to use legislative acts for regulation property relationships.

The emergence of the contract is associated with emergence of private property. It's defined that this mean of self-regulation of property relationships has become one of the most progressive. Its advantage is that it can be used for regulation almost any relationships.

The author concludes that emergence of unilateral acts as means of self-regulation of property civil relationships has been accompanying by evolution of the construct of legal entity. But later new unilateral instruments of legal regulation emerged because some property relationships were not be able to be regulated by contract because of their features.

Key words: self-regulation, self-organization, taboo, custom, contract, unilateral acts, property relationships

Література

1. История первобытного общества : в 3 т. / отв. ред. Ю.В. Бромлей. Москва : Изд-во «Наука», 1983. Т. 1: Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза. 432 с.

2. Бедрій М.М. Правовий звичай у первісному (додержавному) суспільстві: окремі акценти. Часопис Київ. ун-ту права. 2016. № 2. С. 24–27.

3. Сильченко Н.В. Зарождение первичных закономерностей нормативного регулирования общественных отношений. Государство и право: теория и практика. Калининград : Изд-во КГУ, 2004. Вып. 3. С. 22–35.

4. Виндшейд Б. Учебник пандектного права : в 3 т. ; пер. с нем. под. ред. С.В. Пахмана. Санкт-Петербург : Изд. Иероглифова и Никифорова, 1874. Т. 1: Общая часть. XIV. 358 с.

5. Дернбург Г. Пандекты : в 3 т. ; пер. Г. фон Рехенберга под. рук. П. Соколовского. Москва : Университет. типогр., Страстной бульвар, 1906. Т. I: Общая часть. XVI. 465 с.

6. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве ; пер. И.А. Базанова ; под ред. проф. Ю.С. Гамбарова. Москва : Типогр. Высоч. учрежд. Т-ва И.Д. Сытина, 1897. 295 с.

7. Луцький Р.П. Позитивне право та природне право: опозиція категорій. Часопис Київ. ун-ту права. 2011. № 4. С. 38–41.

8. История первобытного общества : в 3 т. / отв. ред. Ю.В. Бромлей. Москва : Изд-во «Наука», 1988. Т. 3: Эпоха классообразования. 565 с.

9. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закладів / М.В. Цвік та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. академіка АПрН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф. академіка АПрН України О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.

10. Чалая Л.А., Лядова А.В. История договорного права : учеб. пособие. Владимир : Изд-во Владимир. гос. ун-та, 2008. 172 с.

11. Майданик Р. Цивільне право як сфера приватного права України. Приватне право. 2013. № 1. С. 65–80.

12. Кашанина Т.В. Эволюция форм права. Lex Russica. 2011. № 1. С. 34–53.

13. Меденцев П.А. Еволюція правового регулювання договірних зобов'язань і відмови від їх виконання в Україні та окремих зарубіжних країнах. Вісн. Одеськ. нац. ун-ту ім. І.І. Мечникова. Сер. «Правознавство». Одеса : Астропринт, 2008. Т. 13. Вип. 10. С. 83–88.

14. Бабаев М.Я. История возникновения и развития договора как инструмента права. Образование. Наука. Научные кадры. 2019. № 2. С. 17–19.

15. Дождев Д.В. Римское частное право : учебник для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. 2-е изд., изм. и доп. Москва : Норма, 2006. 784 с.

16. Положення про порядок здійснення емісії облігацій підприємств та їх обігу: затверджено рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 21.06.2018 р. № 425, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 19.07.2018 р. за № 843/32295. Офіц. вісн. України. 2018. № 63. Ст. 2188 (із змінами).

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.983

Л. Адашис,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного права
Навчально-наукового інституту права та міжнародно-правових відносин
Університету митної справи та фінансів

А. Левдик,
провідний фахівець-юрисконсульт юридичного відділу
Університету митної справи та фінансів

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ УКРАЇНИ ПРАКТИКИ ЄСПЛ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД І ПРАВА НА ЕФЕКТИВНИЙ ЗАСІБ ЮРИДИЧНОГО ЗАХИСТУ

Підвищення ефективності й дієвості механізмів захисту прав людини в нашій державі (насамперед судових механізмів) має бути пріоритетним напрямом курсу на гуманізацію державної політики в усіх сферах. Сьогодні ми можемо спостерігати позитивну тенденцію відходу судів від суто нормативістського підходу до вирішення справ на користь природно-правового, який дає змогу зорієнтувати правосуддя в антропоцентристському напрямі. Значну роль у розвитку зазначеної тенденції відіграє як закріплення на законодавчому рівні відповідних вимог (Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини») так і все активніше застосування національними судами під час винесення вироків практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерела права.

У межах дослідження ми б хотіли звернутися до національного досвіду застосування судами України практики ЄСПЛ у контексті захисту права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб юридичного захист як базових, на нашу думку, принципів здійснення правосуддя.

Питання застосування практики ЄСПЛ національними судами України увійшли до сфери наукових інтересів таких дослідників, як М. Бурменський, В. Буткевич, В. Денисов, О. Ерделевський, В. Євінтов, В. Забігайло, Л. Заблоцька, Є. Кубком, В. Мармазов, А. Мацко, В. Міцик, В. Муравйов, І. Піляєв, П. Рабінович, С. Шевчук, С. Федик. Однак лише Ю. Матат, Т. Мирошниченко, Е. Трегубов досліджували саме право на справедливий судовий розгляд та ефективний засіб юридичного захисту в контексті практики ЄСПЛ і національного правозастосування.

У зв'язку з динамікою зміни нормативної бази, що визначає вимоги до здійснення правосуддя видається доцільним дослідження національного підходу до застосування відповідної практики ЄСПЛ, у тому числі в контексті реформування судової системи з метою надання відповіді на запитання: «Чи змінився підхід національних судів до застосування практики ЄСПЛ під час захисту права на справедливий судовий розгляд та ефективний засіб юридичного захисту?»

Мета статті полягає в комплексному аналізі особливостей застосування судами України практики ЄСПЛ у контексті захисту права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб юридичного захисту.

© Л. Адашис, А. Левдик, 2019

Право на справедливий суд гарантується особі в силу вимог статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), згідно з якою право на справедливий і публічний розгляд справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом, під час визначення цивільних прав та обов'язків особи чи розгляду будь-якого кримінального обвинувачення, що пред'являється особі.

Право на ефективний засіб юридичного захисту гарантується особі статтею 6 Конвенції, відповідно до якої кожен, чиї права та свободи, визнані в Конвенції, порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [1].

Отже, під час здійснення правосуддя додержання цих прав громадян є пріоритетним, оскільки саме закріплення цих прав гарантує, що правовий спір буде вирішено національним судом із додержанням принципів добросовісності, рівності сторін і правової визначеності.

Право на справедливий суд можна назвати багатоелементним, зарахувавши до нього 1) право на розгляд справи; 2) справедливість судового розгляду; 3) публічність розгляду справи та проголошення рішення; 4) розумний строк розгляду справи; 5) розгляд справи судом, установленим законом; 6) незалежність і безсторонність суду.

Досліджуючи витоки сучасного розуміння права на справедливий суд, О. Ткачук зазначає, що право на справедливий судовий розгляд є процесуальним правом кожного, чиї права порушені, не визнані чи оспорюються. Сутність цього права полягає в тому, що, по-перше, воно є правом для захисту інших прав, а по-друге, це право має власну самодостатню цінність як складник принципу верховенства права [2, с. 193].

Аналіз практики національних судів дає змогу стверджувати, що зазвичай найбільш часто порушується право особи на розумний строк розгляду справи в поєднанні з відсутністю ефективних засобів юридичного захисту. Як вдало зазначає із цього приводу С. Кулицька, проблема розгляду справ у розумні строки в Україні має комплексний характер, проявляється в усіх видах проваджень і потребує якнайшвидшого вирішення, оскільки становить один із ключових факторів, що призводить до констатації ЄСПЛ порушень Україною положень Конвенції [3, с. 121].

У зв'язку з вищеозначеним показовою, на нашу думку, є Постанова Великої палати Верховного Суду (далі – ВП ВС) у справі від 5 червня 2019 року № 1-184/2002. Сутність справи полягає в тому, що вироком Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 10 грудня 2004 року особу визнано винною в учиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368 Кримінального кодексу (далі – КК) України. Ухвалою Апеляційного суду Донецької області від 10 березня 2009 року вказаний вирок змінено. Дії особи перекваліфіковано з ч. 2 ст. 368 КК України на ч. 5 ст. 27 – ч. 2 ст. 368 КК України. Ухвалою Верховного Суду України від 13 жовтня 2009 року відмовлено в задоволенні касаційної скарги обвинуваченого.

Обвинувачений і три інші особи звернулися до ЄСПЛ у зв'язку з порушенням їхніх прав на справедливий суд і відсутність у національному законодавстві ефективного засобу юридичного захисту. У рішенні ЄСПЛ від 6 грудня 2018 року у справі «Вега та інші проти України» (заява від 13 листопада 2007 року № 51414/07) констатовано порушення пункту 1 статті 6 і статті 13 Конвенції. Зокрема, у пункті 1 Додатку до вказаного рішення ЄСПЛ установлено надмірну тривалість кримінальних проваджень і відсутність у національному законодавстві ефективного засобу юридичного захисту (початок провадження 26 квітня 2002 року – закінчення

провадження 13 жовтня 2009 року) і присуджено заявнику 900 євро як відшкодування моральної та матеріальної шкоди, судових та інших витрат.

У лютому 2019 року обвинувачений звернувся до Верховного Суду із заявою про перегляд вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 10 грудня 2004 року й ухвали Апеляційного суду Донецької області від 10 березня 2009 року з підстав установлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення справи судом. Обвинувачений просив скасувати зазначені судові рішення, а справи направити на новий судовий розгляд до суду першої інстанції.

Однак у пунктах 17, 22 Постанови ВП ВС зазначила, що вимоги особи про скасування судових рішень щодо нього та передання справи на новий розгляд у суд першої інстанції фактично мають на меті реалізацію права на такий захід індивідуального характеру, як відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який заявник мав до порушення Конвенції (restitutio in integrum). Негативних наслідків через констатовані ЄСПЛ порушення, зокрема через надмірну тривалість кримінального провадження, особа вже не зазнає. Тому такий додатковий захід індивідуального характеру, як повторний розгляд його справи зі скасуванням вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 10 грудня 2004 року, ухвали Апеляційного суду Донецької області від 10 березня 2009 року та направленням справи на новий розгляд у суд першої інстанції, не призведе до поновлення його права на розгляд справи упродовж розумного строку [4].

Отже, заявнику відмовлено в задоволенні заяви, залишено без змін відповідні вирок та ухвалу.

Указана справа є показовою, з огляду на те що є наочним прикладом того, наскільки національними судами порушується право на справедливий суд (більше ніж дванадцять років особа змушена звертатися до судових інстанцій з метою реалізації свого права) та фактично репрезентує загальний формальний підхід національних судів до розгляду справ у контексті відсутності ефективного засобу захисту такого порушеного права.

На підтвердження означеного, аналізуючи релевантність застосування практики ЄСПЛ, Р. Бабанли та П. Пушкар вдало зазначають, що застосування практики ЄСПЛ вимагає переосмислення. У тому числі переосмислення вимагають аспекти як (не)релевантного, так і (не)доречного застосування практики ЄСПЛ. Іншими словами, варто розглянути можливість формування «культури» імплементації практики ЄСПЛ з урахуванням виявлених проблем, а також з огляду на наявні прогалини: застосування практики там, де це не вимагається, та незастосування практики там, де це вимагається. Застосування практики Суду й посилання на рішення Європейського суду не має бути автоматичним: цей процес повинен мати логічне підґрунтя. Сама Конвенція не вимагає прямого застосування (посилання на) її положень(ня). Основна вимога Конвенції, відповідно до ст. 1, – забезпечувати реалізацію та виконання вимог щодо прав людини в каталозі прав, закріплених Конвенцією та протоколами до неї. Чи забезпечить реалізацію конвенційних прав національний Суд із посиланням на вимоги Конвенції чи на практику Суду чи без такого посилання – питання відкрите. Раціональність посилань, юридична обґрунтованість і sensus communis повинні стати ключовими критеріями релевантності й доречності посилань на практику та рішення ЄСПЛ [5].

Порушення у відповідних процесуальних кодексах строків, у які повинні здійснювати конкретні процесуальні дії або в рамках яких мають місце конкретні процесуальні стадії, на нашу думку, є навіть більш значною проблемою ніж, наприклад, корупція

в судовій системі, оскільки саме ця проблема демонструє загальний нігілізм судової системи щодо права громадян на справедливий суд. Водночас, на наше глибоке переконання, про ефективність роботи судів у контексті правозахисного вектору їхнього діяльності повинен свідчити саме рівень довіри громадян. Однак сьогодні, незважаючи на проведену судову реформу, такий рівень довіри до судових органів з боку громадян є невисоким.

Згідно з даними Центру соціологічних досліджень Разумкова, для більшості громадян функціонування суду в Україні є незрозумілим, вони вважають, що суди вирішують справи повільно, а витрати на доступ до правосуддя є високими. Оцінювання відбувалося за шкалою від «0» до «6» балів, де оцінка «0» означала «незрозуміло», «повільно», «витрати високі», відповідно, а оцінка «6» означала «зрозуміло», «швидко», «витрати низькі», відповідно. Оцінюючи зрозумілість функціонування суду, середня оцінка становила 2,1 балів, відповідно, швидкість вирішення справ отримала 1,7 бала, а такий аспект, як витрати на доступ до правосуддя, – 1,6 балів. Краще (крім оцінки щодо витрат на судовий процес) оцінили ситуацію респонденти, яким доводилося протягом останніх двох років брати участь у розгляді судових справ. Серед цієї категорії респондентів середня оцінка зрозумілості функціонування суду становила 2,7 балів (що фактично є середньою оцінкою), середня оцінка швидкості вирішення справ – 2,1 бала, а середня оцінка стосовно витрат на доступ до правосуддя – 1,7 бала. Порівняно з 2017 роком оцінки практично не змінилися [6].

Підтвердженням вищеозначеного може також слугувати й результати Моніторингу судових процесів в Україні, проведеного у 2017 році Центром політико-правових реформ за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні. Згідно із загальним висновком за результатами моніторингу, зафіксовано значні порушення принципу розумності строків розгляду (кожне друге призначене судове засідання взагалі не відбувалося) [7, с. 88].

Ще однією проблемою в цьому контексті є недостатньо високий рівень поінформованості учасників процесу щодо їхніх прав, а також про процедуру судового розгляду та звернення до ЄСПЛ у разі виявлення порушень. О. Гаврилюк указує на істотні проблеми в застосуванні практики ЄСПЛ під час розгляду та вирішення справ у національних судах, що пов'язані передусім із недоступністю рішень ЄСПЛ, ухвалених проти інших держав, через відсутність їх перекладів, а також браком загальної культури та навичок застосування практики ЄСПЛ як серед учасників процесу, так і серед суддів, що потребує невідкладних заходів з боку держави, пов'язаних зі створенням відповідних баз даних із доступними перекладами практики ЄСПЛ українською [8, с. 237].

На нашу думку, подолання зазначених проблем можливо виключно за комплексного підходу, який включав би в себе інституційний (оптимальна організація судової системи), нормативний (наявність якісно сформульованих на рівні юридичної техніки процесуальних норм) і правоосвітній (юридична обізнаність громадян щодо власних прав і механізмів їх захисту) складники. Тож якщо ЄСПЛ визнає факт порушення прав заявника з боку держави-відповідача, така держава зобов'язана не тільки вжити заходів індивідуального характеру (наприклад, виплатити справедливу сатисфакцію чи здійснити перегляд справи у судовому порядку), а й ужити певних заходів загального характеру з метою усунення зазначеної в рішенні ЄСПЛ системної проблеми та її першопричини – недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого ЄСПЛ порушення. Як наслідок, будуть усунені підстави для повторного звернення в ЄСПЛ із тих причин, які вже були предметом його розгляду.

Зауважимо, що часто саме формальний підхід національних судів під час розгляду справ, у яких особа посилається на практику ЄСПЛ і/або Конвенцію, а також фактичне тлумачення відповідними судовими органами окремих рішень призводить до повторних звернень громадян до ЄСПЛ часто з позитивним результатом розгляду таких скарг. З метою мінімізації подібних ситуацій пропонується подальше розроблення на доктринальному рівні рекомендацій та узагальнень із правильного розуміння й застосування відповідної практики ЄСПЛ національними судами.

Дослідження присвячено аналізу правової сутності права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб юридичного захисту як основних прав людини, пов'язаних зі здійсненням правосуддя. У статті досліджується сутність і зміст понять «право на справедливий судовий розгляд» і «право на ефективний засіб юридичного захисту». Авторами також вивчається нормативне закріплення цих прав у міжнародному та національному законодавстві. Основна частина дослідження присвячена аналізу національної судової практики, пов'язаної із застосуванням рішень Європейського суду з прав людини щодо захисту вищеозначених прав.

За результатами дослідження автори констатують, що національними судами у правозастосовній діяльності досить часто порушується право на справедливий суд. Автори роблять висновок, що під час здійснення судами правосуддя на національному рівні домінує формальний підхід судів до розгляду справ у контексті відсутності ефективного засобу захисту порушеного права сторони судового розгляду. Також резюмується значна кількість у національному правозастосуванні прямих та опосередкованих законодавчих обмежень і неформальних практик, що перешкоджають реалізації права громадян на справедливий судовий розгляд.

Пропонується комплексний підхід до подолання зазначених проблем, який включав би в себе інституційний (оптимальна організація судової системи), нормативний (наявність якісно сформульованих на рівні юридичної техніки процесуальних норм) та правоосвітній (юридична обізнаність громадян щодо власних прав і механізмів їх захисту) складники.

Ключові слова: Європейський суд із захисту прав людини, права та свободи, право на справедливий суд, ефективні засоби юридичного захисту, право на ефективні засоби судового захисту.

Adashis L., Levdik A. The court application`s peculiarities of the ECHR practice in the context of the right to justify judicial's and the right to effective means of the legal entities` protection

The study examines the legal nature of the right to a fair trial and the right to an effective remedy as a fundamental human right related to the administration of justice. The article explores the essence and content of the concepts of "right to a fair trial" and "right to an effective remedy". The authors also study the normative enforcement of these rights in international and national law. The main part of the study is devoted to the analysis of national jurisprudence related to the application of European Court of Human Rights judgments on the protection of the above rights.

According to the results of the study, the authors state that the right to a fair trial is often violated by national courts in law enforcement activities. The authors conclude that the judicial process at national level is dominated by the formal approach of the courts to hear cases in the context of the absence of an effective remedy for the violated right of a party to trial. It`s

also summarized that the considerable amount of direct and indirect legislative restrictions and informal practices that impede the exercise of the right of citizens to a fair trial in national enforcement.

It is also summarized that it is often the formal approach of national courts when considering cases in which a person refers to ECtHR practice and/or the Convention, as well as the factual interpretation of individual decisions by the relevant judicial authorities that results in repeated appeals to the ECtHR, often with a positive outcome of such complaints. In order to minimize such situations, it is proposed to further develop, at the doctrinal level, recommendations and generalizations on the proper understanding and application of relevant ECtHR practices by national courts. The authors propose a comprehensive approach to overcoming these problems, which would include institutional (optimal organization of the judicial system), regulatory (availability of qualitatively formulated procedural rules at the level of legal technology) and legal educational (legal awareness of citizens about their rights and mechanisms for their protection) parts.

Key words: European Court of Human Rights, Rights and Freedoms, right to a fair trial, effective remedies, right to an effective remedy.

Література

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

2. Ткачук О. Витоки сучасного розуміння права на справедливий суд. Visegrad Journal on Human Rights. 2016. № 1. С. 188–193.

3. Куліцька С. Ефективні засоби захисту права на справедливий суд (у частині дотримання розумних строків) в Україні: місія здійсненна? Visegrad Journal on Human Rights. 2016. № 1. С. 121–126.

4. Постанова Великої палати Верховного Суду у справі від 5 червня 2019 року № 1-184/2002. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82308655.

5. До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/4/40.pdf.

6. Ставлення громадян України до судової системи (соціологічне дослідження). URL: http://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/stavlennia-gromadian-ukrainy-do-sudovoi-systemy.

7. Звіт про результати першої програми моніторингу судових процесів в Україні. Дотримання права на справедливий суд 2017 у судових процесах України. URL: http://pravo.org.ua/img/books/files/15375263701529318084povny_zvit_sud.pdf.

8. Гаврилюк О. Проблемні питання застосування практики європейського суду з прав людини національними судами. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 4. С. 231–238.

9. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.

УДК.342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.984

О. Забродіна,
кандидат політичних наук,
доцент кафедри цивільного, трудового та господарського права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗУПИНЕННЯ ВИПЛАТИ ПЕНСІЙ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИМ ОСОБАМ

Згідно зі ст. 46 Конституції України громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом.

Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними.

Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Останнім часом складається вкрай негативна практика часто безпідставного зупинення виплати пенсій особам, що є тимчасово переміщеними в розумінні Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб». При цьому навіть за умови поновлення таких виплат, пенсії, які не були виплачені внаслідок зупинення, відділення Пенсійного фонду по всій Україні відмовляються виплачувати з посиланням на те, що такі виплати будуть здійснені після прийняття окремого порядку, визначеного Кабінетом Міністрів України, як це передбачено Постановою КМУ від 08 червня 2016 р. № 365 зі змінами, внесеними Постановою КМУ від 25.04.2018 р. № 335. Однак указані посилання грубо порушують чинне законодавство України, внаслідок чого неправомірно порушуються права та законні інтереси пенсіонерів.

Питанням належного соціального захисту внутрішньо переміщених осіб займаються чимало сучасних науковців, серед яких варто згадати В.П. Антонюк, Е.М. Бовкун, О. Бережнюк, О.О. Іляшко, О.П. Лішик, О. Перепелюкова, А. Солодько та інших учених.

Мета статті полягає в дослідженні проблем зупинення виплати пенсій та їх невиплати після поновлення внутрішньо переміщеним особам в Україні.

Завданням поданого матеріалу по вибраній проблемі є визначення основних засад пенсійного забезпечення внутрішньо переміщених осіб, аналіз підстав та порядку зупинення виплат та дотримання при цьому законних прав та інтересів таких осіб.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» пенсія – це щомісячна пенсійна виплата в солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, яку отримує застрахована особа в разі досягнення нею передбаченого цим Законом пенсійного віку чи визнання її особою з інвалідністю, або отримують члени її сім'ї у випадках, визначених цим Законом.

Відповідно до ст. 3 Конституції України, найвищою соціальною цінністю

© О. Забродіна, 2019

в України людини є її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, відповідальність держави перед людиною за свою діяльність та головний обов'язок держави щодо утвердження і забезпечення прав і свобод людини.

Згідно з ч. 2 ст. 22 Конституції України конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. Конституційне право на соціальний захист включає і право громадян на забезпечення їх у старості. Пенсія за віком, за вислугу років та інші її види, що призначаються у зв'язку з трудовою діяльністю, заслужені попередньою працею і є однією з форм соціального захисту.

У відповідності до ст. 47 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» пенсія виплачується щомісяця, у строк не пізніше 25 числа місяця, за який виплачується пенсія, виключно в грошовій формі, за зазначеним у заяві місцем фактичного проживання пенсіонера в межах України організаціями, що здійснюють виплату і доставку пенсій, або через установи банків у порядку, передбаченому Кабінетом Міністрів України.

Ані вказаний закон, ані будь-який інший закон з питань пенсійного забезпечення не передбачає будь-яких підстав зупинення або не поновлення виплати вже призначеної пенсії, є тільки підстави припинення виплати пенсії, які визначені ст. 49 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Дана норма містить вичерпний перелік підстав для припинення пенсійних виплат, зокрема, виплата пенсії за рішенням територіальних органів Пенсійного фонду або за рішенням суду припиняється:

– якщо пенсія призначена на підставі документів, що містять недостовірні відомості;

– на весь час проживання пенсіонера за кордоном, якщо інше не передбачено міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України;

– у разі смерті пенсіонера;

– у разі неотримання призначеної пенсії протягом 6 місяців підряд;

– в інших випадках, передбачених законом.

Поновлення виплати пенсії здійснюється за рішенням територіального органу Пенсійного фонду протягом 10 днів після з'ясування обставин та за наявності умов для відновлення її виплати. Виплата пенсії поновлюється в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 35 та ст. 46 цього Закону.

При цьому відповідно до ст. 24 Конституції України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» для взятої на облік внутрішньо переміщеної особи реалізація прав на зайнятість, пенсійне забезпечення, загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття, у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, на отримання соціальних послуг здійснюється відповідно до законодавства України.

Україна вживає всіх можливих заходів, спрямованих на розв'язання проблем, пов'язаних із соціальним захистом, зокрема відновленням усіх соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам.

Згідно з п. 1 Постанови Кабінету Міністрів України від 05 листопада 2014 року № 637 «Про здійснення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам» призначення та продовження виплати пенсій (щомісячного довічного

грошового утримання), довічних державних стипендій, усіх видів соціальної допомоги та компенсацій, матеріального забезпечення, надання соціальних послуг, субсидій та пільг за рахунок коштів державного бюджету та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування внутрішньо переміщеним особам здійснюються за місцем перебування таких осіб на обліку, що підтверджується довідкою, виданою згідно з Порядком оформлення і видачі довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 1 жовтня 2014 р. № 509.

Виплата (продовження виплати) пенсій (щомісячного довічного грошового утримання), довічних державних стипендій, усіх видів соціальної допомоги та компенсацій, матеріального забезпечення (далі – соціальні виплати), що призначені зазначеним особам, проводиться через рахунки та мережу установ і пристроїв публічного акціонерного товариства «Державний ощадний банк України» з можливістю отримання готівкових коштів і проведення безготівкових операцій через мережу установ і пристроїв будь-яких банків тільки на території, де органи державної влади здійснюють свої повноваження.

П. 6 Порядку оформлення і видачі довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 01 жовтня 2014 року № 509, передбачено, що довідка про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи діє безстроково, крім випадків, передбачених ст. 12 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб».

Приписами даної статті визначено, що підставою для скасування дії довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи та внесення відомостей про це в Єдину інформаційну базу даних про внутрішньо переміщених осіб є обставини, за яких внутрішньо переміщена особа:

– подала заяву про відмову від довідки;

– скоїла злочин: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади; посягання на територіальну цілісність і недоторканність України; терористичний акт; втягнення у вчинення терористичного акту; публічні заклики до вчинення терористичного акту; створення терористичної групи чи терористичної організації; сприяння вчиненню терористичного акту; фінансування тероризму; здійснення геноциду, злочину проти людяності або військового злочину;

– повернулася до покинутого місця постійного проживання;

– виїхала на постійне місце проживання за кордон;

– подала завідомо недостовірні відомості.

Згідно зі ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 1 Додаткового протоколу до Конвенції кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Положеннями ст. 14 Конвенції регламентовано, що користування правами та свободами, визнаними Конвенцією, має бути забезпечено без дискримінації за будь-якою ознакою.

Відповідно до ч. 2 ст. 46 Закону № 1058 «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» нараховані суми пенсії, не отримані з вини органу, що призначає і виплачує пенсію, виплачуються за минулий час без обмеження будь-яким строком з нарахуванням компенсації втрати частини доходів.

Відповідно до Порядку здійснення контролю за проведенням соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам за місцем їх фактичного проживання/перебування, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України

від 08.06.2016 р. № 365 визначається механізм здійснення контролю за проведенням виплати внутрішньо переміщеним особам за місцем їх фактичного проживання/перебування незалежно від факту реєстрації місця проживання/перебування пенсій (щомісячного довічного грошового утримання), довічних державних стипендій, усіх видів соціальної допомоги та компенсацій, матеріального забезпечення, надання соціальних послуг, субсидій та пільг за рахунок коштів державного бюджету та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Згідно з п. 12 вказаного Порядку визначаються підстави для припинення соціальних виплат, а саме:

– підстави, передбачені законодавством щодо умов призначення відповідного виду соціальної виплати;

– отримання рекомендацій Мінфіну щодо фактів, виявлених під час здійснення верифікації соціальних виплат;

– встановлення факту відсутності внутрішньо переміщеної особи за фактичним місцем проживання/перебування згідно з актом обстеження матеріально-побутових умов сім'ї;

– скасування довідки внутрішньо переміщеної особи з підстав, визначених ст. 12 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»;

– отримання інформації від Держприкордонслужби, МВС, СБУ, Мінфіну, Національної поліції, ДМС, Держфінінспекції, Держаудитслужби та інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Виходячи з вищевикладеного, право внутрішньо переміщеної особи на отримання пенсії є беззаперечним, і забезпечення цього права становить суть взятих на себе державою зобов'язань.

Відповідно, ознайомлюючись із судовою практикою щодо вказаної категорії справ, як правило, відділення Пенсійного фонду взагалі не мають жодних належних доказів на підтвердження наявності підстав для припинення виплати пенсії, адже, як вже зазначалося, припинення виплати пенсії можливе лише за умови прийняття пенсійним органом відповідного рішення і лише з підстав, визначених статтею 49 Закону № 1058-IV.

Стосовно посилань Пенсійного фонду України, що належні пенсійні виплати будуть здійснені виключно після прийняття окремого порядку, визначеного Кабінетом Міністрів України, як це передбачено Постановою КМУ від 08.06.2016 р. № 365 зі змінами, внесеними Постановою КМУ від 25.04.2018 р. № 335, такі посилання неправомірні з огляду на таке.

Згідно з Конституцією України Кабінет Міністрів України не наділений правом вирішувати питання, які належать до виключної компетенції Верховної Ради України, так само як і приймати правові акти, які підміняють або суперечать законам України.

Більше того, зазначена Постанова не є законом, а тому як підзаконний нормативно-правовий акт не може обмежувати чи/або звужувати права громадян, які встановлені нормативно-правовими актами вищої юридичної сили.

Рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Суханов та Ільченко проти України» встановлено, що зменшення розміру або припинення виплати належним чином установленої соціальної допомоги може становити втручання у право власності.

Таким чином, як свідчить практика, будь-які безпідставні зупинення внутрішньо переміщеним особам виплати пенсії та безпідставна їх невиплата після поновлення є грубим порушенням їхніх прав та законних інтересів, які підлягають відновленню в повному обсязі зі стягненням усіх невиплачених сум та відшкодуванням моральної шкоди таким особам.

Стаття присвячена актуальним проблемам соціального захисту внутрішньо переміщених осіб під час нарахування та виплати пенсій.

Автором проаналізовано загальні підстави зупинення таких виплат та підстави їх поновлення, оскарження таких дій представників Пенсійного фонду України, а також досліджені найпоширеніші проблеми реалізації права внутрішньо переміщених осіб на отримання пенсії як виплати, заслуженої попередньою працею, і яка є однією з форм соціального захисту. Відповідно до ч. 4 ст. 9 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» встановлення зв'язків та взаємодія органів державної влади України, їх посадових осіб, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території, допускається виключно з метою забезпечення національних інтересів України, захисту прав і свобод громадян України, виконання міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, сприяння відновленню в межах тимчасово окупованої території конституційного ладу України.

Отже, порядок обміну та підтвердження інформації між державними органами з приводу встановлення зв'язків та взаємодії органів державної влади України, їх посадових осіб, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території, допускається виключно з метою забезпечення національних інтересів України, захисту прав і свобод громадян України, виконання міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, сприяння відновленню в межах тимчасово окупованої території конституційного ладу України, і є обов'язком безпосередньо таких державних органів.

Проаналізована відповідна судова практика з даної проблематики та зроблені пропозиції щодо спрощення здійснення та захисту соціальних прав вимушених переселенців. Згідно зі ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом, кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

При цьому згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Отже, Пенсійний фонд України у своїй діяльності зобов'язаний діяти лише у встановлений законом спосіб, суворо дотримуючись як прав, так і законних інтересів внутрішньо переміщених осіб.

Ключові слова: внутрішньо переміщені особи, пенсія, соціальні права, соціальні виплати, соціальний захист.

Zabrodina O. Current issues of discontinued payment of pensions to internal displaced persons

The article deals with topical problems of social protection of internally displaced persons during the accrual and payment of pensions, the author analyzes the general reasons for suspension of such payments and grounds for their renewal, the appeal of such actions by representatives of the Pension Fund of Ukraine, as well as explores the most common problems of exercising the right of internally displaced persons to receive pensions. benefits earned by previous work and which is a form of social protection. Pursuant to Part 4 of Article 9 of the Law of Ukraine "On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine" bodies (officials) established in a

temporarily occupied territory are allowed solely for the purpose of securing the national interests of Ukraine, protecting the rights and freedoms of Ukrainian citizens, fulfilling international treaties, agreeing to obligations the nature of which was provided by the Verkhovna Rada of Ukraine, facilitating the restoration within the temporarily occupied territory of the constitutional order of Ukraine.

Therefore, the procedure for the exchange and confirmation of information between state bodies concerning the establishment of relations and interaction of state authorities of Ukraine, their officials, local self-government bodies and their officials with illegal bodies (officials) established in a temporarily occupied territory is allowed. for the purpose of securing the national interests of Ukraine, protecting the rights and freedoms of Ukrainian citizens, fulfilling international treaties, the consent of which was rendered compulsory by the Verkhovna Rada of Ukraine, assistance from the restoration within the temporarily occupied territory of the constitutional system of Ukraine, and is the responsibility of such state bodies directly.

Relevant jurisprudence on the subject has been analyzed and proposals have been made to simplify the exercise and protection of the social rights of displaced persons. According to Art. 55 of the Constitution of Ukraine, the rights and freedoms of a person and a citizen are protected by a court, everyone is guaranteed the right to appeal in court the decisions, actions or omissions of state authorities, local self-government bodies, officials and officials. However, according to Part 2 of Article 19 of the Constitution of Ukraine, state authorities, local self-government bodies, their officials are obliged to act only on the basis, within the powers and in the manner provided by the Constitution and laws of Ukraine.

Therefore, the Pension Fund of Ukraine in its activities is obliged to act only in the manner prescribed by law, and strictly respecting the rights of such legitimate interests of internally displaced persons, in particular.

Key words: internally displaced persons, pension, social rights, social benefits, social protection.

Література

1. Деякі питання здійснення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам : Постанова Кабінету Міністрів України від 08.06.2016 р. № 365. Урядовий кур'єр. 2016. 11 черв. № 111.

2. Перепелюкова О. Вирішення нагальних проблем внутрішньо переміщених осіб. Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. 2015. № 6. С. 110–116.

3. Права внутрішньо переміщених осіб. URL: https://helsinki.org.ua/prava-vnutrishno- peremischenyh-osib

4. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15.04.2014 р. № 1207-VII. Голос України. 2014. 26 квіт. № 83.

5. Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 19.04.2018 р. по справі № 804/1783/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73559105 (дата звернення: 04.04.2019).

6. Солодько А., Доронюк Т. Захист соціально-економічних прав внутрішньо переміщених осіб: першочергові завдання для України. URL: http://www.cedos.org.ua/-system/attachments/files

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.985

К. Долгорученко,
старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ПІДХІД У МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СПЕЦВІДДІЛУ «ВІНЕТА» МІНІСТЕРСТВА ПРОСВІТИ І ПРОПАГАНДИ РАЙХУ НА ОКУПОВАНИХ УКРАЇНСЬКИХ ТЕРИТОРІЯХ

У сучасній юриспруденції дедалі більше актуалізуються пошуки нових методологічних підходів щодо пізнання суспільно-політичної та правової реальності в історичній ретроспективі. М. Козюбра із цього приводу влучно зауважив: «у процесі історичного розвитку змінюються як кількісно, так і якісно явища, які становлять об'єкт дослідження загальної теорії держави та права, що зумовлює необхідність більш високого рівня їх пізнання, використання нових підходів і методів, досягнень інших наук, вивчення нових зв'язків та властивостей вказаних явищ. У зв'язку з цим є потреба в переосмисленні або ж навіть уточненні підходів та методів юридичних досліджень, зокрема галузі історії держави і права» [4, с. 30].

Можна погодитися з думкою науковця щодо актуалізації методологічних проблем історико-правової науки, особливо в умовах постійного розширення меж студіювання історико-правового характеру не тільки у напрямі дослідження теоретичних проблем становлення та функціонування держави і права, але й у ціннісних, діяльнісних та структурно-функціональних аспектах державно-правових явищ та процесів. Подальша інтенсифікація юридичних досліджень вимагає наукового обґрунтування ролі та значення історико-правового методологічного підходу у вивченні маловідомих суспільно-політичних подій, особливо періоду Другої світової війни, процеси під час якої вплинули на формування суспільної правосвідомості та правової поведінки населення окупованих територій. Йдеться насамперед про роль деструктивного впливу нацистської пропаганди і пропагандистської діяльності спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти та пропаганди Райху на окупованих українських територіях.

Серед радянських теоретиків юриспруденції, що займались проблемами парадигмальної єдності правознавства як синтезу існуючих підходів до права та історії держави і права, слід відзначити роботи М. Кельмана [2], М. Ковалевського [3] та інших.

Сучасним вітчизняним науковцям таким, як М. Костицькому [5], О. Ярмишу [7], М. Козюбрі [4], М. Дамірлі [1], Д. Шигалю [6] та іншим, вдалось визначити принципові основи побудови плюралістичної, однак цілісної, методологічної концепції вітчизняної історії держави і права.

Незважаючи на значну кількість наукових розвідок у даній проблематиці, динаміка сучасного життя вимагає подальшого вдосконалення наукової методології, зокрема теорії інтегративних підходів у дослідженні історико-правових аспектів державного управління, практики державного будівництва, а також діяльності спеціальних органів державної влади в історичній ретроспективі.

© К. Долгорученко, 2019

Мета статті – визначити сутність, ознаки та принципи історико-правового підходу в методології дослідження діяльності спеціального органу державної влади Третього Райху – спецвідділу «Вінета» – на окупованих українських територіях.

Наукове дослідження проблем історико-правової реальності як елементу правової дійсності зумовлює необхідність пошуку нового ефективного підходу в методології дослідження. Так, Д. Шигаль у контексті аналізу проблем теорії історико-правового порівняльного методу зазначає, що специфіка історико-правового підходу в методології наукового дослідження полягає у дворівневій суб'єктивації історичного і правового знання, в якому перший рівень пізнання належить відображенню історичної дійсності, а другий – сприйняттю цієї дійсності через реконструкцію правової реальності – системи юридичних норм, які характеризують закономірності та особливості існування держави. Серед іншого, науковець доводить, що тільки інтегративне поєднання «історичного» і «правового» методів наукового пізнання в юриспруденції може вирішити конкретні гносеологічні проблеми історико-правової матерії [6, с. 828].

Погоджуючись із вищевикладеною думкою автора та зосереджуючи увагу на сутнісних аспектах історико-правового підходу, науковець М. Дамірлі намагається сформулювати спеціальні принципи дослідження правової реальності в історичній ретроспективі. Він виділяє такі:

1. Принцип темпоральності меж правової реальності в історичній ретроспективі. Тобто принцип хронологічної зумовленості та обмеженості об'єкту пізнання в історичному процесі.

2. Принцип відносної завершеності та структурності процесів розвитку об'єкту пізнання. Тобто об'єкт пізнання завжди розглядається як відносно завершений процес (акт), в якому виділяють причини, форми вираження, наслідки, структуру функціонування як основні елементи пізнання.

3. Принцип аберації – ефект відносного спотворення даних під час порівняння типових явищ та процесів минулого і сьогодення.

4. Принцип відповідності об'єкта дослідження соціально-культурному історичному контексту.

5. Принцип антропологічної орієнтованості історико-правового дослідження. Тобто зумовленість правових явищ та процесів природою людини як родової істоти, соціально-психологічними факторами, механізмами соціального контролю, масовою та індивідуальною свідомістю та поведінкою тощо [1, с. 417].

Виходячи з наведених вище тверджень науковців, уважаємо, що в основу історико-правового методологічного підходу покладено систему загальнонаукових та спеціальних принципів і способів організації та побудови теоретико-пізнавальної діяльності в галузі дослідження державно-правової реальності в історичній ретроспективі. Характерними ознаками історико-правового методологічного підходу слід вважати:

– поліцентричність наукової парадигми історико-правової дійсності – наявність різних наукових моделей теоретичного (історичного та формально-юридичного) тлумачення державно-правових явищ, які можуть розглядатись як зразок постановки і логічного рішення конкретного предмету пізнавальної проблеми;

– єдність теорії історії та правової теорії як структурних елементів історико-правового методологічного підходу – єдність та узгодженість апарату категорій, понять, базових наукових положень про особливості, структуру і типологію юридичного знання;

– інтегративність принципів та методів дослідження – сукупність взаємозумовлених, взаємозалежних принципів та методів дослідження, об'єднаних заради досягнення поставленої мети – пізнання історико-правової реальності як складника історичної дійсності;

– ретроспективність дослідження об'єкту пізнання – аналіз, конкретизація

чи реконструкція соціальних, політичних та правових явищ і процесів минулого для розуміння проблем сьогодення.

Відповідно, основними елементами структури, власне, історико-правового методологічного підходу є історико-правова теорія, принципи та методи спеціально-історичної та правової методології, а саме:

– закони виникнення, функціонування і зміни наукової історико-правової теорії, а також єдиний апарат категорій і понять спеціального юридичного знання;

– спеціальні принципи підходу: темпоральності, аберації, принцип відносної завершеності та структурності процесів розвитку об'єкту пізнання, принцип відповідності об'єкта дослідження соціально-культурному історичному контексту та принцип антропологічної орієнтованості дослідження;

– спеціальні методи підходу дослідження історико-правової реальності: історико-порівняльний, порівняльно-правовий метод, історико-правовий порівняльний метод; спеціально-юридичний метод; метод структурно-діахронічного аналізу, контент-аналіз історико-правових джерел тощо.

Характеризуючи сутність та ознаки історико-правового підходу в методології дослідження діяльності спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях, у межах даного дослідження були виокремлені такі концептуальні аспекти проблеми:

1. Історико-правовий підхід ґрунтується на фундаментальних філософсько-світоглядних принципах наукового пізнання:

а) принцип об'єктивності сприяє виявленню достовірних, реальних властивостей та якостей предмету пізнання, відображає дійсну природу матеріальної історико-правової дійсності;

б) принцип історизму забезпечує бачення функціонування предмету наукового пізнання в його динаміці, дозволяє з'ясувати причини та підстави утворення даного органу, сутність його діяльності в різні періоди функціонування у конкретних умовах правової реальності. Принцип історизму може бути також реалізований через принцип генетичного розгляду державно-правових явищ та процесів конкретного історичного періоду в їх послідовній зміні властивостей та функцій;

в) принцип конкретності дозволяє здійснювати аналіз досліджуваного предмету не в цілому, а за конкретних об'єктивних умов та відносно його особливих проявів у певному місці та часі;

г) принцип науковості дозволяє проаналізувати сутність досліджуваного предмету з позицій належного науково-теоретичного рівня, сформувати понятійно-термінологічний апарат, який є загальноприйнятим у науковій теорії історії держави і права;

д) термінологічний принцип передбачає визначення обсягу і змісту поняття предмету наукового пізнання через родову ознаку і видову відмінність із врахуванням та уточненням трактування у філософських, тлумачних і юридичних словниках. Вказаний принцип вимагає чіткості й однозначності під час визначення поняття, відсутності тавтології в разі зазначення базових ознак, достатніх для розкриття їхньої сутності та змісту.

2. Історико-правовий підхід у методології дослідження базується на спеціальних наукових принципах:

а) принцип темпоральності або хронологічної зумовленості предмету дослідження. Діяльність спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях має чіткі межі існування – формально утворено спецвідділ Імперського міністерства народної просвіти і пропаганди Третього Райху «Вінета» (Dienststelle Vineta Propagandadienst Ostraume.V.) у серпні 1941; у червні 1942 року діяльність спецвідділу «Вінета» була поширена на окуповані радянські території, зокрема на

територію Райхскомісаріату «Україна»; травень-липень 1943 року – остаточне згортання діяльності спецвідділу «Вінета» на окупованих українських територіях; лютий 1944 року – російські та українські роти пропагандистів діяли у Німеччині, а вже до кінця року їх було повністю ліквідовано;

б) принцип відносної завершеності та структурності процесів розвитку об'єкту (предмету) пізнання. По-перше, предмет дослідження – «Діяльність спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях» та особливо її вплив на правосвідомість та правову поведінку населення розглядається як відносно завершений процес (акт). Адже пропагандистський вплив – це організоване цілеспрямоване використання спеціальних інформаційно-психологічних методів і технологій для внесення довгострокових деструктивних змін в індивідуальну та суспільну свідомість. Такий вплив зумовлює два види взаємозалежних змін у довгостроковій перспективі: зміни у психіці та поведінці та зміни в цінностях, життєвих позиціях, орієнтирах, світогляді тощо. По-друге, на території Райхскомісаріату «Україна» спецвідділ «Вінета» мав чітку структуру функціонування. Відповідно, основними елементами предмету історико-правового дослідження є діяльність таких відділів організації: аналітичного; активної пропаганди; радіопропаганди та прослуховування; театральної пропаганди; української кореспонденції; брошурування; цензури; відділу координації пропагандистів націоналістичних груп (членів ОУН та РОА); відділу СД (служба безпеки) та 2-й відділу абверу (відділ розвідки); відділу кадрів; технічного відділу. Кожний елемент структури організації мав специфіку форм, методів та засобів діяльності.

в) принцип аберації – ефект відносного спотворення даних під час порівняння типових явищ та процесів минулого і сьогодення. Порівнюючи основні види діяльності спецвідділу «Вінета» в умовах нацистської окупації (аналітична розвідувальна діяльність та пропаганда, збір інформації про настрої місцевого населення, а також відбір та підготовка пропагандистів для роботи зі слов'янськими народами в умовах окупації, виготовлення друкованих засобів пропаганди для розповсюдження та передруку в цивільних зонах окупації тощо) із сучасними видами діяльності спецслужб в умовах ведення спеціальних інформаційних операцій, спостерігаємо відносні розбіжності у визначенні форм та способів здійснення пропаганди, цілей, завдань, сил і засобів, прийомів впливу, навіть у виборі цільових аудиторій тощо.

г) принцип відповідності об'єкта дослідження соціально-культурному історичному контексту. Тобто об'єкт дослідження має розкривати (реконструювати) соціальний, політичний, правовий, культурний, ментальний, духовний та ідейний світ людини та суспільства минулого (хронологічний період, що досліджується). Так, вивчаючи наслідки впливу діяльності спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на правосвідомість та правову поведінку українців в умовах окупації, маємо враховувати ефект впливу глобальних історичних, соціально-політичних та військових подій, явищ і процесів Другої світової війни. А також культурні та соціально-правові феномени, що стали характерними для населення держав із тоталітарним режимом – це такі, як масовізація суспільної свідомості, радикалізація політичних настроїв та суспільних рухів, зміни ціннісних установок та ідейних орієнтирів, деформація правової свідомості, посилення проявів протиправної поведінки та ін.

д) принцип антропологічної орієнтованості дослідження або людинознавчий принцип дослідження. Передбачає аналіз пропагандистської діяльності спецвідділу «Вінета» через призму ролі конкретних осіб у реалізації деструктивних процесів, а також комплексне дослідження правосвідомості та правової поведінки українського населення

в умовах нацистської окупації як особливого феномена людського буття та його ролі в утвердженні загальнолюдських та традиційних цінностей у тогочасних умовах.

3. Історико-правовий методологічний підхід інтегрує спеціальні методи дослідження, які є найбільш іманентними до предмету пізнання. А саме історико-порівняльний метод, порівняльно-правовий метод, історико-правовий порівняльний метод, формально-юридичний метод; контент-аналіз історико-правових джерел тощо.

Таким чином, історико-правовий підхід у методології наукового дослідження є основним компонентом історичної та юридичної парадигм наукового пізнання і містить у собі історико-правову теорію, загальнонаукові та спеціальні взаємозалежні принципи та методи дослідження правової реальності, що розкривають сутнісні ознаки явища чи процесу в історичній ретроспективі. У межах зазначеного методологічного підходу під час дослідження діяльності спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях були визначені характерні сутнісні ознаки та принципи історико-правового підходу. А саме ознаки поліцентричності наукової парадигми, інтегративності принципів, ретроспективності дослідження об'єкту пізнання та методів дослідження і наукові принципи: темпоральності, відносної завершеності та структурності процесів розвитку об'єкту (предмету) пізнання, аберації та відповідності об'єкта дослідження соціально-культурному історичному контексту тощо.

У статті розкриті ключові аспекти історико-правового підходу в методології дослідження діяльності спецвідділу «Вінета» міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях. Визначено сутність, ознаки та структуру історико-правового підходу в дослідженні діяльності спецвідділу «Вінета». Даний підхід дає змогу виявити: а) причини, форми та наслідки деформації правової свідомості українців під впливом тотальної нацистської пропаганди; б) висвітлити соціально-політичний феномен колабораціонізму через призму конформізму як соціально-правової норми поведінки українців в умовах німецького окупаційного режиму; в) причини, форми та специфіку прояву протиправної поведінки українців в умовах панування злочинного нацистського режиму.

У межах дослідження автором визначені основні принципи історико-правового підходу в методології дослідження проблеми пропагандистської діяльності спецвідділу «Вінета», такі як принцип темпоральності, принцип відносної завершеності та структурності процесів розвитку об'єкту (предмету) пізнання, принцип аберації, принцип відповідності об'єкта дослідження соціально-культурному історичному контексту та інші.

Ключові слова: історико-правовий підхід, історико-правова реальність, пропагандистська діяльність спецвідділу «Вінета».

Dolgoruchenko K. Historical and legal approach in the methodology of the vineta specialty activities research of the ministry of education and promotion of Reich on the occupied Ukrainians

The article proves that the historical-legal approach in research methodology is a major component of the historical and legal paradigms of scientific knowledge. It is based on a system of general scientific and special principles and methods of organization and construction of theoretical and cognitive activity in the field of study of state and legal reality in historical retrospect.

The article contains the key aspects of the historical and legal approach to the methodology of extension of the special "Vineta" of the Ministry of

Education and propaganda of the Reich on the occupied Ukrainian territories. There is a pimple, signs and structure of the historical and legal approach together with the history of the special work of "Vineta". The pedhidic data can be influenced: a) the reasons for and the appearance of deformities in Ukrainian legal capacity as a result of growing total Nazi propaganda; b) the social and political phenomenon of collaboration through the prism of conformism as social and legal norms of Ukrainian behavior in the minds of the German payback regime; c) the reasons for and specifics of the manifestation of anti-Ukrainian legal behavior in the minds of the evil Nazi regime.

Within the framework of the previous publication, the author has outlined the basic principles of historical and legal approach to the methodology of extension of the problems of propaganda activities of the "Vineta" special forces as well as the principle of temporality, the principle of comprehensive completion and structure of the processes of development of the object of study, the principle of aberration, the principle of the knowledge of the object of study and the principle of the social and cultural heritage context and initiative.

Key words: historical-legal epidemics, historical-legal reality, propaganda activities of the special forces of "Vineta".

Література

1. Дамирли М. Специфика историко-правового познания и новый облик историко-правовой науки. Актуальні проблеми політики. Одеса, 2003. Вип. 16. С. 416–424.

2. Кельман М. Співвідношення методу і методологічного підходу у правовій науці. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки. 2016. № 850. С. 204–211.

3. Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приёмы изучения истории права. Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX–XX століть / за ред. О.В. Кресіна. Київ, 2008. 307 с.

4. Козюбра М. Методологія правознавства і методологія права: співвідношення понять та їх особливості. Право України. 2014. Вип. 1. С. 22.

5. Костицький М. Ключові підходи до методології пізнання української історико-правової дійсності. Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. 2015. Вип. 12. С. 12–17.

6. Шигаль Д. До питання щодо розмежування понять порівняння, порівняльного, порівняльно-історичного, порівняльно-правового та історико-правового порівняльного методів. Форум права. 2012. № 3. С. 828–832.

7. Ярмиш О. Регіони України під кутом зору історико-правової компаративістики. Регіональні аспекти історико-правових досліджень : Матеріали XVII міжнародної історико-правової конференції. Донецьк, 2008. С. 3–11.

УДК 343.533.2
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.986

М. Дімітров,
кандидат юридичних наук, старший викладач
Придунайської філії
Міжрегіональної Академії управління персоналом

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Методологічна основа є концептуальною основою для дослідження будь-якої сфери, оскільки сприяє пізнанню досліджуваного явища, розкриттю його сутності та змісту. Правовий механізм методів наукового дослідження кримінальної відповідальності за порушення прав на комерційні позначення є важливим механізмом забезпечення охорони та захисту інтелектуальної власності. Актуальність методології дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень, з огляду на реформування законодавства, зумовлює постійне оновлення наукових досліджень з метою вдосконалення забезпечення теоретичних основ у вказаній сфері.

Методи та методологія наукового дослідження активно застосовуються представниками кримінального права під час аналізу незаконного використання торговельної марки, географічного зазначення походження товару, комерційних найменувань, з'ясування суб'єкта та об'єкта таких злочинів, адекватності покарання. Звідси визначення понять «метод» та «методологія» є надзвичайно актуальним, як і характеристика безпосередньо загальних та спеціальних методів.

Серед науковців, які приділили увагу в тій чи іншій мірі цьому питанню, варто визначити таких, як: П.С. Берзін, І.А. Головізніна, О.О. Дудоров, В.Н. Бондарєв, Є.В. Дем'яненко, А.А. Козлов, О.В. Колесников, О.Г. Карпович, А.С. Нерсесян, І.М. Расоха, С.А. Склярук, Є.А. Подольська, М.Ю. Прокш, С.М. Трейгер, В.С. Юринець.

Незважаючи на значну кількість наукових робіт, які стосуються проблематики, необхідно зазначити, що комплексний розгляд методології дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання знаку для товарів та послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару відсутній, що і сприяє необхідності її дослідження.

Метою статті є дослідження методології кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень та розроблення авторських визначень понять методів та методології у цій сфері.

Методологію дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень доцільно розпочати з теоретичних основ, а саме з визначення понять «метод» та «методологія».

Загальним поняттям методу є спосіб теоретичного дослідження або практичного здійснення чого-небудь. В юридичній та науковій літературі існує безліч дефініцій даного поняття з різним підходом та розумінням. Розглянемо деякі з них.

Є.А. Подольська розуміє метод як спосіб побудови й обґрунтування системи філософського і наукового знання, як шлях дослідження і практичного перетворення дійсності. Це система правил, принципів і прийомів підходу до вивчення явищ і закономірностей

© М. Дімітров, 2019

розвитку природи, суспільства та мислення або практичної перетворювальної діяльності людини [1]. Авторка визначає цю дефініцію як певний шлях та спосіб та крізь призму філософського розуміння. На думку О.В. Колесникова, метод (грец. methodos – шлях, спосіб дослідження, викладу) – це система правил і прийомів підходу до вивчення явищ і закономірностей природи, суспільства, мислення; планомірний шлях, спосіб досягнення певних результатів у науковому пізнанні й практичній діяльності; взагалі, прийом, спосіб або спосіб дії [2, с. 20]. Науковець тлумачить дане явище не як спосіб, а як систему правил і прийомів, що виділяє його позицію з-поміж інших, адже більшість наукових положень дотримуються стандартів щодо визначення даного поняття. І.М. Рассоха під методом (від грец. methodos – спосіб, метод, шлях) розуміє спосіб досягнення мети, певним чином впорядковану діяльність [3, с. 14]. Вважаємо, що це визначення є дещо обмеженим та розкриває незначну кількість характеристик, притаманних методу. Але необхідно наголосити на тому, що автор доцільно визначив таку характеристику методу, як «впорядкована діяльність», адже метод у деякій мірі розуміється і як впорядкована діяльність певного способу, що більш доцільно його пояснює.

Враховуючи вказані підходи до розуміння методу, наведемо власне визначення: метод – це певні логічні способи або системи правил, які спрямовані на досягнення будь-якої встановленої мети, що застосовуються для розроблення висновків за допомогою відповідних засобів та прийомів.

Методи наукового пізнання, залежно від вибраного науковцями критерію, класифікуються. Наведемо окремі з них.

Загальні методи наукового пізнання умовно поділяють на:

– методи емпіричного дослідження (спостереження, порівняння, вимірювання, експеримент);

– методи, що використовуються як на емпіричному, так і на теоретичному рівнях дослідження (абстрагування, аналіз і синтез, індукція і дедукція, моделювання тощо);

– методи або методологія, що використовуються на теоретичному рівні дослідження (сходження від абстрактного до конкретного, системний, структурно-діяльнісний підхід) [4].

Визначений перелік та розподіл загальних методів у даному випадку формує три великі групи. Варто зауважити, що в разі виокремлення таких груп визначаються особливості, що притаманні кожному конкретному методу.

Також доречно надати наукову позицію В.Є. Юринець, який визначає загальні види методів наукового пізнання та умовно поділяє їх на такі рівні:

– емпіричний, до якого відносять спостереження, порівняння, вимірювання, анкетування, співбесіду, тестування тощо;

– теоретико-експериментальний, до якого відносять експеримент, аналіз-синтез, індукцію-дедукцію, моделювання, гіпотетичність, історичність, логічність, абстрагування, ідеалізацію, аксіоматику, узагальнення тощо;

– метатеоретичний, куди входять діалектичний метод і метод системного аналізу [5, с. 85].

Зазначена класифікація, як і попередня, поділяє методи наукового дослідження лише на три групи. Однак підкреслимо, що даний розподіл є цілком слушним, він визначає характер зазначених методів та сприяє його ефективному застосуванню.

Наведемо приклади використання методів наукового пізнання в дослідженнях з аналізованої проблематики та зазначимо, що структурними складниками поняття «комерційні позначення» є зареєстровані та охоронювані законом: знак для товарів і послуг, фірмове найменування, кваліфіковане зазначення походження товару.

І.А. Головизіна у своєму кандидатському дослідженні «Незаконне

використання товарного знака: проблеми кваліфікації та правозастосування» використовувала такі ефективні методи наукового дослідження: загальний діалектичний метод, а також сукупність загальнонаукових та спеціальних методів пізнання, а саме: методи наукової абстракції; аналізу й синтезу; індукції та дедукції; сходження від простого до складного; генетичний метод; конкретно-соціологічний метод; методи формалізації; метод аналогії; системно-структурний метод; формально-логічний метод; метод правової герменевтики [6]. Саме застосування не лише загальних чи спеціальних методів, а їх поєднання, яке було застосовано науковцем, сприяло оптимальному дослідженню проблематики та визначенню всіх поставлених задач. Поєднання загального та спеціального методу дослідження у більшій мірі застосовується до комплексних робіт, які розглядають декілька аспектів щодо досліджуваної теми.

О.В. Дем`яненко у своїй праці «Кримінальна відповідальність за незаконне використання товарного знаку» вказує на такі методи дослідження: діалектико-матеріалістичної методології, формально-логічний, системно-структурний, історико-правовий, статистичний, соціологічний і психологічний, системний підхід. Ним були зроблені спроби застосувати всі чотири основних рівня методологічних знань системних досліджень: філософські підстави системних досліджень; загальнонаукові методологічні принципи і форми дослідження систем різної природи; конкретно-наукова методологія системного дослідження в спеціальних наукових дисциплінах; методологія і техніка дослідження конкретних об'єктів [7].

А.С. Нерсесяном у кандидатському дослідженні «Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності» використано такі методи: догматичний, для аналізу юридичної конструкції складів злочинів, у тому числі ст. 229 КК України; історичний метод для аналізу процесів становлення інституту прав інтелектуальної власності, зокрема кримінально-правової охорони цих прав у Російській імперії, СРСР та сучасній Україні; метод системного аналізу, що застосовувався для характеристики елементів і ознак складів злочинів, зокрема ст. 229 КК України як єдиної системи, та інші. Зазначимо, що вказані методи є найбільш оптимальними під час дослідження ст. 223 КК України [8].

Під час дослідження зазначеної проблематики нами було застосовано: діалектичний метод пізнання правових явищ, який дозволив здійснити аналіз співвідношення понять визначених науковцями; системний метод, який сприяв виведенню основних власних понять і категорій, таких, як: «метод», «методологія», «методологічне дослідження», «метод дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання знаку для товарів та послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару»; структурний метод, який виявився найбільш ефективним для побудови цілісної структури визначення методології дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень; метод порівняльно-правового аналізу, яким проведено загальнотеоретичну характеристику понять та класифікацій з теми дослідження; логіко-семантичний метод, за допомогою якого поглиблено понятійний апарат в означеній сфері; а використання формально-логічного, а також методу моделювання допомогло сформулювати пропозиції щодо авторських визначень та класифікацій.

Звернемося до визначення поняття «методологія», яка у наукознавстві розуміється як теоретична основа та способи організації пізнавального процесу, що характеризують пізнання з погляду його загальних форм, можливостей пізнавальних засобів та механізмів, які зумовлюють логічну послідовність наукового дослідження [9, с. 25], вчення про метод, який пов'язують із логікою наукового дослідження;

сукупність загальних і окремих методів [10, с. 65]. Дані позиції науковців визначають методологію з логічної точки зору. Слід зауважити, що вони є чіткими та сприяють розумінню основних ознак, притаманних методології. Розуміння «методу» з логічної точки зору сприяє виокремленню окремих ознак, які не передаються через визначення даного поняття з іншої позиції.

У філософії під методологією розуміють систему принципів і засобів організації та побудови теоретичної і практичної діяльності, а також учення про цю систему [11, с. 363], систему принципів і способів організації та побудови теоретичної і практичної діяльності, а також учення про цю систему або систему соціально випробуваних правил і нормативів пізнання і дії, які співвідносяться з властивостями і законами дійсності; внутрішньо диференційовану і спеціалізовану сферу знання, що акцентується на методах, шляхах досягнення істинного і практично ефективного знання [12, с. 359]. Наведені дефініції більш об'ємно розглядають питання методології. Потрібно зазначити, що саме через визначення методології з точки зору філософії доцільно визначити основні характеристики та зрозуміти суть даного явища. У філософському розуміння методологія визначається також як система принципів та відповідних засобів.

За А.П. Закалюком, методологія – це загальний для науки шлях пошуку наукового знання, який у багатьох напрямах та відношеннях є багатоваріантним [13, с. 89]. Необхідно зауважити, що методологія виступає не лише загальним явищем, а й у деякій мірі спеціальним для визначення та встановлення наукових знань. Особливістю такого підходу є те, що автор визначає метод як шлях пошуку, що значно виокремлює наведену позицію з-поміж інших.

М. Стефанов методологію визначає як відому систему вихідних теоретичних знань, які відбивають найбільш загальні закономірності об'єктивного світу і служать засобом, знаряддям, інструментом, керівним принципом для вирішення завдань, що виникають у теоретичній і практичній діяльності людей [14, с. 113]. Наведена дефініція є найбільш широкою, тому що розкриває всі необхідні аспекти стосовно розуміння методології. Сприйняття автором цього явища як системи оптимальним та позитивним чином впливає на визначення даного поняття. Хоча наведена позиція не в повній мірі виділяється серед інших авторських визначень та має багато спільних ознак, потрібно вказати, що автор розкриває методологію не просто як систему, а як вже відому систему теоретичних знань, що є слушним для визначення цього поняття.

В.М. Попович під методологією взагалі і наукою кримінального права зокрема пропонує розуміти це вчення не просто як про методи пізнання, а й про систему інтерпретації методів, притаманних предмету пізнання [15, с. 45]. Такий погляд є поширеним та у певній мірі доповнює понятійно-категоріальний апарат у сфері дослідження. Вважаємо, що методологію доречно визначити як систему вчень та пізнання про мислення, про методи дослідження, що використовуються в будь-якій науці та сприяють для визначення об'єкта її пізнання.

За аналогією вищезазначених понять нами розроблене авторське визначення методології дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень – це певна система або шлях пізнання, які спрямовані на визначення відповідальності за недотримання правил використання товарних знаків та послуг, фірмового найменування, кваліфікованого значення походження товару у сфері кримінального права, що сприяє виведенню відповідних висновків за допомогою конкретних прийомів та засобів.

Отже, науковцями розроблені неоднозначні поняття методу та методології наукового дослідження. На наш погляд, до основних ознак наведених понять дослідниками відносяться ті,

які вони вважають найбільш істотними, суттєвими. З урахуванням наукових поглядів розроблені авторські визначення понять: метод – це певні логічні способи або системи правил, які спрямовані на досягнення будь-якої встановленої мети, що застосовуються для розроблення висновків за допомогою відповідних засобів та прийомів; методологія дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень – це певна система або шлях пізнання, які спрямовані на визначення відповідальності за недотримання правил використання товарних знаків та послуг, фірмового найменування, кваліфікованого значення походження товару у сфері кримінального права, що сприяє виведенню відповідних висновків за допомогою конкретних прийомів та засобів.

У статті обґрунтовується положення про те, що правовий механізм методів наукового дослідження проблематики кримінальної відповідальності за порушення прав на комерційні позначення є важливим механізмом забезпечення охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності.

Досліджуються погляди вчених щодо визначення понять «метод» та «методологія». Зроблено висновок, що неоднозначні поняття методу та методології наукового дослідження зумовлені різними поглядами науковців щодо їх найбільш істотних та суттєвих ознак.

Зазначено, що структурними складниками поняття «комерційні позначення» є зареєстровані та охоронювані законом: знак для товарів і послуг, фірмове найменування, кваліфіковане зазначення походження товару.

Наведені приклади використання автором таких методів наукового дослідження, як: діалектичний, системний, структурний, логіко-семантичний, формально-логічний методи та метод моделювання. Іншими методами, які ефективно використовувались науковцями для дослідження проблематики, є: методи наукової абстракції; аналізу й синтезу; індукції та дедукції; сходження від простого до складного; генетичний метод; конкретно-соціологічний метод; методи формалізації; метод аналогії; системно-структурний метод; формально-логічний метод; метод правової герменевтики.

З урахуванням наукових поглядів щодо визначення понять «метод» та «методологія» розроблені авторські дефініції «метод» та «методологія дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання комерційних позначень», які пропонуються для наукового обігу.

Ключові слова: метод, методологія, кримінальна відповідальність, незаконне використання, комерційні позначення.

Dimitrov M. The methodology of criminal responsibility research for illegal use of commercial trademarks

The article substantiates the provision that the legal mechanism of methods of scientific investigation of the problem of criminal liability for violation of the rights to commercial designations is an important mechanism for ensuring the protection and protection of intellectual property.

Scientists' views on the definition of "method" and "methodology" are explored. It is concluded that ambiguous concepts of the method and methodology of scientific research are due to different views of scientists on their most significant and essential features.

It is noted that the structural components of the concept of "commercial designation" are registered and protected by law: a sign for goods and services, a company name, a qualified indication of the origin of goods.

Examples of the author's use of such research methods as dialectical,

systemic, structural, logical-semantic, formal-logical and modeling methods are given. Other methods that have been used effectively by scientists to investigate problems are: methods of scientific abstraction; analysis and synthesis; induction and deduction; the ascent from simple to complex; genetic method; concrete sociological method; methods of formalization; method of analogy; system-structural method; formal-logical method; method of legal hermeneutics.

Taking into account scientific views on the definitions of "method" and "methodology", the author's definitions of "method" and "methodology for investigating criminal liability for the illicit use of commercial designations" have been developed.

Key words: method, methodology, criminal liability, illegal use, commercial designation.

Література

1. Подольська Є.А. Поняття методу та методології наукового дослідження: Філософія. URL: http://westudents.com.ua/glavy/95155-ponyattya-metodu-ta-metodolog-naukovogo-dosldjennya.html

2. Колесников О.В. Основи наукових досліджень. 2-ге вид. випр. та доп. : навч. посіб. Київ : Центр учбової літератури, 2011. 144 с.

3. Рассоха І.М. Конспект лекцій з навчальної дисципліни «Методологія та організація наукових досліджень. Менеджмент організацій і адміністрування (за видами економічної діяльності)». Харків : ХНАМГ, 2011. 76 с.

4. Методи наукової роботи: Лекція 4. URL: http://intranet.tdmu.edu.ua

5. Юринець В.Є. Методологія наукових досліджень : навч. посібник. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2011. 178 с.

6. Головизина И.А. Незаконное использование товарного знака: проблемы квалификации и правоприменения : дисс. ... канд. юр. наук. 2008. 201 с.

7. Демьяненко Е.В. Уголовная ответственность за незаконное использование товарного знака : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Москва, 2003. 188 с.

8. Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2008. 208 с. URL: https://mydisser.com/ua/catalog/view/6/348/3353.html

9. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.

10. Альчук М. Сучасна філософсько-правова методологія. Вісник Львівського університету: Філософські науки. 2008. № 1. С. 64–71.

11. Щерба С.П. Філософія : підручник. Київ : Кондор, 2007. 445 с.

12. Философский энциклопедический словарь. Москва : Советская энциклопедия, 1989. 840 с.

13. Закалюк А.П. Курс сучасної кримінології: теорія і практика : у 3 кн. Київ : Ін Юре, 2007. Кн.1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.

14. Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках : монография. Москва : Прогресс, 1967. 271 с.

15. Актуальні проблеми кримінального права : навч. посіб. / В.М. Попович та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 256 с.

УДК 347.91/.95
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.987

Н. Сергієнко,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри публічного та приватного права
Київського університету імені Бориса Грінченка

ПРЕДСТАВНИКИ СТОРІН ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЇХНЬОГО ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Реформування сфери примусового виконання рішень триває вже не перший рік. Зміни торкнулися і сфери суб'єктів виконавчого процесу. А між іншим, сторони як учасники виконавчого провадження можуть брати участь у цій юрисдикційній діяльності як особисто, так і через представників. З одного боку, тематика представництва сторін у виконавчому провадженні була предметом розгляду значної кількості науковців-юристів (наприклад, див. праці С.Я. Фурси, С.В. Щербак, М.В. Вінцславської, Д.В. Кухнюка та інших учених-юристів), з іншого боку, окремі питання тематики представництва сторін у виконавчому процесі все ще, як видається, досліджено не досить. Серед них, наприклад: розмежування аспекту права сторони *мати* представника у виконавчому провадженні та аспекту *здійснення* стороною своїх *прав та обов'язків* у виконавчому провадженні, питання визначення обмежень повноважень представника сторони у виконавчому провадженні. Метою наукового розроблення в межах наукової статті є дослідження питання правового статусу представників сторін виконавчого провадження. Завдання, яке ставиться до розв'язання в науковій статті, полягає в аналізі правового регулювання статусу представників сторін виконавчого провадження, зокрема, в аспекті диференціації права мати представника стороною та можливості здійснення відповідних прав / обов'язків стороною виконавчого провадження через представника, обмеження повноважень представника у виконавчому провадженні.

Представники сторін виконавчого провадження визначено положеннями ч. 1 ст. 14 Закону України «Про виконавче провадження» окремими учасниками виконавчого провадження поруч із сторонами, яких вони представляють. Хоча, беручи участь у виконавчому провадженні, представники сторін представляють не свій власний інтерес, а інтерес сторони, яку вони представляють, реалізують не свої права та виконують обов'язки, а саме сторін. Помилковим є твердження, що представники сторін мають особисту заінтересованість у виконанні рішення державним виконавцем. Вони діють від імені особи, яку представляють, і це зовсім не означає, що стягнення проводиться на їхню користь [1, с. 67]. Тож якщо представник діє в межах інтересу сторони, яку він представляє, реалізуючи саме її права та виконуючи її обов'язки, то виникає питання, навіщо законодавцем представників сторін виокремлено як окремих учасників виконавчого провадження? Адже, по суті, тут представництво виступає формою забезпечення та реалізації інтересу, права, обов'язків сторони. Схожий підхід існував у редакції Цивільно-процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, яка діяла до 15 грудня 2017 р.: ст. 26 визначала представників як осіб, які беруть участь у справі поруч зі сторонами. Водночас у нинішній редакції

© Н. Сергієнко, 2019

ЦПК України (ст. 42) представники вже не визначені окремішними учасниками справи поруч зі сторонами тощо, однак положення ст. 58 ЦПК України передбачають як можливість участі у справі сторони тощо особисто, так і через представника. Тут ключовим видається формулювання «*через* представника», тобто участь у справі бере саме сторона тощо, і саме вона є учасником справи, однак така її участь можлива через представника. Як видається, наведене можливо екстраполювати і на сферу виконавчого процесу. Відтак, враховуючи наведене вище в сукупності, немає підстав визначати представників сторін виконавчого провадження окремішними від сторін учасниками виконавчого провадження в ч. 1 ст. 14 Закону України «Про виконавче провадження», а також і беручи до уваги, що в ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» уже йдеться як про можливість самостійної участі сторони у виконавчому провадженні, так і через представника.

Дещо нелогічно, як видається, викладено формулювання речення другого ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження»: особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права *мати* представника (зауважуємо, тут мова про «мати представника», а не про те, що представник реалізуватиме всі без винятку права та обов'язки відповідної сторони виконавчого провадження), *крім випадку,* коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто (а тут уже мова про реалізацію окремого обов'язку). Відтак за буквального тлумачення наведених положень матимемо умовивід, що у виконавчих провадженнях щодо виконання рішень, за якими боржник зобов'язаний вчинити певні дії особисто, він не може мати представника. Однак таке твердження абсурдне. Адже, відповідно до ст. 59 Конституції України, кожен має право на професійну правничу допомогу. Крім того, реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права [2]. Обґрунтовано зазначають С.Я. Фурса та інші вчені-юристи, що, коли особа зобов'язана до вчинення певних дій, які вона має вчинити особисто, участь представника поряд із нею не може заборонятись законом, особливо, якщо потребує допомоги адвоката або сторонньої особи [3, с. 246]. Як видається, в аналізованих положеннях ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» дещо змішано аспекти виконавчої процесуальної правоздатності (здатність мати певні права та обов'язки, в цьому випадку – право мати представника) та окремі аспекти виконавчої процесуальної дієздатності (здатність своїми діями набувати для себе прав та обов'язків у виконавчому провадженні, самостійно їх реалізовувати, в цьому випадку – вчинення дій, до вчинення яких особисто особа зобов'язана рішенням, яке примусово виконується, не може бути передане представнику). Тому формулювання речення другого ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» потребує уточнення. Пропонуються такі формулювання: «Особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника. Коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто, вчинення таких дій має бути здійснено саме боржником і не може вчинятись його представником».

Законодавством передбачено специфіку представництва у виконавчому провадженні окремих суб'єктів. Наприклад, діти та недієздатні особи реалізують свої права та виконують обов'язки, пов'язані з виконавчим провадженням, через своїх законних представників. Поняття «законні представники» розкрито структурно в різних актах законодавства. Наприклад, у ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» зазначено, що законні представники – батьки, усиновителі, батьки-вихователі, прийомні батьки, патронатні

вихователі, опікуни, піклувальники, представники закладів, які виконують функції опікунів і піклувальників [4]. Щодо юридичних осіб, то їх у виконавчому провадженні представляють керівники або органи чи посадові особи, які діють у межах повноважень, наданих їм законом чи установчими документами юридичної особи, або представники юридичних осіб. Перелік документів, якими посвідчуються повноваження представників сторін виконавчого провадження, наведений у п. 10 розділу ІІ Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5 [5] (далі – Інструкція з організації примусового виконання рішень), серед них і довіреність юридичної особи. Цікаво, що приписи абз. 5–6 п. 10 розділу ІІ Інструкції з організації примусового виконання рішень передбачають, що через реалізацію стороною виконавчого провадження права на пред'явлення виконавчого документа на виконання, подання заяви про повернення без виконання виконавчого документа, отримання присудженого майна чи стягнутих сум, на оскарження дій державного виконавця та інших посадових осіб органів Державної виконавчої служби через представника виконавець перевіряє, чи обумовлені у довіреності повноваження представника на здійснення таких дій. Такі повноваження С.В. Щербак визначає як спеціальні (вказуючи, що до них має бути віднесено і укладення мирової угоди у виконавчому процесі) і зазначає, що представник має право здійснювати їх лише за обумовлення їх у довіреності [6, с. 47]. А втім, вважаємо, що в основу визначення обсягу повноважень представника має бути покладений інший принцип – загальнодозвільний, відповідно до якого в довіреності представника мають бути зазначені обмеження його повноважень, а інші повноваження, відповідно, він має право вчиняти. На користь таких міркувань свідчать приписи ч. 4 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження»: повноваження представника юридичної особи у виконавчому провадженні можуть бути підтверджені довіреністю, виданою і оформленою відповідно до закону. Представник може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти така особа. Дані про наявність обмежень щодо представництва юридичної особи у виконавчому провадженні можуть міститися в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань або у виданій довіреності. Аналогічні норми містить і абз. 7 п. 10 розділу ІІ Інструкції з організації примусового виконання рішень. Перелік осіб, які не можуть бути представниками у виконавчому провадженні, наведений у ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження».

Отже, можна узагальнити, що здатність сторони виконавчого провадження мати представника у виконавчому провадженні та здійснення своїх прав та обов'язків у виконавчому провадженні через представника є нетотожними поняттями. Враховуючи наведене, необхідним є уточнення приписів ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження». Якщо представник має обмеження щодо вчинення певних дій від імені сторони виконавчого провадження, то про це має бути вказано в його довіреності як документі, який посвідчує його повноваження як представника. Перспективними видаються й подальші наукові розробки тематики представництва у виконавчому процесі, враховуючи, що, загалом представництву в юрисдикційних діяльностях як правовідношенню властива багатогранність – матеріально-правовий аспект, процесуально-правовий аспект.

У науковій статті розглянуто проблематику правового статусу представників сторін виконавчого провадження. Здійснено аналіз і дослідження правового регулювання статусу представників сторін

виконавчого провадження. Представники сторін виконавчого провадження визначені як учасники виконавчого провадження (ч. 1 ст. 14 Закону України «Про виконавче провадження»). Відповідно до Закону, сторони виконавчого провадження – це одні учасники виконавчого провадження, а представники сторін виконавчого провадження – це інші учасники виконавчого провадження. Це трохи дивно, оскільки представники сторін виконавчого провадження реалізують у виконавчому провадженні права та виконують обов'язки сторін, а не свої власні права та обов'язки. Тому виникає питання доцільності сепарації, про яку йшлося вище. Схожа ситуація існувала деякий час тому в цивільному процесі, проте нині приписи ст. 42 Цивільного процесуального кодексу України передбачають, що сторони є учасниками цивільного процесу, а в приписах ст. 58 Цивільного процесуального кодексу України йдеться, що сторони можуть брати участь у справі особисто або через представників. У статті резюмується, що здатність сторони виконавчого провадження мати представника у виконавчому провадженні та здійснення ними своїх прав та обов'язків у виконавчому провадженні через представника є нетотожними поняттями. Автор статті пропонує викласти приписи ч. 1 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» так: «Особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника. Коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто, вчинення таких дій має бути здійснено саме боржником і не може вчинятись його представником». Якщо ж представник має певні обмеження у здійсненні певних правомочностей від імені сторони виконавчого провадження, ці обмеження мають бути обумовлені в довіреності. Подальші наукові дослідження теми правового статусу представників сторін виконавчого провадження уявляються перспективними на підставі наведеного нижче: представництво в юрисдикційних діяльностях як правовідношення має різні аспекти – матеріально-правовий і процесуально-правовий.

Ключові слова: правовий статус, сторона виконавчого провадження, представники сторін виконавчого провадження.

Sergiienko N. Representatives of execution process parts: some questions of theirs legal status

The paper is given by the problem of legal status of representatives of execution process parts. Legal regulation of the status of the representatives of execution process parts has been analyzed in the scientific article and researched. Representatives of execution process parts are determined as the members of executive process (par. 1 Art. 14 The Law of Ukraine "On Executive Process"). In compliance with these prescriptions of legislation the parts of executive process are one member of executive process, the representatives of execution process parts are other members of executive process. It is slightly strange because the representatives of execution process parts realize in the executive process rights and execute obligations of parties, but not theirs own private rights and obligations. So, the question of necessity of separation, mentioned above, rises. Similar situation existed in civil process some time ago, but nowadays the prescription of Art. 42 of The Civil Procedural Code of Ukraine provide that parties are the members of civil process, but the prescription of Art. 58 of The Civil Procedural Code of Ukraine provide that parties can take part in the civil process by their own or via the representatives.

There is resumed in the article that the capacity of the part of executive process to have the representative in executive process and realization rights and obligations in executive process via repre-

sentatives are not identical. The author of the scientific article proposes to state the prescriptions of par. 1 Art. 16 The Law of Ukraine "On Executive Process" by the following manner: "Physical person can take part in the executive process by its own, or via representative. If the debtor is obliged to fulfil the acts by its own, execution of these acts can be made only by the debtor and cannot be executed by its representative". If the representative has some restrictions to fulfil some acts under the name of the part of executive process, these restrictions are to be determined by the power of attorney. Other scientific researches of the theme of legal status of representatives of execution process parts are imagined as perspective because of the thesis as follows: representation in the jurisdictional activities as the legal relationship has different aspects – legal-material aspect and legal-procedural aspect.

Key words: legal status, part of executive process, representatives of execution process parts.

Література

1. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні : навч. посібник. Київ : Атіка, 2002. 480 с.

2. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 у справі № 1-23/2009. Верховна Рада України. Офіційний вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#n54 (дата звернення: 16.08.2019).

3. Закони України «Про Державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : науково-практичний коментар / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, С.В. Щербак ; за заг. ред. С.Я.Фурси;Центрправовихдосліджень.Київ: Фурса С.Я. : КНТ, 2008. 1172 с.

4. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI. Верховна Рада України. Офіційний вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17 (дата звернення: 16.08.2019).

5. Інструкція з організації примусового виконання рішень : Наказ Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5 (у редакції Наказу Міністерства юстиції України від 29 вересня 2016 р. № 2832/5). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12 (дата звернення: 21.11.2019).

6. Щербак С.В. Представництво у виконавчому процесі. Правовий вісник Української академії банківської справи. 2013. № 1 (8). С. 44–49.

УДК:343.141; 343.140.02
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.988

Г. Устінова-Бойченко,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Т. Черниш,
викладач кафедри конституційного, міжнародного та приватного права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Ю. Чабаненко,
асистент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

МІСЦЕ ПРЕЮДИЦІАЛЬНИХ ФАКТІВ У ПРОЦЕСІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ

Процес доказування, який включає такі етапи, як збирання, дослідження та оцінка доказів, є головним компонентом прийняття законного та справедливого судового рішення у будь-якому виді судочинства. Обов'язок доказування покладається на учасників процесу, а оцінка доказів здійснюється судом відповідно до норм матеріального та процесуального права. Зафіксовані у судовому рішення факти та обставини мають значення не тільки при його оскарженні, але й впливають на рішення інших судів, які вирішують справу, що має відношення до предмету доказування, який був об'єктом розгляду у суді. Питання преюдиціальних фактів є достатньо дискусійним та підіймалось науковцями у різних процесуальних галузях права України, такими як, О. І. Бережний, Г. Г. Горелікова, В. Д. Шундіков, О. З. Хотинська, Ю. М. Грошевий, М. О. Тузов, Д. В. Шилін, В. В. Вапнярчук, М. С. Строгович, О. В. Левченко, В. Я. Дорхов та інш. Незважаючи на те, що таке правове явище, як преюдиціальні факти були в центрі уваги багатьох вчених, реформування судової та правової системи викликає необхідність перегляду та більш детального аналізу такого важливого процесуального засобу у процесі доказування, як преюдиціальні факти.

Термін «преюдиція» походить від латинського терміну «praejudicium» яке має тлумачення: «вирішення питання наперед; заздалегідь прийняте рішення; обставини, що дозволяють робити висновки про наслідки» [1, с.423].

Поняття «praejudice» містить такі ознаки: законність, обов'язковість її застосування, достовірність раніше доведених фактів, об'єктивність, зв'язок обставин справи, що розглядається, із судовим рішенням, що набрало законної сили. Виникнення преюдиції пов'язано з діяльністю римських юристів, які подавали преюдиціальні позови (actiones prejudiciales) з метою набуття обов'язкової юридичної сили винесеного судом рішення у певній справі при розгляді судом у майбутньому іншої справи [2, с. 22].

У праві Німеччини та Франції преюдиції знайшли остаточне оформлення та законодавче закріплення, що надалі зробило можливим імплементацію цієї правової категорії в законодавчу практику більшості країн Європи. Враховуючи те, що Україна тривалий час перебувала у складі інших державних утворень, на формування положень щодо преюдиції вплинуло право Російської імперії та, в подальшому, СРСР. Дореволюційне судочинство запозичило термін «преюдиція» з французького процесуального права та її значення полягало у певних питань, які суд не мав права розглядати, тобто вважався неправомочним. У кримінальному процесі преюдиціальними визнавалися такі правові питання, які

 © Г. Устінова-Бойченко, Т. Черниш, Ю. Чабаненко, 2019

задовольняли б таким вимогам: предметом його повинні були бути обставини, що обумовлюють наявність складу злочину; до вирішення цього питання був залучений інший суд, а не суд, що вирішує питання винуватості. Тому, застосування преюдиції, дозволяло більш кваліфіковано і швидко вирішити справу та уникнути суперечностей між рішеннями різних судів. [3, с. 157].

Великий юридичний словник «преюдицію» або «преюдиціальність» визначає як певну властивість, відповідно до якої всі суди, які розглядають справу, повинні приймати без перевірки і доказів факти, встановлені рішенням або вироком суду, що набули законної сили [4, с.483]

В сучасній юридичній літературі «преюдиція» виступає універсальним терміном, який розглядається як правозастосовний факт; як факт, встановлений судом; як висновок, зроблений одним судом і який є обов'язковим для іншого суду; як інтелектуально-вольова діяльність з доказування; як властивість окремих правових явищ; як прийом юридичної техніки [2, с. 22].

Головною передумовою виникнення інституту преюдицій у праві стало намагання правотворця усунути потенційну можливість прийняття рішень, які за своїм змістом могли суперечити одне одному, одночасно з тим, щоб мінімізувати вплив попередньо ухвалених рішень на майбутні настільки, наскільки це сприяло б ефективності здійснення правосуддя [5, с. 583].

«Преюдиція» має дуже багато спільного з такою правовою категорією, як «прецедент», а наявність широкого кола загальних рис, є причиною частогоПроцес доказування, який включає такі етапи, як збирання, дослідження та оцінку доказів, є головним компонентом прийняття законного та справедливого судового рішення в будь-якому виді судочинства. Обов'язок доказування покладається на учасників процесу, а оцінка доказів здійснюється судом відповідно до норм матеріального та процесуального права. Зафіксовані в судовому рішенні факти та обставини мають значення не тільки під час його оскарження, але й впливають на рішення інших судів, які вирішують справу, що має стосунок до предмета доказування, який був об'єктом розгляду в суді. Питання преюдиціальних фактів є досить дискусійним і підіймалось науковцями у різних процесуальних галузях права України, такими як О.І. Бережний, Г.Г. Горелікова, В.Д. Шундіков, О.З. Хотинська, Ю.М. Грошевий, М.О. Тузов, Д.В. Шилін, В.В. Вапнярчук, М.С. Строгович, О.В. Левченко, В.Я. Дорхов та інші. Незважаючи на те, що таке правове явище, як преюдиціальні факти, було в центрі уваги багатьох учених, реформування судової та правової системи зумовлює необхідність перегляду та більш детального аналізу такого важливого процесуального засобу у процесі доказування, як преюдиціальні факти.

Термін «преюдиція» походить від латинського терміна «praejudicium», який має таке тлумачення: «Вирішення питання наперед; заздалегідь прийняте рішення; обставини, що дають змогу робити висновки про наслідки» [1, с. 423].

Поняття «praejudice» містить такі ознаки: законність, обов'язковість її застосування, достовірність раніше доведених фактів, об'єктивність, зв'язок обставин справи, що розглядається, із судовим рішенням, що набрало законної сили. Виникнення преюдиції пов'язано з діяльністю римських юристів, які подавали преюдиціальні позови (actiones prejudiciales) з метою набуття обов'язкової юридичної сили винесеного судом рішення в певній справі під час розгляду судом у майбутньому іншої справи [2, с. 22].

У праві Німеччини та Франції преюдиції знайшли остаточне оформлення та законодавче закріплення, що надалі зробило можливим імплементацію цієї правової категорії в законодавчу практику більшості країн Європи. Враховуючи те, що Україна тривалий час перебувала у складі інших державних утворень, на формування положень щодо преюдиції вплинуло право Російської імперії та надалі СРСР. Дореволюційне судочинство запозичило термін «преюдиція» з французького процесуального права, та її значення полягало в певних питаннях, які суд не мав права розглядати, тобто вважався неправомочним. У кримінальному процесі преюдиціальними визнавалися такі правові питання, які відповідали б таким вимогам: предметом його повинні були бути обставини, що зумовлюють наявність складу злочину; до вирішення цього питання був залучений інший суд, а не суд, що вирішує питання винуватості. Тому застосування преюдиції давало змогу більш кваліфіковано і швидко вирішити справу та уникнути суперечностей між рішеннями різних судів [3, с. 157].

«Великий юридичний словник» «преюдицію» або «преюдиціальність» визначає

як певну властивість, відповідно до якої всі суди, які розглядають справу, повинні приймати без перевірки і доказів факти, встановлені рішенням або вироком суду, що набули законної сили [4, с. 483].

У сучасній юридичній літературі «преюдиція» виступає універсальним терміном, який розглядається як правозастосовний факт; як факт, встановлений судом; як висновок, зроблений одним судом і який є обов'язковим для іншого суду; як інтелектуально-вольова діяльність із доказування; як властивість окремих правових явищ; як прийом юридичної техніки [2, с. 22].

Головною передумовою виникнення інституту преюдицій у праві стало намагання правотворця усунути потенційну можливість прийняття рішень, які за своїм змістом могли суперечити одне одному, одночасно з тим, щоб мінімізувати вплив попередньо ухвалених рішень на майбутні настільки, наскільки це сприяло б ефективності здійснення правосуддя [5, с. 583].

«Преюдиція» має дуже багато спільного з такою правовою категорією, як «прецедент», а наявність широкого кола загальних рис є причиною частого ототожнення визначених категорій. Змістом «прецедента» та «преюдиції» є забезпечення стабільності судових рішень і процесуальна економія, яка реалізуються відповідно до правил вирішення певних питань на основі попередніх висновків. «Прецедент» і «преюдиція» є попередніми рішеннями, які констатують результат розв'язуваного питання. Схожими рисами цих правових категорій є також те, що для з'ясування певних обставин використовується раніше винесене рішення. Відмінними рисами є те, що прецедентне рішення є обов'язковим для судів, що розглядають аналогічні справи, а правило преюдиціальності передбачає обов'язковість обставин, встановлених попереднім рішенням суду і що мають значення тільки для справи, яка розглядається, тобто ці факти покладаються в основу наступного рішення без вторинного доказування. Головною відмінністю «преюдиції» від «прецедента» є те, що прецедент утворює правове правило вирішення правового спору, а преюдиція відображає певні юридичні факти та правові висновки, а також є доказовим правилом їхнього використання. Прецедент стосується загалом юридичного процесу, а преюдиція реалізується лише у сфері доказування [6, с. 27].

Також важливим є визначення місця преюдиціальних фактів у предметі доказування. Преюдиціально встановлені факти є обставинами, що були встановлені на основі якихось доказів у попередньому провадженні. Ці докази вже пройшли процесуальний порядок доказування: збирання, перевірку й оцінку. Висновки, зроблені на їхній основі, ввійшли до змісту вироку (рішення) і стали преюдиціально встановленими фактами. Тому ототожнення преюдиціальних фактів із доказами є не досить правильним, оскільки принципова відмінність між такими категоріями полягає, перш за все, у тому, що преюдиції: а) встановлюються в процесі провадження по іншому кримінальному провадженню; б) через це мають процесуальну форму, властиву доказам; в) достовірність їх може бути піддана сумніву в процесі використання під час доказування по іншому кримінальному провадженню (у межах законної сили вироку чи рішення, тобто поки воно не буде скасоване) [7, с. 15].

Головною причиною ототожнення цих понять можна назвати аналогічний процес оформлення преюдиціальних фактів і доказів у кримінальному провадженні. Для застосування преюдиції у процесі доказування потрібно визначити наявність достатніх підстав, тому слід визначитися з поняттями збирання, перевірки та оцінки доказів. Під збиранням доказів у кримінально-процесуальній науці розуміємо діяльність суб'єктів, у провадженні яких перебуває справа, спрямована на одержання доказів шляхом проведення передбачених законом дій. Для з'ясування наявності преюдиціальних фактів необхідно витребувати слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом необхідних джерел (документів), якими такі факти встановлені. До них належать такі: вирок або ухвала, постанова, які набрали законної сили. Тому такий етап процесу доказування, як збирання доказів, характерний і для преюдиціальних фактів [5, с. 585].

Наступним етапом процесу доказування є перевірка доказів, тобто аналітична, інтелектуальна діяльність, яка реалізується шляхом аналізу кожного окремого доказу, а також зіставлення доказів між собою. Наявність уже ухваленого процесуального рішення, яке містить важливі встановлені юридичні факти, не є підставою для прийняття нового рішення. Зазначені юридичні факти можуть бути покладені в основу судового рішення тільки в тому разі, коли в результаті аналітичної, розумової діяльності слідчого, прокурора,

суду щодо аналізу змісту попереднього рішення буде доведено, що встановлені ним факти мають доказове значення чи входять до предмета доказування у справі [8, с. 4].

Останнім етапом процесу доказування є оцінка доказів. Відповідно до положень ст. 94 Кримінально-процесуального (далі – КПК) України слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їхній сукупності, керуючись законом. Жодні докази для суду, слідчого судді, прокурора, слідчого не мають наперед встановленої сили. Зазначена норма вказує на необхідність оцінювати і преюдиціальні факти, що є необхідним елементом процесу доказування. Оцінка преюдиціальних фактів провадиться за правилами оцінки доказів, тобто з врахуванням їхньої належності, допустимості, достовірності, достатності. Належність преюдиціальних фактів вказує на наявність об'єктивного зв'язку між змістом доказів і тими обставинами, що підлягають доказуванню по іншій кримінальній справі, де ці преюдиціальні факти використовуються. Допустимість преюдиціальних фактів – це ознака, яка вказує, що цей факт отримано з належного джерела, уповноваженим на те суб'єктом доказування. Достовірність преюдиціально встановлених фактів пов'язана з достовірністю вироку, рішення чи постанови, що мають преюдиціальну силу. Достатність преюдиціально встановлених фактів визначає рішення суб'єкта доказування з погляду можливості на їхній основі зробити висновок про те, що обставини, які входять до предмета доказування, встановлені в необхідних межах [9, с. 81–84].

Слід звернути увагу на те, що, на відміну від норм деяких країн СНД щодо застосування преюдиції, законодавчі акти України не закріплюють заборону оспорювати преюдиціальні факти, якщо вони за внутрішнім переконанням судді встановлені неправильно. Тому у разі, якщо буде встановлено, що факт, який був покладений в основу преюдиціального рішення, виявився недостовірним, то попереднє рішення, в основу якого він був покладений, скасовується, а дія преюдиції припиняється, оскільки вона припускає достовірність самого факту за умови його відповідності вимогам закону [3, с. 4–5].

Правила використання преюдиціальних фактів загалом міститься у нормах матеріального та більшою мірою у нормах процесуального права. В таких процесуальних галузях права, як цивільне, господарське та адміністративне, встановлюється, що кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. Водночас у Цивільному процесуальному кодексі України, Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі адміністративного судочинства України передбачено, що сторони звільняються від доказування певних обставин, однією з яких є преюдиційні обставини [10–12].

Правовим підґрунтям застосування принципу «преюдиції» в кримінальному процесуальному законодавстві України є положення ст. 90 КПК України, яка визначає: «Преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів, має рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» [13].

Зважаючи на зміст вказаної статті, можемо визначити певні характерні риси преюдиціальних фактів:

1. Для суду мають преюдиціальне значення рішення суду, які прийнято під час розгляду кримінальних, цивільних, господарських та адміністративних справ. Крім того, преюдиціальне значення мають рішення міжнародних судових установ (найчастіше це рішення Європейського суду з прав людини). Отже, можемо вказати на існування галузевої, міжгалузевої та міжнаціональної (міжнародної) преюдиції.

2. Преюдиціальні факти можуть встановлюватися не тільки рішенням як актом правосуддя, яким закінчується розгляд справи, але й будь-яким іншим судовим рішенням (наприклад, ухвалою про закриття провадження у зв'язку з укладанням між сторонами мирової угоди).

3. Судове рішення, в якому містяться преюдиціальні факти, повинно набрати законної сили.

4. Преюдиціальні факти повинні стосуватися тих обставин, які є предметом судового розгляду та тих осіб (або однієї особи), які приймають участь у розгляді справи.

5. Мають велике правове та процесуальне значення, оскільки скасування

рішення суду, встановлені факти якого використовувались як преюдиції, може слугувати підставою для перегляду за нововиявленими обставинами.

Отже, термін «преюдиція» виник ще за часів римського права та використовується судами на національному та наднаціональному рівнях, преюдиція має певні характерні риси, завдяки чому посідає своє особливе місце в предметі доказування. Преюдиція – категорія міжгалузева. У нормах цивільного, господарського та адміністративного процесів також містяться норми застосування преюдиціальних фактів, які мають певні відмінності від норм кримінального процесу. Перші звільняють сторони від обов'язку доказування преюдиціальних фактів, а норми кримінального процесуального законодавства встановлюють, що преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів, має рішення національного суду або міжнародної судової установи, не зазначивши при цьому права та обов'язки сторін щодо таких фактів. Продовжуючи досліджувати преюдиціальні факти, потрібно наголосити, що для більшої конкретизації процесу доказування у кримінальному судочинстві на законодавчому рівні є потенційно необхідним закріпити порядок дослідження та аналізу саме преюдиціальних фактів.

Стаття присвячена дослідженню важливого елемента кримінально-процесуального доказування – преюдиціальних фактів. Термін «преюдиція» у процесуальній науці означає «вирішення питання наперед; заздалегідь прийняте рішення; обставини, що дають змогу робити висновки про наслідки». Преюдиція як правове явище закріпилось завдяки римським юристам, які певними правовими діями створювали судові рішення з метою застосування їх у певній майбутній справі. Остаточно преюдиція оформилась у праві Франції та Німеччини, що надалі зробило можливим імплементацію преюдиції в законодавчу практику європейських держав.

Значення преюдиції багатогранне, вона може розглядатися як правозастосовний факт; як факт, встановлений судом; як висновок, зроблений одним судом і який є обов'язковим для іншого суду; як інтелектуально-вольова діяльність із доказування; як властивість окремих правових явищ; як прийом юридичної техніки.

Преюдиція має багато спільного з такою правовою категорією, як прецедент, але головною відмінністю її є те, що прецедент стосується загалом юридичного процесу, а преюдиція реалізується лише у сфері доказування.

Також у статті було досліджено місце преюдиції у предметі доказування. На відміну від доказів, які входять у предмет доказування, преюдиціальні факти вже проходили процесуальний порядок доказування: збирання, перевірку й оцінку, а також зроблено відповідні висновки, які знайшли своє відбиття в судовому рішенні. Під час застосування преюдиціальних фактів у процесі доказування ці факти також будуть проходити етапи збору, дослідження та оцінки, але з певними відмінностями від доказів.

Преюдиція – категорія міжгалузева. В нормах цивільного, господарського та адміністративного процесів також містяться правила застосування преюдиціальних фактів, які мають певні відмінності від норм кримінального процесу. Норми цивільного процесуального, господарського процесуального та адміністративного судочинства звільняють сторони від обов'язку доказування преюдиціальних фактів, а норми кримінального процесуального законодавства встановлюють, що преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів, має рішення національного суду або міжнародної судової установи. Також у статті було окреслено характерні риси преюдиції.

Ключові слова: преюдиція, преюдиціальні факти, докази, процес доказування, прецедент

Ustinova-Boychenko G., Chernysh T., Chabanenko U. The place of prejudicial facts in the process of criminal procedural evidence

The article is devoted to the investigation of an important element of criminal procedural evidence – the prejudicial facts. The term "prejudice" in procedural science means "the solution of the question beforehand; a decision made in advance; circumstances that allow us to draw conclusions about the consequences". Prejudice, as a

legal phenomenon, was entrenched by Roman lawyers who, through certain legal actions, created court decisions in order to apply them in a future case. Ultimately, the prejudice of France and Germany took shape, which in the future made it possible to implement the prejudice in the jurisprudence of European states.

The value of a prejudice is multifaceted, it can be considered as a factual fact; as a fact established by the court; as a conclusion made by one court and binding on another court; as intellectual-willful activity on proving; as a property of particular legal phenomena; as a technique of legal technique.

Prejudice has a lot in common with a legal category such as precedent, but the main difference is that the precedent applies to the whole legal process, and the prejudice is only realized in the sphere of evidence.

The article also explored the place of prejudice in the subject of proof. Unlike the evidence which is the subject of proof, the prejudicial facts have already passed the procedural order of proving: collection, verification and evaluation, as well as the relevant conclusions, which were reflected in the court decision. When applying the prejudicial facts in the process of proving, these facts will also pass the stages of collection, research and evaluation, but with certain differences from the evidence.

Prejudice is a cross-industry category. The rules of civil, economic and administrative processes also contain rules for the application of prejudicial facts, which have certain differences from the rules of criminal proceedings. Rules of civil procedural, commercial procedural and administrative justice exempt the parties from the obligation to prove the prejudicial facts, and the rules of criminal procedural law stipulate that the prejudicial ruling for the court that decides the admissibility of the evidence is decided by a national court or international court. The article also outlined the characteristic features of prejudice.

Key words: prejudice, prejudicial facts, evidence, proving process, precedent.

Література

1. Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь (около 50 000 слов). Москва : Рус. яз.,1986. 1096 с.

2. Ляшенко Р.Д. Загальна характеристика та властивості преюдиції як засобу судової аргументації. Часопис Київського університету права. Київ, 2012/3. С. 22–25.

3. Проданик І.В. Процесуально-правові засади провадження у справах про взаємопов'язані злочини : дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2017. 230 с.

4. Сухарев А.Я., Крутских В.Е. Большой юридический словарь Москва : ИНФРА-М, 2001. 704 с.

5. Бабич Д.С. До питання сутності та меж застосування преюдиціальних фактів у процесі доказування в кримінальному провадженні. Молодий вчений. № 5 (57). 2018. С. 582–588.

6. Зіменко О.В. Щодо питання преюдиціальності рішень Європейського суду з прав людини. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Ужгород, 2013. Вип. 22. Т. 1. № 1. С. 24–28.

7. Бережний О.І. Значення обставин, встановлених у вироку та ухвалі суду про закриття кримінального провадження при вирішенні інших кримінальних проваджень. Журнал східноєвропейського права. 2016. № 33. С. 11–20.

8. Шилін Д.В. Кримінально-процесуальна преюдиція в процесі доказування у кримінальних справах. Часопис Академії адвокатури України. 2010. № 6. С. 1–6.

9. Бережний О.І. Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. 191 с.

10. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 6 вересня 1991 р. № 1798-XI. Дата оновлення: 16.11.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/1798-12 (дата звернення: 26.11.2019).

11. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. Дата оновлення: 19.10.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/1618-125 (дата звернення: 26.11.2019).

12. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. Дата оновлення: 20.10.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/2747-15 (дата звернення: 26.11.2019).

13. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 18.10.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4651-17 (дата звернення: 26.11.2019).

УДК 343.121.5
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.989

В. Кавецька,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

УЧАСТЬ ЗАКОННОГО ПРЕДСТАВНИКА НЕПОВНОЛІТНЬОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Однією з гарантій забезпечення прав і свобод людини у кримінальному процесі є інститут представництва. Такий інститут особливо важливий для осіб, які в силу своїх фізичних чи розумових властивостей не здатні повною мірою захистити та реалізувати свої процесуальні права та обов'язки. Серед таких осіб найбільш незахищеними є неповнолітні особи, що й викликає актуальність дослідження в багатьох науковців.

Питанням участі та сутності законного представника неповнолітнього займались багато науковців, зокрема: І.І. Артеменко, Г.В. Куканова, В.Г. Пожар, В.В. Романюк, В.В. Самолюк, Г.О. Світлична та інші. Разом із тим постійний розвиток науки та кримінального процесуального законодавства вимагає деяких узагальнень та вироблення нових підходів та критеріїв.

Метою статті є характеристика участі законного представника у кримінальному процесі України та аналіз змін до Кримінального процесуального кодексу України.

Неповнолітні особи, які потрапили у сферу кримінального процесу, в силу своїх вікових особливостей потребують посилення своєї правової захищеності, застосування до них особливих правил під час провадження й створення для них додаткових процесуальних гарантій. Однією з форм правого захисту є подвійне представництво інтересів неповнолітнього в суді – його законним представником і захисником (адвокатом) [1, с. 83].

Згідно з ч. 1 ст. 226 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря, а відповідно до ч. 1 ст. 354 КПК України допит малолітнього свідка і, за розсудом суду, неповнолітнього свідка проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності – лікаря [2].

Відповідно до ч. 1 ст. 488 КПК України батьки або інші законні представники неповнолітнього беруть участь у кримінальному провадженні за участю неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого. Крім того, згідно з ч. 2 ст. 44 КПК України як законні представники можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній.

За КПК України 1960 року як законні представники могли бути залучені лише батьки, опікуни, піклувальники даної особи або представники тих установ і організацій, під опікою чи опікуванням яких вона перебуває. За чинним КПК України перелік таких осіб істотно розширений за рахунок надання можливості представляти неповнолітнього іншим повнолітнім близьким родичам або членам сім'ї. Такі зміни мають прогресивний ефект,

© В. Кавецька, 2019

адже вони спрямовані на посилення захисту і гарантування прав та свобод неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого.

Науковці не мають однакової думки щодо природи законного представництва у справах про злочини неповнолітніх або потерпілих неповнолітніх. Одні вважають, що воно є лише різновидом представництва, інші наголошують на самостійності його статусу, крім того, існує думка, що поняття законного представника визначається не кримінально процесуальним, а сімейним законодавством [3, с. 148].

Ми вважаємо, що законне представництво є міжгалузевим інститутом і визначається саме сімейним законодавством, хоч і має процесуальну направленість.

Відповідно до ч. 2 ст. 154 Сімейного кодексу України (далі – СК України) батьки мають право звертатися до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, а також непрацездатних сина, дочки як їхні законні представники без спеціальних на те повноважень.

Крім того, згідно з ч. 4 ст. 256-2 СК України прийомні батьки є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники.

Також ч. 4 ст. 256-6 СК України визначає, що батьки-вихователі є законними представниками дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники [4].

З аналізу положень Сімейного кодексу України виходить, що законне представництво має своєю основою саме сімейне законодавство, проте функціональне призначення законного представника направлене саме на процесуальну діяльність. Зокрема, на ряду з кримінальним процесуальним законодавством даний інститут використовується і в цивільному процесуальному. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 60 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) представником у суді може бути адвокат або законний представник [5].

Згідно з наведеною нормою законні представники діють у цивільному судочинстві від імені та в інтересах осіб, які набули відповідного процесуального статусу, якщо вони з об'єктивних причин не можуть самостійно реалізувати надані їм процесуальні права і, як наслідок, ефективно захистити свої порушені, невизнані або оспорювані права, свободи та інтереси у суді [6, с. 35].

Правова регламентація участі законних представників у цивільному судочинстві має імперативну форму. За наявності передбачених законом підстав їхня участь у розгляді справи є обов'язковою. У зв'язку з цим слід звернути увагу на певні особливості залучення до участі у справі законних представників неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також осіб, цивільна дієздатність яких обмежена. Зазначені особи можуть самостійно здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, в яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом [6, с. 37].

Як визначає В.Г. Пожар, законне представництво носить захисний щодо прав та законних інтересів цих осіб характер. Щодо взагалі представництва у кримінальному судочинстві, то вказується, що це окремий інститут, адже відповідні особи, наприклад, захисник та законний представник, не тільки виступають на захист прав неповнолітнього підозрюваного, а й здійснюють його представництво, те ж стосується і представника неповнолітнього потерпілого та свідка. Участь усіх цих представників має характер гарантії для осіб, яких вони представляють. Так, у літературі щодо представника відмічається, що це діяльність уповноваженого в силу закону або договору на реалізацію та охорону прав і законних інтересів особи, яку він представляє,

та на надання такій особі допомоги в реалізації її процесуальної функції та її суб'єктивних прав [7].

Існують різні точки зору стосовно визначення та функцій законного представника у процесі. В.В. Романюк зазначає, що, як свідчить сама назва цього суб'єкта (законний представник), та що підтверджується аналізом чинного законодавства (зокрема, ст. 242 ЦК України, ст. 154 СК України), представник наділяється цим статусом саме в силу наявності між ним та особою, що представляється, певного правового зв'язку (батьківства, встановлення опіки тощо), на що і вказується в законі. Таким чином, якщо особа не вказана в нормативно-правовому акті, а саме законі України, як така, що має здійснювати обов'язки законного представництва, то залучати її як законного представника неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого не можна [8, с. 135].

В.В. Самолюк серед ознак, властивих виключно законному представництву, також виділяє таку, що законні представники отримують повноваження на представництво інтересів особи, яку вони представляють, не від неї самої, а на підставі закону [9, с. 7].

Г.В. Куканова вважає, що участь законного представника у кримінальному процесі, з одного боку, пов'язана з тим, що він повинен представляти законні інтереси неповнолітнього обвинуваченого, який через свій недостатній розвиток, інтелект, обмежену процесуальну дієздатність потребує цього, з іншого – його участь зумовлюється тим, що він має право здійснювати захист власних інтересів, які можуть бути порушені під час досудового та судового розслідування. У зв'язку з цим можна говорити про подвійний характер кримінально-процесуальної діяльності, яку виконує законний представник: одночасно захищаються інтереси та права неповнолітнього обвинуваченого та особисті права й інтереси представника [3, с. 148].

Щодо законодавчого визначення в Кримінальному процесуальному кодексі України стаття 44 має назву «Законний представник підозрюваного, обвинуваченого» та визначає, що якщо підозрюваним, обвинуваченим є неповнолітній або особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом із ним залучається його законний представник.

Відповідно, і ст. 59 КПК України називається «Законний представник потерпілого» і встановлює, що якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом із нею залучається її законний представник.

Проте, аналізуючи положення глави 3 КПК України, де передбачені учасники кримінального провадження, ми не зустрічаємо законного представника свідка, що юридично унеможливлює віднесення його до учасників кримінального провадження.

Крім того п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України визначає, що учасниками кримінального провадження є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, свідок та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, представник персоналу органу пробації, секретар судового засідання, судовий розпорядник.

Але й тут не передбачено законного представника свідка, хоча адвокат свідка передбачений даною нормою,

та наявність законного представника свідка передбачено статтями 256 і 354 КПК України.

На підставі вищевказаного пропонуємо доповнити КПК України статтею 67-1 «Законний представник свідка» в такій редакції:

«1. Якщо свідком є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом із нею залучається її законний представник.

2. Як законні представники можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний.

3. Законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена представнику.

4. Питання участі законного представника потерпілого у кримінальному провадженні регулюється згідно з положеннями статті 44 цього Кодексу».

Також пропонуємо викласти п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України в новій редакції з урахуванням законного представника свідка: «25) учасники кримінального провадження – сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, свідок, його законний представник та адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, представник персоналу органу пробації, секретар судового засідання, судовий розпорядник».

У статті надано загальну характеристику законного представника неповнолітнього в кримінальному процесі України. У процесі життя і розвитку неповнолітнього його відносини з батьками та іншими особами, які можуть бути наділені повноваженнями законних представників, складаються по-різному. Саме прихильність, взаєморозуміння, довіра неповнолітнього до законного представника є прямим шляхом до їх активної, спільної та узгодженої участі в процесуальній діяльності, що, зрештою, сприяє забезпеченню прав і захисту законних інтересів неповнолітнього. Якщо неповнолітній перебуває під опікою установ та організацій, також можна надати йому можливість вибору законного представника з числа адміністрації, працівників цієї установи чи організації, педагогічного складу. Потерпілого неповнолітнього в кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником. Що стосується представництва неповнолітніх потерпілих у кримінальному провадженні, то згідно зі статтею 59 КПК України, якщо потерпілим є неповнолітня особа, до участі в процесуальній дії разом із нею залучається її законний представник. Процедура проведення допиту неповнолітніх осіб заснована на загальних положеннях проведення допиту, регламентованих чинним кримінальним процесуальним законодавством. Законний представник здійснює лише представництво інтересів неповнолітнього допитуваного. Завданням захисника є захист прав та інтересів неповнолітнього й за допомогою

засобів захисту можливість виявити обставини, які пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність неповнолітнього. Проаналізовано думки щодо природи законного представництва у справах за участю неповнолітніх як у кримінальному, так і у цивільному процесі. Визначено функції законного представника в кримінальному процесі та запропоновано зміни до Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: кримінальне процесуальне законодавство, неповнолітній, малолітній, представництво, законний представник.

Kavetskaya V. Participation of a legal representative of a minor in a criminal process

The article gives a general description of the legal representative of a minor in the criminal process of Ukraine. In the course of the life and development of a minor, his or her relations with parents and other persons who may be vested with the powers of legal representatives differ in different ways. It is the commitment, understanding and trust of the minor to the legal representative that is a direct way to their active, joint and concerted participation in the legal process, which ultimately helps to secure the rights and protection of the legal interests of the minor. If the minor is in the care of institutions and organizations, you can also give him the opportunity to choose a legal representative from among the administration, employees of that institution or organization, teaching staff. The victim of a minor in criminal proceedings may be represented by a representative - a person who has the right to be a defender in criminal proceedings. With regard to the representation of juvenile victims in criminal proceedings, under Article 59 of the CPC of Ukraine, if the victim is a minor, his or her legal representative is involved with the proceedings. The procedure for conducting interrogation of minors is based on the general provisions of the interrogation, regulated by the current criminal procedural legislation. The legal representative only represents the interests of the minor interviewee. The task of the defense counsel is to protect the rights and interests of the minor and, through the means of protection, to identify circumstances that mitigate or exclude criminal liability of the minor. Opinions on the nature of legal representation in juvenile affairs in criminal and civil proceedings are analyzed. The functions of the legal representative in the criminal process were identified and amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine were proposed.

Key words: criminal procedural law, minor, minor, representation, legal representative.

Література

1. Артеменко І.І. Деякі аспекти залучення законного представника у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2015. Вип. 35. Т. 3. С. 82–85.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: прийнятий 13 квітня 2012 року. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. №№ 9–10, 11–12, 13. Ст. 88.

3. Куканова Г.В. Право неповнолітнього учасника кримінального процесу на участь законного представника на досудових стадіях. Європейські перспективи. 2012. № 4. С. 147–151.

4. Сімейний кодекс України : Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2002. № 21. Ст. 135.

5. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 40–42. Ст. 492.

6. Світлична Г.О. Законне представництво у цивільному судочинстві. Вісник Верховного суду України. 2013. № 10 (158). С. 34–41.

7. Пожар В.Г. Інститут представництва в кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.09 ; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2010. С. 7.

8. Романюк В.В. Удосконалення процесуального статусу законного представника неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2013. Вип. 23. Т. 3. С. 134–137.

9. Самолюк В.В. Законне представництво у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза». Київ : Б.в., 2005. 20 с.

УДК 343.9.02
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.990

С. Кривонос,
здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА БАНДИТИЗМ

Під час здійснення кримінально-правової характеристики будь-якого злочину важливим питанням, що необхідно дослідити, є розгляд питання соціальної обумовленості підстав криміналізації чи декриміналізації цього суспільно небезпечного діяння.

Під час криміналізації нових суспільно небезпечних діянь слід з'ясовувати, яких саме додаткових ресурсів й у якому обсязі потребуватиме втілення в життя нової кримінально-правової заборони. Водночас для визначення соціальної обумовленості наявної норми це не має принципового значення. За умови відсутності процесуальних ресурсів не можна казати про таку обставину соціальної обумовленості, як можливість боротьби із суспільно небезпечним діянням за допомогою кримінально-правових засобів. Взаємозалежність наведених обставин убачається такою: спочатку слід визначитися з тим, можливо чи неможливо боротися з діянням за допомогою кримінально-правових засобів? І лише потім з'ясовувати, чи є на таку боротьбу ресурси? У разі негативної відповіді на перше поставлене питання, актуальність відповіді на друге втрачається. При цьому перша названа обставина передбачає можливість доказування діяння, а друга – орієнтує на наявність певного державного апарату, установ, фахівців, відповідних норм кримінального процесуального законодавства. Для охоронних кримінально-правових норм наявність ресурсів щодо здійснення кримінального переслідування має обов'язкове значення, для заохочувальних норм і норм-дефініцій наявність ресурсів для їхньої реалізації окремого значення не має, а для регулятивних норм – має факультативне значення [1, с. 137–138].

Метою статті є встановлення соціальної обумовленості кримінальної відповідальності за бандитизм.

Крім того, межі втручання кримінального закону визначаються необхідністю охорони від злочинних посягань найбільш важливих особистих, суспільних і державних інтересів. Водночас при цьому не можна допускати утисків прав, свобод і законних інтересів громадян. Також є важливим, щоб кримінально-правове втручання держави та її органів з охорони правопорядку не перешкоджало розвиткові суспільних відносин [2, с. 13].

Вищенаведені положення повною мірою стосуються і такого діяння, як бандитизм, тому слід розглянути питання стосовно його соціальної обумовленості як злочину, передбаченого ст. 257 КК України, тобто відповідності цієї кримінально-правової норми підставам і принципам криміналізації. У такому разі можна більш повно та чітко визначити недоліки та переваги розглядуваної кримінально-правової норми.

Для початку визначимося, що слід розуміти під поняттям «криміналізація», оскільки чітке теоретичне та законодавче поняття цієї категорії у вітчизняному кримінальному праві відсутнє.

Наприклад, М. Загородніков під криміналізацією розумів визнання певних діянь злочинами [4, с. 48]. Схожа

© С. Кривонос, 2019

за змістом думка М.І. Хавронюка, який під криміналізацією розуміє законодавче визнання тих чи інших діянь злочинними, встановлення за них кримінальної відповідальності [5, с. 158]. Проте ці визначення не враховують, що криміналізація – це процес діяльності певного суб'єкта, яким, на думку В. Баранівського, є Верховна Рада України, коли вона приймає кримінальний закон, що містить конкретні ознаки складу злочину [6, с. 102].

Тому більш точними, на нашу думку, є визначення криміналізації як певного процесу. Наприклад, О. Попович визначає криміналізацію як системоутворюючу категорію, що охоплює собою як процес, так і результат виявлення суспільно небезпечних форм людської поведінки та закріплення їх у кримінальному законі як злочинів [7, с. 209].

Ба більше, Д. Балобанова визначила криміналізацію не тільки як процес виявлення суспільно небезпечних форм індивідуальної поведінки, але й визнання допустимості, можливості й доцільності кримінально-правової протидії їм і фіксації їх у законі як злочинних і кримінально караних [8, с. 11]. Схоже визначання дає і П. Фріс, визначаючи криміналізацію як процес виявлення суспільно небезпечних видів людської поведінки, визнання на державному рівні необхідності, можливості й доцільності кримінально-правової боротьби з ними та закріплення їх у законі про кримінальну відповідальність як злочинів [9, с. 20]. Останні два визначення розглядуваного поняття видаються нам такими, що найбільш повно та точно його характеризують. Отже, вищезазначений процес, який має назву криміналізація, дає змогу з'ясувати, чи є соціально обумовленим існування певної кримінально-правової заборони. Проте в такому разі постає питання щодо визначення чинників та обставин, що визначають криміналізацію діяння.

Правильно зазначає О. Пащенко: «Для вирішення питання про те, чи є та чи інша кримінально-правова норма соціально обумовленою (тобто чи відповідає вона суспільним потребам), у науці запропоновано виділяти величезну кількість відповідних обставин. Правники, що присвятили свої дослідження вказаній проблематиці, пропонували різні переліки названих обставин і неоднаково іменували їх, використовуючи терміни «умови», «передумови» «критерії», «підстави», «фактори», «чинники» тощо» [10]. Слід додати, що всі ці поняття прийнято вживати поряд із терміном «криміналізація». Крім того, вчені виділяють таку категорію, як принципи криміналізації [11, с. 70; 12, с. 208]. О. Савченко, дослідивши розглядуване питання, робить висновок, що найбільш вживаними в теорії встановлення кримінально-правової заборони є поняття «підстави криміналізації» та «принципи криміналізації» [13, с. 148].

Тому ми згодні з В. Коломійцем, що, встановивши відповідність певного діяння підставам і принципам криміналізації, можна вести мову про наявну (або відсутню) соціальну обумовленість норм КК, що передбачають кримінальну відповідальність за вчинення вказаних діянь [14, с. 79]. Тобто якщо ми з'ясуємо, що ст. 257 КК України в сьогоднішніх реаліях відповідає таким підставам і принципам, то можна буде з усією впевненістю говорити, що існування цієї кримінально-правової норми є соціально обумовленим і виправданим.

До підстав кримінально-правової заборони належать такі: 1) суспільна небезпека – неможливо встановити універсальний критерій, за яким можна було б визначити достатній для криміналізації ступінь суспільної небезпеки. Під час обговорення кожної кримінально-правової новели необхідно вирішувати питання про наявність такої в конкретному виді діянь. Суспільною небезпекою охоплюється наявність досить серйозної матеріальної або моральної шкоди, заподіюваної потерпілим, що впливає на пеналізацію

і не є самостійною підставою криміналізації; 2) типовість і достатня поширеність антигромадської поведінки, але з урахуванням ступеня суспільної небезпеки та страху населення перед злочинністю; 3) динаміка суспільно небезпечних діянь із урахуванням причин і умов, що їх породжують; 4) необхідність впливу кримінально-правовими заходами, при цьому було б бажаним враховувати, що кримінальна репресія – крайня форма протидії найнебезпечнішим формам девіантної поведінки; 5) врахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим або іншим формам антигромадської поведінки, і як їхній складник – наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони; 6) співвідношення позитивних і негативних наслідків криміналізації [15, с. 11].

Враховуючи вищенаведений перелік, спробуємо визначити, чи відповідає існування кримінальної відповідальності за бандитизм вищевизначеним підставам криміналізації.

Перша підстава, яку ми розглянемо, – суспільна небезпечність, яка означає, що правомірною є криміналізація лише того діяння, суспільна небезпечність якого з погляду кримінального права досить висока [16, с. 216].

Безумовно, що бандитизму притаманний високий рівень суспільної небезпечності, оскільки він посягає не тільки на громадську безпеку, але й, зокрема, на життя, здоров'я та власність окремих громадян, або нормальну роботу підприємств, установ чи організацій. Також суттєво підвищує небезпечність бандитизму наявність зброї у її членів.

Тобто бандитизм здатний заподіяти пряму шкоду людині, її життю і здоров'ю, честі і гідності, недоторканності і безпеці, які визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю відповідно до ст. 3 Конституції України.

Слід констатувати, що протягом останніх п'яти років змін на краще не відбулося і суспільна небезпечність бандитизму продовжує залишатись на високому рівні, достатньому для криміналізації такого діяння.

Згідно з другою підставою криміналізації, діяння має бути досить поширеним на території держави. Згідно зі статистичними даними Генеральної Прокуратури України, у 2018 р було обліковано 22 злочини, передбачених ст. 257 КК України, а 20 особам було оголошено підозру [17]. Тобто кількість зареєстрованих випадків бандитизму є на досить невисокому рівні, що може стати підґрунтям для пропозицій щодо виключення розглядуваної норми із Кримінального кодексу (далі – КК) України внаслідок її неефективності.

Проте ми згодні з В. Бедриківським, що офіційні статистичні дані, які відображають стан бандитизму, повною мірою не відображають реальну поширеність проявів бандитизму в Україні. На думку цього вченого, латентність бандитизму значною мірою має штучний характер, що зумовлено помилками під час кваліфікації злочинів (бандитизм, розбій, вимагання тощо) та наявними недоліками статистичного обліку злочинів [21, с. 11]. Зокрема, у 2018 р. закінчено проваджень про 77 розбоїв та 45 вимагань, учинених організованими групами та злочинним організаціями [19]. Тобто кількість реальних бандитських нападів у складі організованих злочинних угруповань може бути значно більшою, проте в офіційних статистичних даних вони обліковані серед групових вимагань, розбоїв та інших злочинів.

Тим більше, як вище зазначалось, розглядаючи достатність аналізованої підстави для криміналізації діяння, слід обов'язково враховувати ступінь його суспільної небезпеки, який під час вчинення бандитських нападів є досить високим.

Тому будемо вважати, що друга підстава також є відповідною для криміналізації бандитизму.

Наступною підставою криміналізації виступає динаміка прояву суспільно небезпечних діянь.

Для аналізу наведеної підстави слід розглянути поширеність бандитизму на території України за останні п'ять років.

Відповідно до звітів «Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування» зареєстровано таку кількість злочинів, передбачених ст. 257 КК України: у 2014 р. – 12, у 2015 р. – 17, у 2016 р. – 18, у 2017 р. – 30 та у 2018 р. – 22 факти. При цьому повідомлень про підозру вручено: у 2014 р. – 6, у 2015 р. – 14 особам, у 2016 р. – 15 особам, у 2017 р. – 22 особам, у 2018 р. – 20 особам [22].

За даними судової статистки, за вчинення злочину, передбаченого ст. 257 КК України, обвинувальний вирок суду винесено: у 2015 р. щодо 1 особи, у 2016 р. – 3 осіб, у 2017 р. не засуджено жодної особи, у 2018 р. – 5 осіб [23].

Аналіз вищенаведених даних свідчить, що кількість розглядуваних злочинів, хоча і залишається на досить невисокому рівні, демонструє незначну тенденцію до збільшення. Невелика ж кількість засуджених, найімовірніше, сигналізує про складність доведення винуватості злочинців і недосконаліть розглядуваної кримінально-правової норми.

Отже, бандитизм відповідає такій підставі криміналізації, як динаміка суспільно небезпечних діянь, і нині. Що стосується питання, яким чином причини та умови вчинення розглядуваного злочину впливають на криміналізацію, то, на нашу думку, це має бути предметом окремого кримінологічного дослідження, що не входить до об'єкта нашої роботи.

Отже, бандитизм потребує впливу на винних осіб лише за допомогою найбільш суворих заходів юридичного впливу – кримінальних покарань, які може нам надати лише кримінальне право, а не адміністративне чи цивільне. Причому серед усіх видів покарань лише позбавлення волі є єдино можливою санкцією за вчинення злочину, передбаченого ст. 257 КК України, враховуючи його високий ступінь суспільної небезпеки. Отже, відповідність цієї підстави для криміналізації бандитизму є очевидною.

Держава не просто повинна, а зобов'язана забезпечувати на більш ніж достатньому рівні потреби правоохоронних органів у матеріальних ресурсах, щоб вони могли ефективно здійснювати не тільки протидію, але й запобігання розглядуваному негативному явищу. Позитивним слід вважати створення для системної боротьби з організованими формами злочинності та злочинними співтовариствами у складі Національної поліції України Департаменту стратегічних розслідувань. Крім того, це стосується і забезпечення процедури притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, призначення їм справедливого вироку та виконання (відбування) покарання за розглядуваний злочин. У цьому контексті слід зазначити, що на сучасному етапі розвитку вітчизняні правоохоронні органи мають необхідну матеріальну базу для виконання цих завдань, проте рівень достатності її забезпечення може бути предметом окремого дослідження. Хоча загалом можна підсумувати, що бандитизм відповідає розглядуваній підставі криміналізації.

Єдиний можливий негативний наслідок криміналізації цього діяння – неправильне, суб'єктивне застосування норми кримінального закону лише спонукає до пошуку шляхів удосконалення диспозиції ст. 257 КК України, а тому не може переважити позитивні моменти. Тому відповідність криміналізації бандитизму розглядуваній підставі не викликає сумнівів.

На нашу думку, ці підстави тісно пов'язані між собою, причому історичні традиції тут відіграють одну з визначальних ролей. У вітчизняному, як і у будь-якому цивілізованому суспільстві, так історично склалося, що групові напади озброєних злочинних угруповань є особливо неприйнятними проявами злочинної поведінки. Отже,

суспільство схвально ставиться до їхньої криміналізації, що підтверджується соціологічними даними. Зокрема, згідно з проведеним нами анкетуванням, на запитання «Чи потрібно залишити у кримінальному законодавстві відповідальність за бандитизм?» позитивно відповіли 86%, негативно – 8% і не визначились – 6%. Тобто слід констатувати, що криміналізація бандитизму відповідає і цій групі підстав.

Підсумовуючи розгляд підстав криміналізації, слід зазначити, що криміналізація бандитизму нині не суперечить жодній із них, а тому є необхідною і цілком виправданою.

У статті встановлено соціальну обумовленість кримінальної відповідальності за бандитизм. Зокрема: доведено, що бандитизм потребує впливу на винних осіб лише за допомогою найбільш суворих заходів юридичного впливу – кримінальних покарань, які може нам надати лише кримінальне право, а не адміністративне чи цивільне. Причому серед усіх видів покарань лише позбавлення волі є єдино можливою санкцією за вчинення злочину, передбаченого ст. 257 КК України, враховуючи його високий ступінь суспільної небезпеки.

Держава не просто повинна, а зобов'язана забезпечувати на більш ніж достатньому рівні потреби правоохоронних органів у матеріальних ресурсах, щоб вони могли ефективно здійснювати не тільки протидію, але й запобігання розгляданому негативному явищу. Позитивним слід вважати створення для системної боротьби з організованими формами злочинності та злочинними співтовариствами у складі Національної поліції України Департаменту стратегічних розслідувань. Крім того, це стосується і забезпечення процедури притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, призначення їм справедливого вироку та виконання (відбування) покарання за розглядуваний злочин. У цьому контексті слід зазначити, що на сучасному етапі розвитку вітчизняні правоохоронні органи мають необхідну матеріальну базу для виконання цих завдань, проте рівень достатності її забезпечення може бути предметом окремого дослідження. Хоча загалом можна підсумувати, що бандитизм відповідає розглядуваній підставі криміналізації.

У вітчизняному, як і у будь-якому цивілізованому суспільстві, так історично склалося, що групові напади озброєних злочинних угруповань є особливо неприйнятними проявами злочинної поведінки. Отже, суспільство схвально ставиться до їхньої криміналізації, що підтверджується соціологічними даними. Криміналізація бандитизму нині не суперечить жодній із підстав, а тому є необхідною і цілком виправданою.

Ключові слова: злочин, покарання, громадська безпека, бандитизм, підстави криміналізації, інтереси суспільства.

Kryvonos S. Social condition of criminal liability for banditry

The article establishes the social conditionality of criminal responsibility for banditry. In particular, it has been proven that banditry needs to influence perpetrators only through the most severe measures of legal influence – criminal penalties, which can only be given to us by criminal law, not by administrative or civil law. Of all punishments, only imprisonment is the only possible sanction for committing the crime under Art. 257 of the Criminal Code of Ukraine, given its high degree of public danger.

The state should not simply, but is obliged to provide, at more than a sufficient level, the needs of law enforcement agencies for material resources so that they can effectively not only counteract but also prevent the negative phenomenon in question. So positive should be considered the creation of a systematic fight against organized crime and criminal

communities within the National Police of Ukraine Department of Strategic Investigation. In addition, this includes ensuring that the perpetrators are prosecuted, sentenced to a fair sentence, and executed (served) the sentence for the crime in question. In this context, it should be noted that at the present stage of development, domestic law enforcement agencies have the necessary material base to perform these tasks, but the level of adequacy of its provision may be the subject of separate research. Although on the whole it can be concluded that banditry corresponds to the considered basis of criminalization.

In the domestic, as well as in any civilized society, it has historically happened that group attacks by armed criminal groups are particularly unacceptable manifestations of criminal behavior. Consequently, society commends them for their criminalization, which is confirmed by sociological data. The criminalization of banditry in our time does not contradict any of the grounds, and is therefore necessary and fully justified.

Key words: crime, punishment, public safety, banditry, grounds for criminalization, public interest.

Література

1. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть : курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : БЕК, 1999. 590 с.

2. Энциклопедия уголовного права. Санкт-Петербург : Изд. проф. Малинина : СПб ГКА, 2011. Т. 16. Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина. 954 с.

3. Пащенко О.О. Наявність ресурсів для здійснення кримінального переслідування як обставина соціальної обумовленості кримінально-правових норм. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. 2016. № 2. С. 129–140.

4. Загородников Н.И. Советская уголовная политика и деятельность органов внутренних дел : учеб. пособие. Москва : МВШМ МВД СССР, 1979. 100 с.

5. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько, О.О. Дудоров та ін.; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. 5-е вид., перероб. та доп. Київ : Атіка, 2009. С. 158.

6. Баранівський В.Ф. Проблема криміналізації та декриміналізації діянь, що посягають на навколишнє природне середовище. Юридична наука. 2015. № 7. С. 99–108.

7. Попович О.В. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110-2 КК України). Підприємництво, господарство і право. 2018. №4. С. 209–214. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/4/36.pdf.

8. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук :. 12.00.08 – «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Одеса, 2007. 18 с.

9. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці. Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 1 (2). С. 19–28.

10. Пащенко О.О. Соціальна обумовленість кримінально-правових норм: проблеми міждисциплінарних зв'язків. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7069/1/Pashenko_150.pdf/

11. Беляев Н.А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации : монография. Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1986. 176 с.

12. Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. Москва : Наука, 1982. 304 с.

13. Савченко О.О. Щодо соціальної обумовленості встановлення кримінально-правової заборони. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «Право». 2016. Вип. 24. С. 147–152.

14. Коломієць В.Ю. Кримінальна відповідальність за заподіяння тілесних ушкоджень : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Дніпро, 2019. 237 с.

15. Лащук Є.В. Про підстави встановлення кримінальної відповідальності за суспільно-небезпечне діяння. Актуальні проблеми кримінальної відповідальності : матеріали Міжнар. наук.- практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р.; редкол. : В.Я. Тацій, В.І. Борисов та ін. 2013. С. 206–210.

16. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. Київ : Атіка, 2005. 332 с.

17. Лащук Є.В. Про підстави встановлення кримінальної відповідальності за суспільно-небезпечне діяння. Актуальні проблеми кримінальної відповідальності : матеріали Міжнар. наук.- практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р.; редкол. : В.Я. Тацій, В.І. Борисов та ін. 2013. С. 206–210.

18. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 – «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Одеса, 2007. 18 с.

19. Радіонов І.І. Кримінальна відповідальність за бандитизм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2003. 210 с.

20. Статистична інформація. Генеральна Прокуратура України: офіційний вебсайт. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113654&libid=100820&c=edit&_c=fo#.

21. Бедриківський В.В. Кримінологічна характеристика та заходи запобігання бандитизму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2005. 22 с.

22. Статистична інформація. Генеральна Прокуратура України: офіційний вебсайт. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113654&libid=100820&c=edit&_c=fo#.

23. Статистична інформація. Генеральна прокуратура України: офіційний вебсайт. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113654&libid=100820&c=edit&_c=fo#.

24. Статистичні звіти «Про кількість осіб засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання» за 2015–2019 рр., підготовлені Державною судовою адміністрацією України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka.

УДК 343.301
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.991

В. Карман,
здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЯГАННЯ НА АТРИБУТИ УКРАЇНИ ЯК ВАГОМИЙ ЧИННИК НЕЗАЛЕЖНОСТІ

Розгляд питання соціальної обумовленості кримінальної відповідальності за посягання на атрибути України доречно розпочати з роздумів О.О. Пащенка про те, що кримінальне законодавство загалом й окремі його інститути не виникають самі собою, а є продуктом соціальної дійсності. Науку кримінального права, насамперед, цікавить (і повинно цікавити) чому є саме такий, а не інший закон про кримінальну відповідальність, через які причини встановлюється кримінально-правова заборона на певний вид суспільно-небезпечної людської поведінки. Проблема закону про кримінальну відповідальність у теорії кримінального права є однією з фундаментальних і багатоаспектних. Серед цих аспектів центральне місце посідає необхідність забезпечення його відповідності суспільним потребам, у зв'язку з чим постає питання щодо механізму (алгоритму) оцінки такої відповідності. На думку вченого, вона має здійснюватися за допомогою такого феномена, як соціальна обумовленість, яку слід визначати як сукупність обставин, яким має відповідати закон про кримінальну відповідальність [1, с. 7].

Отже, питання соціальної обумовленості закону про кримінальну відповідальність загалом та його окремих норм зокрема посідає важливе значення в науці кримінального права.

На думку В.В. Шаблистого та О.А. Галеміна, перш ніж розглянути об'єктивні та суб'єктивні ознаки того чи іншого суспільно небезпечного діяння, необхідно простежити, наскільки кримінальна відповідальність за нього є соціально обумовленою, відповідає основним принципам і підставам криміналізації суспільно небезпечних діянь [2, с. 32].

Погоджуємося з цією позицією, адже дослідження питання соціальної обумовленості кримінальної відповідальності за посягання на атрибути України дасть змогу з'ясувати доцільність існування окресленої норми в Особливій частині КК України, що і є метою статті.

П.Л. Фріс сформував доволі універсальне, на нашу думку, визначення криміналізації, під якою слід розглядати процес виявлення суспільно небезпечних видів людської поведінки, визнання на державному рівні необхідності, можливості й доцільності кримінально-правової боротьби з ними та закріплення їх у законі про кримінальну відповідальність як злочинів [3, с. 20].

У цьому визначенні гармонійно поєднано обидва значення поняття «криміналізація», через що запропонований підхід убачається досить вдалим. Враховуючи специфіку предмета нашого дослідження та обмежений обсяг роботи, думається, що доцільно в розгляді питання основних принципів і підстав криміналізації суспільно небезпечних діянь у вигляді посягань на атрибути України керуватися саме цим підходом.

Наведені аргументи вкотре демонструють, що процес криміналізації

© В. Карман, 2019

має відбуватись зважено, адже тільки тоді його результат втілиться в ефективній і справедливій кримінально-правовій нормі.

В ідеалі кожне криміналізоване діяння має відповідати певним критеріям криміналізації. Наразі відсутня єдина думка щодо кількості, назв і навіть сутності цих критеріїв. Значний внесок у теорію криміналізації зробила Д.О. Балобанова. На думку вченої, доречно розглядати дві групи факторів, що впливають на криміналізацію:

1) підстави кримінально-правової заборони, які слугують об'єктивними передумовами її встановлення;

2) принципи криміналізації, що належать до законодавчої техніки [4, с. 146].

Думається, вказана класифікація є слушною та охоплює всі важливі аспекти цього процесу (підстави дають змогу визначити актуальність криміналізації відповідного діяння, а принципи – втілити задум у життя). Додамо, що вказані групи перебувають у тісному зв'язку між собою.

Отже, розглянемо підстави та принципи криміналізації діяння у вигляді посягання на державні символи України.

Першою підставою криміналізації є суспільна небезпечність діяння. Зазначимо, що останнім часом доцільність використання категорії «суспільна небезпечність» усе частіше піддається критиці. Наприклад, В.В. Шаблистий вказує, що використання у Кримінальному кодексі (далі – КК) України 2001 р. такої категорії, як суспільна небезпека (небезпечність) під час характеристики злочину, діяння, посягання, наслідку, особи злочинця, психічно хворого, способу вчинення злочину є скоріше даниною традиціям, які не є безспірними, а дискусію про їхнє оновлення можна вважати відкритою або розпочатою. Про це свідчить той факт, що на перших роках побудови радянської держави будь-яке діяння, що загрожувало не людині, а радянському ладу, тобто державі, вважалося суспільно небезпечним і злочинним. Убачається, що саме звідси бере початок застосування кримінального закону за аналогією. Про небезпеку для окремо взятої людини мови і бути не могло, на відміну від кримінальних законів XIX ст. Саме тому ознака «суспільна небезпека» злочину не може мати місця в державі, у якій людину проголошено найвищою соціальною цінністю [5, с. 120].

Вважаємо, що вказані зауваження є справедливими та обґрунтованими. Дійсно, поняття «суспільна небезпечність» виглядає морально застарілим в умовах сьогодення, однак аналіз цього питання виходить за межі предмета нашого дослідження, а враховуючи той факт, що воно (поняття), принаймні сьогодні, неодноразово вживається в КК України, ми також змушені використовувати його в нашій роботі.

Як було зазначено вище, державні символи уособлюються із самою державою, тому посягання на них завдає значної шкоди іміджу держави, її органам влади тощо. Ба більше, вони уособлюють у собі багатовікову кровопролитну боротьбу українського народу за незалежність і несуть у своєму змісті низку героїчних сторінок вітчизняної історії. Відсутність державних символів свідчить про відсутність самої держави. Усе це дає змогу з впевненістю стверджувати, що атрибути України є вагомим чинником незалежності. Недарма ст. 65 Конституції до головних обов'язків громадян України поряд із захистом Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності передбачає і шанування державних символів.

Викладене вище дає змогу зробити висновок про те, що діяння у вигляді посягання на державні символи України однозначно є суспільно небезпечним.

Наступною підставою криміналізації виступає типовість і достатня

поширеність антисуспільної поведінки. Для встановлення відповідності діяння у вигляді посягання на державні символи України цій підставі звернемось до офіційних статистичних даних Генеральної Прокуратури України. За перші два місяці 2019 р. по Україні було обліковано 2 злочини, передбачені ч. 1 ст. 338, у яких 2 особам було вручено повідомлення про підозру [6].

Отже, випадки вчинення цього діяння фіксуються на території України, що дає підстави стверджувати про відповідність цього діяння вказаній підставі криміналізації. Для того аби остаточно підтвердити цей умовивід, ми проаналізували обвинувальні вироки, винесені судами України протягом 01.01.2009 – вересня 2019 років за ч. 1 ст. 338 КК України [7] за кількісними показниками та територіальною поширеністю.

Таблиця 1

Кількість обвинувальних вироків, винесених судами України протягом 01.01.2009 – вересня 2019 років, за вчинення злочину у вигляді наруги над державними символами України (за даними з Єдиного державного реєстру судових рішень):

№ з/п	Назва адміністративно-територіальної одиниці	Кількість обвинувальних вироків
1.	Донецька область	10
2.	Луганська область	5
3.	Одеська область	3
4.	Запорізька область	2
5.	Івано-Франківська область	2
6.	Тернопільська область	2
7.	Харківська область	2
8.	Херсонська область	2
9.	Вінницька область	1
10.	Дніпропетровська область	1
11.	Житомирська область	1
12.	Закарпатська область	1
13.	Київська область	1
14.	Львівська область	1
15.	Автономна Республіка Крим	0
16.	Волинська область	0
17.	Кіровоградська область	0
18.	Миколаївська область	0
19.	Полтавська область	0
20.	Рівненська область	0
21.	Сумська область	0
22.	Хмельницька область	0
23.	Черкаська область	0
24.	Чернівецька область	0
25.	Чернігівська область	0
26.	м. Київ	0
27.	м. Севастополь	0
ВСЬОГО		34

Зазначені в цій таблиці дані демонструють факт того, що випадки вчинення цього суспільно небезпечного діяння були зафіксовані на більшій частині території України (крім того, слід зауважити, що у зв'язку з окупацією АР Крим і частини Донецької та Луганської областей вказані показники не відображають всю повноту картини поширеності вказаного злочину).

Враховуючи наведені доводи можна з впевненістю стверджувати, що діяння у вигляді наруги над державними символами України відповідає підставі криміналізації – типовість і достатня поширеність.

Перейдемо до розгляду підстави криміналізації – динаміка суспільно небезпечних діянь з урахуванням причин та умов, що їх породжують. Відповідність діяння у вигляді наруги над державними символами України цій підставі дають змогу встановити офіційні дані Генеральної Прокуратури України [8] та Державної судової адміністрації України [9] за період з 2013 по 2018 рр.:

Таблиця 2

Таблиця поширеності злочинів у вигляді наруги над державними символами України за період із 2013 по 2019 рр. (за даними з Єдиного звіту про кримінальні правопорушення):

Рік	Обліковано злочинів у вигляді наруги над державними символами	Вручено повідомлень про підозру
2018	17	9
2017	13	6
2016	10	5
2015	26	14
2014	58	11
2013	3	0
Всього	**127**	45

Отже, піком поширеності цього виду злочинів став 2014 р., що можна пояснити трагічними подіями, які захлиснули нашу державу (окупація окремих територій нашої Батьківщини, тероризм, кровопролитна війна на Сході тощо). В період з 2015 по 2017 рр. кількість випадків наруги над державними символами знижувалася, однак із 2017 р. знову почала проявлятися динаміка до збільшення, що має стати серйозним дзвіночком для правоохоронних органів.

Що стосується кількості засуджених, то сьогодні ситуація така:

Таблиця 3

Таблиця кількості засуджених за злочини, передбачені ч. 1 ст. 338 КК України в період з 2013 по 2018 рр.:

Рік	Кількість осіб, судові рішення щодо яких набрали законної сили у звітному періоді	Зокрема, засуджених
2018	4	4
2017	3	1
2016	6	6
2015	10	10
2014	4	4
2013	0	0
Всього	**27**	25

Сукупність викладених вище даних містить тривожні сигнали щодо ефективності роботи органів досудового розслідування та суду в зазначеному напрямі. Констатуємо, що найбільше засуджених осіб за ч. 1 ст. 338 КК України зафіксовано у 2015 р. У період з 2016 по 2017 рр. спостерігалася динаміка до зменшення кількості засуджених за цей злочин, однак у 2018 р. кількість випадків засудження знову почала збільшуватись.

Отже, аналіз наведених статистичних даних дає підстави стверджувати, що суспільно небезпечне діяння у вигляді наруги над державними символами України відповідає підставі криміналізації – динаміка суспільно небезпечних діянь, тому що останнім часом кількість випадків його вчинення збільшується.

Доведена вище відповідність діяння у вигляді посягання на державні символи України таким підставам криміналізації, як суспільна небезпечність, відносна поширеність і динаміка суспільно небезпечних діянь, свідчить про необхідність впливу на суб'єктів цих діянь кримінально-правовими заходами. Отже, наявність перших трьох підстав породжує відповідність четвертій.

Без сумніву, кримінально-правові заходи впливу не можуть виступати як універсальне вирішення всіх проблем, ба більше, держава має вдаватися до них лише у крайньому разі, адже зловживання ними загрожує перетворенню держави з демократичної на авторитарну, однак у цьому разі відсутність встановленої кримінальної відповідальності за посягання на державні символи може завдати не тільки болісного удару авторитету країни, але і створити загрозу її безпеці (навіть незалежності).

Що стосується шостої підстави криміналізації підсумуємо, що позитивні наслідки криміналізації діяння у вигляді посягання на державні символи України значно переважають негативні.

Отже, держава змушена застосовувати кримінально-правові заходи

впливу до осіб, які вчиняють наругу над державними символами, тому вказане діяння відповідає такій підставі криміналізації, як урахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим чи іншим формам антисуспільної поведінки та як їх складова наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони. В цьому випадку держава просто зобов'язана знаходити можливості (зокрема, матеріальні ресурси) для застосування даних заходів впливу.

Проведені вище дослідження дають змогу з впевненістю стверджувати про відповідність розглянутого нами діяння всім основним підставам криміналізації (суспільна небезпечність, типовість і достатня розповсюдженість, суспільно небезпечних діянь, необхідність впливу кримінально-правовими заходами, врахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії цій формі антисуспільної поведінки, співрозмірність позитивних і негативних наслідків криміналізації).

Отже, діяння у вигляді наруги над державними символами є суспільно небезпечним, типовим і досить поширеним, потребує впливу кримінально-правовими заходами (з урахуванням можливостей кримінальної юстиції), а позитивні наслідки його криміналізації переважають негативні. Сама ж криміналізація цього діяння проведена з урахуванням принципів конституційної адекватності, системно-правової несуперечності, процесуальної здійсненності правосуддя, безмежності закону і ненадмірності заборони, домірності санкції й економії репресії, принципу визначеності і єдності термінології та не суперечить принципу міжнародно-правової необхідності і допустимості. Все це доводить, що досліджуване діяння повністю відповідає всім основним підставам і принципам криміналізації.

У статті досліджено питання соціальної обумовленості кримінальної відповідальності за посягання на атрибути України та з'ясовано доцільність існування окресленої норми в Особливій частині Кримінального кодексу України.

Встановлено, що держава змушена застосовувати кримінально-правові заходи впливу до осіб, які вчиняють наругу над державними символами, тому вказане діяння відповідає підставі криміналізації– врахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим чи іншим формам антисуспільної поведінки та як їхня складова наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони. В цьому випадку держава просто зобов'язана знаходити можливості (зокрема, матеріальні ресурси) для застосування цих заходів впливу.

Доведена відповідність розглянутого нами діяння всім основним підставам криміналізації (суспільна небезпечність, типовість і достатня поширеність суспільно небезпечних діянь, необхідність впливу кримінально-правовими заходами, врахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії цій формі антисуспільної поведінки, співрозмірність позитивних і негативних наслідків криміналізації).

Констатовано, що діяння у вигляді наруги над державними символами є суспільно небезпечним, типовим і досить поширеним, потребує впливу кримінально-правовими заходами (з урахуванням можливостей кримінальної юстиції), а позитивні наслідки його криміналізації переважають негативні. Сама ж криміналізація цього діяння проведена з урахуванням принципів конституційної адекватності, системно-правової несуперечності, процесуальної здійсненності правосуддя, безмежності закону і ненадмірності заборони, домірності санкції й економії репресії, принципу визначеності і єдності термінології та не суперечить принципу міжнародно-правової необхідності і допустимості. Усе це

доводить, що досліджуване діяння повністю відповідає всім основним підставам і принципам криміналізації.

Ключові слова: право, закон, злочин, авторитет держави, державні символи, наруга, підстави криміналізації.

Karman V. Social condition of criminal liability for taking on the attributes of Ukraine as a important factor of independence

The article explores the issues of social conditionality of criminal responsibility for encroachment on the attributes of Ukraine and clarifies the feasibility of the existence of a specified norm in the Special part of the Criminal Code of Ukraine.

It is established that the state is obliged to apply criminal measures of influence to persons committing abuse of state symbols, so the said action corresponds to the basis of criminalization – taking into account the possibilities of the criminal justice system in counteracting certain forms of anti-social behavior and as their component availability of material resources for realization of material resources, criminal law prohibition. In this case, the state is simply obliged to find opportunities (including material resources) to apply these measures of influence.

Conformity of our considered action to all the basic grounds of criminalization (social danger, typical and sufficient prevalence, socially dangerous acts, necessity of influence of criminal-legal measures, taking into account the possibilities of criminal justice in counteracting this form of antisocial behaviors, co-ordination against us and social dimension).

It is stated that acting in the form of an abuse of state symbols is socially dangerous, typical and sufficiently widespread, requires the influence of criminal law measures (taking into account the possibilities of criminal justice), and the positive consequences of its criminalization outweigh the negative ones. The very criminalization of this act was carried out in accordance with the principles of constitutional adequacy, systemic and legal consistency, procedural feasibility of justice, lawlessness and prohibitiveness of the prohibition, the appropriateness of sanction and austerity of repression, the principle of certainty and uniformity of terminology and not contradictory to the principle of necessity. All this proves that the investigated act fully complies with all the basic grounds and principles of criminalization.

Key words: law, law, crime, authority of the state, state symbols, abuse, grounds for criminalization.

Література

1. Пащенко О.О. Соціальна обумовленість закону про кримінальну відповідальність : монографія. Харків : Юрайт, 2018. 446 с.

2. Шаблистий В.В., Галемін О.А. Кримінальна відповідальність за хуліганство, пов'язане з опором особам, наділеним владними повноваженнями під час виконання службових обов'язків чи іншим громадянам, що припиняли хуліганські дії : монографія / за заг. ред. д.ю.н., доц. В.В. Шаблистого. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2017. 164 с.

3. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці. Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 1 (2). С. 19–28.

4. Балабанова Д.О. Загальні засади теорії криміналізації. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. 2009. № 47. С. 145–148.

5. Шаблистий В.В. Суспільна небезпека (небезпечність) у кримінальному праві в епоху постмодерну. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2015. № 3. (11). С. 112–124.

6. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за січень-лютий 2019 року. Генеральна Прокуратура України: офіційний вебсайт. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=206178 (дата звернення: 20.03.2019).

7. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua (дата звернення: 24.09.2019).

8. Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. Генеральна Прокуратура України: офіційний вебсайт. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo (дата звернення: 11.03.2019).

9. Судова статистика. Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka (дата звернення: 24.09.2019).

УДК 343.918.1
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.992

О. Кирбят'єв,
кандидат юридичних наук, докторант
Національної академії внутрішніх справ

ПРОФЕСІЙНА ДЕФОРМАЦІЯ ОСОБИСТОСТІ ПРАЦІВНИКА ПРАВООХОРОННОГО ОРГАНУ ЯК ПРИЧИНА НЕНАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ СВОЇХ ОБОВ'ЯЗКІВ

Однією з об'єктивних причин, яка може призвести до вчинення перевищення влади або службових повноважень працівника правоохоронного органу, є професійна деформація особистості такого працівника. Діяльність є невіддільним складником способу життя людини, важливим засобом її формування та розвитку як члена суспільства і особистості. В процесі професійної діяльності людини формуються навички, вміння, відшліфовуються ціннісні орієнтації, рівень прагнень, самооцінка, відбувається особистісне зростання, з'являється професіоналізм. Але професійне виконання діяльності поряд із визначальним позитивним ефектом може призвести до побічних наслідків, одним з яких є професійна деформація. Об'єктивно вона являє собою не фатальний, але реально ймовірний негатив, так би мовити, тіньову сторону професії. Суб'єктивно – це данина, яку непомітно для себе сплачує людина за надмірну спеціалізацію, невгамовне захоплення діяльністю, максимальний рівень прагнень. Професійна деформація може виникнути внаслідок будь-якої діяльності. Але найчастіше вона вражає представників професій типу «людина-людина». Гостроактуальною ця проблема є для працівників правоохоронних органів, які зазнають інтенсивного деформуючого впливу. Це пов'язано, перш за все, з особливостями службової діяльності, морально-психологічними перевантаженнями та кримінологічними характеристиками об'єкта такої діяльності. Прагнення України до створення реально правової держави потребує дослідження всіх причин та умов, що призводять до перевищення влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів, зокрема їхньої професійної деформації.

Кримінально-правові та кримінологічні проблеми злочинів у сфері службової діяльності досліджувались такими вченими, як П.П. Андрушко, О.Ф. Бантишев, А.В. Галахова, О.О. Дудоров, В.Ф. Кириченко, М.Й. Коржанський, Ю.І. Ляпунов, П.С. Матишевський, М.І. Мельник, А.Н. Трайнін, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмиш та ін. Водночас питанням професійної деформації працівників правоохоронних органів як однієї з причин вчинення ними перевищення влади або службових повноважень присвячено не досить уваги.

Мета статті – розглянути професійну деформацію особистості працівника правоохоронного органу як одну з причин вчинення злочину, передбаченого ст. 365 КК України; визначити чинники, які здатні призвести до професійної деформації; запропонувати заходи профілактики професійної деформації працівників правоохоронних органів.

Професійна непридатність тих, хто покликаний охороняти закон, загрожує обернутися порушенням прав і свобод громадян, формуванням у суспільстві свідомості правового нігілізму та вседозволеності, дестабілізацією в кінцевому

© О. Кирбят'єв, 2019

підсумку правового та громадського порядку [1].

Дослідження причин вчинення злочинів працівниками правоохоронних органів має відносно нетривалу історію, оскільки за часів СРСР вони з політичних причин були виключені з відкритого обговорення. В окремих працях надавалась їхня оцінка і зауваження, з яких випливало, що причини правопорушень серед особового складу правоохоронних органів слід шукати в пережитках міщанської ідеології, вадах індивідуального світогляду та недоліках ідейно-виховної роботи. Але згодом це негативне явище стали розглядати через інші теорії, які поряд з іншими причинами вчинення злочинів правоохоронцями визначають їхню моральну деградацію як результат тривалого, багатоступеневого процесу соціального навчання з поступовим засвоєнням індивідом негативних групових норм, наявних у тому чи іншому підрозділі [2].

На рівні особистості деформація являє собою якісне відхилення від певного соціального орієнтира, норми, що призводить до змін у поведінці та діяльності.

Під час розгляду правоохоронних спеціальностей найбільш поширеною є думка про те, що професійна деформація, виявляючись безпосередньо в службовій діяльності, спрямована на її об'єкт. Суто практично головним об'єктом діяльності працівників правоохоронних органів є правопорушник, а також особи, що викликають службовий інтерес – затримані, потерпілі, свідки, заявники та інші. З розвитком деформації, а фактично її поглибленням, другою, не менш важливою сферою стає найближче соціальне оточення працівника, що в сукупності утворює мікросередовище його повсякденної життєдіяльності. Це службовий колектив та окремі його представники, члени сім'ї, друзі, родичі, знайомі. Третьою сферою стає особистість самого працівника, перш за все, його інтереси, уподобання, самосвідомість.

Висновок про наявність і рівень професійної деформації працівників правоохоронних органів можна зробити, спираючись на сукупність параметрів, що розкривають працівника у службовій діяльності, ставленні до безпосереднього соціального оточення, самого себе. Ця сукупність складається з таких узагальнених показників: упереджене ставлення до об'єкта службової діяльності; довільно-суб'єктивне тлумачення правослухняної поведінки (тлумачу як вважаю за потрібне, як хочу, а не так, як вимагають норми права); перенесення стилю службового спілкування з об'єктом діяльності, окремих професійних методів і прийомів на позаслужбові сфери, спілкування і взаємодії з найближчим соціальним оточенням; професійне огрубіння особистості працівника; зміни в образі «Я» – системі уявлень працівника про самого себе [3, с. 234].

Показово, як самі працівники правоохоронних органів пояснюють, порушення нормативно-правової регламентації службової діяльності. З вказаних ними головних суб'єктивних причин порушень більша частина безпосередньо пов'язана з професійною деформацією, зокрема: своєрідне тлумачення доцільності; ігнорування закону; вигадана неможливість вирішити питання без порушення закону; кар'єризм і міркування суто особистого характеру; безпринципність, бажання догодити вищому начальству.

Для досягнення успіху у своїй діяльності працівники правоохоронних органів повинні мати певні професійно важливі риси. До них належать правосвідомість, спеціальні знання, правильно сформовані моральні переконання та цінності. Пізнавальна (пошукова) діяльність службових осіб правоохоронних органів вимагає розвитку всіх пізнавальних процесів. Комунікативна сторона – одна з найважливіших професійних сторін діяльності таких осіб. Спілкування займає в їхній роботі одне з головних місць і пов'язане з необхідністю контактувати

з людьми, що має метою вирішення завдань служби. Організаторські здібності у роботі з людьми і вольові якості є значимими для організаційної сторони діяльності працівників правоохоронних органів.

Якщо ж співробітник не володіє перерахованими якостями, то у результаті спілкування з асоціальним середовищем може початися етичне розмивання його особи з розвитком споживацької психології. Цьому сприяє не тільки недолік правових знань і практичного досвіду співробітника, але й негативна або нестійка спрямованість його особи, що за тісного контакту з криміногенним середовищем нерідко призводить до виникнення різних видів деформації. Це може виявлятися у: використовуванні в мові з колегами і правопорушниками нецензурних виразів; зневажливому ставленні до затриманих, проявів до них грубості, морального і фізичного приниження; формуванні психологічної переоцінки можливостей застосування примусових засобів; прихильності до стереотипних, шаблонних дій; амбітності; різних переживаннях, що компенсуються шляхом реалізації неадекватної поведінки у відповідь на стресогенну ситуацію і т.п. [4, с. 170].

Так чи інакше професійна деформація торкається всіх працівників, але це ще не означає, що всі вони рано чи пізно вчинять перевищення влади або службових повноважень, і тому це явище є лише однією з причин вчинення цього злочину працівниками правоохоронних органів.

На нашу думку, основна негативна риса професійної деформації – це можливість зміни духовно-етичних цінностей і мотивації здійснення професійної діяльності.

Духовно-етичні цінності завжди були найважливішим чинником діяльності працівників правоохоронних органів. Зміна ціннісних орієнтацій міняє мотивацію їхньої діяльності. Якщо для багатьох видів професійної діяльності мотиваційна сторона хоча і значуща, але не істотна, то для боротьби зі злочинністю просто «роботи» як джерела матеріального забезпечення вже не досить. Особливо у нинішніх умовах, коли у працівника правоохоронного органу немає і, мабуть, найближчим часом не буде достатніх економічних мотивів і підстав, щоб віддавати своїй справі сили, а іноді і життя, і здоров'я. Тим більшу значущість набувають духовно-етичні чинники діяльності працівників правоохоронних органів. Добросовісне виконання людиною своїх обов'язків у цій ситуації стає вже не службою, а служінням людям [5, с. 120].

Якщо головним ціннісним збудником діяльності людини виступає, насамперед, задоволення матеріальних потреб, то за відсутності стримуючих чинників (страх покарання або втрати соціальних благ, засудження оточення, турбота про власну честь та інші) вона однаково застосовуватиме свої здібності і буде сумлінно служити тому, хто більше заплатить. На жаль, практика останніх років дає нам досить прикладів того, як працівники правоохоронних органів працюють «на два фронти», служать тим, проти кого покликані боротися.

З наведених аргументів випливає, що мотиваційна сторона діяльності працівників правоохоронних органів задля успішного виконання покладених на них завдань повинна складатися з таких мотиваційних складників, як захопленість своєю професією, прагнення розвивати себе як професіонала, використання кожного шансу для професійного зростання, гармонічне проходження всіх етапів професійного становлення, відсутність професійних деформацій [6, с. 456].

Зміна позитивної морально-етичної мотивації на суто корисливо-матеріальну є, на нашу думку, найбільш небезпечною формою професійної деформації працівника правоохоронного органу.

Під час вирішення службових завдань працівник правоохоронного

органу підпадає під вплив необхідності вирішення службових труднощів будь-якими засобами. Це стає можливим через те, що така необхідність зумовлена вимогами керівництва, яке оцінює результати роботи не за тим, що зробив працівник задля вирішення завдання, а за кінцевим результатом. У багатьох випадках, коли бажаний результат хоча і був досягнутий, але йому передувало застосування незаконних методів, керівництво, знаючи про це, не вживає заходів щодо недопущення надалі їх застосування і цим фактично стимулює їх використання. Далі в повсякденній роботі працівник, звикаючи до можливості діяти протиправно і залишатися безкарним, використовує такі методи навіть тоді, коли без них можна обійтися. У цьому випадку такий характер процесу мотивації, коли вибір певного варіанта поведінки доведений до рівня автоматизованого стереотипу, він фактично стає не досить усвідомленою звичкою [7, с. 103].

Така зміна мотивації може відбуватися під впливом об'єкта професійної діяльності. Працівники правоохоронних органів досить часто стикаються із ситуаціями, коли винні у вчинені злочину уникають покарання через різні причини: зв'язки з високопосадовцями, підкуп суддів і прокурорів, використання прогалин у законодавстві тощо. У цьому разі принцип невідворотності покарання перестає працювати, що не може не вплинути на можливість за наявності таких прикладів порушити закон задля задоволення своїх інтересів.

Початковий етап професійної деформації працівників правоохоронних органів, в період якого працівник вбирає в себе більшість негативних якостей соціально-корпоративної групи (відділення, відділу, робочої групи тощо), припадає на початок професійної діяльності, а саме – перші роки служби у правоохоронному органі.

Омолодження серед злочинців-працівників правоохоронних органів зазначає низка дослідників цього питання [8, с. 181; 9, с. 33]. Це пояснюється не тільки постійним прибуттям молодих фахівців, які у зв'язку з відсутністю досвіду можуть допустити незаконні дії. Тим більше, що в перші роки служби молоді фахівці намагаються реалізувати тільки позитивні установки, закладені під час навчання у навчальному закладі та проходження стажування. Але їхні знання, моральні якості в деяких випадках вступають у протиріччя з практичною діяльністю, що надалі впливає на формування професійної свідомості з усіма її недоліками. Період професійного становлення не тільки збагачує особистість, розвиває її позитивні риси, формує відповідальність до доручених справ, але й характеризується накопиченням негативного досвіду, основний мінус якого – байдуже ставлення до законних прав та інтересів людей, які підпадають до кола професійних інтересів працівників правоохоронних органів.

Отже, можна зробити висновки щодо суб'єктивних причин професійної деформації працівників правоохоронних органів, до яких слід віднести такі: низький рівень професійних знань; відсутність відповідних ціннісних орієнтацій; неадекватну професійну мотивацію; відсутність нормальних умов для здійснення професійної діяльності; невідповідність між службовими функціями та обов'язками працівника і його повноваженнями і правами; напруженість стосунків, яка спричиняться конфліктами з керівництвом, працівниками, громадянами.

Достовірне виявлення професійної деформації є обов'язковою передумовою її ефективної корекції. Це досить відповідальна процедура, бо вона стосується інтересів конкретних працівників і має для них не абстрактне, а безпосередньо особисте значення. Діагностика професійної деформації працівників правоохоронних органів найбільшою мірою пов'язана з консультативною психотерапевтичною допомогою.

Головними заходами профілактики професійної деформації з метою

її мінімізації є поглиблена професійна орієнтація, професійний відбір за участю психологів, цілеспрямована підготовка у навчальних закладах. Нейтралізація професійної деформації повинна здійснюватися за допомогою різноманітного за формами підвищення кваліфікації на базі спеціалізованих навчальних закладів, широкого використання передового досвіду, впровадження прогресивних форм організації праці, ефективного нагляду за додержанням законності під час здійснення службових обов'язків.

Під час визначення безпосередніх заходів щодо профілактики можна визначити такі їхні основні групи: удосконалення виховної роботи в службовому колективі; покращення організації управління службою, підрозділом; якісна професійна підготовка кожного працівника; створення здорового морально-психологічного клімату.

У межах цих заходів-напрямв рекомендується здійснювати практичні дії, відповідальність за організацію та проведення яких повинен нести керівник служби, підрозділу.

Найбільш доцільним є проведення профілактики і корекції професійної деформації у трьох головних взаємопов'язаних напрямах: адміністративно-організаційному, відновлювально-реабілітаційному, психолого-виховному.

У межах загальної мети кожен напрям покликаний вирішувати більш конкретне завдання. У першому випадку – це послаблення деформуючого впливу службової діяльності, зменшення інтенсивності контактів з її об'єктом, з питань, що не стосуються професійних завдань. У другому – відновлення та зміцнення фізичного, психофізіологічного потенціалу працівника, підтримання його працездатності. У третьому випадку – формування і розвиток психологічної стійкості, інших рис, що блокують професійну деформацію шляхом впливу на психіку, особистість працівника.

Профілактика та усунення професійної деформації – це клопітка повсякденна робота. Вона базується не на якомусь окремому заході, а на спільних, узгоджених зусиллях конкретного кола зацікавлених осіб.

Формування і розвиток людини неможливі без діяльності. Саме діяльність забезпечує входження в суспільство, засвоєння та подальше відтворення його матеріальних і духовних надбань. Ключовим напрямком розвитку людини є професійний розвиток. Визначальним його етапом є власне трудова стадія, що передбачає виконання певної діяльності як професії. Саме на цьому етапі може виникати професійна деформація. Вона найбільш поширена серед представників людинознавчих спеціальностей, до яких належить і діяльність працівників правоохоронних органів. Це призводить до специфічних, загалом негативних змін, що поступово охоплюють психічні процеси, стани, риси особистості. Небезпека професійної деформації полягає в тому, що вона проявляється не тільки у службовій діяльності, а й у позаслужбовій поведінці, повсякденному спілкуванні з оточуючими. Деформований працівник правоохоронного органу, часто, не усвідомлюючи цього, перетворюється на заручника своєї професії.

Попередження та усунення професійної деформації як загального феномена передбачає зусилля на рівні держави, правоохоронних органів загалом, їхніх складових служб і підрозділів, які за своїми функціями покликані здійснювати контроль за станом дисципліни та законності, психологічним станом працівників.

Розглянуто професійну деформацію особистості працівника правоохоронного органу як одну з причин вчинення злочину, передбаченого ст. 365 Кримінального кодексу України. Визначено чинники, які здатні призвести до професійної деформації. Запропоновано заходи профілактики професійної деформації працівників правоохоронних органів.

Висунуто гіпотезу, що однією з об'єктивних причин, яка може

призвести до вчинення перевищення влади або службових повноважень працівника правоохоронного органу, є професійна деформація особистості такого працівника. Діяльність є невіддільним складником способу життя людини, важливим засобом її формування та розвитку як члена суспільства й особистості. В процесі професійної діяльності людини формуються навички, вміння, відшліфовуються ціннісні орієнтації, рівень прагнень, самооцінка, відбувається особистісне зростання, з'являється професіоналізм. Але професійне виконання діяльності поряд із визначальним позитивним ефектом може призвести до побічних наслідків, одним з яких є професійна деформація. Об'єктивно вона являє собою не фатальний, але реально ймовірний негатив, так би мовити, тіньову сторону професії. Суб'єктивно – це данина, яку непомітно для себе сплачує людина за надмірну спеціалізацію, невгамовне захоплення діяльністю, максимальний рівень прагнень.

Встановлено, що формування і розвиток людини неможливі без діяльності. Саме діяльність забезпечує входження в суспільство, засвоєння та подальше відтворення його матеріальних і духовних надбань. Ключовим напрямом розвитку людини є професійний розвиток. Визначальним його етапом є власне трудова стадія, що передбачає виконання певної діяльності як професії. Саме на цьому етапі може виникати професійна деформація. Вона найбільш поширена серед представників людинознавчих спеціальностей, до яких належить і діяльність працівників правоохоронних органів. Це призводить до специфічних, загалом негативних змін, що поступово охоплюють психічні процеси, стани, риси особистості. Небезпека професійної деформації полягає в тому, що вона проявляється не тільки у службовій діяльності, а й у позаслужбовій поведінці, повсякденному спілкуванні з оточуючими. Деформований працівник правоохоронного органу, часто, не усвідомлюючи цього, перетворюється на заручника своєї професії.

Попередження та усунення професійної деформації як загального феномена передбачає зусилля на рівні держави, правоохоронних органів у загалом, їхніх складових служб і підрозділів, які за своїми функціями покликані здійснювати контроль за станом дисципліни та законності, психологічним станом працівників.

Ключові слова: перевищення влади або службових повноважень, працівник правоохоронного органу, професійна деформація, причини та умови злочинності.

Kyrbiatiev O. Professional deformation of the personality of the law enforcement authority as a cause of the inadmissible fulfillment of their duties

The professional deformation of the personality of a law enforcement officer is considered as one of the reasons for committing the crime under Art. 365 of the Criminal Code of Ukraine. Factors that can lead to professional deformation are identified. The measures for the prevention of professional deformation of law enforcement officers are proposed.

It has been hypothesized that one of the objective reasons that could lead to an excess of authority or authority of a law enforcement officer is the professional deformation of the personality of such an employee. Activity is an integral part of a person's way of life, an important means of shaping and developing him as a member of society and personality. In the course of a person's professional activity, skills, abilities are formed, value orientations are grounded, the level of aspirations, self-esteem, personal growth occurs, professionalism emerges. But professional performance along with a decisive positive effect can lead to side effects, one of which is occupational

deformity. Objectively, it is not a fatal but a likely negative, so to speak, shadow side of the profession. Subjectively, it is a tribute that the person who invisibly pays for over-specialization, unbounded enthusiasm for activity, maximum level of desire.

It is established that the formation and development of a person are impossible without activity. It is the activity that assures the entry into society, the assimilation and further reproduction of its material and spiritual assets. A key area of human development is professional development. Its defining stage is the actual labor stage, which implies the performance of certain activities as a profession. It is at this stage that professional deformation can occur. It is most widespread among the representatives of the human sciences specialties to which the activity of law enforcement officials also applies. This leads to specific, generally negative changes, which gradually cover mental processes, states, personality traits. The danger of professional deformation lies in the fact that it is manifested not only in professional activity, but also in off-duty behavior, daily communication with others. A deformed law enforcement officer, often without realizing it, becomes a hostage to his profession.

Prevention and elimination of occupational deformity as a general phenomenon involves efforts at the level of the state, law enforcement agencies in general, their constituent services and units, which by their functions are intended to control the state of discipline and legality, psychological state of employees.

Key words: exceeding of authority or official powers, law enforcement officer, professional deformation, causes and conditions of crime.

Література

1. Плевако А.В., Рева Н.Н. Причины профессиональной деформации сотрудников ОВД (криминологический аспект). Домашний адвокат. 1995. № 4. С. 2–4.

2. Мартиненко О.А. Теоретичні концепції злочинності серед працівників органів внутрішніх справ. Вісник Запорізького юридичного інституту. 2004. № 2. С. 173–178.

3. Охрименко Т.В. Особистісна деформація та зростання професійного рівня діяльності працівників прокуратури та слідчих. Науковий вісник Юридичної академії МВС України. 2004. Спеціальний випуск № 1. С. 232–237.

4. Алтухов С.А. Преступления сотрудников милиции (понятие, виды и особенности профилактики). Санкт-Петербург, 2001. 271 с.

5. Опалев А.В. Духовно-нравственные ценности сотрудников правоохранительных органов и их формирование в современных условиях. Вестник Московского университета МВД России. 2004. № 2. С. 119–121.

6. Жданова І.В. Мотиваційна складова професіоналізму працівників органів внутрішніх справ. Науковий вісник Національного університету внутрішніх справ України. 2004. № 28. С. 456–462.

7. Криминология: учебник / под ред. Б.В. Коробейникова, Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. Москва, 1988. 384 с.

8. Гіда О.Ф., Кізнер О.В., Калантай М.А., Федоров К.Л. Деякі особливості стану правопорушень та скоєння злочинів працівниками органів внутрішніх справ. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. 1999. № 2. С. 159–182.

9. Ануфрієв М.І., Венедіктов В.С., Негодченко О.В., Соболєв В.О., Шкарупа В.К., Щербина В.І. Соціологічно-правові аспекти зміцнення службової дисципліни в органах внутрішніх справ України : навчально-методичний посібник. Дніпропетровськ : Наука і освіта, 2000. 164 с.

УДК 347.615
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.993

О. Адамова,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОБОВ'ЯЗОК БАТЬКІВ УТРИМУВАТИ ДИТИНУ

Правовідносини батьків і дітей щодо утримання – це правовідносини, у яких одна сторона зобов'язана надати другій стороні утримання на підставах і в порядку, що встановлені законом, а друга сторона вправі вимагати виконання такого обов'язку. Зобов'язання батьків стосовно дітей щодо утримання залежно від самої управомоченої особи поділяються на: 1) зобов'язання батьків щодо утримання дитини до досягнення нею повноліття (глава 15 Сімейного кодексу (далі – СК) України); 2) зобов'язання батьків щодо утримання повнолітніх дочки, сина (глава 16 СК України) [1].

Обов'язок утримувати дитину – це моральне й найважливіше правове зобов'язання батьків. Батьки зобов'язані утримувати свою дитину незалежно від того, одружені вони чи розлучені; цей обов'язок зберігається й у тому разі, коли дитина народилася у шлюбі, який згодом визнано недійсним. Цей обов'язок не припиняється й у разі позбавлення батьків батьківських прав.

У зв'язку з особливим станом дитини як особи, що через свій вік потребує певної матеріальної підтримки та захисту, окреме значення мають зобов'язання батьків щодо утримання дитини до досягнення нею повноліття. Обов'язок утримувати дитину є таким, що нерозривно пов'язаний із особою матері та батька, а тому: 1) за життя батьків він не може бути перекладений на іншу особу. Додатковий (субсидіарний) обов'язок діда та баби утримувати внука – це їхній самостійний обов'язок, що виникає з окремої підстави, тому не є, відповідно до цивілістичної термінології, переведенням обов'язку на іншу особу; 2) після смерті матері чи батька він не входить до складу спадщини, у зв'язку з чим не може перейти до спадкоємців; 3) батьківський обов'язок утримувати дитину триває до її повноліття. Якщо, наприклад, дочка одружилася в 15 років, це означає, що вона набула повної цивільної дієздатності, але не стала повнолітньою, отже, її право на утримання триватиме й надалі. Згідно зі ст. 6 СК України, правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття.

Юридичний склад, який є передумовою виникнення аліментних обов'язків батьків щодо дітей, виглядає так:

1) кровне споріднення між батьками і дітьми, посвідчене в установленому законом порядку, чи інших юридично значимих зв'язків між ними (правовідносини щодо усиновлення);

2) вік особи, яку батьки повинні утримувати.

Деякі науковці вважають, що до юридичного складу, який є підставою виникнення, може входити також такий юридичний факт, як договір на утримання неповнолітньої дитини в грошовій і (або) натуральній формі, який батьки можуть укласти між собою [2]. Також, відповідно до ст. 190 СК України, той із батьків, із ким проживає дитина, і той із батьків, хто проживає окремо від неї, з дозволу органу опіки та піклування можуть укласти

© О. Адамова, 2019

договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо) [1]. Уважаємо, що такий юридичний факт буде скоріше підставою для зміни, а не для виникнення аліментних зобов'язань, адже аліментне зобов'язання вже існує, виникаючи з моменту народження дитини.

Водночас перепоною виникненню аліментних правовідносин будуть обставини, що звільняють батьків від сплати аліментів, а саме зазначена в ст. 188 СК України можливість, коли дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з них і забезпечує повністю її потреби. Доречно відмітити рішення Кременецького районного суду Тернопільської області, у якому чітко зазначено, що отримання доходу дітьми, який нехай і забезпечує їхні потреби, але не перевищує доходів аліментнозобов'язаної особи (за рішенням – отримувана дітьми стипендія), не звільняє батьків від виплати аліментів [3].

Крім добровільного порядку сплати аліментів на дитину, законодавство встановлює ще й судовий порядок, який ініціюється за заявою зацікавлених осіб. Справи про стягнення аліментів на дітей уважаються найбільш поширеною категорією справ, які випливають із сімейних правовідносин.

Під час визначення розміру аліментів суд обов'язково з'ясовує всі обставини справи й ураховує стан здоров'я та матеріальне становище дитини, стан здоров'я та матеріальне становище платника аліментів, наявність у нього інших дітей, непрацездатних членів сім'ї й інші обставини, що мають істотне значення. Мінімальний розмір аліментів на дитину не може бути меншим за 50 відсотків прибуткового мінімуму для дитини відповідного віку, який щорічно затверджується відповідно до Закону України «Про Державний бюджет України». Отже, законодавством не визначена верхня межа розміру аліментів на дитину.

З липня 2017 р. сімейне законодавство доповнено нормою, згідно з якою той із батьків або інших законних представників дитини, разом із яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про стягнення аліментів у розмірі: на одну дитину – 1/4, на двох дітей – 1/3, на трьох і більше дітей – 50% заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше ніж 10 прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку.

Нині аліменти, одержані на дитину, є **власністю дитини**, вона має право брати участь у використанні або самостійно розпоряджуватися аліментами на її утримання відповідно до Цивільного кодексу України. Контроль за цільовим використанням в інтересах дитини аліментів здійснює орган опіки та піклування як за власного ініціативою, так і за заявою платника аліментів. У разі нецільового використання таких коштів платник має право звернутися до суду з позовом про зменшення розміру аліментів або про внесення їх частини на особистий рахунок дитини. Як правило, аліменти сплачуються батьками щомісяця на кожну неповнолітню дитину незалежно від того, де вона перебуває. Влаштування дитини до закладу охорони здоров'я, навчального або іншого закладу, де утримання надається дитині з державного бюджету, не припиняє стягнення аліментів на користь того з батьків, із ким проживає дитина.

Існує низка факторів, які впливають на ступінь матеріальної відповідальності того з батьків, хто проживає із дитиною. До них належить виховання й турбота про дитину, ведення домашнього господарства на благо дитини, а також і той факт, що в більшості випадків той із батьків, із ким залишається дитина, змушений постійно працювати, щоб отримати кошти для власного існування та існування дитини. Відповідно, коло обов'язків у такої особи значно ширше від тої, яка не проживає разом із дитиною (проживає поза сім'єю) та сплачує тільки кошти

на утримання. Це має бути враховане під час визначення розміру аліментів, що підлягають сплаті.

СК України передбачає можливість зменшення та збільшення розміру аліментів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 192 СК України, розмір аліментів, визначений за рішенням суду або за домовленістю між батьками, може бути згодом зменшено або збільшено за позовом платника чи одержувача аліментів [1]. Перелік обставин, які можуть слугувати підставами для зменшення або збільшення розміру аліментів, є невичерпним: зміна матеріального чи сімейного стану платника або одержувача аліментів, погіршення чи поліпшення здоров'я когось із них або інші обставини.

Загалом одним із найбільш дискусійним у сімейному праві до останнього часу є питання встановлення оптимального розміру аліментів на неповнолітніх дітей. Із цього приводу Л.П. Короткова зазначає, що за сучасних економічних умов порядок законодавчого визначення розміру аліментів у частці від заробітку (доходу) був би архаїчним, оскільки існував за радянських часів і розрахований на середній заробіток (доходи) в умовах відсутності різкого соціального розшарування [4]. Л.В. Афанасьєва, навпаки, стверджує, що законодавцю не варто було відмовлятися від стягнення аліментів у певній, визначеній у законі частці до заробітку (доходу). На її думку, це б максимально забезпечило права дитини й розвантажило суди від зайвої роботи [5]. На наш погляд, мінімальний розмір утримання, установлений у законі, недостатньо виконує свою функцію забезпечення прав дітей, тому його треба підвищити в сучасних економічних умовах. Але встановлення в законі утримання в частці від заробітку, вважаємо, було б зайвим, адже в разі надзвичайно маленького доходу дитина не буде отримувати необхідних для існування коштів, а в разі великих доходів є висока вірогідність того, що вони будуть іти не тільки на забезпечення дитини.

Якщо платник аліментів має нерегулярний, мінливий дохід, частину доходу одержує в натурі, а також за наявності інших обставин, що мають істотне значення, суд за заявою платника або одержувача може визначити розмір аліментів у твердій грошовій сумі. Якщо розмір аліментів визначений судом або за домовленістю між батьками у твердій грошовій сумі, то він підлягає індексації відповідно до закону.

До обставин, які враховуються судом під час визначення розміру аліментів, береться до уваги й майно, яким володіє або користується особа, і запроваджується витратний метод розрахунку доходів платника аліментів.

Тобто, якщо ми знаємо, що особа має тіньовий дохід, але немає офіційного доходу або офіційний дохід явно нижчий, а неофіційний набагато більший, стягувач аліментів тепер може в суді довести факт витрат. Якщо платник аліментів їздить на дорогому автомобілі чи живе в елітній квартирі, їздить на відпочинок за кордон, суд це повинен урахувати.

Більше того, враховується не тільки факт володіння майном, а й користування ним. Тобто вводиться принцип – винаймаєш квартиру в центрі міста або позичив іномарку на деякий час, то й на аліменти знайдеш гроші [6].

У боржника є право після отримання судового наказу про стягнення аліментів на звернення до суду з позовом, про зменшення суми аліментів. У такому випадку ввесь тягар доказування необхідності зменшення аліментів лягає на їх платника.

Законом передбачено, що той із батьків або інших законних представників дитини, разом із яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Якщо особа хоче стягнути більше аліментів, ніж 50 відсотків, то вона

може це зробити, довівши в класичному позовному провадженні свої збільшені вимоги.

Відповідно до ст. 181 СК України, якщо місце проживання батьків невідоме, або вони ухиляються від сплати аліментів, або не мають можливості утримувати дитину, дитині призначається тимчасова державна допомога, яка не може бути меншою ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Виплата тимчасової державної допомоги здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України. Порядок призначення та виплати затверджений Постановою [7]. Суми наданої дитині тимчасової державної допомоги підлягають стягненню з платника аліментів до Державного бюджету України в судовому порядку.

Окрім цього, Законом України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» передбачено, що громадяни України, у сім'ях яких виховуються та проживають неповнолітні діти, мають право на такі види державної допомоги: допомога у зв'язку з вагітністю та пологами; допомога при народженні дитини; допомога при усиновленні дитини; допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку; допомога на дітей, над якими встановлено опіку чи піклування; допомога на дітей одиноким матерям [8].

У разі виїзду одного з батьків за кордон на постійне проживання в державу, з якою Україна не має договору про надання правової допомоги, аліменти стягуються в порядку, установленому Кабінетом Міністрів України. Згідно із цим Порядком, той із батьків, хто виїжджає, повинен виконати аліментні зобов'язання з утримання дитини (дітей) до досягнення нею, які оформляються договором між цією особою та одним із батьків, із яким залишається дитина (діти), або її опікуном, піклувальником, або договором про припинення права на аліменти для дитини (дітей) у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо). Якщо аліментні зобов'язання не були виконані особою, що виїжджає, стягнення аліментів провадиться за рішенням суду [9].

Вагому частину аліментних правовідносин займають правовідносини батьків і їхніх повнолітніх дітей. Ці правовідносини мають власні підстави виникнення, строки існування, припинення, а також зміст, права й обов'язки їх учасників.

Згідно із СК України, обов'язок батьків щодо утримання виникає стосовно: а) повнолітніх непрацездатних дочки, сина (ст. 198 СК України); 2) повнолітніх дочки, сина, які продовжують навчання (ст. 199 СК України).

Керуючись ст. 198 СК України, батьки зобов'язані утримувати своїх повнолітніх непрацездатних дочку, сина, які потребують матеріальної допомоги, якщо вони можуть таку матеріальну допомогу надавати. Указані в Кодексі юридичні факти в сукупності утворюють складну юридичну сукупність. Непрацездатними є ті, хто досяг установленого законом пенсійного віку, інваліди 1–3 груп. Потреба в матеріальній допомозі визначається відповідно до прожиткового мінімуму, те саме стосується можливості надання допомоги. Можливість батьків надавати матеріальну допомогу не залежить від їхньої працездатності. Цей факт може бути враховано судом під час винесення рішення, але не звільняє зобов'язану особу від надання утримання. Аліменти повнолітнім непрацездатним доньці, сину, що потребують матеріальної допомоги, у разі визнання їх інвалідами першої, другої та третьої груп присуджуються на строк інвалідності, а непрацездатним за віком – довічно.

За інших умов повнолітнім доньці, сину не потрібно бути недієздатними для надання допомоги.

Підставою для припинення права на утримання є припинення навчання з будь-якої причини, а також досягнення 23-річного віку.

Крім того, до відносин між батьками і дочкою, сином щодо надання їм утримання застосовуються норми статей 187, 189–192 і 194–197 СК України. Це статті, що регулюють відносини щодо відрахування аліментів за ініціативою платника, договір про сплату аліментів і припинення такої сплати у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно, час, за який присуджуються аліменти, їх розмір і порядок зміни такого розміру тощо.

Необхідно підсумувати, що відносини між батьками і дітьми щодо утримання останніх повинні підлягати більш ретельному регулюванню. На відміну від відносин подружжя, найважливіший суб'єкт цих відносин – дитина, що беззаперечно потребує підвищеного захисту й підтримки. З аналізу судової практики випливає, що суди в більшості випадків стають якраз на захист інтересів дітей, відмовляючи в позовних вимогах тільки в крайніх випадках, коли вони є абсолютно не обґрунтованими чи неможливими.

Стаття присвячена аналізу норм чинного законодавства та судової практики щодо питань аліментних зобов'язань, а саме обов'язку батьків утримувати дитину, зокрема виплачувати аліменти. Проаналізовано порядок визначення розміру аліментів, порядок їх стягнення, випадки припинення обов'язку сплачувати аліменти на дитину. Окрема увага приділена можливості укладення договору між батьками на утримання неповнолітньої дитини, який може передбачати як грошову, так і натуральну форму виплати аліментів (або ж комбінацію цих двох форм). Той із батьків, із ким проживає дитина, і той із батьків, хто проживає окремо від неї, з дозволу органу опіки та піклування можуть укласти договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно.

Установлено, що мінімальний розмір утримання, визначений у законі, недостатньо виконує свою функцію забезпечення прав дітей, тому його треба підвищити в сучасних економічних умовах. Разом із ти, зайвим було б установлення в законі утримання в частці від заробітку, адже в разі надзвичайно маленького доходу дитина не буде отримувати необхідних для існування коштів, а в разі великих доходів є висока вірогідність того, що вони йтимуть не тільки на забезпечення дитини.

Визнання аліментів, одержаних на дитину, власністю дитини, що дає їй можливість брати участь у їх використанні або самостійно розпоряджуватися аліментами на її утримання, можна розцінювати як додаткову гарантію того, що кошти не будуть використані не за призначенням.

Зроблено висновок, що відносини між батьками і дітьми щодо утримання останніх повинні підлягати більш ретельному регулюванню. На відміну від відносин подружжя, найважливіший суб'єкт цих відносин – дитина, що беззаперечно потребує підвищеного захисту й підтримки. З аналізу судової практики випливає, що суди в більшості випадків стають якраз на захист інтересів дітей, відмовляючи в позовних вимогах тільки в крайніх випадках, коли вони є абсолютно не обґрунтованими чи неможливими.

Ключові слова: дитина, аліменти, зобов'язання щодо аліментів, утримання дитини.

Adamova O. To the question of the duties of the parents to maintain the baby

The article focuses on the analysis of current law and case law on alimony obligations, namely the obligation of parents to support a child, in particular, to pay alimony. The procedure for determining the amount of alimony, the procedure for collecting it, the

cases of termination of the obligation to pay child support for child support are analyzed. Particular attention is paid to the possibility of concluding a contract between the parents for the maintenance of a minor child, which may provide for both monetary and in-kind child support payments (or a combination of the two). The parent with whom the child resides and the parent who lives separately from the child may, with the permission of the guardianship authority, conclude an agreement to terminate the child support right in connection with the transfer of ownership of the real property.

It is established that the minimum amount of detention stipulated by law does not sufficiently fulfill its function of ensuring the rights of children - it should be raised in the current economic conditions. At the same time, it would be superfluous to establish a statutory withholding allowance because, in the case of extremely low income, the child will not receive the necessary subsistence funds, and in the case of large incomes, it is highly probable that they will go not only to provide for the child.

Recognition of child support received by a child that enables him or her to participate in their use or to self-administer child support can be regarded as an additional guarantee that the funds will not be used unintentionally.

It is concluded that the relationship between parents and children regarding the maintenance of the latter should be more carefully regulated. Unlike the relationship of the couple, the most important subject of this relationship is the child, who clearly needs increased protection and support. It is clear from the case-law that in most cases the courts are just protecting the interests of the children, refusing claims only in extreme cases where they are completely unjustified or impossible.

Key words: child, alimony, alimony obligations, child support.

Література

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14.

2. Єфременко В.В. Сторони у справах про стягнення аліментів на дітей. URL: file:///C:/Users/%D0%A1%D0%B5%D1%80%D0%B3%D0%B5%D0%B9/Downloads/FP_index.htm_2007_3_19.pdf.

3. Рішення Кременецького районного суду Тернопільської області від 21.12.2011 по справі № 1909/2-1299/11. URL: http://www.revestr.court.gov.ua/Review/20430765.

4. Короткова Л.П. Яким має бути розмір аліментів на дітей. Право України. 1992. № 8. С. 21–23.

5. Афанасьєва Л.В. Аліментні правовідносини в Україні : монографія. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. 224 с.

6. Чернишин І. В Україні змінюється законодавство щодо стягнення аліментів. URL: https://jur.zp.ua/news/v-ukrayini-zminyuyetsya-zakonodavstvo-shhodo-styagnennya-alimentiv.

7. Про затвердження Порядку призначення та виплати тимчасової державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме : Постанова Кабінету Міністрів України від 22.02.2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/189-2006-%D0%BF.

8. Про державну допомогу сім'ям з дітьми : Закон України від 21.11.1992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2811-12.

9. Про затвердження Порядку стягнення аліментів на дитину (дітей) у разі виїзду одного з батьків для постійного проживання в іноземній державі, з якою не укладено договір про подання правової допомоги : Постанова Кабінету Міністрів України від 19.08.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1203-2002-%D0%BF.

УДК 343.234
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.994

М. Григор'єва,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗГЛАДЖУВАННЯ ЗАПОДІЯНОЇ ШКОДИ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ЇЇ ДІЙОВИМ КАЯТТЯМ

Побудова в Україні демократичної правової держави, формування повноцінного громадянського суспільства потребують більш активної реалізації відновлювальної функції кримінального права. Це зумовлює необхідність створення певних правових механізмів, які повинні забезпечувати інтереси потерпілих від злочинів та держави. Одним з елементів цього є використання пом'якшення кримінально-правового впливу на осіб, які вчинили злочини, за наявності їхньої позитивної посткримінальної поведінки, що сприяє досягненню оптимальних результатів у згладжуванні заподіяної злочином шкоди, компенсації та відшкодування завданих збитків, за мінімізації зусиль правоохоронних органів, що дозволяє останнім концентрувати зусилля на пріоритетних напрямках протидії злочинності.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що в кримінальному праві питання, пов'язані зі звільненням від кримінальної відповідальності, потребують подальшої теоретичної розробки. На сучасному етапі розвитку кримінального законодавства звільнення від кримінальної відповідальності є другим, поряд із покладенням кримінальної відповідальності, кримінально-правовим засобом протидії злочинності. Практика застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності підтвердила його важливу роль і тому теоретичне обґрунтування та послідовне розроблення питань, пов'язаних зі звільненням від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, є своєчасним й актуальним.

Мета статті – розглянути особливості згладжування заподіяної шкоди в разі звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям.

Згідно зі ст. 45 Кримінального кодексу (далі – КК) України особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду. Законодавець визначає, що відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди, поряд з іншими, є обов'язковими елементами дійового каяття.

Визначення понять *збитки* та *шкода* є одним із суперечливих питань у науці кримінального права і кримінально-правовій практиці. Їх дослідженням на підставі звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям займалися А.Д. Сафронов, С.І. Нікулін, С.П. Щерба, А.В. Савкін, В.В. Сверчков, свій вклад у з'ясування цього питання вніс О.О. Житній. Однак, на нашу думку, проблема визначення відшкодування завданих збитків

© М. Григор'єва, 2019

або усунення заподіяної шкоди дотепер ще не вирішена остаточно.

Існує точка зору, що поняття «шкода» і «збитки» мають однакове юридичне значення [2, с. 19]. Із цим погодитися не можна, бо згідно з чинним законодавством збитки є негативним результатом злочину, який може наставати тільки в майновій сфері та завжди відповідає певному грошовому чи майновому еквіваленту. Пояснення цьому терміну можна знайти в цивільно-правовому законодавстві, де під збитками розуміються: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено (упущена вигода). Це підтверджує й етимологічний аналіз слова «збитки»: в українській мові воно визначається як «матеріальні втрати» [1, с. 144]. Таким чином, збитки слід розуміти як втрати, які наносяться майну особи в результаті суспільно небезпечного діяння [3, с. 473].

Ст. 45 КК України передбачає саме відшкодування збитків, а не їх ліквідування чи усунення. Відшкодування ж збитків – це добровільне відновлення по можливості тих майнових благ, яких винний позбавив потерпілу особу в результаті вчинення злочину [3, с. 72].

Дії по відшкодуванню збитків полягають: у поверненні незаконного вилученого майна або майна, що аналогічне викраденому; відновленні пошкодженого або знищеного майна (як своїми силами, так і з чиєюсь допомогою); у передачі потерпілому певної суми грошей тощо. Повернені гроші та майно можуть належати як самому винному, так й іншим особам, але тільки за наявності умови, що джерело придбання грошей та майна є законним і не порушує прав третіх осіб.

Особа, яка винна, наприклад, у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 176 (Порушення авторського права і суміжних прав), ч. 1 ст. 206 КК (Протидія законній господарській діяльності), повинна відшкодовувати не тільки заподіяні реальні збитки, але й недотримані доходи, які потерпілий отримав би за звичайних умов цивільного обороту, якби його право не було порушено. Йдеться про так звану упущену вигоду. Особа, яка відповідальна за відшкодування збитків, зобов'язана відшкодувати їх у натурі (надати річ того ж роду та якості, виправити пошкоджену річ тощо) або повністю відшкодувати заподіяні збитки.

Відшкодування заподіяних збитків після вчинення злочинів, за яких деформується благо, що охороняється законом, і у зв'язку з яким існують дані відносини (ч. 1 ст. 190, ст. 192, ст. 193, ст. 197 КК тощо), в обов'язковому порядку повинне містити фактичне повернення викраденого майна його власникові або передачу свого майна замість викраденого чи пошкодженого, або надання іншого еквівалента, а за необхідності – повне відновлення майна самостійно чи іншими особами за ініціативою винного, добровільне відшкодування завданих збитків винним або його родичами тощо. У разі неможливості повернення майна через його повне або часткове знищення повинна бути повернена частина уцілілого майна, а інша частина відшкодовується в грошовому еквіваленті.

Після вчинення злочинів, за яких розривається зв'язок між суб'єктами відносин, відшкодування заподіяних збитків виражатиметься в обов'язковому безпосередньому їх відшкодуванні – діях винного, пов'язаних з можливістю відшкодування цих збитків своїми силами, безпосередньою своєю участю: сплата аліментів (ст. 164), сплата коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 165), виплата заробітної плати, стипендії, пенсії або інших установлених у законі виплат (ч. 1 ст. 175), сплата зборів, податків, інших обов'язкових платежів (ч. 1 і ч. 2 ст. 212) тощо.

Таким чином, відшкодування збитків – це повернення, заміна чи компенсація результату злочину, який має майнове вираження і завжди відповідає певному грошовому чи майновому еквіваленту.

Усунення заподіяної шкоди як альтернативний елемент підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям відрізняється від відшкодування збитків. Етимологічний аналіз слова «шкода» означає матеріальні втрати, збитки, людські жертви, неприємності тощо, що є наслідком яких-небудь дій, учинків [1, с. 1624]. Саме таке тлумачення і дає підстави для ототожнення цих понять.

Разом із тим у кримінально-правовій літературі шкодою, як правило, називають негативні зміни, що настали в охоронюваному законом об'єкті внаслідок суспільно небезпечного посягання на нього, порушення, пошкодження об'єкту. У залежності від уявлення про об'єкт злочину через поняття «шкода» криміналісти визначають суспільно небезпечні наслідки злочинів [6, с. 87]. Саме у зв'язку з цим поняття «шкода» вживається у літературі для позначення суспільно небезпечних наслідків (злочинних наслідків), передбачених диспозицією статті Особливої частини КК як ознаки, що характеризують об'єктивну сторону злочинів з матеріальним складом.

Визначаючи заподіяну шкоду в контексті ст. 45 КК, вважається можливим використовувати поняття шкоди як моральні та фізичні втрати, що виникли у потерпілого у зв'язку з посяганням на нього [7, с. 68].

Шкода, яка пов'язана з фізичними втратами, в кримінальному праві розуміється як спричинення смерті, тяжкої, середньої тяжкості та легкої шкоди здоров'ю [4, с. 123]. Враховуючи таке тлумачення шкоди, виникає питання про можливість її усунення. «Усунути» в українській мові означає «доводити що-небудь до зникнення, припиняти існування, ліквідувати, позбуватися, так чи інакше позбавлятися чогось» [1, с. 1518]. Вочевидь, що усунути шкоду в разі позбавлення життя або здоров'я ніяк не можливо, оскільки ліквідувати, позбутися цього в об'єктивній реальності не можна.

У разі спричинення шкоди фізичній особі (наприклад, у випадках, передбачених ст. ст. 118, 123, 125, ч. 1 ст. 126, ст. 128 КК тощо) питання про усунення шкоди відповідно до ст. 45 КК вирішується таким чином. По-перше, у зв'язку з тим, що повністю відновити попередній фізичний стан потерпілої особи неможливо, винна особа зобов'язана усунути шкоду за допомогою своєї особистої активної поведінки з ліквідації наслідків вчинення злочину, а за необхідності компенсувати в грошовому еквіваленті шкоду, понесену в результаті хвороби, знаходження в лікувальній установі (вартість ліків, операції), похорони тощо. По-друге, якщо після смерті, яка настала в результаті злочину, передбаченого ст. 118 КК України (це єдиний склад злочину, що передбачає смерть потерпілого, який відповідає передумові, за котрою можливе звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі статті 45 КК України), у потерпілого залишилися непрацездатні особи, що перебували на утриманні померлого, а також якщо залишилися члени сім'ї, що мали до дня його смерті право на отримання від нього допомоги (наприклад, дитина померлого, що народилася після його смерті; один із батьків, який не працює і зайнятий доглядом за тими, що знаходилися на утриманні померлого: дітьми, внуками, братами, сестрами, що не досягли 14-ти років, тощо), винний зобов'язаний відшкодувати шкоду в розмірі тієї частки можливого заробітку (доходу) власника, яку він отримав би або мав би право отримати допомогу за його життя. У такому випадку шкода усувається шляхом надання коштів неповнолітнім дітям, що вчаться, інвалідам на загальних підставах відповідно до законодавства. Шкода може стосуватися також одного із членів сім'ї, зайнятого доглядом за тими, що знаходилися на утриманні померлого, –

його дітьми, внуками, братами і сестрами, іншими непрацездатними особами. За загальним правилом, звільнення на підставі ст. 45 КК від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, повинно здійснюватися тільки за наявності певних одноразових виплат, які відповідають вимозі усунення заподіяної шкоди. Важливо відзначити й те, що всі ці виплати повинні бути здійснені до ухвалення в суді рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності, оскільки вони входять як елемент до складу дійового каяття, а встановити такий юридичний факт можливо тільки за наявності всіх його елементів.

По-третє, в разі завдання потерпілому шкоди його здоров'ю у випадках, передбачених статтями 123, 125, ч. 1 ст. 126 КК тощо, винна особа зобов'язана усунути шкоду шляхом компенсації втраченого потерпілим заробітку (доходу), який він мав або, безумовно, міг би мати, а також додаткові витрати, викликані пошкодженням здоров'я (витрати на лікування, необхідний догляд тощо), у випадках, якщо потерпілий потребує таких видів допомоги і доглядання, але не має права на їх безкоштовне отримання. Усунення заподіяної шкоди у випадках, що розглядаються, полягає в безпосередніх діях самої винної особи, а в разі їх неможливості – в оплаті вартості доставки до найближчої медичної установи, в оплаті всіх видів лікарської та іншої медичної допомоги, вартості ліків та інших засобів, необхідних для лікування, знаходження в лікувальній установі, санаторно-курортного лікування, засобів, призначених для повної реабілітації потерпілого та інших відшкодуваннях вартісного еквівалента необхідних послуг, направлених на відновлення здоров'я потерпілого до повного його одужання або відновлення.

У випадках, якщо в результаті неотримання аліментів (ст. 164 КК), коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 165 КК), невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії (ч. 1 ст. 175 КК) чи інших дій відбулося погіршення здоров'я потерпілого або його близьких, родичів, то усунення заподіяної шкоди включатиме витрати, направлені на лікування, відновлення здоров'я, а за необхідності й публічне вибачення.

Таким чином, під шкодою в ст. 45 КК слід розуміти будь-які моральні чи фізичні втрати, яких зазнала потерпіла особа в результаті вчинення злочину. Звідси випливає, що усунення заподіяної шкоди передбачає компенсацію законними засобами того негативного результату, який був завданий учиненим злочином. Це підтверджується й тим, що шкоду необхідно саме усувати, тобто позбавляти кого-небудь чогось небажаного, позбуватися кого-небудь чи чого-небудь [2, с. 833], а збитки тільки відшкодовувати, тобто надавати кому-небудь щось інше замість утраченого, загубленого, знищеного тощо; поповнювати витрати, збитки чимось іншим [1, с. 144].

З цього слідує, що зміст поняття «шкода» є ширшим у порівнянні зі змістом поняття «збитки», тобто збитки є лише різновидом шкоди. Таким чином, ці поняття співвідносяться між собою як родове та видове.

Як вже зазначалося, по-різному оцінюють поняття «збитки» і в літературі: 1) як різновид шкоди, 2) позбавлення майнового характеру, які зазнає особа в результаті вчинення злочину, а іноді навіть повністю ототожнюються шкода і збитки [3, с. 113]. У зв'язку з наведеним доцільно замінити в ст. 45 КК слова «повністю відшкодувала заподіяні збитки» на «загладила заподіяну шкоду».

Поняття «загладжування» в кримінально-правовому законодавстві відсутнє, але, спираючись на етимологію та синонімічний ряд цього слова, можна визначити згладжування як відновлення, відродження, оновлення [1, с. 106]. На нашу думку, згладжування заподіяної шкоди особою в разі звільнення її від кримінальної відпо-

відальності у зв'язку з дійовим каяттям слід розуміти як прояв соціально схвальної, позитивної посткримінальної поведінки, як форму відновлення порушених суспільних відносин і показник зміни самосвідомості винної особи. Іншими словами, залагоджування заподіяної шкоди – це добровільне відновлення тих прав і благ, яких злочинець позбавив свою жертву в результаті вчинення злочину [5, с. 7].

Виходячи з викладеного, можна зробити висновки, що: 1) поняття «шкода» та «збитки» не є тотожними, оскільки збитки є лише різновидом шкоди; 2) відшкодуванням збитків є внесення коштів або майна у фонди фізичної чи юридичної особи, які зазнали матеріальних витрат та понесли втрати внаслідок вчиненого злочину, яке проводиться у розмірі, еквівалентному понесеним втратам; 3) усуненням шкоди є ліквідація шкідливих наслідків злочину, що пов'язані з безпосереднім впливом на фізичну особу, які виникли у потерпілого у зв'язку зі злочинним посяганням на нього.

Внесення змін до ст. 45 КК в частині заміни слів «повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду» на «згладила заподіяну шкоду» дасть можливість більш точно встановити об'єм та зміст поняття шкоди, як одного із самостійних елементів підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності та зведе нанівець дискусію щодо можливості застосування дієслів «відшкодувала» та «усунула».

Статтю присвячено розгляду проблемних питань, що стосуються особливостей згладжування заподіяної шкоди в разі звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям. Проаналізовано існуючі в науці кримінального права різні точки зору науковців щодо визначення понять «шкода» та «збитки». Доведено, що збитками слід називати втрати, які наносяться майну особи в результаті суспільно небезпечного діяння. У зв'язку з цим ст. 45 КК України передбачає саме відшкодування збитків, а не їх ліквідування чи усунення. Зазначено, що під відшкодуванням збитків необхідно розуміти добровільне відновлення по можливості тих майнових благ, яких винний позбавив потерпілу особу в результаті вчинення злочину.

Дії по відшкодуванню збитків полягають: у поверненні незаконного вилученого майна або майна, аналогічного викраденому; у відновленні пошкодженого або знищеного майна (як своїми силами, так і з чиєюсь допомогою); у передачі потерпілому певної суми грошей тощо, тобто відшкодування збитків – це повернення, заміна чи компенсація результату злочину, який має майнове вираження і завжди відповідає певному грошовому чи майновому еквіваленту. Доведено, що під шкодою в ст. 45 КК слід розуміти будь-які моральні чи фізичні втрати, яких зазнала потерпіла особа в результаті вчинення злочину. Звідси випливає, що усунення заподіяної шкоди передбачає компенсацію законними засобами того негативного результату, який був завданий вчиненим злочином. Саме тому шкоду необхідно усувати, а збитки тільки відшкодовувати. Визначено, що залагоджування заподіяної шкоди – це добровільне відновлення тих прав і благ, яких злочинець позбавив потерпілу особу в результаті вчинення злочину.

Ключові слова: звільнення від кримінальної відповідальності, дійове каяття, відшкодування збитків, усунення заподіяної шкоди.

Grigoryeva M. Reduction of injury damages for release of persons from criminal liability in connection with their action

The article deals with the problems related to the peculiarities of smoothing out the harm caused in the release of a person from criminal liability in

connection with his effective remorse. The different perspectives of scholars on the definition of harms and losses are analyzed in the field of criminal law. It has been proved that losses should be called losses caused to property of a person as a result of socially dangerous act. In connection with what Article 45 of the Criminal Code of Ukraine provides for damages, not their elimination or elimination. It was stated that the compensation for damages should be understood as the voluntary restoration of the property benefits, which the perpetrator deprived the victim of as a result of the crime, if possible.

Actions for damages are: to return illegally seized property or property similar to the stolen property; the restoration of damaged or destroyed property (both by themselves and by someone's help); in the transfer to the victim of a certain amount of money, etc., that is, compensation for losses is the return, replacement or compensation of the result of a crime which has a property expression and always corresponds to a certain monetary or property equivalent. It is proved that under the damage in Art. 45 of the Criminal Code should understand any moral or physical loss suffered by a victim as a result of a crime. Hence, the elimination of the harm caused involves the compensation by lawful means of the negative result caused by the crime. That is why the damage must be eliminated and the damage only compensated. It is determined that compensation for the harm caused is a voluntary restoration of those rights and benefits that the offender deprived the victim of as a result of the crime.

Key words: criminal liability exemption, effective remorse, damages, elimination of the harm caused.

Література

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. 1995 с.

2. Донцов С.Е., Глянцев В.В. Возмещение вреда по советскому законодательству. Москва : Юрид. лит., 1990. 160 с.

3. Житний О.О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. 320 с.

4. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ ; Харків : Юрінком Інтер Право, 2001. 419 с.

5. Михайлов В. Признаки деятельного раскаяния. Рос. юстиция. 1998. № 4. С. 6–12.

6. Михлин А.С. Последствия преступления. Москва : Юрид. лит., 1969. 215 с.

7. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. Москва : Юристъ, 1997. 589 с.

УДК 347.41
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.995

Г. Гриценко,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного, господарського і фінансового права
Полтавського юридичного інституту
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУБСИДІАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КРІЗЬ ПРИЗМУ МНОЖИННОСТІ ОСІБ У ЗОБОВ'ЯЗАННІ

Кредитор завжди зацікавлений у додаткових гарантіях виконання зобов'язання. Однією із таких гарантій є наявність кількох боржників, до яких можна звернути вимоги. У науковій та учбовій літературі наявність кількох боржників у цивільно-правовому зобов'язанні пов'язують з явищем множинності осіб у зобов'язанні. Класичним прикладом зобов'язань із множинністю осіб є солідарні та часткові зобов'язання. Часто до таких зобов'язань відносять і субсидіарну відповідальність. Проте такий підхід викликає спори, які мають не тільки теоретичний, а й практичний характер, оскільки відповідь на нього впливає на обсяг вимог, які можуть бути пред'явлені до субсидіарного боржника та умови звернення вимог до субсидіарних боржників.

Дослідженням окремих питань субсидіарної відповідальності присвячені праці Р.А. Майданика [1], С.В. Сарбаша [2], О.П. Прус [3], Д.В. Трута [4], І.С. Канзафарової [5] та багатьох інших вітчизняних та зарубіжних науковців. Проте є потреба комплексного аналізу норм про субсидіарну відповідальність із точки зору множинності осіб у зобов'язанні, а саме крізь призму основної мети норм про множинність осіб – поділити предмет зобов'язання між кількома кредиторами (боржниками) [6]. Чи можна твердити, що вона властива і субсидіарним зобов'язанням? Для відповіді потрібно проаналізувати аргументацію, яка наводиться як на користь, так і проти бачення субсидіарних зобов'язань як зобов'язань із множинністю осіб.

Історично першими свої аргументи навели противники множинності. Їхня критика зводиться до таких тез. Як у договірних, так і у недоговірних зобов'язаннях основний боржник і особа, на яку покладається субсидіарна відповідальність, є учасниками окремих правовідносин (О.І. Масляєв). Відповідно, ця особа є третьою для зобов'язання, за невиконання якого вона відповідає (В.П. Маслов) «[Субсидіарні] зобов'язання виступають як засіб забезпечення виконання основних зобов'язань» [7, с. 392]. Отже, вони є акцесорними. Крім цього, ще кілька аргументів проти множинності осіб наводить О.П. Прус: неспівпадіння предмету цих зобов'язань (субсидіарний боржник лише сплачує гроші); різний обсяг обов'язків основного і субсидіарного боржника (субсидіарний боржник сплачує те, що залишилось); неоднорівневий характер зобов'язань основного і субсидіарного боржника; їх неодночасне виникнення; різні інтереси цих боржників (основний боржник має інтерес в еквіваленті, який надасть йому кредитор, а субсидіарний боржник такого еквіваленту вимагати не може, тому інтерес у нього в іншому); різні підстави для звернення кредитора з вимогою до боржника (для субсидіарного боржника це не тільки борг, а і його невиконання основним боржником) [3, с. 70, 71]. На нашу думку, останні три аргументи навряд чи свідчать проти множинності осіб у зобов'язанні. Ті ж характеристики можна дати

© Г. Гриценко, 2019

і солідарній відповідальності, хоча ніхто не піддає сумніву множинність осіб у цих відносинах. А от перші три аргументи заслуговують на ретельну увагу і тісно переплітаються з доводами прихильників множинності осіб.

Вчені, які вбачають множинність осіб у субсидіарних зобов'язаннях, як правило, не пояснюють свою позицію (Є.О. Суханов, О.В. Дзера, Ю.К. Толстой). Коли аргументація наводиться, вона, як правило, обмежується тим, що «відповідальність субсидіарного боржника не можна вивести за рамки зобов'язання, що пов'язує основного боржника і кредитора» [8, с. 43, 164]. На цьому фоні вирізняється робота С.В. Сарбаша, доводи якого і будуть проаналізовані. Критикуючи О.І. Масляєва, він говорить, що не слід обмежуватись лише субсидіарною відповідальністю [2, с. 23], бо можливий і *субсидіарний борг*.

Стосовно цього визначимо таке. Переважна більшість учених до обов'язку субсидіарного боржника відносять лише (Є.О. Суханов) або переважно [2, с. 31] несення відповідальності. Як підтвердження вказують у тому числі на розміщення ст. 619 у положеннях Цивільного кодексу (далі – ЦК) – глава 51 (правові наслідки порушення зобов'язання, відповідальність за порушення зобов'язання). Хоча є автори, які вважають, що на нього покладається обов'язок «виконати на користь кредитора частину або все зобов'язання у випадку невиконання боржником свого зобов'язання [7, с. 348; 8, с. 9, 50]. А вже за порушення і основного, і субсидіарного обов'язку настає субсидіарна відповідальність (О.В. Дзера). Так само і в зарубіжному законодавстві: якщо згадується субсидіарний боржник, то в більшості країн він лише несе відповідальність. Водночас у законодавстві Республік Казахстан і Таджикистан поряд із субсидіарною відповідальністю існують і субсидіарні зобов'язання. Нещодавно висловились, що положення статей про субсидіарну відповідальність насправді регулюють не тільки охоронні (недоговірні), а й регулятивні (договірні) правовідносини. Перші з них зумовлені винною поведінкою самого субсидіарного боржника, другі не пов'язані з будь-якими порушеннями з боку субсидіарного боржника [3, с. 65, 66].

На нашу думку, це питання слід перевести у практичну площину. Тут є кілька важливих моментів. По-перше, це сутність обов'язку субсидіарного боржника: виконання зобов'язання в натурі чи все-таки сплата грошей. Вітчизняні дослідники вважають, що формулювання ст. 619 ЦК «дає підставу для висновку про те, що субсидіарна відповідальність означає можливість примушення субсидіарного боржника до виконання не тільки обов'язків основного боржника, що охоплюються категорією відповідальності, а й основних обов'язків, які складають зміст зобов'язання» [9, с. 148]. На нашу думку, термін «вимога», який використав законодавець, справді не вносить ясність у те, чого можна вимагати. З одного боку, застосування санкцій за порушення зобов'язання не припиняє обов'язку виконати обов'язок у натурі (ст. 622 ч. 2 ЦК). З іншого – субсидіарний боржник з'являється в інтересах кредитора, але вже після того, як зобов'язання порушене. Тому в інтересах кредитора – не втрачати час, з'ясовуючи, чи зможе субсидіарний боржник виконати зобов'язання в натурі. Справедливо надати йому право якнайшвидше отримати еквівалент – гроші. Отже, для всіх субсидіарних боржників варто встановити таке правило: від них можна вимагати виконання зобов'язання основного боржника в натурі лише тоді, коли сторони домовились про це окремо.

По-друге, залежно від того, «зобов'язання» чи «відповідальність», буде різним обсяг обов'язку субсидіарного боржника. Якщо йдеться про відповідальність, то порушення субсидіарного боржника не буде тягнути його самостійну відповідальність. Тобто

максимум, що він сплатить, – всю суму зобов'язань основного боржника, не більше. Неустойка нараховується тільки на борг за основним зобов'язанням. Інша річ, коли перед нами зобов'язання. У цьому разі на субсидіарного боржника цілком можна покласти окрему відповідальність за його власне порушення. Тобто його можна зобов'язати сплатити більше, ніж весь борг і відповідальність основного боржника. При цьому неустойка буде нараховуватись на всю суму зобов'язань основного боржника, адже для субсидіарного боржника все це – борг.

В українській літературі цей аспект обумовлюється тільки у дослідженні поруки. Втім, порука – це специфічні відносини, і поручитель – далеко не єдиний субсидіарний боржник. У судовій практиці не вдалося знайти прикладів, коли позивачі вимагають більшу суму, ніж ту, яку винен основний боржник. Оскільки узагальнення української судової практики з питання субсидіарної відповідальності відсутні, звернемося до досвіду інших держав. У сусідній Білорусі, законодавство якої аналогічним чином регулює ці відносини, Пленум Вищого Господарського Суду прийняв постанову, спеціально присвячену субсидіарній відповідальності (Постанова Пленуму від 27.10.2006р. № 11). У п. 14 цієї постанови вказано, що відповідальність субсидіарного боржника може бути повною (рівною відповідальності основного боржника) або обмеженою (меншою, ніж у основного). При цьому наголошується, що вона «в будь-якому разі не може перевищувати об'єм відповідальності основного боржника». У російській літературі також на це неодноразово звертали увагу. Так, В.А. Бєлов, О.С. Комаров, М.М. Малеїна, Г.М. Шевченко вважають, що «субсидіарний боржник відповідає перед кредитором на тих же підставах, що й основний боржник, тому об'єм його відповідальності не може перевищувати об'єм відповідальності основного боржника».

Отже, з одного боку, більшість учених кажуть, що субсидіарний боржник має сплачувати гроші, тобто говорять про зобов'язання, відмінне від порушеного, а саме відповідальність. З іншого боку, коли йдеться про розмір обов'язку субсидіарного боржника, вони стверджують, що він не може бути більшим за обов'язок основного боржника, бо вони відповідають на однакових підставах. Тоді цілком закономірно постає питання: якщо дві особи зобов'язані до одного й того ж, чи не свідчить це про множинність осіб, хоча б і в іншому зобов'язанні – відповідальності? Мабуть, це найбільш вразливе місце в аргументації «проти» множинності осіб у субсидіарному зобов'язанні. В.А. Бєлов указує, що обмеження є прямим наслідком акцесорності цього зобов'язання. Все ж думається, що якщо, за словами В.А. Бєлова, «порушення основного і субсидіарного боржника – це два різні порушення; більше того, це порушення двох різних зобов'язань», тоді ніщо не повинно заважати нараховувати санкції за порушення субсидіарного боржника. Інша річ, що розмір таких санкцій має встановлюватись у законі або договорі (ст. 549 ч. 1 ЦК). Поки що законом це не передбачено. Але якщо сторони домовляться про це в договорі, таке положення не буде суперечити законодавству.

Власне, *кількість правовідносин, які виникають за субсидіарної відповідальності, – це ключ до рішення: чи є множинність осіб у субсидіарному зобов'язанні*. Противники множинності завжди посилаються на наявність кількох зобов'язань. Прихильники, прямо цього не висловлюючи, все-таки говорять про єдине зобов'язання. Зокрема, коли субсидіарне зобов'язання відносять до виду часткових (В.П. Маслов) або коли говорять, що субсидіарна відповідальність має місце тоді, коли в зобов'язанні беруть участь два боржники, один з яких основний, а інший – додатковий (М.М. Сибільов). Досить несподівану позицію висловила

І.С. Тімуш, яка переконана, що субсидіарні зобов'язання можуть складатися як із кількох правовідносин (порука), так і з єдиного зобов'язання (відповідальність батьків за шкоду, завдану неповнолітньою особою) [1, с. 751].

На нашу думку, *будь-яка субсидіарна відповідальність означає наявність двох різних зобов'язань, окремих правовідносин*. Ми виходимо з того, що обов'язок субсидіарного боржника не збігається за змістом з обов'язком основного боржника. Крім цього, він може відрізнятися й за обсягом і не тільки в менший бік. За відповідної умові договору можна застосовувати санкції за порушення зобов'язання субсидіарним боржником. Ці обставини свідчать про те, що субсидіарний боржник, незважаючи на назву, є стороною іншого зобов'язання. *Перебуваючи в різних зобов'язаннях, основний і субсидіарний боржники не можуть утворити множинність осіб. У них немає спільного предмету, який потрібно ділити*, а це основне призначення (мета) множинності осіб у зобов'язанні.

На підтвердження різних правовідносин можна навести й інші аргументи. Зокрема, вже згадана акцесорність зобов'язання додаткового боржника. Існування одного правовідношення поставлено в залежність від умови – порушення іншого зобов'язання. Внаслідок цього боржники займають неоднорівневе становище. Слід відмітити, що й становище солідарних боржників може різнитися: різні строки виконання чи наявність умови. Тим не менш, існування їхніх обов'язків поставлено в залежність не від зобов'язань інших боржників, а від якихось зовнішніх обставин. Їх настання впливає на той конкретний обов'язок, до якого строк чи умова прив'язані, а не на зобов'язання інших боржників. У субсидіарному зобов'язанні, навпаки, будь-які маніпуляції з обов'язком основного боржника впливають на обов'язок додаткового боржника. А от припинення, зміна останнього ніяк не вплинуть на основне зобов'язання. Основний боржник може домовитись із кредитором збільшити, зменшити борг, узагалі припинити зобов'язання, і все це без згоди субсидіарного боржника. Якби ці боржники були учасниками одного зобов'язання, основний боржник не зміг би так вільно поводитися зі спільним предметом зобов'язання.

Щодо прикладу відповідальності батьків за неповнолітніх, то він вже ставав предметом спору в літературі. Так, О.І. Масляєв вважає, що в разі завдання шкоди неповнолітньою особою правовідношення виникає «або між заподіювачем шкоди і потерпілим, або (коли у заподіювача відсутні доходи і майно, достатні для відшкодування шкоди) батьків (усиновлювачів, піклувальника) і потерпілої особи» [10, с. 366]. С.В. Сарбаш зауважує йому, що «якщо неповнолітня особа не була стороною зобов'язання, коли субсидіарна відповідальність була покладена на вказаних третіх осіб, то на якій підставі вона стала боржником після появи доходів і майна? Остання обставина підтверджує наявність тут множинності» [2, с. 24, 25]. Тобто перший робить акцент на двох зобов'язаннях, а другий – на тому, що зобов'язання одне, але основний боржник не вибуває з нього. Те, що він зараз не може його виконати, ще не значить, що згодом до нього не можна пред'явити вимогу. У принципі, таке враження складається під час читання ст. 619 ЦК. У ЦК 2003 року регулювання субсидіарної відповідальності зазнало суттєвих змін: тепер до субсидіарного боржника можна пред'явити вимогу навіть тоді, коли основний боржник у розумний строк просто не відповів на вимогу кредитора (ст. 619 ч. 2 ЦК). Це нововведення отримало позитивні відгуки практиків. Втім, деякі вчені поставились до них з осторогою. Так, І.С. Канзафарова вважає, що у теперішньому вигляді конструкція ст. 619 ЦК – «це ніщо інше, як звичайна (основна) цивільно-правова відповідальність з альтернативністю боржників» [5, с. 140].

На нашу думку, у всіх випадках субсидіарної відповідальності основний боржник дійсно не вибуває із зобов'язання, але зі *свого* зобов'язання. Кредитор, маючи права в обох правовідносинах, реалізує їх на свій вибір після порушення основного зобов'язання і пред'явлення вимог основному боржнику. *Ця схема «або-або» властива окремим правовідносинам. У зобов'язаннях із множинністю осіб, навпаки, кредитор може скористатися своїм правом за схемою «і-і», тобто одночасно задіяти всіх боржників.* Перспективами подальших досліджень має бути аналіз правового становища субсидіарного боржника не тільки з точки зору його матеріально-правого, а й з точки зору процесуального статусу.

У статті аналізується субсидіарна відповідальність із точки зору наявності множинності осіб (боржників). Викладені основні аргументи науковців, які є прихильниками та противниками множинності осіб у випадку субсидіарної відповідальності. Автор доходить висновку, що субсидіарний та основний боржник не утворюють множинності осіб, оскільки є учасниками різних зобов'язань, одне з яких є акцесорним. У моделі «основний – субсидіарний боржник» кожен із боржників має свій власний предмет зобов'язання, тобто не виконується основне призначення норм про множинність осіб – необхідність поділу предмету зобов'язання між кількома особами. Субсидіарний боржник може нести окрему відповідальність за порушення свого зобов'язання, яка є додатковою до відповідальності основного боржника. Субсидіарним є виключно боржник, тоді як в інших зобов'язаннях із множинністю осіб кілька осіб можуть бути як на боці кредитора, так і на боці боржника. Автор доходить висновку, що у всіх випадках субсидіарної відповідальності звернення до субсидіарного боржника не означає припинення обов'язку основного боржника. Кредитор має право звертатися з вимогою до субсидіарного боржника навіть у тому випадку, якщо основний боржник просто ігнорує вимогу кредитора. Тобто основний боржник не вибуває із зобов'язання, проте зі свого власного зобов'язання. Кредитор, маючи права в обох правовідносинах, реалізує їх на свій вибір після порушення основного зобов'язання і пред'явлення вимог основному боржнику. Ця схема «або–або» властива окремим правовідносинам. У зобов'язаннях із множинністю осіб, навпаки, кредитор може скористатися своїм правом за схемою «і–і», тобто одночасно задіяти всіх боржників.

Ключові слова: субсидіарна відповідальність, субсидіарний боржник, зобов'язання з множинністю осіб.

Hrytsenko H. Subsidiary responsibility through a view of plurality of persons in civil obligation

The article analyzes the subsidiary liability in terms of a plurality of persons (debtors) in civil-law obligation. The main arguments of scholars who are supporters and opponents of a plurality of persons in the case of subsidiary liability are outlined. The author concludes that the subsidiary and the principal debtor do not form a plurality of persons, as they are participants in two separate civil-law obligations, one of which is an accessory one. In the "principal – subsidiary debtor" model, each debtor has his or her own object of civil-law obligation, that is, the basic purpose of the rules concerning a plurality of persons in civil-law obligation (the need to divide the object into obligations between several persons) is not fulfilled. The subsidiary debtor may be held individually liable for breach of its obligation, which is additional to the liability of the principal debtor. Subsidiary is solely the debtor, while in other obligations with a plurality of persons, several persons

may be on both the creditor's side and the debtor's side. The author concludes that in all cases of subsidiary liability, submitting a claim to a subsidiary debtor does not mean the termination of the principal debtor's obligation. The creditor has the right to submit his or her claim to a subsidiary debtor even if the principal debtor simply ignores the creditor's claim. That is, the principal debtor does not withdraw from the obligation, but it means that he or she remains in his or her own obligation. The creditor, having the rights in both legal relationships, realizes them at his choice after breach of the principal obligation and making claims against the principal debtor. This scheme "or-or" is peculiar to two separate relationships. In liabilities with a plurality of persons, on the contrary, the creditor may exercise his right under the "and-and" scheme, that is, simultaneously involve all debtors.

Key words: subsidiary liability, subsidiary debtor, plurality of persons.

Література

1. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посібник / відп. ред. Р.А. Майданик. Київ : Юстиніан, 2007. 912 с.

2. Сарбаш С.В. Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. Москва : Статут, 2004. 112 с.

3. Прус Е.П. Проблемы правового регулирования субсидиарных обязательств учредителей (участников) юридического лица : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2006. 216 с.

4. Трут Д.В. Субсидіарні зобов'язання як різновид цивільно-правових зобов'язань з множинністю осіб. Універ. наук. записки. 2012. № 4. С. 186–192.

5. Канзафарова І.С. Теорія цивільно-правової відповідальності ; відп. ред. Я.М. Шевченко. Одеса : «Астропрінт», 2006. 264 с.

6. Гриценко Г.Г. Види зобов'язань з множинністю осіб за цивільним законодавством іноземних країн. Форум права.: електрон. наук. фах. вид. 2016. № 4. С. 77–83. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2016_4_15.pdf

7. Советское гражданское право : учебник. В 2 ч. / под ред. В.Ф. Маслова и А.А. Пушкина. 2-е изд., перер. и доп. Київ : Вища школа, 1983. Ч. 1. 462 с.

8. Храпунова Е.А. Субсидиарная ответственность в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Ростов-на-Дону, 2001. 185 с.

9. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / А. Г. Ярема та ін. Київ : А.С.К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. Т. 2. 864 с.

10. Гражданское право : учеб. для вузов по спец. «Юриспруденция» / Н.Н. Агафонова и др. ; отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев ; Моск. гос. юрид. акад. Москва : Юристъ, 2007. Ч. 1. 719 с.

УДК 347.232 (045)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.996

М. Гудима,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
докторантка кафедри цивільного права
Навчально-наукового юридичного інституту
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У ПРАВІ ВЛАСНОСТІ

В юридичній літературі цивілістичного профілю неодноразово підіймалося питання щодо наявності специфічної риси суб'єктивних цивільних прав – їх здатності переходити від одного суб'єкта до іншого, що, як правило, пояснювалось особливостями предмета цивільного права, важливою частиною якого є майнові відносини. Питання переходу прав переважно розглядаються в цивілістичній доктрині в аспекті прав зобов'язальних і традиційно мисляться через відносини з правонаступництва. Проте таке питання, як відомо, пов'язане з правонаступництвом не тільки зобов'язальних, а й речових прав. Аналіз норм чинного цивільного законодавства свідчить, що відповідна особливість (можливість переходу) визнається законодавцем за правом власності та іншими речовими правами.

На противагу законодавчій позиції, в юридичній літературі з цивільного права науковці все частіше висувають припущення про те, що суб'єктивне цивільне право в більшості випадків не може існувати поза зв'язком із його носієм (управомоченою особою), і у цьому випадку, на їхню думку, має місце одночасне припинення права в однієї особи та виникнення його в іншої. Отже, ключовим постає питання: чи може суб'єктивне право однієї особи «передаватися» іншій особі в межах одного правовідношення, що продовжує існувати в зміненому вигляді, або ж відбувається припинення суб'єктивного права попереднього правовласника і припинення відповідних правовідносин та виникнення тотожного суб'єктивного права у правонаступника і, відповідно, виникнення нових правовідносин?

Особливо актуальним є вирішення даної проблеми щодо речових прав, де гостро постає необхідність з'ясування можливості та виявлення критеріїв правонаступництва в праві власності, що матиме не лише суто теоретичне, а й практичне значення, оскільки похідне набуття права власності, яке може бути віднесене до правонаступництва, прямо впливає на спектр можливостей правонабувача, маючи похідний і залежний характер від можливостей попереднього правоволодільця («nemo plus in alium transferre potest quam ipse habet (ніхто не може передати іншому більше прав, ніж має сам)», – гласить добре відома формула римського права). Крім того, відповідь на запитання щодо визнання правонаступництва в праві власності може слугувати базисом для формулювання загальнотеоретичних висновків, що розкривають зміст поняття «перехід права», яке, як не складно помітити, не характеризується єдністю змістовного навантаження, що в нього вкладається.

Проблемам переходу суб'єктивних прав від одних осіб до інших у науці цивільного права присвячено досить велику кількість досліджень. Так, наприклад, питання правонаступництва в зобов'язаннях досліджувалися ще в роботах дореволюційних цивілістів: К.Н. Анненкова, М.Г. Вавина, А.О. Гордона,

© М. Гудима, 2019

М.О. Миш, Г.Ф. Шершеневича, а також учених радянського періоду, зокрема І.Б. Новицького, Л.А. Лунца, Б.Б. Черепахіна. Приділяється увага проблемі правонаступництва в зобов'язальних правах і останнім часом, якій присвячено ряд дисертаційних досліджень, монографій, а також численні наукові статті. Такі проблеми в спектрі наукових досліджень В.А. Бєлова, А.В. Вошатко, О.О. Колесникова, О.Г. Ломідзе, Є.Н. Нариманова, В.І. Пущай, І.П. Смілянець та інших. Проте осторонь залишаються питання щодо можливості правонаступництва в речових правах загалом, у тому числі й праві власності, які складають зміст базових різновидів цивільних правовідносин. Проблема визначення специфіки цивільно-правових механізмів забезпечення такого переходу є справді малорозробленою. Водночас ці питання мають суттєву практичну значимість, адже загальні положення, які мають таке широке застосування, повинні бути осмислені та обґрунтовані особливо ретельно.

Метою статті є дослідження на підставі комплексного аналізу наукової юридичної літератури можливості теоретичного та практичного застосування інституту правонаступництва для речових прав, зокрема в праві власності та основних проблем теоретичної конструкції «перехід права власності».

Вітчизняна цивілістична доктрина та практика застосування цивільного законодавства доволі часто звертаються до категорії правонаступництва з метою пояснення певних правових явищ, переважно тих, наслідком яких є припинення права/обов'язку в однієї особи та виникнення такого самого за змістом права/обов'язку в іншої особи шляхом їх переходу. Розпочинаючи дослідження проблематики переходу права власності, ми одразу стикаємось із запитаннями: а чи існує правонаступництво у праві власності? чи взагалі коректним є застосовування термінології «перехід права власності»? У вирішенні вказаної проблеми думки науковців розходяться.

Одна когорта науковців стоїть на позиції заперечення визнання правонаступництва у праві власності. На неприпустимість використання поняття «перехід права власності» вказував, зокрема, В.П. Грибанов, мотивуючи свою позицію відмінностями видів і форм власності за радянським правом, де покупець далеко не завжди отримував ті ж повноваження, що були у продавця. «Зміна типу або форми права власності під час купівлі-продажу не призводить і не може призвести до «переходу права власності». У даному випадку відбувається одночасне припинення права власності продавця і виникнення права власності у покупця» [1, с. 385–389]. В.А. Бєлов, Д.І. Мейєр вважали, що правонаступництво можливе лише в зобов'язальних правовідносинах, оскільки в речових правовідносинах, зокрема у відносинах власності, праву власника протистоїть обов'язок необмеженого кола осіб, тобто тут має місце невизначеність суб'єктного складу правовідношення, а за змістом правонаступництво не може відбутися, якщо суб'єктний склад правовідношення є невідомим, конкретно невизначеним [2, с. 16; 3, с. 165]. Серед сучасних дослідників противницею правонаступництва в праві власності виступає Ю.В. Шибаєва. Дослідниця відзначає, що хоча й легко уявити картину, коли переміщується річ, і це супроводжується, наче тінню, набором відповідних правомочностей, проте таке бачення, на її думку, є помилковим, оскільки права власника випливають не з речі, а з його власного правового (соціального) статусу. А будь-яке суб'єктивне право є передбаченою законом можливістю, зумовленою відповідною праводієздатністю конкретної особи, тобто обсяг їх не збігається; в кінцевому підсумку, не може бути однаковим і суб'єктивне право власності у різних суб'єктів права; і відмінності ці зумовлені не тим, що річ стає іншою, а особистими правовими властивостями (якостями) власника. Право власності, продовжує

далі Ю.В. Шибаєва, не здатне до переходу й тому, що навіть у разі природного бажання законодавця забезпечити безперервність володіння річчю на праві власності (наприклад, для контролю і збереження речі, безпеки оточуючих та ін.) таке часто неможливо: відомі численні випадки, коли виникає часовий інтервал (наприклад, унаслідок втрати речі, під час транспортування нафти, газу і т.п.) [4, с. 42].

Проте існують і зовсім протилежні погляди. Скажімо, Б.Б. Черепахін допускав можливість застосування поняття «правонаступництво» до права власності [5, с. 342]. Згідно з поглядами В.О. Лапача, В.О. Рясенцева тощо, правонаступництво тісно пов'язане з правом власності (речовим правом) – «правонаступництво відбувається у праві власності як такому згідно з волею правопопередника і за згодою правонаступника» [6, с. 91], а тому правонаступництво є «характерною ознакою похідних способів набуття права власності» [7, с. 6]. Г.В. Васильєв відзначав, що перехід права власності слід вважати різновидом сингулярного правонаступництва. І в разі переходу права власності на речі змінюється активний суб'єкт абсолютного відношення власності [8, с. 134]. Загалом, науковець виокремлював дві ознаки цивільного правонаступництва: тотожність складу основних правомочностей суб'єктивного права, яке переходить від правопопередника до правонаступника, і одночасна втрата права правопопередником і набуття цього права наступником на підставі одного й того самого юридичного складу. Отже, Г.С. Васильєв дійшов висновку, що в разі будь-якої зміні власника майна має місце цивільне правонаступництво [9, с. 56–57]. Погоджуючись з останньою науковою позицією, висловимо зауваження щодо тотожності складу основних правомочностей, оскільки нам видається, що в разі правонаступництва сутнісне значення має похідний характер прав правонаступника від прав попередника, а не буквальна їхня тотожність.

Загалом, ми підтримуємо позицію другої групи науковців і вважаємо, що у всіх випадках, коли відбувається зміна власника речі, й виникнення суб'єктивного права правонаступника має похідний характер від права попередника, відбувається правонаступництво. У разі переходу права власності відбувається заміна учасника в суспільній взаємодії незалежно від виду правовідносин (абсолютного чи відносного їх характеру). Конструкція правонаступництва орієнтована на випадки, коли не важливі ні особисті якості наступника, ні особисті якості сторони, яка передає право. Використаємо за аргумент позицію В. Касапа, згідно з якою «приналежність прав» не повинна розглядатися в аналогічному сенсі з «приналежністю речей». Це не певна цінність, яку можна пов'язати з особою суб'єкта, швидше має місце їх зв'язок з певними ситуаціями, які охоплені об'єктивним правопорядком. Суб'єктивне право, так само як і юридичний обов'язок, не може бути «моїм» або «чужим». Вони не належать, а лише діють у зв'язку з тим, що особа «потрапляє» в цивільно-правову ситуацію в правовому статусі суб'єкта. Особа перебуває в даних конкретних правовідносинах, у період існування цивільних правовідносин особа перебуває в особливому правовому стані їх суб'єкта – уповноваженої або зобов'язаної [10, с. 127]. Отже, можемо констатувати, що суб'єктивне право поступово перестає ототожнюватися зі своїм носієм, воно отримує здатність певного зовнішнього щодо управомоченої особи блага, що характеризується деякою самостійною майновою цінністю, з приводу котрої між учасниками цивільного обороту виникають правовідносини.

Додатково хочемо обґрунтувати теоретичну виправданість конструкції «перехід права власності» на противагу подібній «припинення права власності в одного суб'єкта і виникнення в іншого». Здавалося б, нічого не зміниться, якщо визнавати права такими, що «переходять», а не «припиняються

і виникають знову», а вказана дискусія з першого погляду є лише непотрібним спором про терміни. Проте це лише поверхневий погляд на проблему, і вдале конструювання теоретичних категорій сприяє вірному розумінню їхнього сенсу та ефективному практичному використанню.

Вбачаємо, що перехід права власності – це перехід (перенесення) міри правомірної поведінки в цивільному праві щодо володіння, користування та розпорядження певним об'єктом шляхом вступу суб'єкта цивільного права у взаємодію, що представляє собою зміст конкретних абсолютних суспільних відносин і здійснюється, як правило, на основі заходів правомірної поведінки іншого суб'єкта, якому належало таке право, і не пов'язаний із припиненням існування самого суб'єктивного права.

На думку М.А. Мирошникової, будь-яке поняття про перехід має на увазі, що існує хоча б нескінченно малий проміжок часу, коли право нікому не належить, що веде до немислимого висновку про існування прав без суб'єкта [11, с. 16]. Насправді, перехід права означає лише те, що в певний момент (у якійсь точці часового потоку) суб'єктом правовідносин вважається вже не особа А (якій належало таке право), а особа Б (яка таке право набула). Вважаємо, що перехід прав відбувається у сфері ідеального, якій не притаманні характеристики часу і простору, а тому говорити про нескінченно малі проміжки, коли право виявляється безсуб'єктним, недоречно. Саме це мав на увазі Б.Б. Черепахін, коли писав про те, що правонаступництво є спеціальним юридичним поняттям. Термін «правонаступництво», як пише науковець, має технічне (спеціально-юридичне) значення, він покликаний висловити просту думку: наступник отримує право, сутність, об'єкт та обтяження якого збігаються з тими, що були у попередника. Погляд же на правонаступництво як на припинення одного права і виникнення іншого за послідовного здійснення тягне за собою відмову від поняття правонаступництва [5, с. 312].

Не переконливим видається нам і той аргумент противників правонаступництва у праві власності, який ґрунтується на різному обсязі повноважень правонаступника та правопопередника щодо можливості володіння, користування та розпорядження певним об'єктом. Справді, на практиці часто існують розходження між правовими можливостями правопопередника та правонаступника. Наприклад, у разі переходу права власності від фізичної особи до юридичної, від комерційної організації до некомерційної, від фізичної особи до держави правові можливості правонаступника і правопопередника щодо переданого майна далеко не в усьому збігаються. Однак ще свого часу вірно висловив контраргумент такій позиції Д.М. Генкін, який стверджував, що правонаступництво відбувається в праві власності як такому, тому межі права можуть і змінитися [12, с. 127; 5, с. 318]. Вдалим є уточнення Г.С. Васильєва: «сутність права й основних правомочностей, що входять у нього, не змінюються, зберігається і його об'єкт, хоча і допускається звуження або розширення меж окремих правомочностей, засноване на законодавчих приписах» [9, с. 56–57]. Звісно, новий власник, так само як і попередній, за загальним правилом володіє приблизно однаковими можливостями, що зумовлені об'єктивними якостями об'єкта, на який переходить право власності. Однак у разі переходу права власності передаються від попереднього власника до нового не конкретні правомочності, а право власності (суб'єктивне цивільне право) як межі правомірної поведінки в цивільних правовідносинах із приводу конкретного об'єкта. Передачі підлягає лише титул власності, а не конкретні правомочності власника, і йдеться не про матеріальну його передачу, а про втілення в процесі володіння, користування та розпорядження річчю іншою особою.

Якщо ж переносити акцент на набуття права власності, у таких випадках видається неможливим визначити і регулювати саме таке припинення права власності, яке зумовлене його виникненням в іншої особи (набувача). Водночас на практиці припинення–набуття права власності є взаємозумовленим процесом, в якому істотні та однаково важливі й та, й інша обставина. Теоретична конструкція «перехід права власності» якраз і спрямована на виявлення специфіки тих правових ситуацій, коли право власності в одного суб'єкта припиняється, а на його основі виникає право власності в іншого суб'єкта, відображаючи відповідний процес у динаміці.

Перехід права власності від одного суб'єкта цивільного права до іншого означає правонаступництво в праві власності. Суб'єктивне право нового власника походить від суб'єктивного права власника попереднього, і похідний характер меж правомірної поведінки нового правовласника проявляється в тому, що суб'єктивне право виникає в нього лише постільки, поскільки до цього моменту належало раніше правовласнику; спектр можливостей, якими володіє правонаступник, зумовлений суб'єктивним правом правопопередника і тому знаходиться в прямій залежності від меж його правомірної поведінки. Однак ще раз підкреслимо, що названа зумовленість далеко не завжди означає тотожність. Але навіть з урахуванням наявності зазначених розходжень обсяг можливостей правонаступника зумовлений переходом до нього саме права власності, тобто все ж зумовлюється обсягом повноважень правопопередника.

Отже, проведене дослідження дає можливість резюмувати, що перехід (правонаступництво) у праві власності існує, він є специфічним способом виникнення права, що має похідний і залежний характер від прав попереднього право володільця, і під ним слід розуміти перехід (перенесення) міри правомірної поведінки в цивільному праві щодо володіння, користування та розпорядження певним об'єктом шляхом вступу суб'єкта цивільного права у взаємодію, що представляє собою зміст конкретних абсолютних суспільних відносин і здійснюється, як правило, на основі заходів правомірної поведінки іншого суб'єкта, якому належало таке право, та не пов'язаний із припиненням існування самого суб'єктивного права.

Категорія «правонаступництво» доволі часто вживається цивілістичною доктриною та використовується практикою застосування цивільного законодавства. Проте переважно увага науковців зосереджена на правонаступництві в зобов'язальних правах, незаслужено залишаючи осторонь проблеми та механізми переходу речових прав, зокрема права власності. Тому з'ясування того, чи можливе правонаступництво в праві власності, на жаль, однозначного вирішення не має, та й загалом, проблема переходу права власності наразі є малодослідженою. Водночас питання щодо переходу права власності мають суттєву практичну значимість, адже загальні положення, які мають настільки широке застосування, повинні бути осмислені та обґрунтовані особливо ретельно. Окрім цього, виявлення критеріїв правонаступництва в праві власності матиме не лише суто теоретичне, а й практичне значення, оскільки похідне набуття права власності, яке може бути віднесено до правонаступництва, прямо впливає на спектр можливостей правонабувача, що матиме похідний і залежний характер від можливостей попереднього правоволодільця.

Саме тому дана наукова публікація присвячена аналізу можливості теоретичного та практичного застосування інституту правонаступництва в праві власності та дослідженню основних проблем

теоретичної конструкції «перехід права власності». У роботі аналізуються основні наукові положення, позитивні сторони та недоліки наукових концепцій, міститься їх аргументована критика. На підставі цього висловлено авторське бачення щодо можливості застосування інституту правонаступництва у праві власності, обґрунтовано доцільність уживання юридичної конструкції «перехід права власності» на противагу частіше вживаній «припинення права в одної особи і виникнення її в іншої» та сформульовано теоретичне визначення відповідної правової категорії.

Ключові слова: правонаступництво, право власності, «перехід права власності».

Gudima M. Revisiting legal succession in right of ownership

The succession category is quite often used by the civilist doctrine and used by the practice of civil law. However, most of the scholars' attention is focused on the succession in the binding rights, and the problems and mechanisms of the transfer of property rights, in particular property rights, remain undeserved. Therefore, unfortunately, there is no clear solution to the question of the possible succession of property rights, and in general, the problem of the transfer of property rights is currently not well understood. At the same time, the question of the transfer of ownership is of considerable practical importance, since the general provisions, which are so widely used, must be well thought out and substantiated. In addition, identifying the criteria of succession in title will not only be purely theoretical but also practical, since the derivative acquisition of title that can be attributed to succession directly affects the range of opportunities of the assignee, which will be derivative and dependent on the possibilities of the previous of the right holder.

That is why this scientific publication is devoted to the analysis of the possibility of theoretical and practical application of the succession institute in the property right and to the study of the main problems of the theoretical construction of the «transition of ownership». The paper analyzes the basic scientific positions, the positive aspects and shortcomings of scientific concepts, and provides a substantiated criticism of them. On this basis, the author expressed his own position on the possibility of applying the succession institute in the property right, substantiated the feasibility of using the legal construction of «transfer of ownership» as opposed to the more commonly used «termination of the right in one person and its emergence in another» and formulated a theoretical definition of the relevant legal category.

Key words: succession, ownership, «transfer of ownership».

Література

1. Грибанов В.П. Правовые последствия перехода имущества по договору купли-продажи в советском гражданском праве. Осуществление и защита гражданских прав. Москва : Статут, 2000. 411 с.

2. Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве: опыт исторического исследования, теоретической и догматической конструкции и обобщения российской судебной практики : монография. 2-е изд., стереотип. Москва : ЮриИнфоР, 2001. 265 с.

3. Мейер Д.И. Русское гражданское право : в 2 ч. 2-е изд., испр. Москва : Статут, 2003. 831 с.

4. Шибаева Ю.В. Приобретение права собственности по договору : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва : РГБ, 2003. 202 с.

5. Черепахин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. Труды по гражданскому праву. Москва : Статут, 2001. 479 с.

6. Лапач В.А. Субъективные гражданские права и основания их возникновения. Журнал российского права. 2001. № 10. С. 91–94.

7. Рясенцев В.А. Наследование по закону и по завещанию в СССР. Москва : Знание, 1972. 46 с.

8. Васильев Г.С. Переход права собственности на движимые вещи по договору : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Санкт-Петербург, 2006. 237 с.

9. Васильев Г.С. Преемство в праве собственности как разновидность сингулярного правопреемства. Правоведение. 2006. № 6. С. 52–66.

10. Касап В. Проблеми співвідношення правонаступництва та заміни осіб у зобов'язанні як цивільно-правових категорій. Visegrad journal on human rights. 2016. № 1. Part 2. С. 125–130.

11. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Санкт-Петербург, 2004. 264 с.

12. Генкин Д.М. Право собственности в СССР. Москва : Госюриздат, 1961. 222 с.

УДК 343.226(477)(091)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.997

М. Шуп'яна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права і кримінології
юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка

КРАЙНЯ НЕОБХІДНІСТЬ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ

Важливим регулятором суспільних відносин і забезпечення правопорядку є кримінальне право. Його вплив проявляється у двох основних напрямах: криміналізації та декриміналізації. Також використовується в цій галузі права і ще один спосіб – встановлення незлочинності діянь, що подібні за окремими ознаками до злочинів, але за своєю соціальною та правовою природою не є злочинними. До числа таких діянь належать і діяння, вчинювані за обставин, наявність яких із позиції закону передбачає визнання цих діянь допустимими, прийнятними чи навіть соціально корисними, зокрема діянь, вчинених у стані крайньої необхідності. Визначення видів і детальна правова регламентація подібних діянь становлять один із напрямів кримінально-правової політики. Як випливає із аналізу практики реалізації чинного кримінального закону, у сучасних умовах цьому напряму приділяється значна увага, доказом чого, серед іншого, є виділення вперше в Загальній частині Кримінального кодексу України 2001 р. окремого розділу – Розділ VIII «Обставини, що виключають злочинність діяння». У цьому кодексі інститут крайньої необхідності зазнав значних перетворень. Зокрема, виключення кримінальної відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності у стані сильного душевного хвилювання. Враховуючи наведене, а також дискусійний характер змін цього інституту, одним із важливих аспектів його дослідження, зважаючи на його глибоке історичне коріння, є дослідження історико-правового аспекту цього інституту як одного із складових елементів його вдосконалення та забезпечення ефективності його практичного застосування на сучасному етапі розвитку нашого суспільства і держави. *Актуальність цього питання* пов'язана з потребою вдосконалення законодавчого регулювання питання кримінальної відповідальності, зокрема меж крайньої необхідності, як комплексного морально-правового явища.

Серед дослідників питання, пов'язаного з історико-правовим аспектом законодавчого закріплення інституту крайньої необхідності, необхідно назвати таких учених, як: Т.І. Якімець, В.В. Орєхов, Т.Ю. Орєшкіна, Н.Н. Паше-Озерський, І.І. Слуцький, Ю. Макаревич, Ю.В. Баулін, В.О. Глушков та інші, які проаналізували та розвинули наявні наукові уявлення з цього питання. Однак, незважаючи на вказане, необхідно зазначити, що в сучасній юридичній літературі з історії держави і права України відсутнє комплексне дослідження питання, пов'язаного із законодавчим закріпленням інституту крайньої необхідності, зокрема дослідження законодавства часів відродження української державності (1917–1918 рр.) та законодавства, яке діяло на західноукраїнських землях до часу їх входження до складу СРСР.

© М. Шуп'яна, 2019

Метою статті є детальний аналіз інституту крайньої необхідності на підставі приписів кримінального законодавства, що діяло на українських землях, з'ясування сутності поняття крайньої необхідності, закономірностей розвитку цього інституту на українських землях і змісту поняття меж крайньої необхідності та кола інтересів, які можуть охоронятися цим інститутом, як важливого складника її сутності.

Перші згадки про інститут крайньої необхідності в українському кримінальному законодавстві ми можемо спостерігати у правових джерелах доби Київської Русі. Однак вони ще були далекими від його сучасного розуміння, і тому наявність цього інституту і основному акті цього періоду – «Руській Правді» – зумовлює суперечності. Зокрема, ознаки крайньої необхідності вбачають у ст. 68 «Руської Правди» за Кармазінським списком і ст. 50 за Троїцьким списком. У цих статтях зазначалось, що не підлягатиме відповідальності купець, якщо не з його вини ввірений йому чужий товар не буде збережено внаслідок пожежі, захоплення військом. Однак, як зазначає М.О. Розін, з позицією якого ми погоджуємось, у цьому випадку про крайню необхідність вести мову не можна, оскільки тут ідеться про відсутність волі особи щодо заподіяної шкоди, а не про заподіяння шкоди з метою захисту своїх прав [1, с. 114].

З більшою впевненістю про законодавче закріплення інституту крайньої необхідності можемо говорити уже у Литовських статутах. Зокрема, у першому Литовському статуті 1529 р. в артикулі 13 розділу XII передбачалось [2, с. 6]: «А якби хто, обороняючись, неумисно вбив чужого собаку, той не повинен нічого платити за нього, але, якби кинувши щось у собаку, вбив його, мусить господарю заплатити». Ця норма закріплює право на оборону свого життя чи здоров'я від нападу тварини. Також у цій нормі міститься вказівка на неумисність вбивства собаки, що дає можливість зробити висновок, що у разі цілеспрямованого заподіяння смерті собаці відповідальність особи не виключається [3, с. 291]. Враховуючи вищенаведене, можемо зробити висновок, що крайня необхідність була пов'язана лише з нападом собаки. Право на такий захист було пов'язане з небезпекою для життя та здоров'я і ним наділялась лише особа, на яку нападала собака. Отже, як бачимо інститут крайньої необхідності мав досить обмежені рамки та був прив'язаний лише до єдиного випадку – напад собаки.

У другому Литовському статуті 1566 р. ситуація щодо меж крайньої необхідності не змінилась. Зокрема, у ньому зазначалось: «А якби хто вбив чужого собаку умисно, не руками або застрелив його, той повинен відшкодувати вартість собаки згідно із встановленими цінами; якщо ж він вб'є собаку руками, києм або якоюсь зброєю, а не шляхом кидання щось у нього чи пострілу, то відшкодовувати вартість собаки він не повинен». У цьому випадку, як зазначає Т.І. Якімець, йдеться про спосіб вбивства собаки: у разі вбивства собаки з відстані (шляхом пострілу чи кидання якогось предмета у неї) небезпека нападу собаки не є неминучою, і тому стан крайньої необхідності не виникає. Однак у разі безпосереднього контакту із собакою виникає реальна небезпека отримання тілесних ушкоджень, тому у цьому випадку можемо говорити про виникнення стану крайньої необхідності [4, с. 346].

Третій Литовський статут 1588 р. передбачав уже два випадки, у яких виникає стан крайньої необхідності. В артикулі 3 Розділу I зазначалось, що у разі голоду допускається здача ворогові замку і за це діяння особа не нестиме кримінальної відповідальності, хоча за відсутності цієї обставини таке діяння вважалось тяжким політичним злочином. Другий випадок стосувався вбивства собаки і був у тій же редакції, що й у другому Литовському статуті 1566 р. Коментуючи цей

випадок, Й. Малиновський зазначав, що основним аспектом, який виключає кримінальну відповідальність за вбивство чужого собаки, є оборона від її нападу. Доказом того, що собака вбита під час оборони від її нападу, є характер застосованої при цьому зброї: вбивство палкою чи іншим знаряддям, яке є в руках, є свідченням того, що небезпека дійсно загрожувала, і, навпаки, застосування вогнепальної зброї вказувало на те, що тварина була знищена не під час оборони [1, с. 115].

Цікавим є підхід законодавця щодо інституту крайньої необхідності, закріплений у збірнику «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р., де у главі 24 «Про крадіїв і покарання для них, а також про інші схожі справи» в артикулі 8 містилась норма, котра вказувала на обставину, що повинна враховуватися під час розгляду справи про крадіжку, вчинення крадіжки в стані голоду [5, с. 218]. У цьому разі зміст цієї обставини (вчинення діяння у стані необхідності – голод) свідчить про те, що ця обставина лише є обставиною, що пом'якшує покарання і на злочинність діяння наявність цієї обставини не впливала.

Протягом тривалого часу, аж до 1917 р., значна частина українських земель перебувала у складі Російської імперії. Унаслідок другого (1793 р.) й третього (1795 р.) поділів Речі Посполитої до складу Російської імперії увійшли Правобережна Україна й Східна Волинь, а за результатами успішної війни з Туреччиною до Росії було приєднано причорноморські степи та Кримське ханство (1783 р.). До складу ж Австрійської імперії, а з 1867 р. – Австро-Угорської дуалістичної монархії увійшли Галичина (1772 р.), Буковина (1774 р.) та Закарпаття (1526 р.) [5, с. 237].

Досить прогресивно розвивалася австрійська кримінально-правова теорія, зокрема, щодо питання інституту крайньої необхідності.

Як зазначає П. Стебельський, крайня необхідність є наявною за таких обставин:

1) Має існувати небезпека, яка повинна бути безпосередньою та існувати цієї миті і ще не минути;

2) Небезпека має мати своїм джерелом сили природи чи дії іншої особи;

3) Небезпека повинна загрожувати життю чи здоров'ю;

4) Шкода повинна бути заподіяна з метою уникнення небезпеки;

5) Заподіяна шкода повинна бути меншою, ніж відвернена [6, с. 135].

Однак розвинена теорія австрійського кримінального права щодо крайньої необхідності практично не відображалась у тогочасному кримінальному праві. З 1772 р. кримінально-правові відносини на українських землях, які відійшли до складу Австрійської імперії, регулювалися приписами Кримінального кодексу Марії Терезії від 1768 р. Цим кодексом не було врегульовано інституту крайньої необхідності. 13 січня 1787 р. було прийнято «Всезагальний закон про злочини і їхні покарання», який став новим джерелом кримінального права. У цьому законодавчому акті також не було врегульовано цього інституту. Також цей інститут не був врегульований у кримінальному кодексі 1803 р. Лише §2 австрійського кримінального кодексу 1852 р. містив приписи, що регулювали інститут крайньої необхідності. У ньому зазначалось, що не буде тяжким злочином діяння, вчинене особою під дією примусу чи у разі необхідної виправданої оборони. Однак, як справедливо зазначає Е. Кшимуські, тут ідеться про дію примусу, тобто обставину, що виключає волю особи, а тому говорити про наявність стану крайньої необхідності ми не можемо, оскільки наявність волі особи для цього стану є обов'язковою ознакою [7, с. 201].

У 1879 р. було прийнято угорський кримінальний кодекс, який застосовувався і на Закарпатті, яке входило до складу Угорщини. Згідно з §80 цього кодексу: «Діяння не карається, якщо

воно вчинене у стані крайньої необхідності для врятування невинної у виникненні такого стану особи від безпосередньої небезпеки для життя особи, яка захищається і якщо таку небезпеку не можна було відвернути іншим чином». У цьому випадку значну увагу законодавець приділяє тій обставині, щоб особа, яка захищається, не була причетна до виникнення стану крайньої необхідності [1, с. 116].

Уперше на законодавчому рівні питання крайньої необхідності на території України, яка відійшла до Російської імперії, було закріплено у Зводі Законів Російської імперії 1832 р. Щодо інституту крайньої необхідності у цьому акті зазначалось, що покараний буде той, хто зруйнує чи спалить двори, паркани, але за винятком того, хто діяв за крайньої потреби. Також зазначалось, що не буде покараний той, хто вкраде через голод, і такого стану він зможе довести, а вкрадене ним буде їстівним чи таким, що вгамовує спрагу і мало малий розмір. Як бачимо, наявність стану крайньої необхідності в цьому випадку розглядалась як обставина, що виключала можливість застосувати до особи покарання, але не виключає наявність у діях особи злочину.

В Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р. зазначалось, що діяння вчинене в стані крайньої необхідності є обставиною, що виключає злочинність діяння [1, с. 115]. У Кримінальному Уложенні 1903 р. вперше було законодавчо закріплено межі крайньої необхідності. У п. 46 цього Уложення зазначалось: «Не є злочином діяння, вчинене для врятування власного життя чи життя іншої особи від небезпеки, що є наслідком погрози, незаконного примусу чи іншої причини, яку не можна було відвернути іншим способом. Також не є злочином діяння, вчинене для врятування здоров'я, свободи, недоторканності чи іншого особистого або майнового блага власного чи іншої особи від небезпеки, яка є наслідком погрози, незаконного примусу чи іншої причини, яку не можна було відвернути іншим способом, якщо були достатні причини вважати завдану шкоду менш значущою порівняно з відверненою [8]. Отже, як бачимо в цьому акті стан крайньої необхідності виникав не лише в особи, якій загрожувала небезпека. Цей стан пов'язувався не лише з виникненням небезпеки для життя чи здоров'я, а також із небезпекою, яка загрожувала іншим особистим чи майновим благам. Така небезпека могла бути результатом дії будь-якої неправомірної дії, а не лише нападу собаки, як це було раніше. Щодо меж крайньої необхідності то, як бачимо, вони були пов'язані з двома аспектами: 1) шкоду не можна було відвернути в інший спосіб, ніж це було зроблено; 2) завдана шкода є менш значущою, ніж відвернена.

У часи Центральної Ради в Українській Народній Республіці діяло в повному обсязі Кримінальне Уложення 1903 р., а у «власному» кримінальному законодавстві (Третьому універсалі від 7 листопада 1918 р, Законі «Про амністію» від 19 листопада 1917 р., Законі «Про покарання учасників воєн і повстань проти Української держави» від 5 березня 1918 р., Законі «Про виручку та податки» від 20 грудня 1917 р., Циркулярі «Про затримання та притягнення до відповідальності чужинців – спекулянтів, які не мають документів на право в'їзду на територію УНР» від 13 квітня 1918 р.) особливостей регулювання питання інституту крайньої необхідності передбачено не було. Розвиток кримінального законодавства Української держави за П. Скоропадського здійснювався шляхом вибіркового скасування, оновлення й доповнення тих кримінально-правових норм, які не суперечили політичним і соціально-економічним засадам української державності. Щодо інституту крайньої необхідності, то регулювання цього питання відбувалось на підставі вже згаданого Кримінального Уложення

1903 р. Така ситуація була і за часів Директорії [5, с. 316–330].

На території ЗУНР, згідно з Постановою Української Національної Ради, в галузі цивільного, кримінального і процесуального права використовувалося австрійське законодавство, якщо воно не суперечило цілям Української держави. Основним джерелом кримінального права залишався австрійський кримінальний кодекс 1852 р., про який уже згадувалося.

За Ризьким мирним договором 1921 р., Західна Україна (Східна Галичина і Західна Волинь) була передана Польщі і перебувала у її складі аж до 1939 р. До 1932 р. на території Галичини питання кримінального права продовжувало врегульовуватися нормами австрійського кримінального кодексу 1852 р., а на території Західної Волині нормами Зводу законів Російської імперії 1832 р. та Уложення про покарання кримінальні та виправні 1885 р. [5, с. 331]. 11 липня 1932 р. згідно з розпорядженням президента Республіки Польща було затверджено Кримінальний кодекс. У §22 цього кодексу зазначалось: «Не підлягає покаранню той, хто діє з метою відвернення безпосередньої небезпеки, що загрожує власним інтересам чи інтересам інших осіб, якщо цю небезпеку не можна було відвернути у інший спосіб. Не діє у стані крайньої необхідності той, хто має обов'язок піддаватися небезпеці. Заподіяна шкода не може бути явно вищою, ніж відвернена. У разі перевищення меж крайньої необхідності суд враховує наявність цього стану як обставину, що пом'якшує покарання» [9, с. 267]. Отже, як бачимо з цієї норми, цим кодексом крайня необхідність визнавалась обставиною, що звільняє від застосування покарання. Щодо меж крайньої необхідності, то вони, як і у Кримінальному Уложенні 1903 р., виводились із порівняння заподіяної та відверненої шкоди. У цьому кодексі вперше було зазначено наслідок перевищення меж крайньої необхідності – врахування їх у цьому випадку лише як обставини, що пом'якшує покарання.

Щодо Закарпаття, то з 1920 р. воно ввійшло до складу Чехословаччини. Кримінально-правові відносини на його території продовжували врегульовуватися нормами австрійського кримінального кодексу 1852 р .

Що ж до Північної Буковини, то вона на підставі Сен-Жерменського (1919) та Сервського (1920 р.) мирних договорів відійшла до Румунії. 1 січня 1937 р. – набрав чинності прийнятий 18 березня 1936 р. Кримінальний кодекс Румунії. Відповідно до ст. 131 цього Кодексу не є злочином діяння, яке вчинене для того, щоб врятуватися від реальної небезпеки чи випадкової небезпеки, яка загрожує власному життю чи недоторканності, якщо ця небезпека не могла бути відвернена іншим чином. У цьому випадку не підлягає відшкодуванню майнова шкода, заподіяна за наведених вище обставин, якщо врятоване майно має більшу вартість, ніж зруйноване [10].

Уперше в українському радянському кримінальному законодавстві інститут крайньої необхідності був закріплений у ст. 20 КК УРСР 1922 р. У Кримінальному кодексі УРСР 1927 р., ч. 2 ст. 13, зазначалось, що судово-виправні заходи не застосовуються, якщо дії, передбачені в цьому кодексі, вчинено для того, щоб запобігти небезпеці, яку не можна було відвернути за цих обставин іншим способом, а заподіяна в цьому випадку шкода є меншою, ніж відвернена [1, с. 116]. Як бачимо, крайня необхідність визнавалась, згідно з приписами цього Кодексу, обставиною, що впливає на покарання винної особи, а не на злочинність її діяння.

Поворотним моментом у ставленні законодавця до інституту крайньої необхідності виявилось положення, закріплене у КК Української РСР 1960 р., який згодом, у 1991 р., став першим кримінальним законом незалежної України. У ст. 16 цього Кодексу зазначалось: «Не є злочином дія, яка хоч і підпадає під ознаки діяння,

передбаченого кримінальним законом, але вчинена в стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що загрожує інтересам радянської держави, громадським інтересам, особі чи правам цієї особи або інших осіб, якщо цю небезпеку за цих обставин не можна було усунути іншими засобами, і якщо заподіяна шкода є менш значною, ніж відвернена» [11].

На сучасному етапі, після прийняття в 1996 р. Конституції незалежної України, розпочалося активне розроблення нового кримінального законодавства. 5 квітня 2001 р. Верховна Рада України прийняла новий кримінальний закон України – Кримінальний кодекс України. Згідно із ст. 39 цього Кодексу: «Не є злочином заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в цій обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності. Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода» [12].

Наведене в ч. 1 ст. 39 КК законодавче визначення дає змогу виділити три основні ознаки крайньої необхідності як субінституту обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння: 1) для правоохоронюваних інтересів виникла небезпека; 2) вона не може бути усунена у спосіб, відмінний від заподіяння шкоди іншим правоохоронюваним інтересам (тобто в особи не було можливості врятуватися втечею, шляхом звернення до інших осіб, включно з органами влади, тощо); 3) заподіяна шкода не повинна перевищувати відвернену шкоду. Щодо останньої ознаки, то необхідно зазначити, що КК 1960 р. встановлював, що заподіяна за крайньої необхідності шкода має бути меншою, ніж відвернена (потенційна) шкода. Чинний КК допускає рівність шкоди заподіяної та відверненої, і це є важливою законодавчою новелою [13, с. 267], оскільки відповідно до ч. 2 ст. 39 КК України перевищення меж крайньої необхідності – це умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більшою, ніж шкода відвернена, на відміну від КК 1960 р. де зазначалось, що заподіяна шкода має бути менш значною, ніж відвернена.

Отже, історико-правове дослідження питання, пов'язаного з інститутом крайньої необхідності, свідчить про низку закономірностей його законодавчої регламентації. Зокрема, заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності на ранніх етапах українського законотворення визнавалось як таке, що лише пом'якшує відповідальність особи. Наступним етапом було визнання крайньої необхідності як обставини, що виключає кримінальну відповідальність. І лише на сучасному етапі заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності є обставиною, що виключає злочинність діяння. Інша закономірність полягає у розширенні кола інтересів, що можуть охоронятися за наявності крайньої необхідності. У перших згадках про крайню необхідність вказувалося лише на можливість захисту свого життя від небезпеки, що загрожує і своїм джерелом має або собаку, або голод. Надалі йдеться про можливість збереження інших інтересів, проте виключно особи, котра захищається. На сучасному етапі особа має право відвертати небезпеку, що загрожує будь-яким правоохоронюваним інтересам, як її, так і інших осіб, якщо при цьому не було перевищено меж крайньої необхідності. Спираючись на аналіз наведеного, можемо зробити висновок, що історико-правовий досвід регулювання цього питання є основою для встановлення змісту інституту крайньої необхідності в сучасному кримінальному

законодавстві та важливим аспектом забезпечення його дієвості.

Стаття присвячена дослідженню питання розвитку законодавчого регулювання інституту крайньої необхідності. Проаналізовано основні етапи розвитку цього інституту кримінального права на території України. Автор акцентує увагу на закономірностях у законодавчому закріпленні ознак крайньої необхідності та їхнього змісту. Автором виділено три основні етапи розвитку правового регулювання цього інституту. У статті наголошується на тому, що заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності на ранніх етапах українського законотворення визнавалось як таке, що лише пом'якшує відповідальність особи. Наступним етапом було визнання крайньої необхідності як обставини, що виключає кримінальну відповідальність. І лише на сучасному етапі заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності є обставиною, що виключає злочинність діяння. У цьому аспекті поворотним моментом у ставленні законодавця до інституту крайньої необхідності виявилось положення, закріплене у КК Української РСР 1960 р., який зі змінами діяв аж до 2001 р., у якому вперше стан крайньої необхідності визнано обставиною, що виключає злочинність діяння. Також у статті наголошено на змінах, які відбулася не лише у змісті стану крайньої необхідності, але й у спрямованості цього стану. Автор наголошує на тому, що спочатку крайню необхідність розглядали лише як можливість захисту свого життя від небезпеки, що загрожує і своїм джерелом має або собаку, або голод. Далі йдеться про можливість збереження інших інтересів, проте виключно особи, котра захищається. На сучасному етапі особа має право відвертати небезпеку, що загрожує будь-яким правоохоронюваним інтересам, як її, так і інших осіб, якщо при цьому не було перевищено меж крайньої необхідності. На підставі аналізу нормативних джерел з'ясовано сутність ознак крайньої необхідності та її меж.

Ключові слова: крайня необхідність; обставина, що виключає злочинність діяння; пом'якшення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, напад собаки.

Shupyana M. Urgent need: historical and legal aspect of legislative consolidation in Ukrainian lands

Article is devoted to coverage the essence of the development of legislative regulation of the institute of urgent need. Analyzed the main stages of the development of this institute of criminal law in the territory of Ukraine. The author emphasizes on regularities in the legislative consolidation of the signs of urgent need and their content. The author identifies three main stages of development of legal regulation of this institute. The article emphasizes that causing harm in the state of extreme necessity in the early stages of Ukrainian lawmaking was recognized as only softening the person's responsibility. The next stage was recognition of the urgent need as a circumstance that excludes criminal liability. And only at the present stage of causing harm in a state of extreme need is a circumstance that excludes the crime of action. In this aspect, the turning point in the attitude of the legislator to the institute of extreme necessity was the provision enshrined in the Criminal Code of the Ukrainian SSR in 1960, which was amended until 2001, in which for the first time the state of extreme necessity was recognized as a circumstance that excludes crime. The article also emphasizes the changes that have occurred not only in the content of the state of emergency, but also in the direction of this condition. The author emphasizes that at first the necessity was considered only

as an opportunity to protect one's life from the threatening danger and either a dog or a famine has its source. In the future, it is possible to preserve other interests, but only the protected person. At the present stage, a person has the right to avert a danger that threatens any law enforcement interests, both his and others, unless the limits of urgent necessity have been exceeded.

Key words: urgent need, circumstance that excludes crime of action, mitigation of punishment, release from criminal responsibility, dog attack.

Література

1. Якімець Т.І. Розвиток інституту крайньої необхідності в українському кримінальному праві. Право України. 2007. № 9. С. 113–117.

2. Якімець Т.І. Крайня необхідність за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2008. 16 с.

3. Статути Великого князівства Литовського : у 3-х тт. Т. І. Статут Великого князівства Литовського 1529 р. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса : Юридична література, 2002. 464 с.

4. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. Т. ІІ. Статут Великого князівства Литовського 1566 р. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса : Юридична література, 2003. 560 с.

5. Бойко І.Й. Кримінальні покарання в Україні (IX–XX ст.) : навч. посіб. Львів : ЛНУ ім. Івана Франка, 2013. 408 с.;

6. Стебельський П. Австрійське карне право. Після викладу проф. П. Стебельського. 1902/1903 . Львів : Накладом « Кружка правників» в «Акад. Громаді», 1903. 419 с.

7. Krzymuski E. Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austryackiego. T. 1. Wyd. 3, przerob. Krakyw : Nakładem księgarni Leona Frommera, 1911. 620 s.

8. Земляков А.В. Уголовное уложение 1903 года о государственных преступлениях, наказываемых ссылкой на поселение. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/ugolovnoe-ulozhenie-1903-goda-o-gosudarstvennyh-prestupleniyah-nakazyvaemyh-ssylkoy-na-poselenie.

9. Makarewicz J. Kodeks karny z komentarzem. 4 wyd. Lwyw : Wydawnictwo zakładu narodowego imienia Ossolińskich, 1935. 528 s.

10. Codul Penal din 8 Aprilie 1936 an. URL: https://lege5.ro/Gratuit/heztqnzu/codul-penal-din-1936 (дата звернення: 17.10.2019).

11. Кримінальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 р. Верховна Рада УРСР. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2001-05 (дата звернення: 17.10.2019).

12. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. (із змінами та доповненнями). Верховна Рада України. URL: http://zakon1.rada.gov.ua (дата звернення: 17.10.2019).

13. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право : навч. посібник / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ : Вaite, 2014. 944 с.

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

УДК 347.1
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.998

Т. Барсукова,
старший викладач кафедри фізичного виховання
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СПОРТИВНОГО ПРАВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Спортивне право як самостійна галузь права лише починає розвиватися в Україні. У багатьох зарубіжних країнах світу зазначена галузь права як самостійна існує вже протягом багатьох років. Натепер визначення спортивного права за законодавством України залишається проблемним. Зазначене вказує на необхідність удосконалення правових норм, що регулюють спортивні правовідносини, більшість яких залишається нерегламентованою в українському законодавстві.

Актуальність теми дослідження зумовлена постійним розвитком спорту в Україні, що зумовлює необхідність удосконалення та кодифікації законодавства, яким регулюються спортивні правовідносини. Українське спортивне законодавство тільки формується й включає Закон України «Про фізичну культуру і спорт» від 24.12.1993 № 3808-XII[1], Закон України «Про антидопінговий контроль в спорті» від 05.04.2001 № 2353-III і Закон України «Про підтримку олімпійського, паралімпійського руху і спорту вищих досягнень в Україні» від 14.09.2000 № 1954-III.

Чинні норми регулюють лише загальні стани, їх практично неможливо застосувати в конкретніших випадках на практиці. Ураховуючи низку проблем, що мають місце в українському спорті, позначеного законодавчого врегулювання, на нашу думку, недостатньо, а окремі положення нормативно-правових актів вимагають перегляду й істотного доопрацювання.

Наведене зумовлює вибір теми дослідження, свідчить про її актуальність як у теоретичному плані, так і з позицій договірної практики у сфері перевезень вантажів.

Теоретичну основу дослідження становлять наукові праці таких науковців, як С. Алексєєв, В. Каменков, Є. Харитонов, О. Харитонова, Н. Голубєва, О. Сафончик, Р. Кацуба, О. Костюченко, О. Моргунов, І. Процик, Р. Чередник, В. Юткін та інші.

Метою статті є науковий аналіз загальних положень законодавства України з метою визначення спортивного права, теоретичних і практичних проблем, що виникають у сфері спорту.

Перші правові акти, що регулюють громадські стосунки, у сфері спорту почали з'являтися з виникненням великих спортивних змагань. Так, одними з перших актів, що регулюють порядок організації змагань, прийнято вважати розпорядження старогрецьких царів про проведення Олімпійських ігор. Як правило, у цих актах містилися норми про припинення військових дій на час проведення спортивних змагань, про допуск до участі в змаганнях повноправних жителів Греції, не викритих

[1] Про фізичну культуру і спорт : Закон України 24 грудня 1993 року № 3808-XI. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. № 14. Ст. 80.

© Т. Барсукова, 2019

у здійсненні злочинів, про спеціальну фізичну підготовку перед Олімпійськими іграми, а також про клятву Зевсові щодо дотримання правил чесної гри.

Отже, історично організація проведення спортивного змагання призвела до необхідності створення конкретних правил підготовки, проведення й участі в такому спортивному змаганні, які можуть розглядатися як джерела спортивного права [16].

Видається, що схемний процес формування спортивного права можна представити так:

1. Люди починають змагатися між собою в певних вправах, починає формуватися певний вид спорту. Створюються організації, які здійснюють проведення спортивного змагання в певному виді спорту, розробляють акти (регламенти, положення, правила тощо), що регулюють порядок підготовки, проведення, участі в спортивному змаганні.

2. Спортивні змагання починають проводитися між спортсменами, спортивними організаціями різних держав. Починають створюватися міжнародні спортивні організації, які розробляють і затверджують єдині правила цього виду спорту, створюють документальну основу порядку організації спортивних змагань.

3. Міжнародні спортивні організації, що представляють різні види спорту, в процесі свого розвитку починають уніфікувати свої внутрішні акти з актами інших міжнародних спортивних організацій, поступово виробляючи єдині стандарти у сфері спорту з окремих питань (наприклад, стосовно встановлення й зміни статусу спортсменів і спортивних клубів, спортивних організацій, дотримання правил чесної гри, заборони використання допінгу, порядку вирішення суперечок, що виникають зі спортивних правовідносин). На цьому етапі формується так зване м'яке спортивне право [5].

Необхідно також відмітити, що певний вплив на акти міжнародних спортивних організацій і розвиток спортивного права загалом робить практика розгляду спортивних суперечок міжнародними судами загальної та спеціальної юрисдикції.

4. Норми, вироблені міжнародними спортивними організаціями, визнаються і починають застосовуватися в державах, що спричиняє прийняття нормативних правових актів, які регулюють спортивні правовідносини на державному рівні.

5. Держави об'єднують свої зусилля з уніфікації найбільш проблемних галузей розвитку спорту на міжнародному рівні за допомогою розроблення й підписання міжнародних договорів як двостороннього, так і багатостороннього характеру. На останніх етапах спостерігається процес формування національного й міжнародного спортивного права [5].

У правовій доктрині вироблено багато підходів до визначення спортивного права. Так, наприклад, С. Алексєєв уважає, що спортивне право як відособлена група норм національного права може розглядатися як комплексна освіта, у якій шляхом уведення загальних понять, інститутів, прийомів і принципів регулювання об'єднується різнорідний нормативний матеріал [4].

Білоруський науковець В. Каменков указує, що до розуміння сенсу спортивного права можна підійти з двох боків. У вузькому сенсі спортивне право – це всі норми права, що регламентують правовідносини, які виникають під час підготовки спортсменів, участі їх та інших осіб в організації й проведенні спортивних змагань. У широкому сенсі спортивне право охоплюватиме всі правові норми, що регулюють схожі правовідносини з різних галузей права й законодавство (цивільне, господарське, трудове, земельне, адміністративне, податкове, митне), але стосуються спорту [6].

Як самостійна галузь міжнародного права спортивне право сформувалося на початку 90-х років минулого століття. Його становлення і стрімкий розвиток зумовив створення Спортивний

арбітражний суд у Лозанні (Швейцарія) в 1983 році.

Юридичними аспектами спорту у світі зацікавилися ще в середині XX століття, адже більшість фахівців справедливо вважають, що правове регулювання спорту є однією зі складних і важливих проблем суспільства [8, с. 90–94].

Проводячи паралель із законодавством України, можна помітити низку спільних рис. Так, відповідно до положень Указу Президента України «Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту» [3], спортивна діяльність є одним із головних напрямів державної політики у сфері фізичної культури та спорту, що реалізується шляхом орієнтування українського суспільства на поетапне формування ефективної моделі розвитку фізичної культури та спорту на демократичних і гуманістичних засадах. В основу вказаної Доктрини покладено ідею задоволення потреб кожного громадянина держави у створенні належних умов для занять фізичною культурою і спортом.

Фізична культура як складник загальної культури, суспільними проявами якої є фізичне виховання та масовий спорт, визнана важливим чинником здорового способу життя, профілактики захворювань, організації змістовного дозвілля, формування гуманістичних цінностей і створення умов для всебічного гармонійного розвитку людини [10].

Спорт в Україні як сфера правового регулювання характеризується змістовною єдністю та охоплює доволі широке коло суспільних відносин, проте відсутність єдиного систематизованого акта унеможливлює створення дієвої моделі правового регулювання, яка могла бути зрозумілою для всіх суб'єктів спортивних правовідносин [10].

Нормативно-правові акти країн ЄС є комплексними актами, які вельми детально регулюють питання правового статусу суб'єктів спортивних правовідносин, спортивної підготовки й освіти в галузі фізичної культури і спорту, захисту здоров'я спортсменів і протидії вживанню допінгу, організації занять спортом, обов'язків, пов'язаних зі спортивною діяльністю, порядку проведення спортивних заходів і їх висвітлення в засобах масової інформації, фінансування й державної підтримки спорту (особливо масового спорту і спорту вищих досягнень), правопорушень у галузі спорту й відповідальності за їх здійснення [5].

Українське законодавство, у свою чергу, також регламентує права громадян у сфері фізичної культури і спорту, засади державної політики й управління в цій сфері [2]. Разом із тим у тексті Закону України «Про фізичну культуру і спорт» простежується відсутність конкретики та цілісності. Прикладом тому є саме розмиття поняття «спорт», котре в українському законодавстві визначено як «діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленостях шляхом проведення спортивних змагань та відповідної підготовки до них. Водночас виділено такі напрямки, як дитячий спорт, дитячо-юнацький спорт, резервний спорт, спорт вищих досягнень, професійний спорт, спорт ветеранів, олімпійський спорт, неолімпійський спорт, спорт інвалідів тощо» [2]. Указана дефініція поняття «спорт» є доволі загальною, підтвердженням може вважатися той факт, що законодавцем залишено без уваги визначення параолімпійського та дефолімпійського спорту, які разом зараховані до категорії спорту інвалідів, хоча вказані терміни є широковживаними в національному законодавстві.

Уважається, що спортивне право є самостійною галуззю національного права, яка регулює взаємовідносини у сфері фізичного виховання і професійного спорту. Вона знаходиться на збігу адміністративного, господарського, цивільного, трудового, кримінального, фінансового права. Звідси

виникають труднощі в його виділенні. Крім того, норми спортивного права не систематизовані, що породжує всілякі колізії на практиці й підвищує актуальність для науки.

Підтвердженням існування спортивного права як окремої галузі права є наявність відповідних суб'єктів, таких як спортсмени і спортивні організації, компанії, що спеціалізуються у сфері спорту, спортивні телевізійні й радіомовні канали, спонсори, агенти, виробники спортивних товарів тощо. Між позначеними суб'єктами спортивного права можуть виникати особливі, властиві спортивному праву правовідносин, до яких належить регулювання податкових стосунків у сфері спорту; правове регулювання професійного спорту; правове регулювання сфери студентського спорту; фізична культура й фізичне виховання; організаційно-правові основи державного управління фізичною культурою і спортом; правове регулювання дитячо-юнацького спорту; правові аспекти організації і проведення спортивних змагань; право інтелектуальної власності у сфері спортивної діяльності; правове забезпечення громадських фізкультурно-спортивних об'єднань; правовий статус спортсменів, тренерів та інших учасників спортивної діяльності.

Крім того, спортивне право має низку власних особливостей, серед яких – законодавчо встановлені санкції, властиві виключно цій сфері. Акцентується увага на ще одній особливості спортивного права, а саме спори, що виникають у цій сфері. Їх умовно можна розділити на чотири групи. По-перше, це спори, що стосуються виключно комерційної сторони правовідносин у сфері спорту. По-друге, це спори між спортсменами і спортивними організаціями, пов'язані з питаннями найму і працевлаштуванням спортсменів. По-третє, спори між спортивними організаціями щодо розподілу між ними функцій і повноважень. По-четверте, це спори щодо дисциплінарних санкцій, застосованих спортивними організаціями до своїх членів та учасників.

Необхідність у вирішенні таких спортивних конфліктів і непорозумінь існує вже сьогодні, тому виникає потреба у вивченні нормативно-правових актів, що регулюють правовідносини у сфері фізичного виховання і спорту.

Ураховуючи вищевикладене, можна визначити спортивне право за законодавством України. Так, спортивне право – комплексна галузь права, що має своїм предметом громадські відносини з приводу організації й розвитку фізичної культури і спорту, а також громадські відносини, що складаються в процесі організації та проведення змагань.

У запропонованій статті надається загальна характеристика спортивного права як самостійної галузі права. Наголошується, що постійний розвиток спорту в Україні зумовлює необхідність удосконалення та кодифікації законодавства, яким регулюються спортивні правовідносини. Звертається увага на те, що нормативно-правові акти країн ЄС є комплексними актами, які вельми детально регулюють питання правового статусу суб'єктів спортивних правовідносин, спортивної підготовки та освіти в галузі фізичної культури і спорту, захисту здоров'я спортсменів і протидії вживанню допінгу, організації занять спортом, обов'язків, пов'язаних зі спортивною діяльністю, порядку проведення спортивних заходів і їх висвітлення в засобах масової інформації, фінансування й державної підтримки спорту (особливо масового спорту і спорту вищих досягнень), правопорушень у галузі спорту й відповідальності за їх здійснення.

Українське законодавство, своєю чергою, також регламентує права громадян у сфері фізичної культури і спорту, засади державної політики й управління в цій сфері. Чинні норми регулюють лише загальні стани, їх

практично неможливо застосувати в конкретних випадках на практиці. Ураховуючи низку проблем, наявних в українському спорті, можемо констатувати, що визначеного законодавчого врегулювання недостатньо, а окремі положення нормативно-правових актів вимагають перегляду й істотного доопрацювання.

Надається загальне визначення спортивного права як комплексної галузі права, що має своїм предметом суспільні відносини з приводу організації та розвитку фізичної культури і спорту, а також суспільні відносини, що складаються в процесі організації й проведення змагань.

Ключові слова: спорт, спортивне право, спортивні змагання, суб'єкти спортивного права, спортивні організації, спортсмени, фізична культура.

Barsukova T. Some issues of definition of sports law under the legislation of Ukraine

The proposed article provides a general description of sports law as an independent area of law. It is emphasized that the constant development of sports in Ukraine, necessitates the improvement and codification of the legislation governing sports relations. Attention is drawn to the fact that EU legal acts are complex acts that regulate in detail the legal status of subjects of sports relations, sports training and education in the field of physical culture and sports, protection of the health of athletes and combating doping, organization of sports, responsibilities related to sports activities, the order of conducting sports events and their coverage in the media, financing and state support for sports (especially – mass sports Sport highest achievements) offenses in the field of sports and responsibility for their implementation.

The Ukrainian legislation, in turn, also regulates the rights of citizens in the field of physical culture and sports, the principles of state policy and governance in this sphere. The current rules regulate only general conditions and are practically impossible to apply in specific cases in practice. Given the number of problems that exist in Ukrainian sport, certain legislative regulation is not enough, and certain provisions of regulations require revision and substantial revision.

There is a general definition of sports law as a complex branch of law, which has as its object social relations concerning the organization and development of physical culture and sports, as well as those formed in the process of organizing and conducting competitions.

Key words: sports, sports law, sports competitions, subjects of sports law, sports organizations, athletes, physical culture.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про фізичну культуру і спорт : Закон України 24.12.1993 № 3808-XI. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 14. Ст. 80.

3. Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту : Указ Президента України (зі змінами, внесеними згідно з Указом Президента від 21.10.2005 № 1505/2005 (1505/2005)). URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws / main.cgi?nreg=1148% 2F2004.

4. Алексеев С.В. Спортивное право России. Правовые основы физической культуры и спорта : учебник для вузов / под ред. д. ю. н., проф. П.В. Крашенинникова. Москва : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2007. С. 148–158.

5. Бордюгова Г.Ю. Міжнародне спортивне право як основа для формування національної галузі права «Спортивне право України» : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2009. 19 с.

6. Каменков В.С. Национальное спортивное право Беларуси: понятие, реалии и перспективы / ИБ «КонсультантПлюс: Беларусь». Минск, 2013.

7. Кацуба Р.М. Місце спортивного права в системі права України: перспективи розвитку. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 5. С. 250–252.

8. Костюченко О.А. До питання формування національного спортивного законодавства. Вісник Академії адвокатури України. 2012. № 3 (25). С. 90–94.

9. Моргунов О.А. Поняття та система джерел спортивного права. Форум права. 2011. № 2. С. 624–629.

10. Процик І. Термінологія спортивного права. Вісник Нац. ун-ту «Львівська політехніка». Серія «Проблеми української термінології». 2010. № 675. С. 171–174.

11. Апаров А.М. Спортивне право України : навчальний посібник для студентів ВНЗ / Київ. держ. акад. вод. трансп. ім. гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного. Київ : Істина, 2012. 518 с.

12. Спортивне право України: сучасний стан і перспективи розвитку : тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 19 жовтня 2018 року / за заг. ред. М.О. Ткалича. Запоріжжя : ЗНУ, 2018. 76 с.

13. Спортивне право: актуальні проблеми : монографія / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, Н.Ю. Голубєва та ін. ; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса : Юридична література, 2018. 235 с.

14. Харитонов Є.О. Спортивне право : навчальний посібник. Одеса : Фенікс, 2019. 330 с.

15. Чередник Р.В. Спорт як сфера правового регулювання: загальнотеоретичний аспект. Актуальні проблеми держави і права. 2011. Вип. 60. С. 556–562.

16. Юткин В. Индустрия спорта: правовые условия развития. URL: http://www.bg-znanie.ru/article.php?nid=4843.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.999

В. Веселий,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»

АНАЛІЗ ЗМІН У НОРМАТИВНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ СТАТУСУ ПЕНСІЙНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ З МОМЕНТУ ЙОГО СТВОРЕННЯ

Пенсійне забезпечення виступає гарантією непрацездатних громадян на матеріальну допомогу, що відповідно до ст. 46 Конституції України має забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом [1]. З такою метою в Україні функціонує окремий орган виконавчої влади – Пенсійний фонд України. Разом із цим ефективне функціонування останнього можливе лише за умови належного нормативно-правового регулювання його статусу, визначення обсягу компетенції та завдань.

Мета статті – аналіз нормативно-правового регулювання статусу Пенсійного фонду України, починаючи з моменту його створення, як органу пенсійного забезпечення. При цьому в даній статті не буде охоплено акти, які визначають процедуру призначення пенсійних виплат. Досліджувана тема охоплює лише ті законодавчі та інші акти, якими визначено статус Пенсійного фонду України як органу виконавчої влади.

Пенсійний фонд України (далі – Фонд) – це одна з найпотужніших і найбільш розгалужених фахових структур у державі, завданням якої є всебічна діяльність щодо пенсійного забезпечення громадян України. Будучи установою з потужним фахово-кадровим потенціалом, що постійно розвивається і самовдосконалюється, Фонд здійснює накопичення та розподіл значних за обсягом грошових коштів [2].

Після проголошення незалежності України у серпні 1991 року та прийняття в листопаді цього ж року Закону України «Про пенсійне забезпечення» сформувалася законодавча база функціонування Пенсійного фонду нової незалежної держави. Статтею 8 зазначеного Закону було передбачено, що Пенсійний фонд України є самостійною фінансово-банківською системою, і що Положення про Пенсійний фонд України затверджується Кабінетом Міністрів України [3].

Свої витоки як незалежний орган Пенсійний фонд України бере з Постанови Кабінету Міністрів України «Про створення Пенсійного фонду України» від 28 січня 1992 р. № 39, згідно з якою на виконання Постанови Верховної Ради України від 6 грудня 1991 р. «Про порядок введення в дію Закону України «Про пенсійне забезпечення» для державного управління фінансами пенсійного забезпечення в Україні створено на базі Українського республіканського відділення Пенсійного фонду СРСР Пенсійний фонд України з управліннями в Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі. Разом із тим вказаною Постановою затверджено Положення про Пенсійний фонд України, яким фактично визначено його статут як самостійної фінансово-банківської системи, що здійснює управління фінансами пенсійного забезпечення на всій території України.

Головними завданнями Пенсійного фонду України зазначеним Положенням визначено такі: забезпечення фінансування витрат на виплату пенсій відповідно до Законів України «Про

© В. Веселий, 2019

пенсійне забезпечення», «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», пенсій військовослужбовцям і працівникам органів внутрішніх справ, допомоги на дітей, а також інших витрат, покладених чинним законодавством на Пенсійний фонд України; збір і акумуляція внесків, призначених для пенсійного забезпечення і виплати допомоги; здійснення розширеного відтворення коштів Пенсійного фонду України на основі принципів самофінансування; участь у фінансуванні державних, регіональних і обласних програм соціальної підтримки пенсіонерів, інвалідів, інших категорій населення та страхуванні здоров'я пенсіонерів через страхові компанії; організація міжнародного співробітництва у сфері пенсійного забезпечення, зокрема щодо виплати пенсій громадянам, які виїхали за межі України [4].

З 1994 року сталися значні зміни в історії Пенсійного фонду України: він був перетворений із самостійної фінансово-банківської системи на центральний орган виконавчої влади, наділений відповідними повноваженнями. Водночас було суттєво вдосконалено організаційну структуру Фонду.

Статус Пенсійного фонду як центрального органу виконавчої влади було визначено Положенням про Пенсійний фонд України, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України «Питання Пенсійного фонду України» від 01 червня 1994 р. № 345. Відповідно, службових та посадових осіб Пенсійного фонду України та його органів визначено державними службовцями. Так, зазначеним Положенням визначено, що Пенсійний фонд України є центральним органом державної виконавчої влади, підвідомчим Кабінету Міністрів України. Пенсійний фонд здійснює управління фінансами пенсійного забезпечення. При цьому обсяг покладених на Фонд завдань не змінений. Вказане Положення було чинним до 6 травня 2001 р., коли Постановою Кабінету Міністрів «Деякі питання Пенсійного фонду» № 466 воно визнано таким, що втратило чинність [5].

Водночас Указом Президента України від 1 березня 2001 р. № 121/2001 затверджено Положення про Пенсійний фонд України, яким було визначено аналогічні положення щодо статусу Фонду, а саме зазначено, що Пенсійний фонд України є центральним органом виконавчої влади, що здійснює управління фінансами пенсійного забезпечення, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України [6]. При цьому обсяг завдань визначено дещо вужчий, однак до такого включено участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері пенсійного забезпечення та соціального страхування. Зазначене свідчить про надання Фонду більшої значимості у сфері пенсійного забезпечення.

Важливу роль у розвитку Пенсійного фонду та його утвердженні як центрального органу виконавчої влади відіграла передача органам Фонду функцій з призначення та виплати пенсій, які раніше здійснювались органами соціального захисту населення [2].

Цей процес розпочався 1 січня 1999 року з експерименту у Львівській області (Указ Президента України «Про проведення у Львівській області експерименту з призначення та виплати пенсій органами Пенсійного фонду України» від 20.10.1998 року № 1156) і остаточно завершився 1 липня 2002 року.

Базовим нормативно-правовим актом, який визначав статут Пенсійного фонду, стали прийняті 14 січня 1998 року Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування (Закон України від 14.01.1998 р. № 16/98-ВР), які визначають принципи та загальні правові, фінансові, організаційні засади загальнообов'язкового державного соціального страхування громадян в Україні. Стаття 6 цього Закону відносить Пенсійний фонд України до одного з видів суб'єктів загальнообов'язкового

державного соціального страхування – страховиків, а також визначає, що страхові фонди беруть на себе зобов'язання щодо надання застрахованим особам матеріального забезпечення і соціальних послуг у разі настання страхових випадків [7].

Слід зауважити, що Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування статтями 14–15 визначали в загальному вигляді адміністративно-правовий статус страхових фондів. Так, відповідно до статті 14 страхові фонди є органами, які здійснюють керівництво та управління за визначеними законом видами загальнообов'язкового державного соціального страхування, провадять акумуляцію страхових внесків, контроль за використанням коштів, забезпечують фінансування виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням та здійснюють інші функції згідно із затвердженими статутами.

Положення Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування визначають загальний правовий статус, який є єдиним для всіх страхових фондів у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування, однак адміністративно-правовий статус Пенсійного фонду України суттєво відрізняється, оскільки він, на відміну від інших фондів, уже був визначений як центральний орган виконавчої влади і, відповідно, як суб'єкт владних повноважень.

Таким чином, на початку 2000-х років відбувся процес формування нормативно-правової та організаційно-технічної бази пенсійної реформи. Пенсійний фонд України став потужною фінансовою та соціальною інституцією в державі, сформувалися його організаційний та кадровий потенціали.

Одним з основних етапів становлення статусу Пенсійного фонду як незалежного органу влади є прийняття у 2003 році фундаментального для Фонду законодавчого акту, а саме Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

Статтею 4 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 09.07.2003 року № 1058-IV визначено, що Пенсійний фонд є органом, який здійснює керівництво та управління солідарною системою, провадить збір, акумуляцію та облік страхових внесків, призначає пенсії та підготовляє документи для її виплати, забезпечує своєчасне і в повному обсязі фінансування та виплату пенсій, допомоги на поховання, здійснює контроль за цільовим використанням коштів Пенсійного фонду, вирішує питання, пов'язані з веденням обліку пенсійних активів застрахованих осіб на накопичувальних пенсійних рахунках, здійснює адміністративне управління Накопичувальним фондом та інші функції, передбачені цим Законом і статутом Пенсійного фонду. Пенсійний фонд є самоврядною неприбутковою організацією і здійснює свою діяльність на підставі статуту, який затверджується його правлінням. Пенсійний фонд набуває статусу юридичної особи з дня реєстрації статуту в спеціально уповноваженому органі виконавчої влади [8].

Вказані положення Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» свідчать про комплексність прийняття нормативно-правових актів стосовно статусу Пенсійного фонду України, оскільки можливість затвердження правлінням Фонду статуту визначена одночасно з прийняттям Постанови Кабінету Міністрів України від 24 червня 2003 р. № 960 «Про правління Пенсійного фонду».

Починаючи з 2007 року, Пенсійному фонду України передано функції з призначення та виплати пенсій військовослужбовцям та іншим працівникам силових міністерств та відомств. Раніше їх пенсійне забезпечення здійснювалось 11-ма різними структурами [9].

24 жовтня 2007 р. Постановою Кабінету Міністрів України № 1261 затверджено Положення про Пенсійний фонд

України, яким з урахуванням положень Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» одним з основних завдань Пенсійного фонду визначено керівництво та управління солідарною системою загальнообов'язкового державного пенсійного страхування [10].

Заключний період у нормативно-правовому регулюванні статусу Пенсійного фонду відзначається почерговістю прийняття декількох підзаконних актів, а саме: Указу Президента України «Про Положення про Пенсійний фонд України» від 06 квітня 2011 р. № 384/2011 (Указ втратив чинність на підставі Указу Президента України № 419/2019 від 20.06.2019 р.), Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України» від 23 липня 2014 р. № 280 (чинне натепер).

Вказаними нормативно-правовими актами суттєво розширено обсяг компетенції Пенсійного фонду України як незалежного органу влади, що реалізує державну політику з питань пенсійного забезпечення [11; 12].

Здійснюючи аналіз підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють діяльність Пенсійного фонду України, варто зауважити, що Положення про Пенсійний фонд України, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 23 липня 2014 р. № 280, детально визначає адміністративно-правовий статус Пенсійного фонду України та належить до так званих «компетенційних» нормативно-правових актів. Слід відзначити, що натепер це законодавчий акт, яким визначено елементи адміністративно-правового статусу Пенсійного фонду України відповідно до законодавства України та з урахуванням реформування його компетенції і взаємодії з іншими органами державної влади. Зокрема, пунктом 1 зазначеного Положення визначено, що Пенсійний фонд України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра соціальної політики, що реалізує державну політику з питань пенсійного забезпечення та ведення обліку осіб, які підлягають загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню.

Пенсійний фонд України у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, указами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України, актами Кабінету Міністрів України, іншими актами законодавства (пункт 2 Положення).

Основними завданнями Пенсійного фонду України пунктом 3 Положення визначено такі: реалізація державної політики з питань пенсійного забезпечення та ведення обліку осіб, які підлягають загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню; внесення пропозицій Міністрові соціальної політики щодо забезпечення формування державної політики із зазначених питань; виконання інших завдань, визначених законом.

На думку Г.О. Балики, Положення про Пенсійний фонд України, затверджене постановою Кабінету Міністрів від 23 липня 2014 р. № 280, порівняно з Положенням про Пенсійний фонд України, затвердженим Указом Президента України від 06 квітня 2011 р. № 384/2011, є більш удосконаленим за певними аспектами, хоча в цілому зазначені документи майже повністю дублюють один одного [13].

Враховуючи зазначене, варто відмітити, що нормативно-правове регулювання статусу Пенсійного фонду України змінювалося в контексті загальних тенденцій та змін у країні. Разом із тим вищевказані акти доволі часто дублюють положення один одного, що призводить до нормативного нагромадження без чіткої систематизації та визначення співвідношення актів між собою, а також пріоритетності один відносно одного. Вирішення цієї проблеми вбачається шляхом співпраці всіх гілок влади щодо визначення

«єдиної політики» стосовно пенсійного забезпечення взагалі та діяльності Пенсійного фонду України як його частини зокрема.

Статтю присвячено поетапному дослідженню базових нормативно-правових актів, якими визначено статус Пенсійного фонду України як центрального органу виконавчої влади у сфері пенсійного забезпечення. Зазначено, що Пенсійний фонд України є однією з найпотужніших і найбільш розгалужених фахових структур у державі, завданням якої є всебічна діяльність щодо пенсійного забезпечення громадян України. Виступаючи установою з потужним фахово-кадровим потенціалом, що постійно розвивається і самовдосконалюється, Фонд здійснює накопичення та розподіл значних за обсягом грошових коштів. Надано характеристику так званим «компетенційним» нормативно-правовим актам, які регламентують адміністративно-правовий статус Пенсійного фонду України. Проаналізовано процес набуття Пенсійним фондом України сучасних рис у контексті загальнонаціональних змін. Проаналізовані головні завдання Пенсійного фонду України, серед яких: забезпечення фінансування витрат на виплату пенсій відповідно до законодавства, допомоги на дітей; збір і акумуляція внесків, призначених для пенсійного забезпечення і виплати допомоги; здійснення розширеного відтворення коштів Пенсійного фонду України на основі принципів самофінансування; участь у фінансуванні державних, регіональних і обласних програм соціальної підтримки пенсіонерів, інвалідів, інших категорій населення та страхуванні здоров'я пенсіонерів через страхові компанії; організація міжнародного співробітництва у сфері пенсійного забезпечення, зокрема щодо виплати пенсій громадянам, які виїхали за межі України.

Констатовано про необхідність гармонізації нормативно-правових актів, якими визначено статус Пенсійного фонду України.

Ключові слова: Пенсійний фонд України, центральний орган виконавчої влади, пенсійне забезпечення, нормативно-правове регулювання.

Veselyi V. Analysis of statutory regulation changes in the status of the pension fund of Ukraine since its establishment

The article is devoted to the phased research of basic normative and legal acts that define the status of the Pension fund of Ukraine as the central body of the executive power in the field of pension provision. It is noted that the Pension Fund of Ukraine is one of the most powerful and the most extensive professional structures in the country, whose task is comprehensive activity on pension provision of Ukrainian citizens. As an institution with strong professional and staffing potential that is constantly evolving and self-improving, the Fund accumulates and distributes significant amounts of money. The description is given so-called «competent» normative and legal acts regulating the administrative and legal status of the Pension fund of Ukraine. The process of acquiring the Pension fund of Ukraine of modern traits in the context of national changes is analyzed.

The main tasks of the Pension Fund of Ukraine are analyzed, including: ensuring financing of expenses for payment of pensions in accordance with the legislation, child support; collecting and accumulating contributions intended for retirement benefits and benefits; implementation of extended reproduction of funds of the Pension Fund of Ukraine on the basis of self-financing principles; participation in financing of state, regional and regional programs of social support for pensioners, persons with disabilities, other categories of population and health insurance of pensioners through

insurance companies; organization of international cooperation in the field of pension provision, in particular in relation to the payment of pensions to citizens who have traveled outside Ukraine.

The necessity of harmonization of normative and legal acts determined by the status of the Pension fund of Ukraine is ascertained.

Key words: The Pension fund of Ukraine, Central executive authority, pension, normative and legal regulation.

Література

1. Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Історико-правовий аспект становлення Пенсійного фонду України. Актуальні проблеми права: теорія і практика. 2013. № 26. С. 311–319. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/app_2013_26_44.

3. Про пенсійне забезпечення : Закон України від 05.11.1991 р. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 3. Ст. 10.

4. Про створення Пенсійного фонду України : Постанова Кабінету Міністрів України ; Положення від 28.01.1992 р. № 39. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/39-92-%D0%BF

5. Питання Пенсійного фонду : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.06.1994 р. № 345. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/345-94-%D0%BF

6. Про Положення про Пенсійний фонд України : Указ Президента України ; Положення від 01.03.2001 р. № 121/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/121/2001

7. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 14.01.1998 р. № 16/98-ВР URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/16/98-%D0%B2%D1%80/paran153

8. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 09.07.2003 р. № 1058-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1058-15

9. Історичні аспекти розвитку пенсійної системи, передумови та мета створення Пенсійного фонду / Офіційний вебсайт Пенсійного фонду України. URL: https://www.pfu.gov.ua/

10. Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України : Постанова Кабінету Міністрів України ; Положення від 24.10.2007 р. № 1261. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1261-2007-%D0%BF

11. Про Положення про Пенсійний фонд України : Указ Президента України ; Положення, Перелік від 06.04.2011 р. № 384/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/384/2011

12. Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України : Постанова Кабінету Міністрів України ; Положення від 23.07.2014 р. № 280. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/280-2014-%D0%BF

13. Балика Г.О. Адміністративно-правовий статус Пенсійного фонду України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2015. 221 с.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1000

А. Подольська,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Формування ефективного механізму оподаткування та податкового контролю є запорукою стабільного економічного розвитку держави. Піклуючись про своїх громадян, держава приймає заходи щодо зменшення податкового навантаження. Законодавчо встановленні норми, що стосуються можливості зменшення розміру ставок податків, звільнення від оподаткування у встановлених законом випадках, а також уникнення подвійного оподаткування.

Подвійне оподаткування являє собою багаторазове стягнення одного і того ж податку з певного платника. Його прийнято розділяти на внутрішнє та зовнішнє подвійне оподаткування. Зовнішнє подвійне оподаткування, як складник явища подвійного оподаткування, виникає в результаті колізії податкових розпоряджень двох чи більше держав. В основу визначення поняття «міжнародне подвійне оподаткування» споконвічно було закладене твердження, що міжнародне подвійне оподаткування виникає, коли дві автономні податкові влади (зокрема, дві держави) одночасно обкладають однорідним податком того самого платника. Проблема подвійного оподаткування, як зазначає проф. Т.А. Латковська, перебуває на своєрідному стику категорій об'єкта оподаткування та платника, тобто це випадки, коли вони оподатковується в межах однієї або декількох фіскальних юрисдикцій податком певного виду більше, ніж один раз [5].

Ще в першій половині минулого століття Ліга націй задалась питанням вирішення цієї проблеми. В підсумку було запропоновано рекомендації щодо укладання міжнародних податкових угод із метою уникнення подвійного оподаткування доходів і майна транснаціональних компаній. Надалі питання розглядалось комітетами ООН та іншими міжнародними організаціями, включно з Організацією економічної співпраці та розвитку (далі – ОЕСР). У результаті було створено та опубліковано «Типову конвенцію про усунення подвійного оподаткування доходів і капіталу» (1963 р.), яка надалі змінювалась і доповнювалась, підлаштовуючись під нові економічні та правові реалії (остання редакція 2017 р.), «Типову конвенцію ООН про усунення подвійного оподаткування доходів і капіталу» (1980 р.), «Типовий договір США про уникнення подвійного оподаткування».

На основі трьох вищенаведених моделей Міністерством фінансів України було створено проєкт Конвенції про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та запобігання ухиленням від сплати податку. У свою чергу, цей проєкт надалі використовувався під час укладення Україною більш ніж сімдесяти угод у цій сфері.

Вирішення однієї проблеми потягнуло за собою іншу, пов'язану з використанням прогалин у взаємодії різних податкових систем та існуванням юрисдикцій низького оподаткування.

Одним зі способів зниження витрат, пов'язаних зі сплатою податків, і збільшення розміру чистого прибутку

 © А. Подольська, 2019

протягом тривалого часу був і залишається механізм ефективного застосування наявних у національному та міжнародному податковому законодавстві низьких податкових ставок, податкових пільг, податкових знижок, податкових кредитів, прогалин, колізій у процесі здійснення податкового планування під час організації корпоративної структури та господарської діяльності суб'єктів господарювання з метою зменшення бази оподаткування й виведення прибутку з-під оподаткування [4]. Надалі такі дії призвели до розмивання бази оподаткування і переміщення прибутків за кордон та утворили поняття агресивного податкового планування.

У липні 2013 року з метою гармонізації та підвищення ефективності співпраці в сфері контролю за оподаткуванням транснаціональних компаній шляхом виключення або мінімізації юридичних прогалин G-20 разом з ОЕСР приймають новий план дій, що отримує назву «План протидії практикам розмивання оподатковуваної бази й виведення прибутку з-під оподаткування» (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS). Цей документ спрямований на те, щоб, з одного боку, дати країнам інструменти для оподаткування прибутку корпорацій за місцем його виникнення, тобто створення вартості, а з іншого – більшу визначеність бізнесу щодо застосування та дотримання стандартизованих міжнародних податкових правил [3, с. 54].

З метою переведення податкового контролю до міжнародного рівня ефективності Україна бере участь у Глобальному форумі з прозорості та обміну інформацією для податкових цілей і підписує Меморандум про взаєморозуміння щодо зміцнення співпраці між ОЕСР і Україною. Також приймається низка законів, спрямованих на вдосконалення національного законодавства, серед яких – Закон України № 72-VIII «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення податкового контролю за трансфертним ціноутворенням» і Закон України № 1701-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів». Ці закони спрямованні на усунення суперечностей у законодавстві, а також вдосконалення податкового контролю та підвищення прозорості інформації про структуру власності суб'єктів господарювання [7; 9].

Одним із наступних кроків України стає приєднання до Плану BEPS. 2 листопада 2016 року Міністр фінансів України передав відповідного офіційного листа Генеральному секретарю ОЕСР. Передбачалось, що це фінальна процедура, яка дасть змогу Україні набути офіційного членства в BEPS вже з 1 січня 2017 року [1]. Надалі Україна повинна була реалізувати Мінімальний стандарт Плану дій BEPS, тобто чотири кроки із встановлених п'ятнадцяти. Стандарт включає в себе такі пункти:

- боротьба з офшорними зонами, тобто спеціальними режимами оподаткування в певних юрисдикціях, що шкодять іншим юрисдикціям;
- удосконалення чинних угод про уникнення подвійного оподаткування шляхом включення до них запропонованих правил запобігання зловживанню угодою;
- удосконалення чинних національних правових норм щодо документації з трансфертного ціноутворення та майбутнього обміну інформацією;
- удосконалення чинних угод про уникнення подвійного оподаткування шляхом підвищення ефективності механізмів вирішення спорів.

Для виконання пунктів Стандарту, що стосуються «удосконалення чинних угод», в липні 2018 року Україною підписана Багатостороння конвенція щодо виконання заходів, що належать до податкових угод, з метою протидії розмивання податкової бази, також відома як «MLI BEPS». Зазначена Конвенція дає змогу одночасно внести зміни до всіх угод, що стосувались регулювання протидії подвійному оподаткуванню,

які були підписані країнами-членами раніше.

Закон України «Про ратифікацію Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з під оподаткування» був прийнятий Верховною Радою України 28 лютого 2019 року та набув чинності 2 квітня 2019 року. В серпні цього ж року Україна передала ратифікаційну грамоту на зберігання депозитарію ОЕСР. Сама Конвенція для України набрала чинності 1 грудня 2019 року.

Щодо подальших дій України з вдосконалення податкового контролю, варто згадати про прийнятий за основу 3 грудня 2019 року проєкт Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві». Законопроєкт розроблений із метою запровадження міжнародних стандартів податкового контролю для всіх учасників міжнародної торгівлі та імплементації норм, передбачених Планом, реформування інституту фінансової відповідальності та вдосконалення процедури адміністрування податків і зборів [6].

Зі змін, запропонованих у проєкті Закону, можна виділити декілька особливо цікавих:

– запровадження трирівневої структури документації для міжнародних груп компаній, яка включає в себе документацію з трансфертного ціноутворення (локальний файл), глобальну документацію (майстер-файл) та звіт у розрізі країн (country-by-country reporting);

– запровадження в межах Податкового кодексу України принципу винної відповідальності платника податку за податкові правопорушення;

– визначення вимог щодо вмотивованості рішення контролюючих органів про накладення штрафів, а саме передбачається як обов'язкова наявність описової та мотивувальної частин податкового повідомлення-рішення;

– закріплення переліку податкових правопорушень контролюючих органів, які серед іншого, будуть включати недотримання ними процедури реєстрації платників податку чи порушення у сфері відшкодування податку на додану вартість;

– закріплення матеріальної відповідальності органу за неправомірні діяння його посадових осіб і безвинну відповідальність контролюючих органів;

– запровадження колегіального розгляду матеріалів податкової перевірки комісією з питань розгляду заперечень і встановлення чіткого переліку обставин, які підлягають встановленню під час розгляду матеріалів [8].

Звичайно, розвиток України як держави суб'єкта в систему міжнародного податкового контролю не закінчується приєднанням до реалізації плану BEPS. Здійснюються активні дії з впровадження міжнародних стандартів у сфері обміну податковою інформацією.

Наприклад, 7 лютого 2017 року було підписано міжурядову угоду щодо підвищення рівня дотримання міжнародного податкового законодавства та виконання положень Закону США «Про податкові вимоги до іноземних рахунків». Угода являє собою текст із 10 статей, що встановлюють: визначення основних понять; зобов'язання отримувати та здійснювати обмін інформацією щодо американських підзвітних рахунків; час і спосіб здійснення обміну інформацією; застосування Закону FATCA до фінансових установ України; співпраця у виконанні вимог і примусове виконання; взаємні зобов'язання щодо збільшення ефективності обміну інформацією та прозорості; послідовність у застосуванні FATCA до партнерських юрисдикцій [10]. Угода була ратифікована Верховною Радою України 29 жовтня 2019 року.

Ще одним пунктом у процесі наближення до міжнародних стандартів обміну інформацією в сфері податкового контролю є приєднання України до системи CRS, розробленої ОЄСР. Стандарт міжнародного автоматичного

обміну інформацією про фінансові рахунки в податкових цілях (CRS) являє собою модельний документ, який передбачає щорічний автоматичний обмін інформацією між державами, які прийняли його для використання. У документі описано, яка саме інформація підлягає міжнародному обміну, вказано фінансові організації, які повинні збирати і надавати податково значущі відомості владі для подальшого міжнародного обміну, описано типи рахунків і податкових резидентів, за якими повинна збиратися і надаватися така інформація, а також уніфіковано методи перевірки благонадійності клієнтів під час відкриття рахунків [2]. Обмін податковою інформацією за вказаними стандартами проводиться з 2017 року. Планувалося, що Україна вперше приєднається до обміну у 2020 році, а предметом обміну стануть дані за результатами 2019 року. Проте врегулювання цього питання залишається все ще юридично не закріпленим у національному законодавстві.

Отже, Україна робить впевненні кроки на шляху до вдосконалення податкового контролю, беручи активну участь у реалізації міжнародних проєктів із протидії негативним явищам у сфері оподаткування. Попри це, податкове законодавство все ще має прогалини, які потребують уваги законотворчих органів, зокрема, це стосується питання обміну податковою інформацією з країнами-партнерами із застосуванням стандартів CRS.

Стаття присвячена вивченню процесу впровадження міжнародних стандартів податкового контролю в національну правову систему. Податковий контроль є важливою ланкою державного контролю, яка за ефективного правового регулювання та успішної організації здатна наповнювати бюджет країни необхідними їй коштами для забезпечення стабільного соціального та економічного розвиту держави. Перепоною на шляху досягнення поставленої мети є проблема ухилення від сплати податків, зокрема, з використанням прогалин у законодавстві та міжнародних угодах і недосконалостей правового регулювання податкового контролю. Ухилення від сплати податків давно стало масовим явищем, яке негативно впливає на економічний стан країни, незалежно від рівня її розвитку. Задля протидії цій проблемі розвинені країни беруть активну участь у розробленні та впровадженні дієвих способів здійснення податкового контролю. В умовах сучасних реформаційних процесів та з огляду на розвиток української економіки постає актуальним питання співпраці України з іншими країнами в сфері контролю за оподаткуванням та імплементації міжнародних стандартів податкового контролю у вітчизняне законодавство.

Метою статті є теоретичний аналіз розвитку нормативно-правового забезпечення впровадження в Україні міжнародних стандартів податкового контролю.

У статті розглянуто вплив глобальних негативних явищ, таких як агресивне податкове планування, на міжнародні відносини в сфері оподаткування. Проаналізовано найбільш яскраві тенденції розвитку норм міжнародного податкового контролю та їхній вплив на реформування нормативно-правового регулювання податкового контролю в Україні. Досліджено кроки держави з юридичного закріплення міжнародних стандартів податкового контролю в національному законодавстві. Попри загалом досить позитивну динаміку з впровадження нових стандартів, виявлено юридичну прогалину, що стосується правового регулювання процесу міжнародного обміну інформацією в податкових цілях.

Ключові слова: податковий контроль, протидія розмиванню податкової бази, автоматичний обмін податковою інформацією, План BEPS.

Podolskaya A. Implementation of international tax control standards in Ukrainian legislation

The article is devoted to the study of the process of introducing international tax control standards into the national legal system. Tax control is an important element of state control, which, with effective legal regulation and successful organization, is able to fill the country's budget with the funds it needs to ensure stable social and economic development of the state. The obstacle to achieving this goal is the problem of tax evasion, including the use of loopholes in legislation and international agreements and the imperfections of legal regulation of tax control. Tax evasion has long become a mass phenomenon, which negatively affects the economic state of a country, regardless of its level of development. For the sake of counteracting this problem, developed countries are actively involved in the development and implementation of effective ways of exercising tax control. In the context of modern reform processes and in view of the development of the Ukrainian economy, the question of cooperation of Ukraine with other countries in the sphere of tax control and implementation of international standards of tax control into domestic legislation becomes urgent.

The purpose of the article is a theoretical analysis of the development of regulatory support for the implementation of international tax control standards in Ukraine.

The article deals with the impact of global negative phenomena, such as aggressive tax planning, on international taxation relations. The most prominent tendencies of the development of the international tax control norms and their influence on the reform of the legal regulation of the tax control in Ukraine are analyzed. The steps of the state to legally enforce international tax control standards to national legislation were investigated. Despite the generally positive dynamics in implementing the new standards of identification, there is a legal gap as regards the legal regulation of the international exchange of information for tax purposes.

Key words: tax control, anti-erosion of the tax base, automatic exchange of tax information, BEPS Plan.

Література

1. 1 січня Україна приєднається до Плану BEPS по боротьбі з ухилянням від оподаткування. Урядовий портал від 23.11.2016 р. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/249514846.

2. Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. URL: http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-for-tax-matters-9789264216525-en.htm.

3. Андреюк Н.В. Оподаткування корпорацій в контексті приєднання України до плану BEPS: вектори ймовірних змін. Теоретичні та прикладні питання економіки. 2016. № 1. С. 52–58.

4. Боксер І. Ратифікація MLI-конвенції: наслідки для України, Юридична газета. 2019. № 33–34 (687–688). URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/podatkova-praktika/ratifikaciya-mlikonvenciyi-naslidki-dlya-ukrayini.html.

5. Латковська Т.А. Принцип недопустимості подвійного оподаткування. International scientific and practical conference "Legal practice in EU countries and Ukraine at the modern stage". Arad, Romania : "Izdevniecība Baltija Publishing", 25–26 January, 2019. P. 376–380. 5.

6. Пояснююча записка до проєкту Закону від 30 серпня 2019 р. № 1210 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66520.

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів. Закон України № 1701-VII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1701-18.

8. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адмі-

ністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : проєкт Закону від 30 серпня 2019 р. № 1210. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JI00230A.html.

9. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення податкового контролю за трансфертним ціноутворенням. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/72-19.

10. Угода між Урядом України та Урядом Сполучених Штатів Америки для поліпшення виконання податкових правил й застосування положень Закону США «Про податкові вимоги до іноземних рахунків» (FATCA), ратифіковано Законом № 229-IX від 29 жовтня 2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_005-17#n2.

УДК 341.218.1:342.365
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1001

В. Мельник,
ассистент кафедры политологии
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,
преподаватель кафедры философии и общественных наук
Винницкого национального медицинского университета имени Н.И. Пирогова,
член Американского общества юридической истории,
главный редактор научного журнала «Анналы юридической истории»

ГЕНЕЗИС ФРАНКСКОГО КОРОЛЕВСТВА В V ВЕКЕ: МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОЕ ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

В III–V вв. климатические изменения (похолодание), трансформировавшие структуру хозяйственного развития лесных народов, вытолкнули на историческую арену большинство германских этносов, искавших не только богатства, но и элементарного пропитания. Окончательным катализатором данного миграционного апокалипсиса явились походы гуннов (375–454 гг.). Создание Аттилой (правил в 434–453 гг.) *Гуннского политического объединения*, охватывавшего всю Восточноевропейскую равнину, вынудило многочисленные германские племенные союзы к активизации миграционных движений [1, с. 40].

Что же это были за «*движения*»? Кто-то вошел в состав гуннской армии и принимал участие в конфронтации с Римом или Константинополем, поменяв насиженные места племенной жизни на оккупированные Аттилой территории покорённых варварских союзов и вождеских конфедераций. Кто-то, наоборот, перешел имперскую границу и, после длительных споров с послами императора, *де-юре* обязался защищать Рим или Константинополь.

Для последних римские юристы изобрели интересный правовой режим, давший старт распространённой в современном мире федеративной форме государственного устройства. Речь идёт о праве *foedus* [3, с. 6–8], сформировавшем раннесредневековые *regnum* (т. е. «королевства», хотя для перевода и юридической характеристики, лучше, конечно, употреблять термин «вождество», обоснованный Л.С. Васильевым и Д.М. Бондаренко). Такими *regnum* были политические образования вандалов, аланов, свевов, вестготов, бургундов, остготов [3, с. 4–5].

Племена франков стали в один ряд с указанными народностями лишь в последние десятилетия V века [10]. Можно смело утверждать, что франкская организационная эволюция застала право *foedus* только мельком. Не менее важен и тот факт, что среди перечисленных выше народов франки пребывали в наименьшем историко-культурном соприкосновении с Гуннским политическим объединением Аттилы. Соответственно, франки, не вкусили всех «прелестей» федеративного сожительства с Римской империей или Гуннским союзом, сумев сохранить физические и моральные силы для мощного экспансионистского рывка, совершенного во второй половине V в. [7; 10].

Франки многое выиграли от того, что пропустили других своих германоязычных соседей «вперед». *Они принялись за политическое строительство гораздо позже вандалов, свевов и готов, но зато их структуры оказались менее истощены*

© В. Мельник, 2019

и более выносливы, что в итоге привело к созданию долговременной и устойчивой политико-юридической системы – Французского государства. Однако франкам предстоял еще длительный путь к этой системе.

Вместе со своими ситуативными союзниками (*баварами и алеманами*), франки составили костяк так называемой «второй волны Великого переселения народов» [4, с. 84].

В учёном сообществе принято считать, что именем «франки» римляне обозначали конгломерат различных западногерманских племен и народностей, родственных в культурном отношении, обитавших в нижнем и среднем течении реки Рейн: *салиев, бруктеров, хаттов, хамавов, ампсивариев, хаттуариев, сикамбров, тенктеров, узипов, тубантов, батавов*. Указанные народности всегда проживали в тесном соседстве с рейнским *limes*, участвуя в торговом обмене на рынках Ксантена и Кельна [4].

Объединение рейнских племен произошло не раньше наступления имперского внутриполитического кризиса III в., под давлением социально-демографического взрыва на просторах лесной Европы. *Как всегда, географические факторы определяли изменения в организационно-политической и институциональной структуре отдельных этнических групп* [1, с. 20–21]. С одной стороны, предполагаемое похолодание, истощение почвы, а с другой стороны – увеличение количества жителей неримской Европы. Всё это происходило на фоне активной торговли римлян и германцев [1, с. 20–29].

«Лесные люди» знакомились с римской культурой, хозяйственными инновациями и приспособлениями, экономическими практиками выгодного обмена [1, с. 39–43]. *Рейнские территории* были восприимчивы к римскому образу жизни вследствие близости границы. Это также повлияло на объединение разрозненных пограничных племен и групп. *Новоявленные франки осознавали, что лишь организованный способ существования и жизнедеятельности (в том числе, торговой) даст им возможность противостоять людскому натиску из Восточной Европы*.

Первым тревожным звоночком стало увеличение населения среди алеманнов, живших вдоль течения р. Майнц. Биогеографические закономерности (согласно Л.Н. Гумилеву) любого этносоциального процесса, в том числе и демографического взрыва, однозначны и неизменны: *Закономерность №1*: количество алеманнов увеличивалось, что требовало новых плодородных земель для ведения хозяйства; *Закономерность №2*: поскольку своя земля истощилась, необходимо было немедленно освоить чужую; *Закономерность №3*: отобрать чужие земли без войны представлялось невозможным; *Закономерность №4*: агрессивное восприятие друг друга порождало бесконечную войну в перенаселенной Германии – одни народы гибли, другие заступали на их место, новые народы создавались из остатков прежних.

Постоянная война приводила вновь созданные племенные союзы к необходимости выхода из замкнутого круга, которым могло стать освоение заброшенных после кризиса III в. сельскохозяйственных пространств Римской империи. *Решение аграрного вопроса стимулировало переход из болотистых лесов Рейна на пахотные земли Галлии. Ускорителем данного процесса выступили гуннские нападения* [1; 4; 6; 10].

Практика предоставления и получения права *foedus*, в комплексе с политическим кризисом Западной части Римской империи, обеспечила для большинства германских народов новые земли и новые судьбы. Однако для перехода на римскую территорию варварским племенам необходимо было форсировать границы, вести переговоры, часто прибегать к демонстрации военной мощи. На прирейнской территории это приводило к тому, что

алеманны и другие племена должны были проходить через франкские земли. Этот факт тоже важен как причина организационного сплочения франкского племенного союза. *Во-первых*, франкам необходима была общая военная структура для того, чтобы защищаться от убийств, грабежей и мародерства, неизменно сопровождавших миграции огромных количеств вооруженных людей. *Во-вторых*, франки нуждались в общей политической структуре для дипломатической деятельности, направленной на избежание большого количества столкновений и жертв. Располагая организованным войском (или хотя бы *дружиной – общинным подобием такой организации*), франкские вожди («*рексы*») могли путем переговоров доказывать обоюдную губительность боевых действий прибывающим на прирейнское пограничье с Римом дикарям.

Постоянные военные и дипломатические контакты и конфликты с соседними племенами (особенно *фризами, датчанами и алеманнами*) закаляли франкских дружинников. Кое-кто из историков даже считает, что процесс столкновения в пограничных с Римом районах с огромным количеством мигрирующих племён оформил «мужественный» национальный характер франков, который, возможно, лег в основу их этнонима. К примеру, французские историки считают, что слово «франки» является калькой северогерманского слова *frekkr* – «мужество» или «отвага» [4; 10]. Вполне возможно, что франки являлись таковыми («мужественными» и «отважными») ещё в период своего морского пиратства и разбойничьих странствий по Атлантике и Средиземноморью. Однако в эпоху германского натиска Великого переселения народов V в. франки, без сомнения, уже не были настолько «мужественными» или «отважными». Умение договариваться, активное использование обмана и различных тактик маскировки, направленных на сохранение нажитого имущества, делали из франков народность, выглядевшую на фоне вандалов и гуннов гораздо более «мирной» и, как считали их соседи, более «трусливой». Вся история франков Меровингского периода (от правления Хлодвига в 481–511 гг. до коронации Пипина Короткого в 751 г.) лишена сколь-нибудь значимого героизма. Франки либо были наёмниками римлян и гуннов, либо занимались аннексией территорий, пользуясь исключительно ослаблением своих соседей. *Франкам везло, поскольку они всегда оказывались в нужное время в нужном месте*. Их географическое расположение, полученное после 507 г. как результат изгнания вестготов из Аквитании, предоставило открытый доступ к ослабленным варварским королевствам Иберийского и Апеннинского полуостровов. Усвоив политическую тактику своего времени, франки увеличивали *зону влияния* методами политического вымогательства, шантажа и откровенного воровства. (Из этого меровингского набора позже родилась Каролингская Западная империя *(800–843 гг.)*, что, конечно же, обусловило её низкую легитимность в глазах настоящей Восточной Римской империи) [1; 3; 7].

География рек и лесных массивов сохранила много племенных различий внутри франкской общности. Это является еще одним подтверждением, что *политически франки формировались на почве единства военно-дипломатических интересов различных племён*. Внутри франкского союза очевидно существование двух субэтносов: *салических и рейнских франков*.

Так, о своем триумфальном походе против салиев рассказывал ещё император Юлиан Отступник (361–363). Эти же салии, побежденные Отступником, указываются как вспомогательные подразделения римской полевой армии на страницах «*Notitia Dignitatum*». Из более поздних времен, когда над франками властвовали потомки Хлодвига (VI–VII вв.), учёным хорошо известно о региональном законодательстве

салической ветви франкской народности – так называемой «*Салической правде*» [5, с. 87–88]. В свою очередь, рейнские франки, именуемые также рипуариями, известны нам из источника «*Равеннский космограф*» (годы создания: 475–480). Французский историк Л. Мюссе считал, что *салические и рейнские франки образовывали между собою нечто вроде политического союза, объединявшегося только на время активных военных кампаний* [4, с. 87]. В остальное время два субэтноса жили раздельно.

В любом случае ранняя политическая и юридическая история франков метко выражена одним высказыванием позднейшего меровингского летописца Григория Турского: «*Люди не знают, кто был первым королем у франков*» [8, *Greg. Tur. Hist. Franc.,* II. 8]. Некоторые имена первых вождей сообщает утраченная *Хроника Сульпиция Александра*, обработанная Григорием Турским: в 287–288 гг. хамавский вождь *Генобавд* получил со своим отрядом право *foedus* в составе римской полевой армии Диоклетиана (284–305) [8]. По всей видимости, в процессе Великого переселения народов франки прошли описанный еще Ф. Энгельсом этап взаимного сплочения, в результате которого салические франки взяли рипуариев-рейнцев под свой контроль. Очевидно, что к этому времени относится и формирование вождеской (то есть «*королевской*») династии Меровингов [5, с. 87–151].

Согласно франкским хронистам и рейнским народным преданиям, родоначальником династии Меровингов стал *rex* Меровей. Время правления данного вождя салиев принято относить к 447–457 гг. Кое-кто даже высказывает предположение, будто Меровей командовал франкской дружиной в составе римской армии Флавия Аэция в битве против гуннов на Каталаунских полях.

Образ короля Меровея очень мифологизирован. Люсьен Мюссе даже считает: «... это скорее мифический эпоним династии, нежели реальный персонаж» [4, с. 87]. Вполне возможно, что так оно и было. Но, как показывает опыт сравнительного анализа фольклорных источников, любой персонаж из народной мифологии всегда изображает реальную личность, чьи положительные либо отрицательные черты доведены до крайности воображением рассказчиков. У «короля Меровея» однозначно существовал прототип. И этот прототип необходимо признать первым «собирателем» франкских племен воедино. По всей видимости, именно фольклоризированный прототип Меровея впервые объединил салических и рейнских франков на почве разгрома гуннской армии.

Реальными фактами из политико-юридической истории франков мы начинаем обладать лишь в период правления отца Хлодвига – короля Хильдерика (руководил объединенными франками в 457–481 гг.) [8].

В XVII в. в бельгийском городе Турне, в подвалах католической церкви Сен-Брис, была найдена могила Хильдерика. Это подтверждается не только богатыми сокровищами, но и наличием особого золотого кольца с Хильдериковой печатью [6, с. 265–266].

Известно, что в 450–470-х гг. *rex* Хильдерик со своей франкской дружиной участвовал в гражданской войне на территории римской Галлии. Как известно, в тот период императоры сменяли друг друга, восставали, объединялись и снова воевали. *Западная часть Римской империи переживала тяжелый момент военно-политического крушения*. Многие племенные вожди нанимались то к одному, то к другому претенденту на западный престол, с целью получения выгоды, материальной наживы, чиновничьих регалий, званий, пахотных земель и рабов для своих воинов. *Хильдерик был именно таким человеком – вождём-наёмником, командовавшим франкской дружиной в составе римской полевой армии*. Характеристику политическому образу Хильдерика дал профессор

П. Хизер: «Исторические документы и содержимое могилы в Турне вместе наводят на мысль о том, что он был командующим войском, достаточно сильным, чтобы искать его расположения, мобилизовать и вознаграждать, в то время как последнее поколение западноримских лидеров изо всех сил старалось удержать страну от развала. Но затем, подобно большинству других игроков в этой сложной игре, он, в конце концов, понял, что пора подвести черту под его службой империи и действовать самостоятельно, так как римский центр перестал контролировать любые активы, о которых стоило побеспокоиться» [6, с. 265].

Могила Хильдерика в Турне, как важнейшая археологическая находка, позволяет сделать некоторые политико-правовые выводы [2; 5; 7; 9].

Во-первых, Хильдерик был очень богат. Нажитых франкским вождем богатств в процессе распада Западной части Римской империи вполне хватило бы на жизнь любому представителю знатного сенаторского рода. Считается, что сын Хильдерика Хлодвиг начал политическую карьеру «... лишь как один из нескольких вождей франков одинакового статуса» [6, с. 266]. Однако сложно поверить, чтобы Хильдерик не передал сыну (детям вообще) большую часть своих богатств. Соответственно, представление о его сокровищах должно учитывать фактор семьи, фактор расходов, фактор финансирования военных подразделений. Из всех известных археологических находок в северо-восточной Галлии могила Хильдерика свидетельствует о нём как о самом богатом человеке региона в период крушения Западной части Римской империи.

Во-вторых, количество погребенных сокровищ свидетельствует о том, что род и военная дружина Хильдерика могли себе позволить условно «похоронить» такую часть богатства. Это не только подтверждает большую состоятельность семьи Хильдерика, но и косвенно свидетельствует о всеобщем росте финансово-экономического благосостояния франкских племён. Впрочем, сама могила Хильдерика, найденная в 1653 г., была расположена на бывшей территории казарменного городка римских легионеров. Этот факт говорит о том, что Хильдерик стал первым лидером франков, начавшим экспансию на древние римские земли Галлии. Первой он взял под контроль Бельгию [4, с. 89–92].

Итак, *первоначально политическое ядро франкского союза формировалось на лесных территориях современных Нидерландов, Бельгии и Люксембурга, охватывая также территорию по обе стороны реки Рейн*. Л. Мюссе считал, что первое массовое появление франков в римской северо-восточной Галлии необходимо отнести ко второй половине III в. [4, с. 89]. Франкское королевство возникло из федеративного союза прирейнских германоязычных племён, объединенных общностью географического положения. Пережив вторжение гуннов, алеманнов и бургундов совместно, эти племена сплотились и составили костяк политического объединения, подчинившегося королям Меровею (447–457) и Хильдерику (457–481). Главным политическим институтом раннемеровингского периода (447–481 гг.), исходя из проделанного анализа, следует считать «вождество» – совокупность военной дружины и короля. Главным же юридическим институтом однозначно выступала аграрная община, обеспечившая в течение V века активную колонизацию северо-западной римской Галлии.

Стаття присвячена міждисциплінарному аналізу становлення державності та права у франків. Хронологічні межі статті охоплюють III–V ст. нашої ери, але особливо фокусуються на періоді 451–481 рр., коли франками керували перші вожді з династії Меровінгів – Меровей і Хільдерік. Оскільки авторська позиція ґрунтується на визнанні юридичного

феномена державності результатом дії історико-географічних закономірностей, в центрі дослідницької методики є політико-антропологічний підхід. Раннє Франкське королівство визнається класичним «вождівством», де основний політичний інститут утворює «дружина» – сукупність військових загонів, офіцерська знать і міфологізована персона вождя (він же – король). Це розуміння процесу становлення королівської влади на теренах раннього Франкського королівства автор пропонує поширити на всі королівські династії так званої «варварської Європи», що виникли на уламках Західної Римської імперії протягом V–VI ст. Важливо, що формування варварських королівських династій відбувалось під контролем інститутів римського публічного права. Особливу роль у цьому відігравав lex foedus – правовий режим, що надавав варварським племенам особливі права самоврядування та податкові повноваження в межах Римської імперії, встановлюючи натомість жорсткий військово-політичний контроль із боку римського імператора. При цьому, на відміну від абсолютної більшості інших германських племен варварської Європи, що почали свої федеративні відносини з Римом ще в першому десятиліттi V ст., франки з'явились на політико-юридичній орбіті римських імператорів набагато пізніше. Лише в період правління короля Меровея (457–481) можна говорити про набуття франками статусу римських федератів. І тільки за часів правління короля Хільдеріка (481–511) франки починають становити єдину та стійку військово-політичну силу, основною послугою котрої Риму слід вважати активну участь у придушенні антиімперських бунтів і варварських атак.

Ключові слова: франки, варвари, Західна Римська імперія, військова дружина, королівська влада, влада імператора, аграрна община, право foedus.

Melnyk V. GENESIS of the Frankish kingdom in the V century ad: interdisciplinary historical & legal research

The article deals with the interdisciplinary analysis of the establishment of statehood and legal system in Early Frankish Kingdom. The chronological boundaries of the article cover the III-V centuries AD, but especially focus on the period of 451–481, when the Franks ruled the first leaders of the Merovingian dynasty – Merovech and Childeric. Since the author's position is based on the recognition of the legal phenomenon of statehood as a result of the action of historical and geographical patterns, the political-anthropological approach is at the center of the research methodology. The early Frankish kingdom is recognized as a classic "chiefdom", where the main political institute is "Guards" – a set of military units, officer's nobility and mythologized leader (he is also the king). This understanding of the process of the formation of royal power in the territory of the early Frankish kingdom, the author proposes to extend to the notion of all royal dynasties of the so-called "barbaric Europe" that arose in the wreckage of the Western Roman Empire during the V–VI centuries AD. It is important that the formation of barbaric royal dynasties took place under the control of the institutions of Roman public law. A special role in this was played by lex foedus, a legal regime that gave the barbarian tribes special rights of self-government and tax authority within the Roman Empire, establishing instead a strict military and political control by the Roman emperor. However, unlike the vast majority of other Germanic tribes of barbaric Europe, which began their federal relations with Rome as early as the first decade of the V century AD, the Franks appeared in the political and legal orbit of the Roman emperors much later. Only during the reign of King Merovech (457–481) can we talk

about the acquisition of the status of the Foederati Romani by Franks. And it was only during the reign of King Childeric (481–511) the Franks began to form a single and stable military and political force, the main service of which to Rome should be considered as suppression of anti-imperial rebellions and barbaric attacks.

Key words: Franks, Barbarians, Western Roman Empire, Guards, Royal Authority, Power of the Emperor, Agrarian Community, Lex Foedus.

Литература

1. Ле Гофф Жак. Рождение Европы. Серия «Становление Европы» / пер. с фр. А.И. Поповой ; предисл. А.О. Чубарьяна. Санкт-Петербург : «Александрия», 2014. 398 с.

2. Мальцев М.Г. Варваризация Римской империи как культурно-исторический процесс. Вестник НАСиА ист. фак. Пермского государственного гуманитарно-педагогического университета. История. 2015. № 1 . С. 106–107.

3. Мельник В.М. Замечания о международной правосубъектности варварских королевств Европы (V–VI века). Альманах міжнародного права. Одеса : ВД «Гельветика», 2019. Вип. 21. С. 3–12.

4. Мюссе Люсьен. Варварские нашествия на Европу: германский натиск / пер. с фр. А.П. Саниной. Санкт-Петербург : Евразия, 2008. 400 с.

5. Суровень Д.А. Правовое положение населения по «Салической правде»: к вопросу о сущности варварских обществ и государств. Историко-правовые проблемы: новый ракурс. 2015. № 14. С. 87–151.

6. Хизер Питер. Восстановление Римской империи. Реформаторы Церкви и претенденты на власть. Москва : Центрполиграф, 2015. 575 с.

7. Gasparri Stefano, La Rocca Cristina Maria. Tempi barbarici. L'Europa occidentale tra antichita e medioevo (300–900). Roma : Carocci, 2012. 357 p.

8. Gregory of Tours. A History of the Franks. London : Penguin Classics, 1976. 720 p.

9. Mousourakis George. Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition. Basel : Springer International Publishing, 2015. XVI+328 pp.

10. Stein Ernest. Histoire du Bas-Empire. Tome II, De la Disparition de L'empire D'occident a la Mort de Justinien (476–565). Bruges : Desclüe De Brouwer. 1949. XXXIV+900 p.

УДК 340 (477)
DOI https://doi.org/10.32837/yuv.v0i4.1002

А. Кожевнікова,
аспірантка кафедри теорії, історії держави і права та конституційного права
Навчально-наукового інституту права
Університету державної фіскальної служби України

РОСІЙСЬКО-УКРАЇНСЬКІЙ КОНФЛІКТ. КОНФЛІКТ І КОМПРОМІС У ПРАВІ

Сьогодні подальший розвиток подій на Україні визначається як компромісний сценарій російсько-українського конфлікту. Для вирішення цієї дуже важливої міжнародної проблеми необхідно, насамперед, визначити поняття та специфіку, особливості інтерпретації конфлікту і компромісу та проаналізувати розвиток учень про конфлікт і компроміс.

Конфлікти посідають одне з центральних місць серед типів соціальної взаємодії та міжнародних відносин, які потребують досконалого вивчення.

Насамперед, найбільш повно пізнати правовий конфлікт і правовий компроміс можна на державному рівні організації соціуму.

Держава є вищим рівнем організації соціуму, у межах якого розкриваються всі сутнісні характеристики компромісу і конфлікту. Поясняється це тим, що: по-перше, динаміка конфлікту і компромісу здійснюється в соціально-неоднорідному суспільстві та забезпечується функціонуванням механізму держави; по-друге, природа компромісу і конфлікту розкривається у двох сенсах – широкому (відповідний стан функціонування державно-організованого суспільства) та вузькому (засіб порушення соціальних норм, усунення правових колізій і подолання прогалин у праві); по-третє, ґенезис конфліктів і компромісів зумовлюється професіоналізацією їхніх учасників у межах держави.

Зважаючи на наведе, розглянемо основні ідеї мислителів щодо правового конфлікту та правого компромісу на державному рівні – починаючи від Стародавнього Китаю і Стародавньої Індії та закінчуючи поглядами мислителів XIX – початку XX ст.

Провідний китайський філософ Конфуцій (551–479 рр. до н. е.) і його послідовники були прихильниками родоієрархічної політичної системи держави, що породжувало війну класів і, як правило, призводило до знешкодження середнього класу [5, с. 27–39]. Результатом такої соціальної моделі суспільства є незгасаючі конфлікти. Функціонування конфліктів має не статичний, а постійний динамічний характер. Отже, у суспільстві домінує режим конфліктності, зумовлений постійними протиріччями між членами такого суспільства, зокрема держави, а також між державами.

У конфуціанстві виводять так звану етику «золотої середини», зміст якої полягає в обов'язку кожного члена суспільства жити в злагоді з іншими людьми. На думку Конфуція, названа етика базується на правлінні «аристократів доброчесності та знання», а не «родинного панства та багатіїв». Правитель повинен дотримуватись принципів доброчинності у державному управлінні та забезпечувати рівномірний розподіл багатств [11, с. 32–34]. Така теоретична позиція конфуціанства відрізнялась від фактичного стану справ у державно-політичній системі Стародавнього Китаю, в якій переважали засоби деспотичного насильства над підданими і антиморалістична поведінка в політиці.

© А. Кожевнікова, 2019

Узагальнюючи різнобічні ідеї Конфуція, можна стверджувати, що, незважаючи на закладену в них класову боротьбу, вони в кінцевому підсумку спрямовані на примирення суспільства та компромісний характер його життєдіяльності. Підставою для такого висновку є принцип «хе», який означає єднання та злагоду шляхом протиборства. За словами Конфуція, повноцінне політико-правове рішення можливе лише на засадах врахування різноманітних думок і взаємних поступок. Подібно до того, як майстер-кухар готує смачну страву, наповнену інгредієнтами, що мають суперечливі смакові якості (солоні овочі й солодкі фрукти), так і необхідне рішення приймається у процесі протиборства, поступок, шляхом сполучення «п'яти смаків», «п'яти звуків», «п'яти запахів», тощо [5, с. 34–38].

Необхідно також зазначити, що в конфуціанстві має перевагу природно-правовий підхід до пізнання конфлікту і компромісу. Пов'язано це з тим, що норми доброчинності, моральності (лі, шу, чхун, джень) протиставляються нормам позитивного закону (фа), які, у свою чергу, характеризуються надмірною жорстокістю та цинізмом [5, с. 53–65].

Інший представник китайської філософії Лао-цзи (VI ст. до н. е.), який також є прихильником природно-правого підходу до пізнання конфлікту і компромісу, називає умовою ефективного функціонування держави та її правової системи узгодженість усіх класів на підставі принципу «недіяння» і застосування засобів переконання замість засобів примусу. Лао-цзи стверджує, що якщо застосовується сила, навіть зумовлена нормами права, тоді виникають найбільш гострі конфлікти. Примушення людей робити щось за чиєюсь волею, що ґрунтується на певних правових приписах, не приведе їх до наявності та розуміння встановлених правил, а, навпаки, буде породжувати ще більшу соціальну конфліктність. Розумний правитель застосовує силу лише в тому разі, коли всі інші засоби біли вичерпані [6, с. 21].

Однак деякі представники легізму, наприклад Хай Фей (III ст. до н. е.) [12, с. 210–215], висловлювали позицію щодо наявності інших регулятивних засад, окрім примусу та зміни законів у зв'язку з плином часу. Щодо цього вони були певними передвісниками ідей класичного нормативізму та історичної школи права. Їхній підхід у межах філософії легізму надає можливість говорити про наявність правової конфліктності, зокрема колізії правових норм і вирішення цих колізій за допомогою правокомпромісних засобів. Історичну недосконаліть закону допомагає зазначити система «рінгі», яка полягає у встановленні певних норм шляхом проведення опитування групи людей або населення. Правильність такого підходу підтверджується його історичною живучістю. Наприклад, система «рінгі» знайшла своє відображення в сучасному японському менеджменті. Більшість японських компаній приймає важливі економічні рішення тільки після багатократного вивчення різноманітними співробітниками проблеми та умов її виникнення з подальшим обміном думками та загальним обговоренням шляхів вирішення такої проблеми [19, с. 18–20]. За аналогією систему «рігі» можна порівняти з таким сучасним вітчизняним інститутом конституційного права, як референдум, зокрема консультативний.

В індійській філософії дослідження правого конфлікту і правого компромісу базується на майже схожих типах правого пізнання, таких як теологічно-традиційний, природно-правовий (частково антропологічний) і нормативістський (частково етатистський).

Теологічно-традиційна концепція пізнання правого конфлікту і компромісу знайшла своє відображення в первинних джерелах індійської філософії [13, с. 54–59], таких як Веди (II тис. до н. е.), Упанішади (IX–VI ст. до н. е.), Закони Ману (II ст. до н. е.) тощо.

Основною класовою групою у межах цієї концепції є брахмани (жерці), які

здійснюють тлумачення та забезпечення дхарми (божественно встановлених правил поведінки). Закріплення такого суспільного ладу на рівні правових норм уже на статичному рівні життєдіяльності суспільства встановлювало певний режим конфліктності. Окрім того, чинником посилення конфліктного стану суспільства, зокрема правої реальності, була легалізація данданіті (мистецтва управління за допомогою покарання). Покарання також як і у представників Китайської філософії легізму застосовувалось на принципах нерівності та непропорційності його міри скоєному правопорушенню.

Отже, у межах такого підходу на рівні законів затверджується насильницький консенсус і конфлікт, функціонування яких майже унеможливлює будь-які виявлення правого компромісу. Пов'язано це з тим, що авторитарна група брахманів узурпує владу і встановлює як писані, так і неписані антиправові закони. Тобто будь-яка поведінка, яка не відповідала чинним теологічним правилам і встановленим на їхній основі законам, була протиправною і долалась за допомогою насильства (насильницького консенсусу).

Ці ідеї зазнавали критики і яскравим представником природно-правової концепції дослідження конфліктів і компромісів у Стародавній Індії був філософ Сіддхартха, він же Будда (VI ст. до н. е.). Будда заклав антропологічні засади пізнання правових явищ. Наприклад, за його словами, тільки людська поведінка є першоджерелом суспільних законів [17, с. 113–118].

Будда критикував ідеї теологічно-традиційної концепції пізнання правових явищ і стверджував, що немає законів, наданих Богом. Закони є природним явищем, яке функціонує як незалежний об'єктивний елемент. Звідси він розрізняв природні та суспільні закони. Щоб запровадити суспільні закони, людина спочатку повинна пізнати природні закони, що потребує відповідних знань, а також моралістичних і розумових зусиль. Будда заклав засади природно-правової концепції правопізнання, а також розвинув ідеї антропологічного розуміння права, які базувались на засадах індивідуальної діяльності, результатом якої повинно стати досягнення нірвани (стану найвищого просвітлення).

Отже, Будда висловлював думку щодо обмеження ролі і масштабів насильства, а насильницький консенсус він виключав узагалі як неможливе явище в середовищі, і тільки природні закони мають силу. Пізнання людиною природних законів дає їй можливість діяти на засадах компромісу, навіть під час виникнення конфліктних ситуацій. Слід зазначити, що філософський підхід Будди до пізнання природних явищ розроблявся для невеликої групи осіб, які повинні були тлумачити природні закони для підвищення рівня суспільного існування. Отже, Будда був основоположником професійної групи, яка нині іменується юристами, він заклав основоположні засади презумпції невинуватості в частині неможливості застосування покарання без наявності в суб'єкта вини.

Зважаючи на наведене, ідеї Будди слугували історичним підґрунтям для формування засад демократичної держави, в якій домінує режим компромісності, а державні конфлікти, як і міжнародні, регулюються за допомогою правокомпромісних засобів.

Слід зазначити також, що західноєвропейські та американські дослідження правового конфлікту і правового компромісу були засадою формування у XX ст. теорій правопізнання цих юридичних явищ, а також були використані у працях українських просвітників XIX – початку XX ст., зокрема М.П. Драгоманова (1814–1895 рр.), Лесі Українки (1871–1913 рр.), І.Я. Франка (1856–1916 рр.), Т.Г. Шевченка (1814–1861 рр.) та інших.

Отже, за допомогою аналізу та синтезу наукових ідей західноєвропейських та американських мислителів Нового часу вперше у вітчизняній юриспруденції було сформульовано

принципи правового конфлікту і правового компромісу, до яких віднесено такі:

– принцип правової рівності, заснований на справедливості, за застосування правокомпромісних засобів (І. Кант, Дж. Локк);

– принцип об'єктивації форми та змісту правового конфлікту (Г.В.Ф. Гегель, Т. Джефферсон);

– принцип врахування позиції меншості й дотримання процедури загального виявлення більшістю голосів (Ґ.В.Ф. Гегель, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо).

Наведені принципи слід законодавчо закріпити (з корекцією на сьогодення) з метою ефективного упорядкування правових конфліктів правокомпромісними засобами, а також використовувати їх під час вирішення міжнародних конфліктів.

Сучасний стан законодавства в Україні, яке орієнтовано на забезпечення прав і свобод людини і при цьому здебільшого не має моралістичної основи реалізації своїх положень, є прикладом зазначених протиріч. Зокрема, є велика кількість прикладів поведінки, яка прямо не заборонена законом, і її можна вважати правовою, але її зміст і цільова спрямованість вступають у протиріччя із сенсом і духом права, нормами моралі та моральності. Прикладом цього є спроби деяких політичних сил в Україні, використовуючи нечітке визначення в Основному Законі конституційного ладу України, тлумачити його на свій розсуд.

Отже, тепер необхідно з'ясувати сутність правових конфліктів і правових компромісів у міжнародному складнику правотворчості України, до яких можна віднести такі:

– міжнародні договори і угоди, учасниками яких є Україна (угоди, конвенції, хартії);

– рішення міжнародних судових інституцій;

– міжнародні звичаї (традиції), які Україна визнає як загальнообов'язкові регулятори суспільних відносин.

Варто наголосити на тому, що російсько-український конфлікт пов'язаний із укладенням Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» від 15 травня 2003 р. № 802-IV. Передбачено, що положення Хартії застосовуються до визначеної кількості мов національних меншин. Наприклад, у Законі імперативно визначено, що Хартія, як міжнародний договір, поширюється лише на 13 мов національних меншин (білоруську, болгарську, гагаузьку, грецьку, єврейську, кримськотатарську, молдавську, німецьку, польську. російську, румунську, словацьку та угорську).

Про наявність внутрішнього правового конфлікту в частині відповідності національного законодавства положенням Європейської хартії регіональних мов або мов меншин свідчить також і те, що положення ст. 10 Конституції України не надають розгорнутої відповіді на питання про порядок використання державної та інших мов на території України, а передбачають, що закон має визначати застосування мов в Україні.

Отже, недосконаліть національного законодавства, його неузгодженість із низкою положень Хартії призводять до формування внутрішнього правого конфлікту, зокрема, між положенням Хартії та ст. 10 Конституції України.

Відповідно, є необхідність такого правокомпромісного засобу, як тлумачення Конституційним Судом України ратифікованих положень Хартії та визначення їхньої відповідності ст. 10 Конституції України.

Також дуже важливо застосовувати правокомпромісний засіб під час виконання Мінських угод і підписання інших документів для врегулювання російсько-українського конфлікту.

На підставі вищезазначеного можна констатувати, що комплекс компромісних засобів побудований на принципах взаєморозуміння, взаємопоступки, толерантності, допустимості, обґрунтованості, нормах моралі і моральності,

здійснюється за встановленою процедурою, наприклад, в юридичній практиці така процедура здійснюється відповідно до правових приписів нормативно-правових актів.

Практика прогнозування й розв'язування конфліктів говорить про те, що найчастіше конфлікти виникають і розгортаються з причин власне когнітивних. Люди більшою мірою погано собі уявляють, які психологічні причини виникнення конфліктів, які стани людей у конфлікті, особливості поведінки і спілкування, яка динаміка конфліктів, що стоїть за стратегіями і тактиками конфліктної протидії. Це незнання тільки спричиняє протиріччя, стихійні інциденти, заважає конструктивному розв'язанню конфліктів. Інакше кажучи, однією з найважливіших психологічних причин конфліктів є нестача або недостатній розвиток конфліктологічної компетентності. Ця причина є надзвичайно поширеною і її потрібно обов'язково вивчати також як і політичні конфлікти, основними суб'єктами яких виступають держави, міжнародні політичні спілки, політичні партії тощо, щоб можливо було проводити превентивні міри, а також із метою профілактики конфліктів.

Слід зазначити, що держава, як і будь-який соціальний інститут, не є досконалою формою організації соціуму. Конфлікти постійно виникають у її межах і за її межами, що пов'язано з конфліктністю самої людини. Водночас у державі, на відміну від інших соціальних інститутів, механізм подолання має системну побудову, основними елементами якої є компроміс і консенсус [14, с. 112]. За словами Б.А. Толчинського, у демократичній правовій системі компроміс є основним засобом забезпечення прав і свобод людини й громадянина, а також стабільності та миру.

Сьогодні Україна все ще перебуває на стадії політичного та економічного становлення. Це призводить до того, що Українська держава має відносно обмежені можливості для контролю за суспільною думкою та відповідними соціальними процесами. Вона не може поки ще виявити чітку національну позицію у прийнятті рішень, що зумовлено постійними політичними кризами, відсутністю правлячого центру та підтримки з боку населення, а також відповідними правовими прогалинами. Все це дає можливості будь-якій державі розв'язувати конфліктні ситуації на її території.

Отже, необхідно продовжувати це дослідження та аналізувати перспективи подальших розробок у цьому напрямі, оскільки це сприятиме гармонізації людських відносин, відносин на державному рівні і на рівні міжнародних відносин для врегулювання та мирного вирішення російсько-українського конфлікту.

У статті розглядається проблема співвідношення права та конфліктології, компромісів і колізій у законодавстві для вирішення російсько-українського конфлікту.

Сьогодні, як уже було помічено, Україна знову переживає боротьбу за свою незалежність, а передові знання в цій галузі є дуже важливими зараз і для майбутнього.

Сьогодні подальші події в Україні визначаються як компромісний сценарій російсько-українського конфлікту. Для вирішення цієї дуже важливої міжнародної проблеми необхідно, перш за все, визначити поняття та специфіку особливостей інтерпретації конфлікту та компромісу та проаналізувати розробки доктрин щодо конфлікту та компромісу.

Конфлікти є центральними для типів соціальної взаємодії та міжнародних відносин, які потребують ретельного вивчення.

Перш за все, найповніше знання юридичного конфлікту та правового компромісу можливе на державному рівні організації суспільства.

Держава – це найвищий рівень організації суспільства, в межах

якого розкриваються всі істотні характеристики компромісу та конфлікту.

Зокрема, автор подав рекомендації щодо необхідності проведення наукової дискусії з питань конфлікту та компромісів у праві з метою обґрунтування шляхів удосконалення сучасного права.

Ключові слова: конфлікт, міжнародний конфлікт, компроміс, психологія конфлікту, російсько-український конфлікт, правокомпромісний засіб, легізм, рінгі.

Kozhevnikova A. Russia-Ukraine conflict. Conflict and compromise in law

The paper is given by the problem of the relation between law and conflictology, compromises and conflicts in law to resolve the Russian-Ukrainian conflict.

Nowadays as it has been already noticed Ukraine is once again experiencing the struggle for its independence and advanced knowledge in this field is very important now and for the future.

Today, further developments in Ukraine are defined as a compromise scenario for the Russian-Ukrainian conflict. In order to solve this very important international problem, it is necessary, first of all, to define the notion and specificity of the peculiarities of the interpretation of the conflict and the compromise and the analysis of the development of the doctrines on the conflict and the compromise.

Conflicts are central to the types of social interaction and international relations that require thorough study.

First of all, the most complete knowledge of legal conflict and legal compromise is possible at the state level of the organization of the society.

The state is the highest level of organization of society, within which all the essential characteristics of compromise and conflict are revealed.

So, the author provided recommendations of the need to develop a scientific debate on the issues of conflict and compromise in law in order to justify ways of improving modern law.

Key words: conflict, international conflict, compromise, psychology of conflict, Russia-Ukraine conflict, legal compromise means, legalism, ringi.

Література

1. Артхашастра или «Наука политики» / пер. с санскрита ; изд. подг. В.И. Кальянов. Москва : Науч.-изд. Центр «Ладомир» : Наука, 1993. 793 с.

2. Емельянов С.М. Практикум по конфликтологии. Санкт-Петербург : Питер, 2000.

3. Зазыкин В.Г. Конфликтологическая компетентность как фактор профессионализма госслужащих. Российское государство и государственная служба на современном этапе. Москва, 1999.

4. Зеркин Д.П. Основы конфликтологии. Ростов-на-Дону : Феникс, 1998.

5. История политических и правовых учений : учеб. для вузов / под общ. ред. члена-корреспондента РАН В.С. Нерсесяна. Москва, 1996. 440 с.

6. Лао Дзы. Дао лидера / изложен. Джона Хейдера. Москва : Медков С.Б., 2007. 171 с.

7. Лисицын Д.В. Теория общественного договора Т. Гоббса и Дж. Локка как предпосылка возникновения современной модели конституционализма. Российская юридическая наука на этапе формирования правового государства (Межвузовский сборник научных статей (по материалам научно-практического семинара). Москва : Академия права и управления, 2003. С. 119–131.

8. Шан Ян. Книга правителя области Шан. 2-е изд. / пер. с кит.: вступ. ст., коммент., послесл. Л.С.Переломова. Москва : НИЦ «Ладомир», 1993. 392 с.

9. Обозов Н.Н. Психология конфликта и способы его разрешения. Ленинград : Центр прикладной психологии, 1991. 45 с.

10. Пащук Т.І. Юридичні засоби захисту прав людини: поняття та види Держава і право : зб. наук. праць : Юридичні і політичні. 205. № 28. С. 48–56.

11. Переломов Л.С. Конфуций: жизнь, учение, судьба. Москва : Наука : Восточная литература, 1993. 440 с.

12. Переломов Л.С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая. Москва : Наука, 1981. 333 с.

13. Рогозина З.А. История Индии времен Риг-Веды : сочинение. Санкт-Петербург : Тип.-лит. А.Ф. Марк, 1905. 496 с.

14. Толчинский Б.А. Политический компромис: современная проблематика. Государство и право. 1992. № 12. С. 85–92.

15. Цимбалюк М. Громадянське суспільство як фактор утвердження демократичної правосвідомості. Право України. 2007. № 11. С. 21–25.

16. Хасан Б.И. Психотехника конфликта и конфликтная компетентность. Красноярск, 1996.

17.Чопра Дипак. Будда: история просветления / пер. с англ. А. Крылова. Санкт-Петербург : Мидгард, 2008. 349 с.

18. Юридична конфліктологія / за. ред. В.Н. Кудрявцева. Москва : Юрист, 1997.

19. Эти невероятные японцы: принципы японского управления / К. Паркинсон, М.К. Ростомджи, С.А. Сапре, и др. / пер. В. Вархушева. Москва : Всесоюз. обществ. Фонд защиты от безработицы, 1991. 208 с. / пер. с англ. А. Крылова. Санкт-Петербург : Мидгард, 2008. 349 с.

НОТАТКИ