ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

Науковий журнал

Журнал заснований у 2004 році з ініціативи генерал-лейтенанта міліції ВІТАЛІЯ ФЕДОРОВИЧА ЗАХАРОВА, заслуженого діяча науки і техніки України, кандидата юридичних наук, професора

Свідоцтво про державну реєстрацію – серія КВ № 11724-595 ПР від 12.09.2006

Офіційний сайт: www.pravoisuspilstvo.org.ua

Виходить 6 разів на рік

Адреса редакції: 49064, м. Дніпро, вул. Орловська, 1-Б тел.: (056) 371-51-47

ISSN 2078-3736

У номері

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

ЦИВІЛІСТИКА

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

РЕЦЕНЗІЇ

2 2020

ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

2 • 2020

Науковий журнал

Науковий журнал. Заснований у 2004 році. Засновники: ВНПЗ «Дніпровський гуманітарний університет», Фонд юридичної науки Академіка права В.В. Сташиса, Національна академія внутрішніх справ. Видавець – ВНПЗ «Дніпровський гуманітарний університет». На підставі Наказу Міністерства освіти і науки України № 6143 від 28.12.2019 р. (додаток 4) журнал внесений до Переліку наукових фахових видань України (категорія «Б») у галузі юридичних наук (081 – Право, 293 – Міжнародне право, 262 – Правоохоронна діяльність).

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Головний редактор **М.В. Корнієнко**

Редакційна колегія не завжди поділяє позицію автора

За точність викладеного матеріалу відповідальність покладається на авторів

Зміни до тексту та скорочення, що не впливають на зміст матеріалів, а також їх перейменування вносяться редакцією без узгодження з автором

Рукописи не рецензуються і не повертаються

Ухвалено до друку та поширення через мережу Internet Вченою радою Дніпровського гуманітарного університету (протокол № 5 від 27.02.2020 р.)

Бандурка О.М. – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України;
Бігняк О.В. – доктор юридичних наук, доцент;
Богатирьов І.Г. – доктор юридичних наук, професор;
Блінова Г.О. – кандидат юридичних наук, доцент;
Грабовська Сабіна – доктор хабілітований (Жешув, Польща);
Ємець Л.О. – доктор юридичних наук, доцент;
Калюжний Р.А. – доктор юридичних наук, професор;
Колпаков В.К. – доктор юридичних наук, професор;
Корнієнко М.В. – доктор юридичних наук, професор;
Легка О.В. – доктор юридичних наук, доцент;
Макушев П.В. – доктор юридичних наук, професор;
Негодченко В.О. – доктор юридичних наук, професор;
Петруненко Я.В. – кандидат юридичних наук, доцент;
Торяник В.М. – доктор політичних наук, професор;
Хрідочкін А.В. – доктор юридичних наук, кандидат історичних наук, доцент;
Чернєй В.В. – доктор юридичних наук, професор;
Ярмиш О.Н. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України.

© ВНПЗ «Дніпровський гуманітарний університет», 2020
© Всеукраїнський фонд юридичної науки академіка права В.В. Сташиса, 2020
© Національна академія внутрішніх справ, 2020

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА:
ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

АНДРУСИШИН Р. М.,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри
соціальних дисциплін
факультету № 3
(Інститут з підготовки фахівців
для підрозділів Національної поліції
Львівського державного університету
внутрішніх справ)

УДК 159.922.76 - 056.49
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.1

ДЕВІАНТНА ПОВЕДІНКА ЛЮДИНИ, ЇЇ ПРИЧИНИ ТА ШЛЯХИ ПОПЕРЕДЖЕННЯ

У статті розглянуто основні проблеми девіантної поведінки людини в сучасному українському середовищі. Інтерес до проблеми девіантних виявів людини та їх профілактики нині все більше зростає, оскільки девіантна поведінка людей набула впродовж останніх десятиліть значного поширення, що спонукало вчених до активних пошуків ефективних шляхів її попередження та усунення, а владні структури – до оновлення законодавчих актів і розроблення довготривалих програм, дотичних до змісту девіацій.

Окресливши межі соціологічної інтерпретації девіантної поведінки, можемо сказати, що девіантна поведінка – це поведінка індивіда чи групи, що не відповідає загальноприйнятим нормам, у результаті чого ці норми порушуються. Вивчено історичні й сучасні наукові погляди на природу відхиленої поведінки, зокрема її детермінацію (причини, мотиви, чинники), закономірності формування, механізми функціонування. Визначено такі групи факторів, які спричиняють відхилену поведінку особистості, як зовнішні умови фізичного середовища, зовнішні соціальні умови, внутрішні спадково-біологічні та конституційні передумови, внутрішньо особистісні причини й механізми девіантної поведінки.

Проаналізовано основні чинники девіацій задля виявлення причин, які впливають на формування й виникнення девіантної поведінки людей, адже науковий інтерес до проблеми девіантних проявів серед людей та їх профілактики зростає в Україні дедалі більше.

Ключові слова: *підлітки, особистість, девіантна поведінка, чинники, теорії, концепції, соціологічний підхід, психологічний підхід.*

Andrusyshyn R. M. Deviant human behavior, its causes and ways to prevent

The article deals with the main problems of human deviant behavior in the modern Ukrainian environment. The interest in the problem of human deviant manifestations and their prevention is increasing today, as the deviant behavior of humans has

become widespread over the last decades, prompting scientists to actively seek effective ways of preventing and eliminating it, and the power structures to update legislation and develop long-term programs, concerning the content of deviations.

Having outlined the limits of the sociological interpretation of deviant behavior, we can say that deviant behavior is the behavior of an individual or group that does not conform to generally accepted norms, which results in these rules being violated. The historical and modern scientific views on the nature of deviant behavior are studied: its determination (reasons, motives, and factors), patterns of formation, and mechanisms of functioning. The following groups of factors are determined which lead to deviant behavior of the individual: external conditions of the physical environment, external social conditions, internal hereditary and biological and constitutional conditions, internal personal reasons and mechanisms of deviant behavior. The reasons for deviant behavior are sought by sociologists in different directions: in the imperfection of human nature and various vices of people; in their biological and psychological characteristics; in social conditions of life. Therefore, the causes of deviant behavior can be reduced to three types of explanations: biological, psychological and sociological. Each member of a society must know what behavior he can expect from his surrounding people, the behavior of which other members of society expect from him, to which social norms must be socialized children.

Key words: *adolescents, personality, deviant behavior, factors, theory, concept, sociological approach, psychological approach.*

Вступ. Девіантні форми поведінки нині не тільки стрімко поширюються, але й набувають особливих рис, незвичних і навіть лякливих для суспільства. Крім того, через те, що девіації іноді прямо ведуть до протиправних і злочинних дій, стає зрозумілим інтерес до цього феномена і з боку фахівців, і з боку суспільства загалом [1, с. 190].

Невизначеним є комплекс причин та факторів, що детермінують соціальні відхилення, особливості девіантної поведінки в молодіжному середовищі. Ці обставини істотно актуалізують необхідність всебічного наукового пізнання соціального феномена девіації, причому в узагальненому та систематизованому взаємозв'язку всіх видів девіантної поведінки [2, с. 91].

Постановка завдання. Метою статті є розгляд основних проблем девіантної поведінки людини в сучасному українському середовищі.

Результати дослідження. Сучасні знання про девіантну поведінку особистості дають змогу стверджувати, що ми маємо справу з надзвичайно складною формою соціальної поведінки особистості, яка детермінується системою взаємопов'язаних факторів.

Сутність девіантної поведінки полягає в тому, що людина не дотримується вимог соціальної норми, вибирає відмінний від вимог норми варіант поведінки в тій чи іншій ситуації, що веде до порушення процесу взаємодії особистості та суспільства. В основі відхилень поведінки переважно лежать конфлікт інтересів, цінностей, розбіжність потреб, деформація засобів їх задоволення, помилки виховання, життєві невдачі та прорахунки [3, с. 629].

Дослідниця Є.В. Змановська визначає такі групи факторів, що детермінують девіантну поведінку особистості:

– зовнішні умови фізичного середовища;

– зовнішні соціальні умови;

– внутрішні спадково-біологічні та конституційні передумови;

– внутрішньо особистісні причини та механізми девіантної поведінки.

До зовнішніх фізичних умов девіантної поведінки відносять такі фактори, як кліматичний, геофізичний, екологічний. Наприклад, такі явища, як шум, геомагнітні коливання, можуть стати неспецифічними причинами агресивної або іншої небажаної поведінки. Навпаки, приємні умови зовнішнього середовища можуть знижувати вірогідність девіацій.

Більш важливим фактором, який діє на поведінку особистості, є зовнішні соціальні умови. До них належать:

– суспільні процеси (соціально-економічна ситуація, державна політика, традиції, мода, засоби масової інформації тощо);

– характеристики соціальних груп, у які включена особистість (расова приналежність, етнічні установки, субкультура, соціальний статус, приналежність до навчально-професійної групи, референтна група);

– мікросоціальне середовище (рівень і стиль життя сім'ї, психологічний клімат у сім'ї, особистості батьків, характер взаємовідносин у сім'ї, стиль сімейного виховання, друзі, інші значимі люди) [4, с. 26–27].

Ю.А. Клейберг трактування причин девіантної поведінки тісно пов'язує з розумінням самої природи цього соціально-психологічного явища. Відомо, що в людській поведінці поєднуються компоненти різного рівня, а саме біологічні, психологічні й соціальні. Залежно від того, якому з них у рамках тієї чи іншої теорії надається велике значення, визначаються основні причини цієї поведінки [3, с. 631; 5].

Різними авторами називаються інші фактори соціальних девіацій, зокрема індивідуальні відмінності між учасниками соціальної взаємодії, невиконання соціальних очікувань, невідповідність між особистими якостями людей і розподілом благ, вплив норм девіантної субкультури. Водночас соціологи того часу виявили зв'язок між соціально-економічними умовами існування суспільства й девіантною поведінкою, не змогли до кінця диференціювати та пояснити природу цих відхилень.

У рамках вітчизняних досліджень проблеми девіантної поведінки переважно пояснюються двома причинами, а саме суперечністю між вимогами норми й вимогами життя, з одного боку, та невідповідністю вимог життя інтересам цієї особистості, з іншого боку. Це викликано протиріччям розвитку суспільства. Основним тут є протиріччя між стабільністю та мобільністю суспільства як системи.

Деякі дослідники вважають, що головною причиною всіх соціальних відхилень є соціальна нерівність. Вона породжує протиріччя між потребами та нерівними можливостями їх задоволення залежно від того, до якої соціальної групи належить індивід, який соціальний статус він має. Соціологічні теорії не пояснюють, чому в одних і тих самих соціальних умовах різні люди демонструють різну поведінку. Слід відзначити, що соціальні умови дійсно визначають характер соціальних девіацій (масштаб поширення цих явищ у суспільстві чи соціальній групі). Проте їх недостатньо для пояснення причин і механізмів девіантної поведінки конкретної особистості [3, с. 631].

У дослідженні Т.З. Гарасиміва девіантна поведінка розглядається у контексті уявлень про особливості людської поведінки загалом. Акцент перш за все робиться на її внутрішніх детермінантах, бо, як відомо, внутрішнє зумовлює зовнішнє, хоча зовнішнє, за принципом зворотного зв'язку, також впливає на внутрішнє. Переважно аналізуються причини виникнення та специфіка девіантної поведінки як такої. Тут не можна не погодитися з тим, що загальна теорія соціальних відхилень перебуває ще в процесі становлення й формується на основі низки наукових дисциплін, а саме філософії, соціології, теорії права, кримінології, психології, біології та медицини, тому дослідження механізмів соціальних відхилень необхідно проводити на підставі комплексного методу пізнання [1, с. 291]. Девіантна поведінка часто стає наслідком негативного психотерапевтичного та психічного впливу. Так, коли соціальна терапія проводиться без урахування індивідуальних рис особистості, цей вплив може привести до найрізноманітніших результатів, іноді прямо протилежних [1, с. 296]. Одним із них є так званий ефект бумеранга, коли людина, сприймаючи інформацію, спрямовану на зміну її соціальних настанов, ще більше в них зміцнюється. Суб'єктивно-індивідуальна особливість сприйняття інформації в таких ситуаціях пояснюється не тільки відносною психологічною неспроможністю людини до об'єктивності, але й упередженим ставленням її до джерел інформації, коли ворожість до неї, що виникла або існує, лише зміцнює вихідні позиції. «Ефект бумеранга» можна спостерігати у взаєминах типу «батьки і діти», «вчитель

і учень», «лектор і аудиторія», «керівник і підлеглий», «лідер і маса населення», «правоохоронець і правопорушник» [6, с. 174].

За «ефекту бумеранга» не тільки спостерігається протилежний очікуваному результат, але й можуть виникати і девіантні форми поведінки, як протест. Нетрадиційні дії девіанта особливо характерні у дитячому та юнацькому віці. Під час поєднання з впливом сильного стресора, а також за дефектах морального й правового виховання, як і дефектах психіки, започатковуються складніші, явно небезпечніші риси девіантності, загалом формується особистість делінквента, злочинця.

Отже, загалом стан здоров'я, психіки має велике значення для формування потреб і мотивації поведінки особи, а з огляду на те, що на фоні науково-технічного прогресу у людей стрімко зростає кількість нервово-психічних розладів, зростання психічних захворювань у розвинутих країнах набуває дедалі загрозливіших масштабів, не враховувати цю обставину під час дослідження проблеми людини, її діяльності та поведінки просто неможливо [1, с. 297]. До суб'єктивних, психологічних факторів, що впливають на формування девіантних форм людської поведінки, належать свідоме й несвідоме ставлення до явищ дійсності. Щодо свідомості, то вона безпосередньо пов'язана зі знанням про довкілля, його закони.

Удосконалення свідомості К.Г. Юнг називав культурним надбанням, що «у будь-якому випадку є розвитком людських можливостей розрізнення і здатності до судження – свідомості взагалі. Із збільшенням знань і підвищенням критичних здібностей були закладені основи для повсюдного подальшого розвитку людського розуму з позиції інтелектуальних досягнень» [7, с. 592]. Стосовно несвідомого свого часу З. Фрейд писав, що дуже важко переконати людей у його реальності та навчити їх тому новому, що суперечить їх свідомому знанню [1, с. 298; 8, с. 369]. Несвідоме пов'язане з пам'яттю і, відповідно, зі спогадами, які можуть нагадувати не тільки про щось гарне, приємне, але й про ті випадки та вчинки, про які особа намагається забути. Так формуються певні комплекси, тобто поєднання окремих психічних процесів у специфічну цілісність, а вона зумовлює стійкість комплексів, через що вони можуть тривалий час впливати на мотиви поведінки, спрямовуючи її в той чи інший бік. У будь-якому разі комплексам властиві ознаки конфлікту, шоку, потрясіння, ніяковості, несумісності. Вони завжди містять спогади, бажання, побоювання, обов'язки, необхідності або думки, яких ніяк не можна позбутися, тому вони постійно заважають і шкодять, утручаючись у наше свідоме життя [1, с. 298; 7, с. 574].

Висновки. Зазвичай вчені пояснюють девіантну поведінку неповнолітніх недоліками виховання, внаслідок чого формуються стійкі психологічні властивості, які зумовлюють вчинення не схвалюваних суспільством дій. У неповнолітньому віці девіації можуть бути наслідком незавершеності процесу формування особистості, негативного впливу сім'ї, залежності від найближчого оточення й прийнятих у ньому ціннісних орієнтацій. У більш зрілому віці девіантна поведінка може бути результатом неправильного розвитку особистості або дії несприятливої ситуації, в якій вона опинилась [9, с. 38].

Отже, девіація як соціальне явище може розглядатися як форма дезорганізації світогляду та поведінки індивіда, групи чи категорії осіб, яка характеризується невідповідністю моральним і правовим нормам та очікуванням суспільства. Відповідно, девіантність може розглядатись як якісна характеристика суб'єкта девіації.

Список використаних джерел:

1. Гарасимів Т.З. Природні та соціальні детермінанти формування девіантної поведінки людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 420 с.

2. Знаковська Н.М. Проблеми девіантної поведінки в сучасному українському молодіжному середовищі. Соціологія. 2014. № 6 (110). Червень. С. 90–95.

3. Чайковська О.М. Складові системи чинників девіантної поведінки підлітків. Збірник наукових праць КПНУ імені Івана Огієнка Інституту психології імені Г.С. Костюка НАПН України. Проблеми сучасної психології. 2015. Вип. 28. С. 627–637.

4. Змановская Е.В. Девиантология (Психология отклоняющегося поведения) : учебное пособие для студентов высшего учебного заведений. Москва : Издательский центр «Академия», 2003. 288 с.

5. Клейберг Ю.А. Психология девиантного поведения : учебное пособие для вузов. Москва : Юрайт, 2001. 160 с.

6. Мельник П.В. Попередження професійної деформації особистості окремих працівників міліції. Науковий вісник Державної податкової адміністрації України. 1998. № 2. С. 174–178.

7. Юнг К.Г. Психологические типы. Минск : Попурри, 1998. 656 с.

8. Фрейд З. Психология бессознательного : сборник произведений / сост., науч. ред., авт. вступ. ст. М.Г. Ярошевский. Москва : Просвещение, 1989. 438 с.

9. Зобенько Н.М. Деякі аспекти дослідження проблеми девіантної поведінки неповнолітніх. Рідна школа. 2012. № 3 (березень). С. 36–40.

АТАМАНОВА Н. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін
*(Міжнародний гуманітарний
університет)*

УДК 341.24(477)
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.2

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

У статті проаналізовано полеміку щодо складових частин процесу тлумачення міжнародних договорів як у загальнотеоретичному, так і у спеціально юридичному вимірі.

Розкрито, що Конституція України визначає неможливість укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, що є можливим лише після внесення відповідних змін до Конституції України. Цим пояснюється пріоритет Конституції України над міжнародними договорами. Досліджено, що Основний Закон не дає відповіді на інші важливі питання, наприклад співвідношення міжнародних договорів, які стали частиною законодавства, та інших законів, а також правова природа інших міжнародних договорів, які не потребують ратифікації Верховною Радою України (міжурядові, міжвідомчі договори).

Виявлено, що співвідношення приписів міжнародного договору й законів України є важливим питанням, що необхідно для правильного застосування їх положень. У результаті ратифікації, яка здійснюється шляхом надання згоди Верховної Ради України у формі закону, міжнародний договір стає частиною національного законодавства.

З'ясовано, що, визнавши примат міжнародних договорів над національним законодавством, окрім Конституції України, законодавець зобов'язує до застосування норм міжнародного договору, який набув у відповідному порядку чинності для України.

Сформульовано твердження в літературі щодо необхідності закріплення положення пріоритетності міжнародних договорів на рівні Конституції України, а не закону. Залишилось невирішеним питання співвідношення законів та міжнародних договорів у тому разі, коли немає жодних розбіжностей, колізій.

Розглянуто роль, місце та значення міжнародних договорів у національній правовій системі. Досліджено форми взаємодії конституційного права України та міжнародних договорів. Проаналізовано проблеми чинності міжнародних договорів, а також згоду на обов'язковість ратифікації Верховною Радою України. Розглянуто проблеми визначення ролі співвідношення джерел міжнародної та національної правової системи, бо вони є не менш складною та невизначеною проблемою, ніж співвідношення актів внутрішньодержавного права.

Ключові слова: міжнародний договір, національне законодавство, правова система, правовий статус, держава, Україна, Конституція.

Atamanova N. V. The role and importance of international treaties in the national legal system of Ukraine

The controversy over the constituents of the process of interpretation of international treaties, both in the theoretical and the specifically legal dimension, is analyzed.

It is revealed that the Constitution of Ukraine determines the impossibility of concluding international treaties that are contrary to the Constitution of Ukraine, which is possible only after the corresponding amendments to the Constitution of Ukraine are made. This explains the priority of the Constitution of Ukraine over international treaties. It has been investigated that the Basic Law does not answer other important questions, for example: the ratio of international treaties that became part of the legislation and other laws, as well as the legal nature of other treaties that do not require ratification by the Verkhovna Rada of Ukraine (intergovernmental, interagency treaties).

It is found that the relation between the provisions of the international treaty and the laws of Ukraine is an important issue that is necessary for the correct application of their provisions. As a result of the ratification, which is done through the consent of the Verkhovna Rada of Ukraine in the form of a law, the international treaty becomes part of the national legislation.

It is found that by recognizing the primacy of international treaties over national law, except for the Constitution of Ukraine, the legislator obliges to apply the rules of an international treaty, which entered into force in Ukraine in due course.

The statement is made in the literature of the need to consolidate the position on the priority of international treaties at the level of the Constitution of Ukraine, not the law. The question of the correlation between laws and international treaties remains unresolved when there are no differences, conflicts.

The role, place and significance of international treaties in the national legal system are considered. Forms of interaction between constitutional law of Ukraine and international treaties are investigated. The problems of the validity of international treaties as well as the consent to the binding ratification by the Verkhovna Rada of Ukraine were analyzed. The problems of determining the role of the ratio of the sources of the international and national legal system are considered, because they are no less complex and undefined than the ratio of acts of domestic law.

Key words: *international treaty, national legislation, legal system, legal status, state, Ukraine, Constitution.*

Вступ. Міжнародні договори є одним із найбільш важливих джерел права. Саме вони установлюють деякі основи правового порядку та разом з іншими джерелами в міжнародному праві (міжнародними звичаями, принципами міжнародного права тощо) складають

його нормативу систему, що має регулювати окремі відносини між людьми, забезпечувати мир у світі загалом та стабільність зокрема. Отже, визначення ролі та значення міжнародних договорів є досить важливими аспектом їхньої реалізації в рамках міжнародного права. Такими непрямими доказами значної ролі тлумачення міжнародного договору в міжнародному праві є започатковане ще у період римського права певне правило щодо визнання праць визнаних фахівців у сфері права всіх націй додатковим джерелом права, до якого можуть звертатися суди та яке має враховуватися під час постановлення судового рішення.

Отже, тлумачення міжнародних договорів актуальне не тільки для міжнародного права, але й для права кожної країни, оскільки міжнародний договір у значній частині країн (лише за винятком країни-представника в англо-саксонській правовій сім'ї) окреслюється частиною національного права згідно з міжнародними зобов'язаннями країн-учасниць.

Однак Конституція України не чітко окреслює місце міжнародного договору в національній правовій системі, а тільки визнає їх у статті 9 частиною національного законодавства.

Теоретичною основою дослідження є праці таких учених, як І.І. Забокрицький, М.І. Козюбра, М.Д. Савенко, О.В. Совгиря, Н.Г. Шукліна, С.С. Алексєєв, А. Барак, Д. Бедерман, М. Бодіг, Ч. Варга, Є.В. Васьковський, Е. Ваттель, М.М. Вопленко. Кожен із цих авторів намагався вивчити деякі складові частини процесу тлумачення міжнародних договорів як у загальнотеоретичному, так і у спеціально юридичному вимірі загалом та з точки зору теорії права й теорії міжнародного права. Насамперед слід визначити роль, місце та значення міжнародних договорів в українській правовій системі.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження місця міжнародних договорів в національній правовій системі України та особливостей їхнього тлумачення національними судами.

Результати дослідження. Важливу роль тлумачень міжнародних договорів разом зі власне їхніми нормами підтверджує досить широка практика застосування судового прецеденту міжнародними судовими органами, які дуже часто звертаються до своїх попередніх рішень, а також рішень інших міжнародних судових органів під час розглядання справ. Крім цього, міжнародні договори за своєю природою передбачають власний постійний розвиток.

Україна – це одна з тих країн, яка не володіє ані конституційно закріпленим примат ом норм міжнародних договорів у національній правовій системі, ані своєрідною ієрархією законодавчих актів, тому питання про роль, місце та значення міжнародних договорів у національному праві стоїть досить гостро.

Саме тому забезпечення прав людства та міжнародного правопорядку потребує об'єднання зусиль усіх держав світу та взаємоузгодження міжнародного права з національними системами права. Це обумовлено значною кількістю держав зі своїм законодавством, що забезпечує їхні різнобічні національні інтереси, та наявністю багатьох тисяч універсальних, регіональних та двосторонніх міжнародних договорів, що нагально вимагає узгодження міжнародного й внутрішньодержавного права для уникнення можливих колізій між двома системами права та появи напруженості у відносинах між державами та іншими суб'єктами міжнародного права [4, с. 144]. Вирішальна роль у забезпеченні міжнародного правопорядку, як зазначав В. Шаповал, належить конституційному праву, зокрема головному джерелу цієї галузі, а саме конституції [7, с. 88].

Водночас однією з характерних ознак конституціоналізму є практика врегулювання на конституційному рівні співвідношення та взаємозв'язку міжнародного й національного права. Як і національне право, міжнародне право має свою систему, складовими частинами якої є загальновизнані принципи, міжнародні договори, договірні та загальноправові норми, резолюції міжнародних організацій, рішення міжнародних судових органів, такі його інститути, як міжнародне визнання, правонаступність, міжнародна відповідальність.

Згідно зі статтею 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною українського законодавства [1]. Таке конституційне положення надалі конкретизувалося в законодавчих актах. Як зазначав О.В. Совгиря, це формулювання не є вдалим. Отже, він виділяв такі проблеми, які з цим пов'язані:

1) відсутність положень щодо пріоритету норми міжнародного договору над нормами національних законів у випадку їхньої колізії;

2) невизначеність самого статусу міжнародних договорів, які не потребують згоди Верховної Ради України на їх обов'язковість;

3) незрозумілість поняття «згода на обов'язковість» та його співвідношення з поняттям «ратифікація» [6, с. 298].

Проте, окрім Конституції України, роль та місце міжнародного договору в самій системі українського права визначається певним законом України та іншим нормативно-правовим актом, що володіє статусом закону. Отже, варто звернутись до Закону України «Про міжнародні договори України» (зі змінами від 2 січня 2020 року № 1906-IV) [2].

В цьому Законі вже присутнє чітке легальне визначення поняття «міжнародний договір». Так, у статті 2 цього Закону міжнародними договорами України визнаються договори, які складені у письмовій формі з іншою іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, що врегульовується міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, та незалежно від їх конкретних найменувань (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

Крім того, стаття 3 вищезгаданого Закону визначає певні види міжнародних договорів України. Так, від імені нашої країни міжнародний договір укладається Президентом України або, згідно з його дорученням, представником; зі сторони Уряду України – Кабінетом Міністрів України чи, за дорученням, його представником; від імені міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади, державного органу – цими міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади та державними органами зокрема.

Так, від імені України може укладатися такий міжнародний договір:

1) політичний, мирний, територіальний і такий, що належить до державного кордону, договір, розмежування виключних (морських) економічних зон та континентальних шельфів України;

2) такий договір, що захищає права, свободу й обов'язки людини та громадянина;

3) договір щодо участі України в міждержавному союзі та іншому міждержавному об'єднанні (організації), системі колективної безпеки;

4) договір щодо військової допомоги і, відповідно, направлень підрозділу Збройних Сил України до інших країн або допуску підрозділів збройних сил інших країн на територію нашої держави, щодо умов їхнього тимчасового перебування, зокрема строків виведення, фінансово-економічного, екологічного аспектів цієї справи;

5) договір щодо можливості використання як самої території, так і природних ресурсів нашої країни;

6) договір, якому за домовленості сторін, надається міждержавний характер [3, с. 73].

Водночас від імені Уряду України може укладатись міжнародний договір України з економічного, торговельного, науково-технічного, гуманітарного та іншого спрямування, що віднесено до відання Кабінету Міністрів України.

Також подається визначення міжвідомчого договору, яким визнається міжнародний договір України з питань, віднесених до відання міністерств та інших центральних органів виконавчої влади.

Стаття 8 цього Закону регламентує сам процес надання згоди нашої країни на обов'язковість для неї міжнародного договору. Така згода може надаватись методом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору та приєднання до договору [8, с. 94]. Окрім цього, згода може надаватись іншим шляхом, про який можуть домовитися сторони.

Водночас стаття 9 того же Закону регламентує порядок ратифікації міжнародних договорів України. Отже, визначено, що ратифікація певного міжнародного договору нашої країни здійснюється за допомогою прийняття законів щодо ратифікації, де невід'ємною частиною є сам текст міжнародних договорів, тому на базі вже підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України певного закону Голова Верховної Ради України отримує можливість підписати цю ратифікаційну грамоту, яка також засвідчується підписом

Міністра закордонних справ України, коли цим договором передбачено такий обмін грамотами [4, с. 158].

Крім того, стаття 9 цього Закону містить сам перелік договорів міжнародного характеру, що насамперед підлягатимуть ратифікації. Отже, ними є:

1) політичний (щодо дружби, взаємної допомоги та співробітництва, нейтралітету), територіальний договір і такий договір, який може стосуватися державного кордону, розмежування виключних (морських) економічних зон та континентальних шельфів України, мирний договір;

2) договір, який захищає права, свободу й обов'язки людини й громадянина;

3) загальноекономічний договір (щодо економічного й науково-технічного співробітництва);

4) договір щодо участі України в певному міждержавному союзі та іншому міждержавному об'єднанні (організації), а також системі колективної безпеки;

5) договір щодо військової допомоги та направлення підрозділу Збройних Сил України до інших держав або навпаки, їх умов перебування;

6) договір, що стосується питання передачі історичних і культурних цінностей народу України, зокрема об'єкта права державної власності нашої країни;

7) договір, під час виконання якого обумовлюється деяка зміна національних законів або який вимагає прийняття вже нового закону України;

8) інший міжнародний договір, ратифікація якого передбачена міжнародними договорами чи законами України.

Отже, порівнюючи положення статті 9 Конституції України з положеннями цих статей, можемо дійти висновку, що в нашій країні може існувати міжнародний договір, який не є частиною українського законодавства, адже стаття 9 Конституції України досить чітко визначила, що частиною українського законодавства є тільки той чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого буде надана Верховною Радою України. Ця згода надається згідно з цитованою вище статтею 9 Закону «Про міжнародні договори України» у вигляді закону щодо ратифікації окремих міжнародних договорів. Мається на увазі, що, стоячи на позиціях більш крайнього формалізму, можемо зробити висновок, що насамперед укладені від імені України міжвідомчі угоди, які не вимагають ратифікації згідно зі статтею 9 Закону «Про міжнародні договори України», не можуть застосовуватись, адже не визнаються частиною українського законодавства статтею 9 Конституції України.

Цьому питанню також приділив увагу пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду як цивільних, так і кримінальних справ.

Варто також зауважити, що, згідно зі статтею 14 Закону «Про міжнародні договори України», певний міжнародний договір набуває чинності для нашої країни вже після надання нею згоди на обов'язковість міжнародних договорів згідно з цим Законом в порядку й термін, передбачені договором, чи в інший погоджений сторонами спосіб.

Проте найбільш актуальною для досягнення цілей дослідження статтею цього Закону є стаття 19, що називається «Дія міжнародних договорів України на території України», яка в першій частині вже визначала, що чинний міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, є вже частиною національного законодавства, відповідно, вони застосовуються в порядку, який передбачений для норм українського законодавства. Фраза «застосовуються в порядку, який передбачений для норм національного законодавства» ще більше породжує запитань, аніж відповідей, оскільки без більш чіткого зазначення місця міжнародного договору в правовій системі досить складно визначити, у якому саме порядку його треба застосовувати, бо в національному законодавстві передбачена певна ієрархія нормативно-правових актів, а від місця нормативно-правового акта в цій ієрархії залежить сам порядок його застосування.

Отже, один з альтернативних підходів до питання визначення місця міжнародних договорів у національному праві України запропонував М.Д. Савенко. Фахівець запропонував надавати пріоритет визнаним державою міжнародним актам із прав людини. Особливо

варто зазначити, що він пропонував надавати пріоритет таким договорам також над нормами Конституції України, базуючи свій висновок на положеннях статті 3 Основного Закону, відповідно до якого людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека визнаються в нашій країні найвищою соціальною цінністю [5, с. 13].

Такий підхід є досить цікавим, проте все ж таки не безспірним. Зокрема, надання пріоритетності міжнародним договорам із прав людини над Конституцією України, очевидно, покликано забезпечити дотримання загальновизнаних світових стандартів прав людини, що передбачено певними міжнародними договорами. Саме це мотивує власну позицію М.Д. Савенко [5, с. 15]. Окрім цього, приклади аналогічної практики в інших державах є (Нідерланди), але тут варто зазначити, що ця практика трапляється дуже рідко.

Таким чином, видається, що такий підхід М.Д. Савенка може спричинити цілу низку проблем. Насамперед, у ньому простежується деяка можливість зазіхання на суверенітет окремої держави, що є порушенням одного з головних принципів міжнародного права. Хоча практика більшості європейських країн (загалом членів ЄС) пішла цим шляхом, проблему обмеження таким чином державного суверенітету це не знімає.

Окрім цього, Конституція – це основний закон, договір, який складений членами суспільства для врегулювання внутрішніх відносин (установлює внутрішні принципи та правила). Суспільство володіє невід'ємним правом змінити ці правила, а встановлення обмеження може призвести до непередбачуваних проблем загалом. Іншим підходом у науковій літературі є визнання міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, актами законодавства із силою закону.

Висновки. Отже, беззаперечно можна зазначити тільки те, що роль та значення міжнародних договорів України в системі її національного права ще чітко досі не визначені. Конституція України не встановлює примату норм міжнародних договорів над нормами національного права, визнаючи окремі з норм міжнародних договорів (тобто ті, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України) частиною національного законодавства. Водночас установлений статтею 19 Закону «Про міжнародні договори України» й нормами інших законів України пріоритет, наданий нормам міжнародних договорів перед нормами українського національного права, чітко вважати таким, що поширюється на все законодавство України, не можна. Саме тому було б доцільніше передбачити норму, яка нині встановлена у частині 2 статті 19 цього Закону у самій Конституції України, а не на рівні закону.

В процесі правореалізації не допустима ніяка суперечність між конституційними положеннями та нормами міжнародного договору. Отже, варто провести обов'язкову процедуру конституційної експертизи всіх проєктів міжнародних договорів, оскільки для кожної країни однозначний конституційний імператив про те, щоб усі закони та інші правові акти, зокрема міжнародно-правового характеру, вживані у межах національної території, все ж таким не суперечили Основному Закону певної країни.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. Із змінами, внесеними згідно із Законами від 1 січня 2020 року № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 05.03.2020).

2. Про міжнародні договори України : Закон України із змінами, внесеними згідно із Законами від 2 січня 2020 року № 1906-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15 (дата звернення: 06.03.2020).

3. Забокрицький І.І. Проблеми правового статусу міжнародних договорів України у системі джерел конституційного права України. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. 2015. № 825. С. 69–78.

4. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.

5. Савенко М.Д. Міжнародне право в національній правовій системі за Основним Законом України. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2016. Т. 181. С. 11–16.

6. Совгиря О.В., Шукліна Н.Г. Конституційне право України. Повний курс : навчальний посібник. 2-ге вид. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 544 с.

7. Сучасні проблеми міжнародного права. Liber Amicorum до 60-річчя проф. М.В. Буроменського : монографія / авт. кол. ; за ред. В.М. Репецького, В.В. Гутника. Львів ; Одеса : Фенікс, 2017. 564 с.

8. Шутак І.В. Техніко-юридичні методи узгодження національного і міжнародного права. Вісник Національної академії прокуратури України. 2009. № 1. С. 91–100.

БОЛДИРЄВ С. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державного будівництва
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

ЧУБАРЬ С. С.,
студент III курсу
(Інститут прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого)

УДК 342.25
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.3

ФРАНЦУЗЬКИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ НА МІСЦЯХ ТА СУЧАСНИЙ СТАН КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ В ЧАСТИНІ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ: РИЗИКИ, ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ

У статті досліджено сучасний стан конституційної реформи в Україні щодо місцевого самоврядування та територіальної організації влади. Актуальність наукового дослідження зумовлена необхідністю прогресивних реформ в Україні та впровадження демократичного механізму, а саме інституту децентралізації публічної влади.

Стверджено, що в сучасному процесі розбудови Української держави та реформування основоположних інститутів, зокрема щодо конституційної модернізації, імплементація ефективної моделі децентралізованого устрою держави має пріоритетне значення для належного функціонування й розвитку України. Визначено, що на сучасному етапі запровадження децентралізації публічної влади в Україні існує низка проблем, які потребують свого дослідження та професійного вирішення. Основа для цього процесу вже закладена, залишається тільки його грамотно та якісно провести й реалізувати для ефективного функціонування та вдосконалення наявного стану державотворення.

Було проаналізовано модель місцевого самоврядування у Франції, зокрема розкрито механізм діяльності інституту префектури та префектів, визначено зміст та сутність їх повноважень щодо діяльності на місцях; взаємодії

з органами виконавчої влади, Прем'єр-міністром; повноважень у сфері тимчасового припинення повноважень органів місцевого самоврядування, а також можливостей префекта щодо призупинення актів органів місцевого самоврядування. Детерміновано успішний досвід Франції в діяльності та організації моделі місцевого самоврядування.

Констатовано важливість та необхідність впровадження конституційної реформи в Україні щодо децентралізації влади. Надано суттєву характеристику основних недоліків, неточностей, ризиків, неузгодженості в проєктах Законів України про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади). Визначено пріоритетні напрями розвитку місцевого самоврядування в аспекті запровадження глибинного рівня децентралізованого устрою держави.

Ключові слова: *конституційна реформа в Україні, модель місцевого самоврядування Франції, механізм децентралізації влади.*

Boldyriev S. V., Chubar S. S. The experience of France in organizing local public authority and the current state of constitutional reform in Ukraine in terms of decentralization of power: risks, problems of implementation

The article examines the current state of constitutional reform in Ukraine in terms of local self-government and territorial organization of government. The relevance of scientific research is driven by the need for progressive reforms in Ukraine and the introduction of a democratic mechanism – the institution of decentralization of public power.

It has been argued that in the modern process of building up the Ukrainian state and reforming the basic institutions, in particular, with regard to constitutional modernization, the implementation of an effective model of decentralized state structure is of paramount importance for the proper functioning and development of Ukraine. It has been determined that at the present stage of implementation of decentralization of public power in Ukraine there are a number of problems that need their own research and professional solution. The basis for this process is already laid; it remains only to properly and qualitatively implement it for the effective functioning and improvement of the existing state of state formation.

The model of local self-government in France has been analyzed, in particular, the mechanism of activity of the prefecture has been revealed and the content and nature of their authority has been identified; on interaction with the executive power, the Prime Minister; on powers in the field of temporary suspension of powers of local self-government bodies, as well as the prefect's ability to suspend acts of local self-government bodies. France's successful experience in operating and organizing a local government model has been determined.

The importance and necessity of implementation of constitutional reform in Ukraine regarding the decentralization of power has been stated. Significant characteristics, major shortcomings, inaccuracies, risks, inconsistencies in the drafts Laws of Ukraine on Amendments to the Constitution of Ukraine (regarding decentralization of power) have been presented. Priority directions of development of local self-government in the aspect of introduction of the deep level of decentralized structure of the state have been defined.

Key words: *constitutional reform in Ukraine, model of local self-government in France, mechanism of decentralization of power.*

Вступ. Наукове дослідження викликане необхідністю впровадження в Україні важливих процесів конституційної реформації, зокрема, щодо правильної та ефективної побудови моделі місцевого самоврядування та імплементації децентралізованого устрою дер-

жави. Проблематика в аспекті внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади активно досліджується вітчизняними вченими-правниками в галузі конституційного устрою, державного будівництва та місцевого самоврядування. Особливу увагу привертають наукові роботи П.В. Ворони, М.І. Дрогомирецької, С.Г. Серьогіної, О.В. Марцеляка, Ю.І. Спектора, О.М. Бориславської.

Постановка завдання. Метою статті є забезпечення системного правового аналізу моделі місцевого самоврядування у Франції; надання доктринальних зауважень, рекомендацій, пропозицій щодо вибору правильної стратегії запровадження конституційної реформи щодо децентралізації влади.

Результати дослідження. Основним завданням політичної та адміністративно-територіальної реформ в Україні є створення ефективної системи влади, котра надає громадянам якісні та своєчасні послуги, є найближчою до них і демократичною, тобто вибраною через демократичну процедуру виборів, тому без реформи системи місцевого самоврядування європейських (цивілізаційних) стандартів у галузі місцевого й регіонального розвитку та практичного впровадження їх інструментів в українську практику неможливо обійтися, як і без створення заможних громад досягти ефективності місцевої влади. В Україні часто досягнення цієї мети зводиться до механічного укрупнення, тобто об'єднання наявних сільських/селищних рад чи сіл/селищ у територіальні громади, що активно пропонується й викликає супротив у мешканців, оскільки може призвести до ліквідації сільських рад та зменшити ступінь доступності до влади. Тут є важливим для України досвід Франції, що провела децентралізацію влади без укрупнення комун, а також різними засобами стимулює цей процес на добровільних засадах, зокрема, через створення асоціацій громад [1].

Особливість формування державної влади та місцевого самоврядування у Франції полягає в тому, що одна й та сама територія (регіон, департамент чи комуна) одночасно може мати різний рівень влади. Департамент у Франції є другим після комуни рівнем адміністративно-територіального устрою, на якому паралельно діють два органи влади, а саме Генеральна Рада як орган самоврядування й префект як орган державної влади [2, с. 5].

Найбільш яскравим прикладом функціонування інституту префектів є правовий досвід Франції. Префект у Франції – це державний службовець високого рівня, який представляє державну владу при державних та місцевих установах у департаментах. Префект очолює департамент і підлеглий адміністративному апарату, окрім того, йому підлеглі деякі місцеві підрозділи центральних органів, зокрема, під його керівництвом перебувають державні служби в департаменті, такі як поліція, дорожня служба. Префекту підпорядковуються субпрефекти, що виконують покладені на них повноваження в межах округів. У регіоні посаду префекта обіймає префект найбільшого департаменту, що входить до його складу [3, с. 116].

Префект представляє уряд держави загалом, Прем'єр-міністра, а також кожного окремого міністра. Виступаючи від імені держави, префект контролює дотримання національних інтересів, забезпечує здійснення в департаменті повноважень центральних державних органів, тримає уряд у курсі політичної ситуації в департаменті [4].

Головною особливістю інституту префектів нині є те, що префект – це професійний державний службовець, а не політичний призначенець, хоча під час призначення у зв'язку з характером функцій може враховуватись політична лояльність до держави (але не політична лояльність до правлячої партії). Сьогодні більшість префектів Франції є випускниками ENA. ENA належить до категорії «вищих практичних шкіл» ("ecoles d'application"), тобто навчальних закладів, які формують фахівців, що вже мають вищу освіту. Здебільшого вишкіл у таких школах дає змогу отримувати преференції в кар'єрі, насамперед, на державній службі [5, с. 12].

Основна функція префекта полягає у здійсненні нагляду за діяльністю органів місцевої влади та контролю за діяльністю територіальних органів центральних відомств у департаментах. Задля забезпечення виконання покладених на нього завдань на нього покладається низка відповідних повноважень. Префект має право оскарження рішень органів місцевого самоврядування у судовому порядку до адміністративних судів.

Таким чином, ним виконується його головна функція щодо нагляду за законністю та правомірністю діяльності місцевої влади задля виявлення та припинення порушень Конституції та законів республіки. У Франції сильно поширений такий інститут, як адміністративна опіка, що полягає у здійсненні контролю за діяльністю та рішеннями місцевого самоврядування. Нормативні акти місцевої влади не можуть вступити в силу без дозволу органу чи посадової особи центральної публічної адміністрації. За неспроможності місцевої ради здійснювати місцеве управління префект своїм рішенням може призупинити її діяльність на строк до одного місяця, а якщо вона не має можливості здійснювати управління комуною, то така рада може бути достроково розпущена рішенням Президента за погодженням з урядом [3, с. 116].

Відповідно до закону префекти призначаються та звільняються Президентом Республіки за поданням Кабінету Міністрів. У Франції досить сильні позиції Президента як відгомін абсолютної монархії. Президент присутній на засіданні уряду. Це стосується випадку, коли парламентська більшість та Президент є представниками однієї політичної сили, що трапляється досить часто. Більш того, відповідно до Конституції Франції, Президент може розпустити парламент, коли він вважає за необхідне, але не частіше одного разу на рік, тому перезавантаження політичної мозаїки «під Президента» сприймається політикумом і суспільством абсолютно нормально і не трактується як узурпація влади. Ось чому призначення префекта є досить формальним. Звільнення префекта відбувається без його попередження також указом Президента за поданням уряду. Префект не може оскаржити звільнення [5, с. 17].

Під час контролю за легітимністю актів префект керується такими трьома принципами: наступний контроль (“a posteriori”), на відміну від попереднього (“a priori”), який існував до 1982 року; контроль на відповідність закону поширюється на акти, які набули чинності; контроль здійснюється за участі судової гілки влади. Представник держави не має права відміняти чи змінювати акти органів місцевого самоврядування. Тільки адміністративний суд має юрисдикцію анулювати акти органів місцевого самоврядування. Відповідно до Європейської хартії місцевого самоврядування нагляд за дотриманням законності має бути домірним для того, щоби такий нагляд не обмежував ініціативи органів місцевого самоврядування. Префекти департаментів контролюють акти органів місцевого самоврядування комун, їх об’єднань та департаментів, а префекти регіонів – акти органів місцевого самоврядування регіонів [5, с. 21–22].

З огляду на вищезазначене стверджуємо, що досвід реформування системи публічного управління у Франції, як наслідок еволюції країни в процесі децентралізації, має велике значення для України, оскільки показує необхідність реорганізації системи державного управління на місцевому рівні. На підставі цього досвіду є чітке визначення ключових засад організації виконавчої влади на основі належного розмежування функцій, суттєвого перерозподілу повноважень між центральними та місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування з наданням останнім більшого обсягу та змісту задля прогресивного та ефективного розвитку територій, розширення фінансової та економічної спроможності громад, надання мешканцям якісних послуг та забезпечення кращого рівня життя та загального благополуччя.

Конституційні зміни та впровадження суттєвих новацій і механізмів їх реалізації, безумовно, мають бути спрямовані на утвердження та захист прав і свобод громадян; підвищення ефективності системи місцевого самоврядування як підстави для демократичного устрою, здатної забезпечити оптимальні умови функціонування громад; сприяння розвитку форм безпосередньої демократії та децентралізованого механізму діяльності публічної влади; доступності та якості надання адміністративних послуг; посилення економічної та фінансової спроможності громад; створення передумов стійкого розвитку територій тощо.

13 грудня 2019 року Президентом України внесений до Парламенту проєкт Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» № 2598. Цей проєкт було визначено як невідкладний. 27 грудня 2019 року цим суб’єктом законодавчої ініціативи його було відкликано, натомість запропоновані зміни та доповнення, а станом на 17 січня 2020 року знову відкликано.

Аналіз положень зазначеного законопроєкту показав, що він враховує загалом ті концептуальні засади, які були опрацьовані ще відповідною робочою групою Конституційної асамблеї та під час роботи Конституційної комісії, що знайшли своє відображення у внесеному на той час до Парламенту проєкті Закону від 1 липня 2015 року № 2217а.

З огляду на важливість реформування та впровадження дієвих конституційних механізмів необхідно здійснити аналіз цих проєктів законів, надати характеристику, критику та окреслити можливі ризики й запропонувати дієві новації.

У липні 2015 року до Верховної Ради України був внесений на розгляд проєкт Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» № 2217а, який передбачав модель перерозподілу державної влади [6].

Відповідно до його положень пропонується запровадити інститут префектів, тобто представників виконавчої влади на місцях, які призначаються на посаду та звільняються з посади за поданням Кабінету Міністрів України Президентом України.

В офіційному висновку Конституційного Суду України від 30 липня 2015 року № 2-в/2015 щодо відповідності цього законопроєкту вимогам статей 157 і 158 Конституції України зазначається, що введення інституту префектів спрямовуються на заміну наявної системи місцевих органів виконавчої влади з Україні та не передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини й громадянина [7, с. 331].

Власну позицію з цього питання висловив суддя Конституційного Суду України М.М. Гультай. На його думку, скасування конституційно-правового інституту висловлення недовіри представнику державної виконавчої влади на місцевому рівні (тобто префекту), що пропонується, може дійсно створити такі умови, за яких можуть бути обмежені права громадян [8, с. 345].

Стверджуємо, що запропонований варіант запровадження інституту префекта фактично нагадує французьких представників уряду на місцях. Визначаємо суттєві спільні ознаки з представниками Президента України, діяльність яких регулювалася Законом України «Про Представника Президента України» від 5 березня 1992 року, який був скасований у 1997 році.

Важливо констатувати загрозу підміни впровадження децентралізації за європейськими стандартами на концентрацію влади Президента та здійснення тотального контролю над органами місцевого самоврядування.

Відповідно до положень законопроєкту вводиться механізм, за яким Президент України має право зупинити дію акта, ухваленого головою громади, радою громади, районною, обласною радою, який не відповідає Конституції України, створює загрозу порушення державного суверенітету, територіальної цілісності чи загрозу національній безпеці; тимчасово зупинити повноваження голови громади, складу ради громади, районної, обласної ради та призначити тимчасового державного уповноваженого.

Стверджуємо, що ця норма є проявом посилення влади Президента, оскільки на період такого тимчасового зупинення основними представниками влади будуть префект та тимчасовий уповноважений, що можуть стати підставою для зловживань повноваженнями та грубих порушень прав і свобод громадян.

Абсолютній критиці піддає таку норму вчений Ю.І. Спектор, який вважає, що запровадження правового режиму тимчасових уповноважених є абсолютно неприпустимим для правової демократичної держави, адже за своїми ознаками цей режим схожий на нелегітимну узурпацію влади [9, с. 33].

З огляду на такі законодавчі ініціативи та чинне законодавство України зазначаємо, що, відповідно до повноважень Верховної Ради України та Президента України, визначених Конституцією України, в Україні на державному рівні існує парламентсько-президентська форма правління, водночас на місцевому рівні переважає президентсько-парламентська модель, що є загрозою та перепоною для існування глибинного децентралізованого устрою та розширення повноважень на місцях.

Виходячи з положень законопроєкту № 2598 станом на 27 грудня 2019 року [10], стверджуємо, що він містить суттєві новації, окремі з яких мають спірний та дискусійний характер і вимагають більш ґрунтовного підходу до оцінювання їх подальшої реалізації.

Центр політико-правових реформ у своєму висновку зазначив, що цей законопроєкт готувався закрито від суспільства, до його підготовки не були залучені провідні науковці у сфері конституційного права та експерти з питань реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади. Проєкт не був оприлюднений і представлений для обговорення громадськості до внесення його Президентом у Верховну Раду, очевидно, через це у Законопроєкті містяться численні недоліки юридичної техніки, зокрема неоднозначні за своїм змістом та незрозумілі за призначенням норми.

Асоціація міст України у своєму зверненні до Голови ВРУ категорично не підтримує цей Законопроєкт і зазначає, що він був підготовлений без залучення органів місцевого самоврядування, їх асоціацій, експертного середовища, науковців. Стверджується, що запропоновані зміни до Конституції України мають суттєві недоліки й не відповідають Європейській хартії місцевого самоврядування [11].

Необхідно здійснити комплексний аналіз інституту префекта в цьому Законопроєкті, зокрема, статтею 119 встановлюються повноваження префекта, які мають невичерпний характер. Вважаємо, що такий підхід може бути використаний для зловживань. З огляду на те, що основними завданнями префекта є контроль та нагляд за місцевим самоврядуванням, будь-яке повноваження, не передбачене в Конституції, може бути прописане таким чином, що буде становити загрозу самостійності, автономності місцевого самоврядування, втручанню в питання місцевого значення, отже, фактичне підпорядкування місцевого самоврядування волі державного апарату, що є неприпустимим.

Серед повноважень, закріплених за префектом, передбачено здійснення ним адміністративного нагляду за додержанням Конституції та Законів України органами місцевого самоврядування. Незважаючи на те, що це формулювання взяте з Європейської Хартії місцевого самоврядування, адміністративний нагляд є категорією, яка свідчить про підпорядкованість по вертикалі. Він визначається як захід адміністративного примусу, що має запобіжний вплив у сфері забезпечення громадського порядку. Для європейської системи управління це є нормальним підходом, оскільки там муніципальні відносини є похідними саме від адміністративних відносин, а не від конституційних, як в Україні, тому таке положення може бути загрозою для подальшої самостійності місцевого самоврядування.

Законопроєкт надає право Президенту України достроково припиняти повноваження органів місцевого самоврядування у разі ухвалення ними акта, що не відповідає Конституції України та створює загрозу порушення державного суверенітету, територіальної цілісності чи загрозу національній безпеці. Ця норма також є суперечною, оскільки зупинення повноважень органу місцевого самоврядування та призначення тимчасового державного уповноваженого виконувати функції цього органу відбуваються з моменту прийняття такого рішення Президентом України без відповідного рішення Конституційного Суду та Верховної Ради.

Неточною є норми (частина 3 статті 133, частина 2 статті 143 Проєкту) щодо окружних рад, повноваження яких чітко не визначені цим Законопроєктом; здійснюється фактично підпорядкування окружним радам міст та ОТГ; відбувається підміна окружними радами функцій місцевого самоврядування базового рівня, тобто окружні ради можуть привести до звуження повноважень органів місцевого самоврядування базового рівня , що є підставою для існування конфліктів між окружними радами, ОТГ та радами міст.

У частині першій статті 141 Законопроєкту зазначено, що право голосу на місцевих виборах мають громадяни України, які постійно проживають на території відповідної громади, при цьому не деталізуються критерії та конкретний строк проживання; також можливе існування колізії, за якої громадянин є зареєстрованим в одній громаді, а фактично проживає в іншій, тобто норма також має спірний характер.

Статтею 133 Законопроєкту передбачено виключення переліку областей з Конституції, що позбавляє регіони України гарантій стабільності їх територій, ставить їх у залежність від політичного органу, а саме Верховної Ради.

У частині 2 статті 144 закріплене пряме втручання префекта в нормотворчу діяльність місцевого самоврядування. Зазначається, що він призупиняє дію актів місцевого самовряду-

вання з мотивів їх невідповідності Конституції чи законам України з одночасним зверненням до суду. Такі повноваження має здійснювати суд, а не префект, який має лише звернутися до суду.

У статті 144 не враховано можливість приймати акти жителями на референдумі, що також є суттєвим недоліком.

Констатуємо, що цей проєкт Закону є недосконалим, викликає нагромадження суперечностей, неточностей, нелогічностей, загроз, тому потребує більш широкого дослідження, експертного та фахового корегування, обговорення, хоча створює певну методологію для створення та впровадження насправді дієвого та ефективного децентралізованого устрою держави.

Висновки. Українська держава нині перебуває в пошуках оптимальних шляхів і форм подальшого здійснення суспільних реформ. З огляду на особливий соціально-політичний статус інституту місцевого самоврядування природно, що цей процес неможливий без вирішення однієї з актуальних проблем, якою є реформування місцевої влади, як необхідної умови політичної стабільності, поглиблення економічних перетворень, забезпечення прав і свобод людини та громадянина.

Місцеве самоврядування є однією з фундаментальних засад сучасної демократичної системи управління, втіленням влади народу у специфічній формі й на відповідному рівні. Воно передбачає можливість самостійного вирішення питань місцевого значення в інтересах населення територіальної одиниці на підставі закону.

Головна мета перетворень системи територіальної організації влади полягає в побудові децентралізованої моделі організації влади, яка була б спроможна в умовах ринкової економіки результативно та ефективно впливати на процеси соціально-економічного й культурного розвитку територій, забезпечувала б якісний рівень надання управлінських послуг населенню на рівні європейських стандартів, була б здатна до самовдосконалення та саморегуляції.

Список використаних джерел:

1. Ворона П.В. Комуна як базова ланка місцевого самоврядування Франції. Демократичне врядування. URL: http://lvivacademy.com/vidavnitstvo_1/visnik3/fail/+Vorona.pdf.

2. Ворона П.В., Дрогомирецька М.І. Запровадження префектур як необхідна умова реформи місцевого самоврядування. Державне будівництво. 2015. № 2. С. 1–13.

3. Марцеляк О.В. Інститут префекта у Франції як приклад для України. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. № 35. С. 113–117.

4. Пустовойт Л.А., Ковбасюк Ю.В. Система державного управління Республіки Франція: досвід для України. Київ : НАДУ, 2010. 56 с.

5. Ганущак Ю.І., Чипенко І.І. Префекти: уроки Франції для України. Київ : ІКЦ «Легальний статус», 2015. 44 с.

6. Проєкт Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) від 1 липня 2015 року № 2217а. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812.

7. Висновок Конституційного Суду України від 30 липня 2015 року № 2-в/2015. Офіційний вісник України. 2015. № 64. С. 331.

8. Окрема думка судді Конституційного Суду України Гультая М.М. від 6 серпня 2015 року. Офіційний вісник України. 2015. № 64. С. 345.

9. Спектор Ю.І. Ракурс: зміни до Конституції – «фільчина грамота». Конституційний процес в Україні: політико-правові аспекти. 2015. № 7. С. 29–32.

10. Проєкт Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) від 13 грудня 2019 року (доопрацьований від 27 грудня 2019 року) № 2598. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67644.

11. Лист Асоціації міст України від 10 січня 2020 року. URL: https://www.auc.org.ua/sites/default/files/lyst_no_511_vid_10_sichnya_2020.pdf.

ВАСИЛЬЧЕНКО О. П.,
доктор юридичних наук,
професор кафедри конституційного права
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

УДК 343.851
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.4

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВО НА ЗДОРОВ'Я УВ'ЯЗНЕНИХ

У статті наведено огляд стандартних мінімальних правил для ув'язнених, що регулюють надання медичної допомоги їм, а також інших інструментів м'якого права, що регулюють права та норми поводження з ув'язненими. Зокрема, проаналізовано регулювання цього питання такими регіональними документами, як Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р., Європейська конвенція прав людини і громадянина, а серед рекомендацій м'якого права найбільш актуальним джерелом, на думку автора, є текст, підготовлений міжнародною неурядовою організацією з реформи кримінальної системи. Зроблено висновок, що, попри перебування людей за гратами, їм регіональними та національними нормами має гарантуватися право на здоров'я, яке не має погіршуватися або наражатися на небезпеку у зв'язку з відбуванням ними покарання. Наголошено на тому, що служба первинної медичної допомоги у в'язницях має бути забезпечена персоналом, ресурсами та засобами принаймні того ж стандарту, що наявні в громаді. Цей принцип рівнозначності є важливим показником достатності надання медичної допомоги в місцях позбавлення волі. Запропоновано серед висновків підхід, що ґрунтується на розумінні того, що ув'язнені не можуть захищати себе в ситуації ув'язнення, а держава зобов'язана забезпечувати медичні послуги та здорове оточення. Інструменти прав людини закликають в'язнів отримувати медичну допомогу, принаймні еквівалентну доступній для зовнішнього населення. З одного боку, може йтися, швидше за все, про «еквівалентність», а не «справедливість», оскільки в'язниця – це закрита установа, де особи все ж таки відбувають покарання, що може супроводжуватися таким саме рівнем допомоги, яка надається населенню зовні. Щодо України, то національне законодавство держави практично повністю відповідає вимогам міжнародних стандартів, однак серед суттєвих недоліків на законодавчому та, відповідно, практичному рівнях є часткова імплементація Стамбульського протоколу, який регламентує ознаки жорстокого ставлення та тортур по відношенню до ув'язнених, причому описує не тільки фізичні, але й психологічні докази катувань, а також містить рекомендації.

Ключові слова: *право на здоров'я, право на медичну допомогу, в'язниця, права ув'язнених, умови тримання.*

Vasylchenko O. P. On the issue of prisoners' right to health

The article provides an overview of the standard minimum rules for prisoners that regulate their care, as well as other soft law instruments that regulate the rights and standards of treatment of prisoners. In particular, the regulation of this issue is analyzed by such regional documents as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, the 1966 International Covenant on Economic, Social

and Cultural Rights, the European Convention on Human and Civil Rights and others, and among the recommendations of the Law, the most relevant source in the author's view, is a text prepared by an international non-governmental organization for reform of the criminal system. It is concluded that, despite the detention of people behind bars in their regional and national norms, the right to health must be guaranteed, which should not be impaired or endangered due to their punishment. It is mentioned that primary care in prisons should be provided with staff, resources and facilities of at least the same standard as those available in the community. This principle of equality is an important indicator of the sufficiency of the provision of medical assistance in prisons. Among the conclusions is an approach based on the understanding that prisoners cannot defend themselves in prison situations and that the state is obliged to provide medical services and a healthy environment. Human rights instruments urge prisoners to receive medical assistance at least equivalent to that available to the outside population. On the one hand, it may be more about "equivalence" rather than "justice", since prison is a closed institution where persons are still punished, which can be accompanied by the same level of assistance provided to the outside population. With regard to Ukraine, the national legislation of our country is almost in full compliance with the requirements of international standards, but among the significant shortcomings in the legislative and, accordingly, the practical level is the partial implementation of the Istanbul Protocol, while it touches not only the issue of physical but also psychological evidence of torture and contains recommendations.

Key words: *right to health, right to medical care, prison, prisoner' right, conditions of detention.*

Вступ. Кожна людина наділена певними невід'ємними правами, підкріпленими універсальними та регіональними документами (Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. (далі – МПГПП) та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. (далі – МПСЕКП), актуальна для європейського регіону Європейська конвенція прав людини і громадянина тощо) [1]. Всі згадані документи не залишають без уваги осіб, які позбавлені волі або утримуються під вартою. МПГПП спеціально передбачає, що «всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і повагу до людської гідності» (частина 1 статті 10) [2; 3]. МПСЕКП так само передбачає, що ув'язнені мають «право на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я» (частина 1 статті 10).

Постановка завдання. Метою статті є аналіз, яким чином законодавчо та на практиці регулюються права на здоров'я для ув'язнених осіб в Україні з урахуванням міжнародних документів. Сьогодні в українських установах виконання покарань продовжують фіксувати відсутність доступу до безперервної якісної медичної допомоги, діагностики соціально небезпечних хвороб, переривання життєво важливого лікування, порушення прав засуджених на медичну допомогу.

Результати дослідження. Стандартні мінімальні правила для ув'язнених регулюють надання медичної допомоги їм. Ці правила, а також інші інструменти, що регулюють права та норми поводження з ув'язненими, були детально розглянуті та прокоментовані у вичерпному тексті, підготовленому міжнародною неурядовою організацією з реформи кримінальної системи (англ. *Penal Reform International*) [4]. Європейський комітет з питань запобігання катуванню та нелюдському або принижуючому гідність поводженню чи покаранню видав стандарти медичних послуг у в'язницях (опубліковані у щорічному звіті за 1993 р.), адже ці питання мають безпосереднє відношення до повноважень Комітету у запобіганні катуванням. Так, зокрема, під час своїх відвідувань медичних служб у в'язницях Комітет керувався визначенням таких питань: доступ до лікаря; непреференційне медичне обслуговування; згода пацієнта та конфіденційність; профілактика захворювань; гуманітарна

допомога; професійна незалежність; професійна компетентність [5]. Фактично забезпечення реалізації окреслених пунктів покладається на державу. Слід згадати, що держава має особливий обов'язок піклуватися про тих, хто перебуває в місцях позбавлення волі, що можна резюмувати як право на здоров'я, адже, попри можливі моральні аспекти, люди, які перебувають у в'язниці, мають таке ж право на медичну допомогу, як і всі інші.

Служба первинної медичної допомоги в тюрмах має бути забезпечена персоналом, ресурсами та засобами принаймні того ж стандарту, що наявні в громаді. Цей принцип рівнозначності є важливим показником достатності надання медичної допомоги в місцях позбавлення волі. Всі медичні працівники повинні мати повну професійну незалежність і бажано використовувати її в органах охорони здоров'я, а також надавати таку допомогу на конфіденційній основі та у максимально швидкому режимі. Обов'язок з догляду за професійними працівниками є однаковим незалежно від того, де перебуває пацієнт: на волі чи у в'язниці [6, с. 1].

На жаль, попри належним чином прописані норми, все ж таки доводиться говорити про їх систематичні порушення навіть на теренах Європи. Цей висновок випливає з нещодавньої заяви Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ), в якій зазначається, що ув'язнені, які перебувають у в'язницях по всій Європі, не отримують належної медичної допомоги, тому їхні медичні умови зазвичай не діагностуються, їх часто звільняють без відповідної підтримки [7]. При цьому ще у 1993 р. Всесвітня організація охорони здоров'я проголосила, що «всі ув'язнені мають право отримувати медичну допомогу, включаючи профілактичні заходи, рівносильні тим, що могли б бути доступними для них у суспільстві, без проявів дискримінації, з повагою до їх юридичного статусу та національності» [8].

ВООЗ зібрала дані 39 європейських країн за 2016–2017 рр. та рекомендувала тюрмам протестувати всіх ув'язнених на наявність туберкульозу, захворювань, що передаються статевим шляхом, проблем психічного здоров'я. Виявилося, що загальний стан здоров'я таких осіб є поганим. Фактично додатково до тягаря перебування за гратами, де в ідеалі людина має виправити свою поведінку, накладається ще тягар хвороб, яких можна було б уникнути. Крім того, ув'язнені з недіагностованими та невилікуваними хворобами можуть становити небезпеку для населення по відбуттю покарання й звільнення.

Привертає увагу той факт, що в цій доповіді згадується психічне здоров'я, яке є ключовим питанням, особливо після звільнення, коли ув'язнені опиняються в групі ризику самогубств, нанесенню собі тілесних ушкоджень та передозування наркотиками внаслідок набутого травматичного досвіду та невирішених проблем психічного й психіатричного характеру. Так, у звіті наводиться, що 13,5% смертей у в'язниці були спричинені самогубством [6, с. 1]. В'язниці в Європі також часто переповнені, адже щорічно в цих країнах засуджують до шести мільйонів людей, а це, безумовно, може вплинути на здоров'я затриманих. Зокрема, так зване перенаселення в'язниць спостерігається у Франції, Італії та Португалії [7].

Ув'язнені не можуть захищати себе в ситуації ув'язнення, отже, держава зобов'язана забезпечувати медичні послуги та здорове оточення [3]. Інструменти прав людини закликають в'язнів отримувати медичну допомогу, принаймні еквівалентну доступній для зовнішнього населення. З одного боку, може йтися, швидше за все про «еквівалентність», а не «справедливість», оскільки в'язниця – це закрита установа, де особи все ж таки відбувають покарання, що може супроводжуватися таким саме рівнем допомоги, яка надається населенню зовні. З іншого боку, оскільки ув'язнені, швидше за все, вже перебувають у поганому стані, коли потрапляють до в'язниці, а несприятливі умови в них ще більше погіршують стан здоров'я, потреба в медичній допомозі та лікуванні часто буде більше у в'язниці, ніж у зовнішній громаді. Однак надання ув'язненим навіть базової медичної допомоги виявилось надзвичайно важким у країнах, де загальна система охорони здоров'я занепала або є хронічно недостатньою.

Слід звертати увагу на належну підготовку служби медичної допомоги в місцях позбавлення волі, адже персонал все ж таки має мати правильну мотивацію. Цей огляд має передбачає надання короткого викладу служб охорони в'язниці та їх основних особливостей.

Тюремна служба – найменш відома й зрозуміла з усіх державних служб, незважаючи на її важливість для суспільства. Щодо охорони здоров'я, то відсутність медичної допомоги в тюрмах може загрожувати здоров'ю населення та збільшувати навантаження на здоров'я для громад. Допомагаючи будувати здорові громади, служба охорони здоров'я в'язниці може допомогти уникнути збільшення загального тягаря хвороб. Основні моменти можна узагальнити у таких чотирьох аспектах:

- медична допомога;
- охорона здоров'я;
- зміцнення здоров'я;
- стійкість здоров'я [3, с. 3].

Щодо України, то національне законодавство держави практично повністю відповідає вимогам міжнародних стандартів. Так, до основних документів, що регулюють порядок надання медичної допомоги ув'язненим, належать Кримінально-виконавчий кодекс (стаття 116) і Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань. Згідно із зазначеними Правилами в установах виконання покарань здійснюються клінічне обстеження та нагляд за ув'язненими та засудженими задля оцінювання стану їх здоров'я. У разі виявлення хвороб має бути застосована відповідна терапія (лікування). Якщо є необхідність, проводиться амбулаторне, стаціонарне або спеціалізоване лікування методами та засобами, які рекомендовані МОЗ України.

Щодо медичної служби установ виконання покарань, то на неї, як правило, покладені певні завдання. Зокрема, це здійснення медичного контролю за станом здоров'я ув'язнених шляхом проведення систематичних медичних оглядів та обстежень задля своєчасного виявлення хворих із соматичними, інфекційними та іншими захворюваннями. Також медслужби мають надавати медичну допомогу в місцях позбавлення волі, а за необхідності залучати ресурси й персонал інших лікувальних установ, що розташовані за межами в'язниць. Покладено на медичні служби також здійснення контролю за організацією харчування ув'язнених, пропаганди медичних та гігієнічних знань тощо.

Ув'язнені та засуджені мають бути забезпечені медичним обслуговуванням належного рівня. Причому особи, засуджені до позбавлення волі, мають право звертатися за лікарською консультацією та лікуванням до медичних установ, які надають платні послуги. Консультації та лікування в таких випадках проводяться в медичній частині установи під наглядом працівників медичної служби. Оплата цих послуг і придбання ліків здійснюються за рахунок власних коштів засудженими або їх родичами.

Після прибуття до місць несвободи засуджені протягом 2 тижнів проходять лікарський огляд задля виявлення захворювань, оцінювання фізичного стану, попереднього визначення категорії працездатності. Подальший медичний контроль за станом здоров'я засуджених здійснюється під час профілактичних медичних оглядів, а також в разі звернень до медичної частини. Обов'язково проводяться перевірки умов утримання, організації харчування ув'язнених і засуджених, у медичних частинах і пунктах охорони здоров'я організовуються санітарно-гігієнічні та протиепідемічні заходи, ведеться постійна робота щодо профілактики туберкульозу, ВІЛ/СНІДу, кишкових і професійних захворювань.

Серед суттєвих недоліків на законодавчому та, відповідно, практичному рівнях слід назвати часткову імплементацію Стамбульського протоколу, який регламентує ознаки жорстокого ставлення та тортур по відношенню до ув'язнених, причому описує не тільки фізичні, але й психологічні докази катувань, а також містить рекомендації.

Висновки. Таким чином, низка міжнародних стандартів визначає якість медичної допомоги, яку слід надавати ув'язненим. Положення статті 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права встановлює «право кожного на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я». Це стосується в'язнів так само, як і всіх інших людей. Ті, хто потрапив до в'язниці, зберігають своє основне право на здоров'я, як фізичне, так і психічне, а також право на рівень медичної допомоги, що є принаймні еквівалентним тому, який надається широкій громаді.

Існує кілька унікальних факторів, що стосуються людей, які тримаються під вартою або позбавлені волі після винесення обвинувального вироку. Перший полягає в тому, що орган, який утримує, повинен взяти на себе обов'язок по догляду за ними, тобто всебічне зобов'язання задовольнити хоча б їх основні потреби. Другий полягає в тому, що ув'язнені повністю залежать від персоналу в'язниць у всіх аспектах їх повсякденного життя, зокрема щодо захисту та безпеки. Цю залежність має розуміти персонал, оскільки його представники ділять обов'язок по догляду зі своїм службовим органом, що має впливати на їхнє ставлення та підхід. Третій фактор полягає в тому, що затримані зберігають усі права людини, крім своєї свободи. Їх право на здоров'я не має обмежуватися у зв'язку з ув'язненням.

Список використаних джерел:

1. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. Міжнародний пакт ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII (2148-08) від 19 жовтня 1973 р.

2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права : документ 995_042, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 19 жовтня 1973 р., підстава № 2148-08.

3. Reyes H. Health and human rights in prisons / International Committee of the Red Cross. URL: https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/59n8yx.htm.

4. International standards / Penal Reform International. URL: https://www.penalreform.org/issues/pre-trial-justice/4716-2.

5. Медичні служби у в'язницях / Рада Європи Європейського комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню, чи покаранню (КЗК). URL: https://rm.coe.int/16806ce942.

6. Prisons and Health / World Health Organisation. URL: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf.

7. Prisoners not receiving adequate health care, says WHO / Euroactiv. URL: https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/prisoners-not-receiving-adequate-health-care-says-who.

8. Аналітичний звіт за результатами кабінетного дослідження «Секторальна політика України з попередження поширення ВІЛ-інфекції серед засуджених та осіб, що взяті під варту» URL: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PA00KSND.pdf.

ГАВРИЛЬЦІВ М. Т.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративно-
правових дисциплін
*(Львівський державний університет
внутрішніх справ)*

УДК 342.4(477)
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.5

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ЕФЕКТИВНІСТЬ ДІЇ ТА НАПРЯМИ ЇЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УМОВАХ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

Стаття присвячена дослідженню питання ефективності дії Конституції України, що має надзвичайно велике значення для конституційно-правової теорії та практики сучасної держави. Процес реалізації Основного Закону безпосередньо пов'язаний з утвердженням і підтриманням у суспільстві конституційного правопорядку, тому необхідність його закріплення не лише випливає з регламентації та виконання конституційних приписів і норм, але й відображається в тому, якою мірою учасники суспільних відносин можуть здійснювати належні їм суб'єктивні права та свободи.

Автор доводить, що ефективність дії Конституції є основним показником, що відображає її спроможність здійснювати вплив на суспільні відносини за допомогою методів правового регулювання. Основним призначенням Конституції є врегулювання поведінки учасників конституційно-правових відносин.

Стверджується, що реалізація Конституції завжди пов'язана з правомірною поведінкою суб'єктів, тобто такою поведінкою, яка відповідає конституційним приписам. Це може бути різна за формами вираження поведінка, зокрема активна діяльність (виконання, використання, тобто здійснення певного обов'язку) і пасивна діяльність (додержання, що полягає в пасивній поведінці суб'єктів щодо здійснення негативних дій, зазначених у нормі).

У статті зазначено, що кризові політичні та соціально-економічні явища в суспільстві та державі здатні послабити дієвість механізму реалізації Основного Закону. Ефективність дії Конституції України має бути забезпечена спеціальними засобами та механізмами, такими як удосконалення правотворчої діяльності уповноважених органів та посадових осіб; розвиток узгодженого та розгалуженого конституційного законодавства; забезпечення залучення до парламенту представників різних соціальних груп та професіоналів-технократів різних сфер життєдіяльності суспільства; реальна конституційно-правова відповідальність за порушення норм Конституції України.

Ключові слова: *Конституція України, реалізація Конституції, реалізація конституційних норм, ефективність реалізації, механізм реалізації, форми реалізації.*

Havryltsiv M. T. Realization of Ukrainian Constitution: is efficiency and directions of providing are in the conditions of constitutional reform

The article sanctified to research of question of efficiency of action of Constitution of Ukraine that has an extraordinarily important value for a constitutionally legal theory and practice of the modern state. The process of realization of Basic Law is directly related to stability and providing in society of constitutional order. Necessity

of his fixing important for the sake of not only regulation and implementation of norms of Constitution but also influences on that, how the members of society can carry out the proper to them equitable rights and freedoms.

An author proves that efficiency of action of Constitution is a basic factor that represents her ability to influence on public relations with the help of adjusting methods with a help legal. The basic setting of Constitution is adjusting of behavior of participants of constitutional legal relations.

It is claimed that realization of Constitution is always related to good behavior of participants of relations, by such behavior that meets constitutional standards. This behavior can differ after the forms of implementation: active activity (implementation, use, realization of certain duty) and passive behavior (inhibition that consists in passive behavior of participants in relation to realization of negative actions that is envisaged in a norm).

The author notes that the crisis political and socio-economic phenomena in society and state are able to weaken effectiveness of mechanism of realization of Basic Law. Efficiency of action of Constitution of Ukraine must be provided with the special facilities and mechanisms: improvement of activity from creation of laws of the authorized organs and public servants; development of correct and ramified constitutional legislation; providing of passing in parliament of people from different task forces and professionals in the different spheres of life of society; real constitutional responsibility for violation of norms of Constitution of Ukraine.

Key words: *Constitution of Ukraine, realization of Constitution, realization of constitutional norms, efficiency of realization, mechanism of realization, form of realization.*

Вступ. Для кожної сучасної демократичної держави Конституція має особливе значення. Вона відіграє роль системоутворюючого документа, який набуває дедалі більшої ваги особливо в перехідні періоди, коли зазнають трансформації політична, економічна та правова системи суспільства.

Питання ефективності дії Конституції України має надзвичайно велике значення для конституційно-правової теорії та практики сучасної держави, оскільки процес реалізації Основного Закону безпосередньо пов'язаний з утвердженням і підтриманням у суспільстві конституційного правопорядку. Необхідність його закріплення не лише випливає з регламентації та виконання конституційних приписів і норм, але й відображається в тому, якою мірою учасники суспільних відносин можуть здійснювати належні їм суб'єктивні права та свободи.

Зокрема, питанню дії національного законодавства та забезпеченню його ефективності присвятили свої праці такі науковці, як О. Батанов, Ю. Битяк, М. Козюбра, А. Колодій, Л. Кривенко, В. Кравченко, В. Нечипуренко, О. Оніщенко, В. Погорілко, Ю. Шемшученко, П. Рабінович, В. Сіренко, В. Тацій, Ю. Тодика, В. Федоренко, В. Шаповал, П. Шляхтун.

Проблематику механізму та форм реалізації Основного Закону досліджували у своїх працях такі вчені, як Л. Бориславський, Р. Мазур, Р. Гринюк, О. Мурашин, Ю. Педько, О. Скрипнюк, Ю. Шемшученко.

Постановка завдання. Метою статті є науково-теоретичне дослідження особливостей реалізації Конституції України, з'ясування проблем її ефективності та напрямів забезпечення в умовах конституційно-правової реформи.

Результати дослідження. Ефективність дії Конституції сучасної цивілізованої держави є одним з основних показників, що відображають її спроможність здійснювати вплив на суспільні відносини за допомогою методів правового регулювання. Саме ефективність норм Основного Закону дає можливість визначити, наскільки повно реалізується закладений у ньому регулятивний потенціал, наскільки він відповідає актуальним потребам людини, суспільства та держави.

Слід підкреслити, що проблема оцінювання ефективності дії нормативних регуляторів суспільних відносин, тобто законодавчих актів, не можна вважати новою. Притому, що неабияке наукове зацікавлення нею виявляють не тільки юристи, але й представники інших галузей науки (політологи, соціологи, спеціалісти з державного управління) та практики, проте досі питання не набуло належного наукового чи практичного вирішення. Основною причиною такої ситуації є багатоаспектність досліджуваного явища, а також постійна трансформація та залежність від економічних, політичних, соціальних та правових чинників.

Слід звернути увагу на те, що поняття «ефективність» (з латинської "effectus" – «дія, вплив»; «здатність забезпечувати результативність (ефект) процесу, проєкту») належить до найбільш загальних характеристик явищ і процесів, що нерідко використовуються в різних сферах життя людини й суспільства, а також знаходять своє застосування в найрізноманітніших галузях наукових знань, зокрема юриспруденції, одним із завдань якої є визначення ефективності системи національного законодавства.

Український науковець К. Ємельяненко справедливо зауважує, що питання вдосконалення правової регламентації суспільних відносин належить до традиційних, «наскрізних» для юридичної науки й практики, але в умовах проведення системних соціально-економічних, політичних, юридичних реформ воно набуває особливої актуальності. Категорія «ефективність правового регулювання» викликає наукові дискусії, породжені різним розумінням права, його природи й соціального призначення. Це є цілком закономірним, оскільки право є багатоаспектним явищем, що об'єднує ціннісно-нормативні, конкретно-історичні та владно-офіційні риси [1, с. 3].

Ефективність кожного законодавчого акта характеризується об'єктивними, цілком визначеними показниками. Для здійснення якісного та всебічного оцінювання ефективності законодавства за допомогою критеріїв ефективності необхідно чітко зрозуміти, що вони собою являють, для чого і яким чином вони можуть бути застосовані. Професор П. Рабінович зазначає, що визначення таких показників стосовно певного закону з огляду на зміст та особливості суспільних відносин, що ними регулюється, дає змогу запрограмувати дослідження реальної ефективності закону. Вчений розрізняє юридичну та загальну ефективність правового регулювання. Юридична ефективність має місце, коли в результаті прийняття нормативно-правового акта настають саме юридичні наслідки, що пов'язані зі внесенням змін до правового становища окремого суб'єкта чи групи осіб. Загальна ефективність правового регулювання передбачає реальні зміни в різних сферах суспільних відносин, які мають місце в результаті впровадження нормативно-правового акта в практичній діяльності [6, с. 14, 16].

Український учений В. Сіренко наголошує на тому, що в процесі вивчення ефективності варто звертати увагу не на цілі законодавства, а перш за все на інтереси. Визначивши інтерес як співвідношення необхідності задоволення потреб різних груп, класів, окремих верств населення і можливості задоволення цих потреб, можемо сформувати модель, складові частини якої становлять елементи ефективності, а саме соціальні проблеми, які потрібно задовольнити за допомогою конкретного нормативного акта, правові засоби, їх кількість та якість; здатність правових засобів задовольняти соціальні потреби, закріплені в нормативному акті; перспективність напрямів удосконалення законодавства задля задоволення соціальних потреб за допомогою правових засобів [7, с. 3–13].

Слід погодитися з тим, що ефективність закону завжди похідна від його соціальної цінності. Співвідношення соціальної цінності та ефективності закону є таким, що будь-який закон може бути ефективним тільки за умови його соціальної цінності, але не кожний соціально цінний закон неодмінно ефективний. Будь-які результати, отримані шляхом оцінювання ефективності законів без урахування їхньої соціальної зумовленості та корисності, не тільки не можуть, але й не повинні використовуватися під час вирішення питання про необхідність удосконалення законодавства [2, с. 55].

Т. Подорожна вважає, що ефективна дія Основного Закону перш за все залежить від того, наскільки він засвоєний та підтримується мільйонами громадян України. У зв'язку

з цим важливим є формування в усьому суспільстві правової культури, котра сприятиме підвищенню дієвості Основного Закону. Останній має визначати засади майбутнього громадянського суспільства в державі, його політичні та соціальні цінності. В цьому сенсі Конституція є програмним документом для майбутнього громадянського суспільства України, в ній повинні закладатися його ідейно-політичні, філософські, доктринальні принципи [4, с. 72].

Для того щоби Конституція держави не перетворилась на декларативний документ, а стала «живим», ефективним, реальним інструментом регулювання суспільних відносин, реальною складовою частиною національної правової системи, закладені в ній приписи, принципи й норми мають бути втілені в життя за допомогою спеціального юридичного механізму. Основне призначення Конституції полягає в тому, щоби врегульовувати поведінку учасників конституційно-правових відносин, а це може відбутися за умови наявності відповідного механізму її реалізації. Отже, в контексті дослідження вивчення питання механізму реалізації Конституції є важливим елементом, тому що воно дає змогу розвивати та вдосконалювати цей механізм, адже через механізм реалізації Конституції можна розкрити сутність її реалізації як динамічної, живої системи, що відображає реальну здатність Основного Закону впливати на суспільні відносини.

Процес реалізації Конституції передбачає як забезпечення її максимальної стабільності, дієвості та ефективності, тобто здійснення властивих їй функцій, так і забезпечення розвитку, оновлення задля найуспішнішого проходження перехідного періоду у функціонуванні українського суспільства та Української держави [5, с. 4], тобто завдяки механізму реалізації Основного Закону забезпечуються процес впровадження в життя його норм, виконання ним своїх функцій та адаптація до різних умов розвитку держави та суспільства.

У суспільстві важливість механізму реалізації Конституції доводиться тим, що завдяки йому утверджується конституційний правопорядок, що ґрунтується на обмеженні публічної влади законом та гарантуванні основних прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина. З огляду на це до ключових елементів механізму реалізації Конституції України слід віднести правові заходи, спрямовані на, по-перше, утвердження конституційної законності та правопорядку; по-друге, конкретизацію й деталізацію конституційних законів та їх окремих норм, що отримують розвиток у конституційному законодавстві; по-третє, інтерпретацію конституційних норм уповноваженим суб'єктом; по-четверте, належний правовий захист основоположних конституційних принципів і цінностей.

Сам механізм реалізації конституції як для фізичних, так і для юридичних осіб починається з моменту набуття нею чинності, оскільки конституційні норми, що закріплюють конституційні права й свободи людини та громадянина, як і всі інші норми Конституції, мають пряму дію. У разі відсутності закону, що конкретизує конституційні права й свободи, органи державної влади та місцевого самоврядування зобов'язані застосовувати відповідні положення Конституції України.

Механізм реалізації Конституції є сукупністю правових (нормативних , тобто законодавчої бази) та інституційних елементів, за допомогою яких забезпечується на практиці втілення в життя конституційних принципів, приписів і норм, а також забезпечення в державі конституційної законності та правопорядку.

Механізм реалізації Конституції фактично є процесом втілення в соціальну практику її норм, що регулюють різноманітні суспільні відносини, а також трансформує потреби учасників конституційних відносин до загальнообов'язкового правила поведінки. На цей механізм мають суттєвий вплив політична, соціально-економічна ситуації, а також рівень перш за все правової, крім того, загальної культури, моралі, історичний стан розвитку суспільства й держави, а також інші об'єктивні та суб'єктивні фактори.

Варто також зауважити, що специфіка реалізації конституційних норм полягає в тому, що вони недостатньо захищені власними санкціями, на відміну від норм інших галузей права.

Якщо розглядати змістовний критерій такої реалізації, то під реалізацією конституційних норм слід розуміти втілення у врегульованих ними суспільних відносинах всього

того, що в цих нормах закладено. З огляду на це механізм реалізації Конституції є певною сукупністю взаємопов'язаних елементів правової системи, функціонування яких є необхідним на кожному етапі реалізації конституційної норми. Йдеться про втілення в суспільних відносинах найзагальніших правил поведінки, зазначених у диспозиціях конституційних норм, а також конституційних приписів щодо мети, суб'єктного складу, типових життєвих ситуацій, державних гарантій та засобів державного забезпечення, якщо це необхідно для реалізації Конституції.

Зміст реалізації Конституції не може зводитись лише до її дії як нормативно-правового акта з найвищою юридичною силою. Важливою частиною механізму реалізації Конституції є засоби впливу її положень безпосередньо на поведінку, свідомість і психіку людей. Власне, в такій ролі Конституція України перетворюється на потужний інструмент безпосереднього впливу на конкретні суспільні відносини.

Незважаючи на різноманіття підходів до поняття і сутності механізму реалізації норм Конституції, точки зору практично всіх фахівців сходяться до того, що сам по собі це складний і досить суперечливий процес, адже реалізація норм і нормативних установлень Основного Закону перебуває в безпосередній залежності від його основоположного характеру, а ступінь закріплення засад конституційного ладу регламентує правовий статус і визначає характер діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, дієвість правоохоронної системи держави, органів правосуддя, зокрема органу конституційної юстиції.

На думку В. Погорілка, реалізація норм Конституції є багатогранним явищем і за змістом, і зі формами.

За своїм змістом реалізація норм чинної Конституції – це, по-перше, забезпечення відповідності Конституції передбаченому нею державному та суспільному ладу, тобто непорушності конституційного ладу; по-друге, забезпечення всебічної та повної реалізації прав і свобод людини й громадянина; по-третє, забезпечення реалізації конституційних форм безпосереднього народовладдя (виборів, референдумів тощо) відповідно до принципів, проголошених чинною Конституцією; по-четверте, забезпечення організації та діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування відповідно до принципів, функцій та повноважень, визначених Конституцією України; по-п'яте, створення й забезпечення функціонування у спосіб, передбачений Конституцією України, інших основних інститутів держави, зокрема адміністративно-територіального устрою, державних символів, державної мови, грошової, банківської та бюджетної систем, Збройних Сил України та інших військових формувань.

За формою реалізація норм Конституції – це, по-перше, додержання всіх її положень, принципів і норм всіма органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами та громадянами, тобто повага, шана Конституції та передбачених нею державних і громадських інститутів; по-друге, виконання положень Конституції відповідними органами державної влади й органами місцевого самоврядування, посадовими особами відповідно до своєї компетенції, а також громадянами відповідно до своїх обов'язків; по-третє, належне застосування положень Конституції під час здійснення своїх функцій та повноважень органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими особами шляхом прийняття передбачених Конституцією законів України, актів Президента України, актів уряду тощо [5, с. 3].

Отже, під реалізацією Конституції України слід розуміти перетворення, втілення конституційних приписів (положень) у життя суспільства та держави шляхом правомірної поведінки учасників конституційно-правових відносин (державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, громадських організацій та громадян) задля забезпечення додержання прав і свобод людини та громадянина, основ конституційного ладу, суверенітету та територіальної цілісності держави.

Здебільшого реалізацію Конституції розглядають як реалізацію конституційних норм, тобто ототожнюють ці правові явища, що вважаємо не зовсім коректним, адже це не одне й те ж, хоча дещо спільне між означеними категоріями все ж таки є, а саме структурованість

і процесуальний характер, що передбачає наявність послідовних стадій здійснення. Відмінною різницею можна назвати рівень і правовий режим реалізації.

У процесі дослідження проблеми реалізації Конституції України в її співвідношенні з механізмом реалізації конституційно-правової норми С. Морозюк доходить висновку, що «процес реалізації конституційно-правової норми та процес реалізації Конституції мають певну спільну площину, у якій пересікаються один з одним, проте в певних межах такі процеси існують самостійно та автономно. Реалізація конституційно-правової норми – це один із рівнів реалізації Конституції» [3, с. 157].

Наслідком реалізації всіх конституційних норм є реалізація самої Конституції, однак для досягнення такого стану слід враховувати особливості як механізму реалізації конституційно-правової норми, так і механізму реалізації Конституції. Велике значення для реалізації норм Конституції України, окрім юридичних, мають організаційно-правові гарантії, тобто певні організаційні заходи й правові способи, що використовуються для попередження порушень конституційних норм і припинення можливих порушень. Частина цих гарантій стосується конституційного права загалом, інша ж пов'язана лише з конкретними конституційно-правовими інститутами. При цьому істотне значення мають соціальні фактори, що суттєво впливають на конституційно-правове гарантування [8, с. 26].

На реалізацію Конституції України здійснює відчутний вплив низка найрізноманітніших факторів, таких як соціально-економічні, політичні та організаційні, психологічні (рівень правової культури населення, посадових і службових осіб державного апарату й муніципального управління), ментальні (національні особливості, правосвідомість нації), історичний період розвитку держави та суспільства (наприклад, процеси глобалізації та євроінтеграції). Зазначена модель впливу чинників, що впливають на реалізацію Конституції України, є надзвичайно складною та багатовекторною, тому не завжди можна чітко визначити, який із компонентів впливу тим чи іншим чином впливає на реалізацію конституційних норм, але їх обов'язково необхідно враховувати з позицій як розвитку конституціоналізму, так і становлення правової системи держави. Необхідно звернути увагу на те, що міцність демократичних традицій, що ґрунтуються на конституційній законності та правопорядку, визначається не лише наявністю Основного Закону, який відповідає демократичним стандартам, але й фактичним виконанням конституційних норм усіма учасниками суспільних відносин.

Реалізація Конституції завжди пов'язана з правомірною поведінкою суб'єктів, тобто такою поведінкою, яка відповідає конституційним приписам. Це може бути різна за формами вираження поведінка, зокрема активна діяльність (виконання, використання, тобто здійснення певного обов'язку) і пасивна діяльність (додержання, що полягає в пасивній поведінці суб'єктів щодо здійснення негативних дій, зазначених у нормі).

У юридичній літературі класифікація форм реалізації конституційних норм здійснюється за різними критеріями, а саме за суб'єктами реалізації (індивідуальні та колективні форми реалізації); за характером поведінки суб'єктів, ступенем їх активності (традиційно розрізняють такі форми безпосередньої реалізації норм права, як додержання, виконання, використання, застосування). Ці та інші форми забезпечують втілення в життя конституційних приписів безпосередньо діями суб'єктів.

Негативний вплив на ефективність дії Конституції та рівень її реалізації в суспільстві здійснює ціла низка факторів, що робить її практично недієвою. Переважно вони пов'язані з різними ознаками, які притаманні нашому суспільству та державі, такими як недосконалість законодавства України; недосконалість юридичної Конституції, тому що вона суперечить фактичній Конституції; низький рівень розвитку правової культури й свідомості громадян; кризові політичні та соціально-економічні явища в суспільстві та державі; низька правова та політична свідомість політичної еліти в державі, яка тлумачить норми Конституції на свою користь.

Висновки. Ефективність дії Конституції України має бути забезпечена спеціальними засобами та механізмами, застосування яких може забезпечити максимальний рівень втілення конституційних приписів і норм у життя, забезпечення адекватності між юридичною та фактичною Конституціями, до яких, зокрема, належать удосконалення правотворчої

діяльності уповноважених органів та посадових осіб; розвиток узгодженого та розгалуженого конституційного законодавства; забезпечення залучення до парламенту представників різних соціальних груп та професіоналів-технократів різних сфер життєдіяльності суспільства; реальна конституційно-правова відповідальність за порушення норм Конституції України.

Кризові політичні та соціально-економічні явища в суспільстві та державі здатні послабити дієвість механізму реалізації Основного Закону, тому Конституцію України та поточне конституційне законодавство України слід оцінювати з урахуванням тих умов, у яких воно буде в подальшому реалізовуватись, а також враховувати всі як позитивні, так і негативні фактори впливу. Тільки за таких умов можливими є ефективна дія Конституції та реальний результат втілення Основного Закону України в суспільних відносинах.

Список використаних джерел:

1. Ємельяненко К. Позитивістський та соціологічний підходи до розуміння ефективності правового регулювання. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 2. URL: Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_2_11.

2. Матвєєва Ю. Деякі питання методики оцінки ефективності законодавства. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2005. Т. 38. С. 52–56.

3. Морозюк С. Місце конституційно-правової норми в механізмі реалізації Основного Закону. *Форум права*. 2015. № 5. С. 154–159. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_5_28.pdf.

4. Подорожна Т. Конституція України – правова основа джерел права. *Современные напрвления теоретических и прикладных исследований*. 2012. Вып. 1. Т. 22. С. 71–73.

5. Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика : монографія / відп. ред. В. Погорілко. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. 652 с.

6. Рабінович П. Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-понятєвий інструментарій дослідження. *Вісник Академії правових наук України*. 2008. № 1 (52). С. 13–21.

7. Сіренко В. Визначення ефективності законодавства: методологічні аспекти. *Законодавство: проблеми ефективності* / В.Б. Авер'янов та ін. Київ : Наукова думка, 1995. С. 3–13.

8. Совгиря О., Шукліна Н. Конституційне право України. Повний курс : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 556 с.

ДОЛИНСЬКА М. С.,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри
господарсько-правових дисциплін
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.6

ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В ЗАКЛАДАХ ВИЩОЇ ОСВІТИ ЗІ СПЕЦИФІЧНИМИ УМОВАМИ НАВЧАННЯ

Дослідження присвячене актуальним питанням правового регулювання юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання.

У проєкті «Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії» не врегульовано питання провадження деяких видів правничої діяльності, а саме наукової викладацької діяльності та діяльності фахівців, які працюють в органах Міністерства внутрішніх справ України.

На думку автора, зміни українського законодавства щодо євроінтеграційних процесів також мають відбуватися з урахуванням позитивного закордонного досвіду правового регулювання юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання. Проаналізовано досвід зарубіжних країн щодо діяльності закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання. Особливу увагу приділено правовому регулюванню юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання в Республіці Молдова.

Наголошено на тому, що в Україні й надалі повинні існувати разом з класичними юридичними закладами освіти заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання, зокрема ті, які перебувають в системі Міністерства внутрішніх справ України. Ці установи мають здійснювати підготовку здобувачів вищої освіти для подальшого їх працевлаштування не тільки в органи поліції, але й як профільних юристів.

Українському законодавцю варто запозичити досвід молдавських колег щодо регулювання в Законі України «Про вищу освіту» діяльності закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання, зокрема тих, які належать до системи Міністерства внутрішніх справ України.

Порядок відбору та умови прийому кандидатів до закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання системи МВС України мають встановлюватися Міністерством внутрішніх справ за допомогою відповідних відомчих нормативних актів, однак з урахуванням специфіки служби та освіти за відповідними напрямами, а також у поєднанні із загальними основами організації прийому в національній освіті.

Ключові слова: *заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання, органи поліції.*

Dolynska M. S. Problems of legal education in specific higher education institutions

The research deals with the current issues of legal regulation of law education in specific higher education institutions.

The draft Concepts on Improving Legal (Law) Education for the Professional Training of Lawyer in accordance with the European Standards for Higher Education and the Legal Profession do not regulate the issue of conducting some types of legal activities: scientific teaching activities and the activities of specialists working in the bodies of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

According to the author, changes in the Ukrainian legislation in the field of European integration processes should occur, taking into account the positive foreign experience of legal regulation of law education in specific higher education institutions. The experience of foreign countries concerning the activities of specific higher education institutions is analyzed. Special attention is paid to the legal regulation of law education in specific higher education institutions of the Republic of Moldova.

It is emphasized that in Ukraine there should be, in addition to the classical legal educational institutions, specific higher education institutions, in particular within the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. These institutions should train higher education applicants to their further employment not only as the police, but also as lawyers.

The Ukrainian legislator should draw on the experience of the Moldovan counterparts in regulating the activities of specific higher education institutions in the Law of Ukraine "On Higher Education", in particular those institutions that belong to the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

The procedure for the selection and conditions of candidates admission to specific higher education institutions of the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine should be established by the Ministry of Internal Affairs by means of appropriate departmental normative acts, taking into account the specific service and education in the relevant areas, as well as in conjunction with the general organization framework of the national education.

Key words: *specific higher education institutions, police authorities.*

Вступ. Набуття високоякісної юридичної освіти здобувачами освіти дає їм змогу в майбутньому знайти гідну та високооплачувану працю.

Існують різні види кваліфікацій юридичної діяльності, тобто окремі види юридичних чи правничих професій. Однак чинним законодавством встановлено певні вимоги щодо набуття вищої юридичної освіти до окремих професій. Наприклад, лише здобувачі вищої освіти освітнього ступеня «магістр» мають право претендувати на посади нотаріуса, судді, адвоката, прокурора, керівника та заступника територіального органу поліції.

Однак для того, щоби працювати в органах системи Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС), зокрема в органах поліції, здобувачі вищої освіти мають не тільки набути широких знань у галузі права, але й володіти спеціальними знаннями та навичками, тобто набути певних компетентностей, без яких не зможуть проводити ефективну професійну діяльність.

Ще за часів СРСР на українських землях ефективно здійснювали освітню правничу діяльність навчальні заклади зі специфічними умовами навчання, які належали до органів системи Міністерства внутрішніх справ. В Україні досі юридичні навчальні заклади зі специфічними умовами навчання здійснюють підготовку кадрів – правників різних видів юридичної діяльності, зокрема для правоохоронних органів. Випускники цих закладів вищої освіти працюють не лише в органах МВС, але й у судових та нотаріальних органах, прокуратурі, займаються адвокатською діяльністю.

У проєкті «Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії» до правничих професій віднесено лише чотири окремі професії, такі як адвокат, нотаріус, прокурор, суддя. Однак у цьому проєкті не врегульовано питання провадження інших видів

правничої діяльності, зокрема наукової викладацької діяльності, та фахівців, які працюють в органах Міністерства внутрішніх справ України.

Науковий аналіз юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання в Україні, певних зарубіжних країнах дає змогу глибше зрозуміти специфіку юридичної освіти у вищезазначених закладах вищої освіти, з'ясувати закономірності та забезпечити подальший розвиток правового регулювання юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання.

Дослідженнями щодо діяльності закладів вищої освіти займалися В. Більченко, І. Винярчук, Ю. Йосипів, Т. Кагановська, І. Красницький, І. Личенко, У. Парпан, В. Романюк, Л. Рябовол, О. Гуріна, М. Федоров, Ю. Фігель, М. Шелухін та інші науковці. Однак у зв'язку з останніми змінами чинного законодавства слід відзначити, що науковцями приділено недостатньо уваги проблемам юридичної світи в Україні та аналізу досвіду зарубіжних країн щодо набуття юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз досвіду вищої юридичної освіти України та зарубіжних країн щодо правового регулювання набуття юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання; аналіз джерельної та законодавчої бази щодо проблем юридичної освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання за допомогою порівняльно-правового, діалектичного та інших методів.

Результати дослідження. Система юридичної освіти в незалежній Україні постійно розвивається та вдосконалюється, одночасно відображає зміни законодавства, суспільно-політичні та правові зміни держави.

В Україні традиційно готують універсальних та широко профільних юристів. У більшості навчальних закладів останнім часом пропонуються різні спеціалізації, які починаються на 3–4 курсах. Переважно це кримінально-правова, державно-правова, цивільна, господарська та міжнародна спеціалізації. Правильно зазначає М. Шелухін, що найчастіше спеціалізації утворюються (вказуються) задля залучення якомога більшої кількості абітурієнтів. Необов'язковим є те, що випускники, які вибрали державне право, зможуть в майбутньому працювати в апаратах державних і громадських організацій, а випускники кримінальної спеціалізації – слідчими, і навпаки, вибір якоїсь спеціалізації не означає, що випускник ВНЗ не зможе займатися в майбутньому іншими напрямами [1, с. 257].

На нашу думку, це особливо доречним є тоді, коли студент здобуває вищу юридичну освіту за свої власні кошти або кошти своїх батьків.

Органи поліції сучасної України потребують працівників, які б володіли широкими знаннями у правничій діяльності, але також відповідали високим етичним та моральним людським якостям. Підготовка у закладах вищої освіти системи МВС України повинна не лише надати ґрунтовні знання та вміння, але й сформувати здатність випускників до саморозвитку, а також вміння адаптуватися до нових соціальних та інформаційних, технічних та технологічних вимог, особливо до самоосвіти. Така підготовка дасть змогу не тільки сформувати професійні інтереси майбутніх правоохоронців, але й належно зорієнтувати, дати чітке уявлення про переваги й труднощі, які пов'язані зі службою в органах поліції [2, с. 243].

У законодавчому порядку (у статті 74 Закону України «Про Національну поліцію») не передбачено конкретних умов навчання майбутніх поліцейських. Однак законодавцем наголошено на тому, що підготовка майбутніх поліцейських відбувається вищими навчальними закладами зі спеціальними умовами навчання.

У статті 1 Закону України «Про вищу освіту» законодавцем окремо виділено лише вищі військові навчальні заклади як заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання. Отже, законодавцем в окрему групу не виділено заклади вищої освіти, які б здійснювали підготовку кадрів для потреб органів Міністерства внутрішніх справ України.

Ми погоджуємося з В. Романюком в тому, що «не вважається дискримінацією права на здобуття вищої освіти встановлення обмежень та привілеїв, що визначаються специфічними умовами здобуття вищої освіти, зумовленими особливостями отримання кваліфікації». Під специфічними умовами навчання зазвичай розуміються певні обмеження, зокрема

добір на навчання, вік, стан здоров'я здобувача, здобуття освіти та перебування у закритому соціальному співтоваристві, певна особлива субкультура. До привілеїв автор відносить високі вимоги до дисципліни, гарантоване працевлаштування, державне забезпечення, а також посилене вивчення фахових дисциплін та постійне стажування тощо. Вищезазначене у своїй сукупності має привести до отримання випускником закладу вищої освіти зі специфічними умовами навчання достатньої компетентності (динамічна комбінація знань, вмінь і практичних навичок, способів мислення, професійних, світоглядних і громадянських якостей, морально-етичних цінностей, яка визначає здатність особи успішно здійснювати професійну та подальшу навчальну діяльність) [2, с. 242].

Ми підтримуємо думку українських науковців, зокрема В. Романюка, про те, що руйнувати «систему відомчих вищих навчальних закладів МВС у той час, коли Національна поліція відчуває «кадровий голод», здається як мінімум нераціональним». Позитивність цієї думки підтверджується на практиці. Так, в результаті щорічного інтерв'ювання працівників підрозділів кадрового забезпечення окремих територіальних органів Національної поліції були отримані відомості, що свідчать про різний рівень підготовленості до служби у практичних підрозділах випускників цивільних ВНЗ та відомчих навчальних закладів МВС. За їх словами, випускники ВНЗ МВС України швидше адаптуються до наявних умов проходження служби [2, с. 242–243].

Як відомо, в європейських державах існує ефективна система підготовки юристів та працівників правоохоронних органів. Наприклад, у Німеччині є декілька поліцейських освітніх інститутів. Добір майбутніх студентів до такого інституту здійснюється незалежним спеціалізованим центром на основі тестування, що дає змогу оцінити не тільки обсяг знань, але й загальний рівень інтелекту, особливості психології та фізичної підготовки абітурієнта. Визначальним під час навчання у такому закладі є забезпечення його тісного зв'язку з поліцейської практикою. Окрім теоретичної підготовки правоохоронців з кримінального процесу, криміналістики, конституційного права, соціології, психології тощо, вони також мають великі блоки практичних занять. Навчання спочатку відбувається в практичному поліцейському інституті, а потім безпосередньо в поліцейській дільниці, лише після чого студенти складають кваліфікаційний іспит [3].

У навчальних закладах правоохоронної спрямованості країн Європейського Союзу існують спеціальні працівники, які допомагають змоделювати суспільно небезпечні діяння та відтворити різні прояви правопорушень для формування ефективної моделі поведінки майбутніх правоохоронців. Практична підготовка правоохоронців здебільшого передбачає постійне проведення тренінгів, оволодіння практичними вміннями вирішення конфліктів без застосування спеціальних засобів та зброї, організації дорожнього руху, оформлення матеріалів за результатами вчинення правопорушення чи злочину, вжиття спеціальних заходів у межах попереднього слідства, протидії масовим заворушенням [4, с. 58–59].

Тренінгові форми навчання за умови максимальної імітації реальних ситуацій дають змогу більшою мірою адаптувати правоохоронців до типових та екстремальних ситуацій, забезпечують професійність їхніх дій. Важливим є розширення надання освітніх послуг у юридичній сфері та підготовки кадрів для різних програм правоохоронної діяльності. Прикладом реалізації цього напряму юридичної освіти є ідея функціонування Народних поліцейських академій у Великобританії. Програма підготовки представників громадськості, які допомагають реалізовувати правоохоронну діяльність, передбачала залучення громадян до роботи в добровільній (спеціальній) поліції та навчання в Народній поліцейській академії [5]. У цьому органі створено посади спеціального констебля, керівників ділянки, підрозділу, відділу, шефа добровільної поліції. За цим зразком у 1998 р. сформовано Корпус помічників поліції у Словацькій Республіці [6].

У сусідній Республіці Молдові на законодавчому рівні врегульовано питання існування закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання. Так, стаття 122 «Освіта за напрямами військової справи, безпеки і громадського порядку» Кодексу Республіки Молдова про освіту від 17 липня 2014 р. [7] регулює питання освіти у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання, зокрема за напрямом громадського порядку, та закріплює, що така освіта є складовою частиною національної системи освіти.

На важливість існування таких закладів вищої освіти вказує те, що створення, реорганізація та ліквідація освітніх установ сфери громадського порядку здійснюються Урядом Молдови відповідно до Кодексу Республіки Молдови про освіту та інших нормативних актів.

У частині третій статті 122 Кодексу Республіки Молдова про освіту встановлено, що освіта за напрямами військової справи, безпеки й громадського порядку забезпечує для органів центрального публічного управління та інших державних структур у галузі оборони, безпеки та громадського порядку професійну підготовку, спеціалізацію та підвищення кваліфікації офіцерів і субофіцерів; професійну спеціалізацію і підвищення кваліфікації цивільного персоналу, що працює у вказаних органах; організацію і проведення наукових досліджень за напрямами, що становлять інтерес для міністерств та інших структур сфери оборони, безпеки та громадського порядку; консультаційні послуги, наукову підтримку та експертизу в галузі оборони, безпеки та громадського порядку для урядових і неурядових структур відповідно до чинного законодавства [7].

У Республіці Молдові освітні установи зі специфічними умовами, зокрема громадського порядку, організовуються в публічних освітніх закладах професійно-технічної освіти, вищої освіти (ліценціатура, магістратура, докторантура), а також у формі безперервної професійної підготовки з фінансуванням як з державного бюджету, так і на платній основі. Отже, може здійснюватися підготовка студентів у закладах вищої освіти зі специфічними умовами навчання як за державні кошти, так і за кошти фізичних та юридичних осіб.

Згідно зі статтею 122 Кодексу Республіки Молдова про освіту дипломи про закінчення навчального закладу сфери військової справи, безпеки і громадського порядку та отримані звання дають їх власникам право займати після звільнення в запас посади, еквівалентні тим, на які мають право випускники освітніх установ поза сферою військової справи, безпеки і громадського порядку родинного профіля й того ж рівня. Таким чином, юридична освіта, отримана в закладах освіти Молдови зі специфічними умовами навчання, прирівнюється до освіти, отриманої у вищому класичному юридичному закладі освіти [7].

Зазначаємо, що порядок відбору та умови прийому кандидатів в освітні установи сфери громадського порядку в Молдові встановлюються органами, яким підвідомчі відповідні освітні установи, за допомогою відповідних відомчих нормативних актів, з урахуванням специфіки служби та освіти за відповідними напрямами, а також разом із загальними основами організації прийому в національній освіті.

Використання кращого європейського досвіду та гармонізація національного законодавства з європейськими стандартами у сфері підготовки правоохоронців та фахівців юридичного напряму є важливою умовою сучасних трансформацій. Підготовка майбутніх юристів, правоохоронців, правозахисників має бути орієнтована на людиноцентристські начала правоохоронної роботи, а також на посилення практичної підготовки здобувачів вищої освіти як правоохоронців та правозахисників, так і юристів, а також на профілактичну роботу серед населення [8, с. 556].

Однак це має здійснюватися шляхом розроблення нормативно-правових основ для поєднання теоретичного та практичного навчання під час підготовки студентів-юристів [9, с. 123].

Дійсно, цілком логічним виглядає той факт, що підготовка фахівця для Національної поліції суттєво відрізняється від підготовки майбутнього нотаріуса, адвоката чи співробітника СБУ. Саме в цьому мають проявлятися наслідки застосування специфічних умов під час навчання.

Зокрема, для підготовки поліцейських заняття повинні зводитися до тренінгів з відпрацюванням тактичних прийомів дій у типових та екстремальних ситуаціях в умовах тактичних полігонів, на яких варто відпрацьовувати навики комунікації, спостережливості, а також інші спеціалізовані поліцейські навики [10, с. 183–184].

Має рацію В. Романюк, який звертає увагу на те, що реформування відомчої освіти має привести не до ліквідації ВНЗ, а до їх реорганізації з обов'язковим збереженням кадрового потенціалу [2, с. 243].

Найважливішим критерієм оцінювання юридичних закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання є здатність закладу готувати кваліфікованих правоохоронців, а також професійних правників (юристів).

Успішна діяльність будь-якого закладу вищої освіти, зокрема юридичного закладу вищої освіти зі специфічними умовами навчання, за умов євроінтеграції також визначається забезпеченням відповідного контролю за якістю освіти [11, с. 318].

Висновки. Таким чином, в Україні й надалі повинні існувати разом з класичними юридичними закладами освіти заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання, зокрема ті, які перебувають у системі Міністерства внутрішніх справ України. Ці установи мають здійснювати підготовку здобувачів вищої освіти для їх подальшого працевлаштування не тільки в органи поліції, але й як профільних юристів.

Особливо це стосується випадків, коли здобуття вищої юридичної освіти проводиться за кошти фізичних та юридичних осіб.

Українському законодавцю варто запозичити досвід молдавських колег щодо регулювання у Законі України «Про вищу освіту» діяльності закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчаннями, зокрема тих, які належать до системи Міністерства внутрішніх справ України.

Порядок відбору та умови прийому кандидатів до закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчаннями системи МВС України мають встановлюватися Міністерством внутрішніх справ за допомогою відповідних відомчих нормативних актів, однак з урахуванням специфіки служби та освіти за відповідними напрямами, а також разом із загальними основами організації прийому в національній освіті.

Список використаних джерел:

1. Шелухін М. Про внутрішній зміст реформування вищої юридичної освіти в Україні. *Вісник Маріупольського державного університету. Серія: Право*. 2017. Вип. 4. С. 251–263.

2. Романюк В. Вплив специфічних умов навчання у ВНЗ МВС України на здійснення підготовки поліцейських. *Підготовка охоронців правопорядку в Харкові (1917–2017 рр.)* : збірник наукових статей і тез доповідей науково-практичної конференції до 100-річчя підготовки охоронців правопорядку в Харкові (м. Харків, 25 листопада 2017 р.). Харків : МВС України, Харківський національний університет внутрішніх справ, 2017. URL: siy96og6OU hRIBmn4NV5iH2M93hWdMgW.pdf.

3. Система полицейского образования в Германии URL: http://www.bygeo.ru/strany/germaniya/1517-sistema-policeyskogo-obrazovaniya-vgermanii.html.

4. Винярчук І. Проблемні питання вогневої підготовки на сучасному етапі реформування Національної поліції України. *Теорія та практика правоохоронної діяльності* : тези міжнародної науково-практичної конференції (11 листопада 2016 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2016. С. 57–60.

5. Зарубежный опыт охраны общественного порядка с акцентом на предупреждение преступлений. URL: http://www.ormvd.ru/pubs/15218.

6. Головкина А., Потоцкий Н. Зарубежный опыт разработки программ профилактики правонарушений. URL: http://litterref.ru/yfsjgemerjgeotrmer.html.

7. Кодекс Республики Молдова об образовании от 17 июля 2014 г. № 152. URL: http://www.lexed.ru/zakonodatelstvo-ob-obrazovanii/kodifi-katsiya-zakonodatelstva-ob-obrazovanii/kodeks-respubliki-moldova-ob-obrazovanii.php.

8. Личенко І. Напрями вдосконалення юридичної освіти та підготовки працівників правоохоронних органів України на основі використання Європейського досвіду. *Вісник національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2017. № 861. С. 554–559.

9. Фігель Ю. Роль практичної професійної діяльності в освітньому процесі студентів юридичних спеціальностей. *Право і безпека*. 2010. № 4 С. 122–126.

10. Красницький І., Йосипів Ю. Деякі аспекти тренінгового навчання поліцейських на тактичних полігонах. *Теорія та практика правоохоронної діяльності* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (11 листопада 2016 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2016. С. 181–184.

11. Долинська М. Деякі аспекти контролю вищої освіти у країнах Європейського Союзу. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки*. 2017. № 876. С. 313–319.

ЖИТИНСЬКИЙ О. В.,
студент І курсу
міжнародно-правового факультету
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

ТРИХЛІБ К. О.,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії
і філософії права
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

УДК 340.12:341.231.14
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.7

ДЕМОКРАТИЧНА ПРАВОВА ДЕРЖАВА: СОЦІАЛЬНА *VS* ЛІБЕРАЛЬНА

У статті окреслено зміст понять «соціальна держава» та «ліберальна держава», вивчено історію розвитку цих концепцій, досліджено функції та основи їх існування. Зроблено спробу визначити головні відмінності між концепціями соціальної та ліберальної держав. Підкреслено, що й соціальна, й ліберальна держава є складовими частинами демократичної правової держави, проте ліберальна держава ґрунтується на особистих і політичних правах (правах першого покоління), а соціальна держава є гарантом соціальних, економічних і культурних прав (прав другого покоління). Ліберальна держава *per se* має лише два зобов'язання, а саме гарантування рівності стартових умов (рівність у матеріальному розумінні) і захист громадян від насильства ззовні та зсередини (безпекова функція держави «нічного сторожа»). Держава такого типу не втручається в боротьбу громадян «за місце під сонцем», а є незалежним арбітром, який сам підпорядковується власноручно створеним правилам. Фундаментальними принципами в такій державі є принципи рівності можливостей, незалежності, ринкової справедливості й свободи. Крім того, проаналізовано особливості становлення та поступу ліберальної держави у США. Соціальна держава прагне забезпечити кожному громадянинові гідні умови життя, виступає гарантом соціального забезпечення, соціального страхування й соціального миру (так звана держава «загального добробуту» – англ. концепція *welfare state*). Компетенція такої держави поширюється на низку сфер, зокрема забезпечуються універсальний доступ до державної освіти та охорони здоров'я, соціальний захист у вигляді різних видів допомоги, розвиток житлово-комунального господарства. Така держава функціонує на основі принципів солідарності, субсидіарності, соціальної справедливості та загального блага. Визначено характерні риси соціальних держав скандинавської моделі, Японії, а також проблеми побудови соціальної держави в Україні, зокрема, досліджено практику Конституційного Суду України щодо зобов'язань України як соціальної держави.

Ключові слова: *соціальна держава, соціальна політика, ліберальна держава, функції держави, права людини, правова держава, Конституційний Суд України, Конституція України.*

Zhytynskyi O. V., Trykhlib K. O. Democratic state of law: social *vs* liberal

The article defines the content of the notions of "social state" and "liberal state", as well as the history of development of these concepts, the functions and foundations of their existence have been researched. The main differences between the concepts of social and liberal state are identified. It is emphasized that both social and liberal states are the concepts of law-governed state, but the liberal one is based on personal and political rights (First Generation Human Rights, basic rights), and the social one is the guarantor of social, economic and cultural rights (Second Generation Human Rights, rights of recipients). The liberal state essentially has only two obligations: guaranteeing a level playing field (equal access and opportunities, substantive equality) and protecting citizens from outside and inside violence (security function of a "night watchman state"). A state of this type does not interfere with citizens' struggle "for a place under the sun", but is an independent arbiter, who obeys its own rules. The fundamental principles in such a state are the principles of equality of opportunities, independence, market justice and freedom. Besides, the features of the formation and progress of the liberal state in the USA have been examined. In contrast, the social state seeks to provide every citizen with decent living conditions; it is a guarantor of social security, social insurance and social peace (conception of so-called welfare state). The competence of such a state extends to a number of spheres, in particular, universal access to public education and health care, social protection in the form of various types of assistance, development of housing and communal services are provided. Such a state operates on the basis of the principles of solidarity, subsidiarity, social justice and the common good. The characteristics of the social states of the Scandinavian model and Japan have been identified and the problems of building a social state in Ukraine have been studied, *inter alia*, the jurisprudence of the Constitutional Court of Ukraine concerning the obligations of Ukraine as a social state is explored.

Key words: *social state, social policy, liberal state, functions of state, human rights, law-governed state, Constitutional Court of Ukraine, Constitution of Ukraine.*

Вступ. Відповідно до ст. 1 Конституції України Україна є не тільки демократичною і правовою, але й соціальною державою. Це положення Основного Закону ставить перед вітчизняною наукою важливе завдання, що полягає у визначенні сутності та ознак цього поняття, а також функцій та проблем побудови такої держави в Україні. Водночас ця тема є досить актуальною, оскільки ті взаємні обов'язки, що склалися в українському суспільстві між державою та громадянином і закріплені у Конституції, значною мірою *de facto* не виконуються, тому, на наш погляд, доцільно говорити про необхідність лібералізації характеру цих відносин. Цікаво, що досліджувана проблема підтверджує нерозривний зв'язок права, політики та економіки. Проблематика статті цікавила й продовжує цікавити не тільки юристів, але й економістів, політологів, соціологів та вчених інших галузей науки. Серед них слід назвати таких, як В. Копєйчиков, М. Підберезький, П. Рабінович, С. Алексєєв, М. Баглай, В. Мілецький, О. Скрипнюк, І. Яковюк, В. Співак, О. Овсієнко, В. Орленко. Загалом можна стверджувати, що більшість українських науковців у своїх працях намагається визначити, що таке соціальна держава та якими є її ознаки. Значно менша увага приділяється ліберальній державі, як і міжнародному досвіду побудови держави певної моделі. Отже, видається, що проблематика статті залишається недостатньо опрацьованою вітчизняними науковцями та, очевидно, потребує подальшого всебічного аналізу й дослідження.

Постановка завдання. Метою статті є порівняння концепцій соціальної та ліберальної держави крізь призму історичного аналізу їх становлення й розвитку; дослідження проявів цих моделей у Японії, скандинавських країнах; з'ясування особливостей української моделі соціальної держави.

Результати дослідження. На сучасному етапі глобалізації досить умовно всі держави світу можна поділити на дві категорії, а саме ліберальні та соціальні. Англійський демограф і економіст Томас Мальтус колись писав: «Людина, що прийшла в зайнятий уже світ, якщо її не можуть прогодувати батьки і якщо суспільство не має потреби в її праці, не має права на будь-яку їжу; по суті, вона зайва на землі. На великому життєвому бенкеті природи для неї немає місця. Природа наказує їй зникнути та невідкладно сама виконає свій вирок, якщо вона (ця людина – *О. Ж., К. Т.*) не знайде співчуття кількох учасників бенкету. Але якщо вони потісняться, щоб дати їй місце, незабаром з'являться нові, вимагаючи для себе тієї ж милості» [1]. На нашу думку, між цими рядками приховано ідею саме ліберальної держави. В такій державі влада не протистоїть громадянинові, адже самі громадяни і є державою. Вони мають значні можливості для самоорганізації та беруть на себе відповідальність за виконання багатьох завдань. Держава такого типу захищає від бідності тільки найбільш нужденних, а щодо решти громадян є стимулятором, зокрема заохочує їх до пошуку роботи, підприємницької діяльності. Роль такої держави *primus omnium* полягає в захисті індивідуальної свободи, забезпеченні рівності ресурсів і можливостей, оберіганні громадян від насильства ззовні та зсередини, захисті національних інтересів на міжнародній арені. Цьому сприяють встановлення універсальних правил поведінки – законів – та забезпечення їх неухильного виконання за допомогою державного апарату. Важливо додати, що економічна діяльність ліберальної держави обмежена, натомість приватна власність у такій державі переважає і є священною («доктрина фортеці» у США). *Aliis verbis*, завдання такої держави в економіці полягає у забезпеченні максимальної свободи суб'єктів ринку, ринкової справедливості. Ринкова справедливість (*market justice*) полягає у створенні рівних законодавчих можливостей для індивідів у реалізації їхніх здібностей та досягненні успіху в умовах конкуренції і обмеження монополії [2, с. 191]. Взагалі приватний інтерес в англо-американській правовій сім'ї завжди мав пріоритет над публічним (загальносуспільним) інтересом, який історично переважав у романо-германському праві ще з часів Римської імперії та виникнення поділу права на приватне й публічне, що не є в принципі характерним для англо-американських правових систем, тому не випадково, що концепція ліберальної держави набула найбільшого розвитку й поширення саме у державах англо-американської правової сім'ї.

Концепція ліберальної держави ґрунтується на теорії лібералізму, що виникла в Європі у XVII – XVIII ст. Одним із головних його теоретиків був Джон Лок, ідеї якого лягли в основу Конституції США 1787 року. Сутність цих ідей полягає в тому, що приватний інтерес превалює над публічним, відмінність кожної людини є безумовною та первинною, індивідуалізм переважає над гуманізмом, натомість свобода й автономія волі складають базову правову цінність. Відповідно, у Штатах лібералізм ототожнюється з поняттями свободи (Liberty), рівності (Equality), незалежності (Freedom) та справедливості (Justice). При цьому рівність слід розуміти як рівність ресурсів і можливостей. Роналд Дворкін писав про рівність так: «головним нервом лібералізму є певна концепція рівності, яку я називаю ліберальною». Лібералізм, на його думку, є визнанням принципу приблизної рівності задля надання кожному рівної частки благ, за допомогою яких людина може реалізувати свої прагнення. Незалежність (свобода) – це не просто можливість робити те, що бажаєш. Перш за все тут мається на увазі ідея досягнення певного ступеня успіху громадянином, що живе серед інших громадян. Справедливість означає, що людина як розумна істота має ставитися до однакових речей однаково, а до різних – по-різному [3; с. 141–142]. На нашу думку, принципи справедливості й рівності взаємопов'язані, бо справедливості без рівності прав і можливостей *a priori* не може бути. Джон Ролз зазначає, що «всі люди повинні мати рівні права на найширшу загальну систему рівних основних свобод, сумісну з подібною системою свободи для всіх» [4, с. 232].

Щодо соціальної держави, то вона не надто заохочує до самостійного задоволення своїх потреб. *Vice versa*, така держава радше приносить блага «на блюдечку з блакитною облямівкою», в її основі лежить соціал-демократія (німецька концепція *Polizeistaat*, яка

потім трансформувалась у *Sozialsttat*), а ключовим принципом діяльності вважається соціальна справедливість, що означає головну роль держави, а не ринку у добробуті громадян. Це передбачає можливість втручання держави в приватний сектор економіки, в ринкові відносини задля справедливого розподілу економічних благ і ресурсів. Соціальна справедливість має тісний зв'язок із суспільною солідарністю – *unus pro omnibus, omnes pro uno*. Наприклад, у системі охорони здоров'я це проявляється в тому, що молодий сплачує за похилого, здоровий за хворого, багатий за бідного [2, с. 192]. Водночас тут виключаються утриманство, зайвий патерналізм і діє принцип субсидіарності, адже держава втручається лише тоді, коли особа сама не здатна забезпечити собі та своїй родині гідний рівень життя (можливість запровадження так званої позитивної дискримінації). Важливе місце тут посідають принцип соціальної відповідальності, зацікавленість кожного у створенні ліпшої реальності, *ergo*, в особи є не тільки права, але й обов'язки перед суспільством. Також доцільно визначити три соціальні зобов'язання держави такого типу. Отже, ними є:

1) обов'язок гарантування соціального миру (розвиток системи соціального партнерства – погодження інтересів працівників і працедавців за посередництвом держави; існування ефективних механізмів вирішення соціальних конфліктів тощо);

2) обов'язок соціального страхування (сплата внесків громадянами й надання їм допомоги в разі настання страхового випадку); тут особи, що не сплачують страхові внески, можуть мати право на отримання страхових виплат;

3) обов'язок соціального забезпечення (підтримка найбільш вразливих і незахищених верств населення шляхом перерозподілу видатків державного бюджету).

Отже, не буде перебільшенням стверджувати, що в соціальній державі загальне благо вище за індивідуальне, тут визнається верховенство інтересів суспільства над індивідуальними правами. Більше інформації про основи та функції соціальної держави наведено на рис. 1.

Слід зазначити, що перша теоретична концепція соціальної держави (нім. *Sozialstaat*) з'явилася в науковому обігу не так давно, а саме в середині XIX ст., а розробив її німецький вчений Лоренц фон Штейн. Точніше кажучи, у своїй праці «Історія соціального руху Франції з 1789 року» він розробив теорію соціальної монархії, що потім трансформувалась у теорію соціальної держави. Л. фон Штейн вважав, що держава має дбати про потреби кожного члена суспільства: «це призначення, себто вищий розвиток держави, може бути досягнуте лише тоді, коли держава, за допомогою

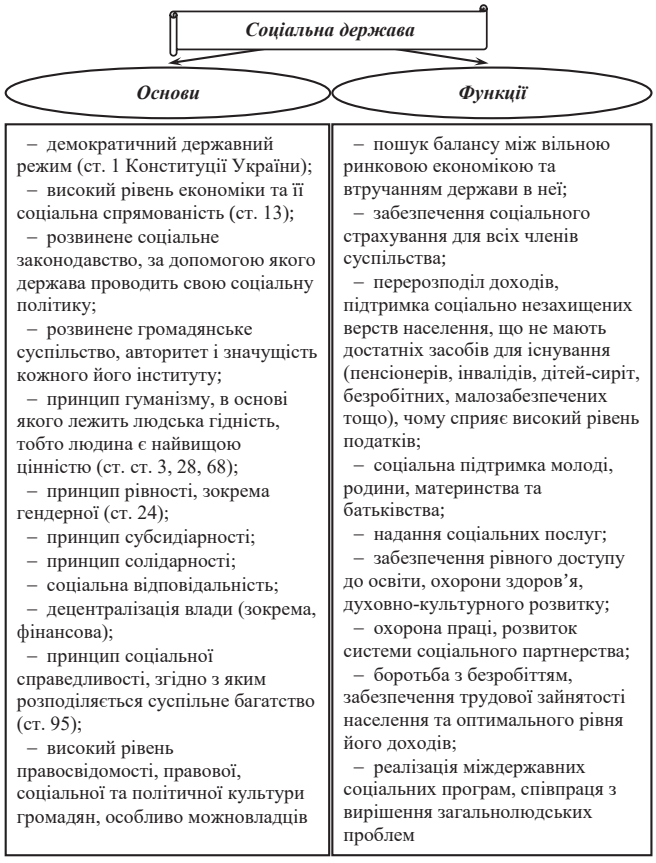

Рис. 1. Основи та функції соціальної держави

вищої влади, буде сприяти розвитку, тобто прогресу, багатству, могутності й інтеліген-ції всіх окремих особистостей: діючи на користь усіх, вона діє на свою власну користь. Іншого шляху для неї немає, бо держава є ніщо інше, як єдність усіх особистостей» [5, с. XXVII]. На підставі цих ідей «залізний» канцлер Німецької імперії Отто фон Бісмарк створив одну з перших у світі систем пенсійного забезпечення й медичного страхування. У XX ст. Джон Кейнс обґрунтував соціальну роль держави в економіці, довівши, що ринок не є ідеальною моделлю саморегулювання економіки. Вже у 1949 році соціальна держава вперше в історії була проголошена у ч. 1 ст. 20 Основного Закону ФРН. Невдовзі в кон-ституціях багатьох інших європейських держав була закріплена норма подібного змісту, зокрема у ст. 1 Конституції України, яку було прийнято 28 червня 1996 року. Обидві країни є прикладами європейської (континентальної) моделі соціальної держави, проте цілком справедливим буде твердження, що соціальна держава в Україні дещо відрізняється від її класичної моделі у ФРН.

На наш погляд, труднощі побудови соціальної держави на теренах України полягають у тому, що:

1) недостатньо розвинуті інститути громадянського суспільства та існують проблеми з дотриманням принципу верховенства права; при цьому слід зауважити, що громадянське суспільство й демократія не можуть існувати в бідній державі, де особа не в змозі задоволь-нити первинні потреби життєдіяльності;

2) обмежується економічна свобода громадян через незахищеність прав власності (наприклад, у 2018–2019 роках у вітчизняних ЗМІ популярною була тема рейдерського захо-плення землі) [6];

3) «середній клас», що вважається основою стабільності будь-якого суспільства, є меншістю в Україні; щоправда, в науці існують дискусії щодо того, кого ж вважати «середнім класом», але ми принаймні можемо констатувати, що у 2017 році Україна посіла сьоме місце в міжнародному рейтингу бідності країн за версією Bloomberg [7];

4) існує проблема олігархізації економіки й політики;

5) рівень загальної, правової, політичної культури українців є низьким, втрачено духовні орієнтири справедливості та рівності; актуальним прикладом прояву цього є вкрай негативне, вороже й аморальне ставлення частини нашого суспільства до евакуйованих гро-мадян України з китайського міста Ухань.

Окрім того, для України як соціальної держави надзвичайно важливою є децентралі-зація. Незалежно від місця проживання громадяни мають отримувати рівні та якісні соці-альні послуги, але проблема полягає в тому, що різні громади через нерівномірний розвиток мають різні стартові умови. Ми вважаємо, що цю проблему покликана вирішити політика децентралізації, включаючи принцип «гроші на місцях».

Крім того, в соціальній державі акцент робиться на соціально-економічні права. Так, у справі «Ненчева та інші проти Болгарії» Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) виробив концепцію мінімального розумного ядра соціально-економічних прав: держави мають обов'язок поважати, захищати та виконувати розумний мінімум соціально-еконо-мічних прав, що є складовою частиною верховенства права. Словом, соціально-економічні права, як і громадянські та політичні, складають зміст верховенства права [4, с. 236–237]. Підкреслимо, що дотримання принципу правовладдя є важливим не тільки для ліберальної, але й для соціальної держави (зокрема, шляхом гарантування мінімуму соціально-економіч-них прав).

Конституційний Суд України в Рішеннях від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 [8] та від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012 [9] зазначив, що розмір соціальних виплат держава встановлює відповідно до своїх соціально-економічних можливостей. При цьому вона повинна дотримуватись принципу пропорційності, однак не має порушувати право грома-дян на достатній життєвий рівень для себе та своєї родини, що гарантує ст. 48 Конституції. Ба більше, Суд посилається на акти міжнародного права, а саме Загальну декларацію прав людини 1948 року (ст. 22) та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права

1966 року (п. 1 ст. 2), а також на практику ЄСПЛ, а саме на рішення у справах «Ейрі проти Ірландії» та «Кйартан Асмундсон проти Ісландії». Відповідно, у першому Рішенні ЄСПЛ визнав, що реалізація соціально-економічних прав залежить від становища держави, особливо фінансового. З іншого боку, Суд зазначив, що Європейська конвенція прав людини має трактуватися у зв'язку із сьогоденням, а розроблена вона для захисту індивіда реальним і практичним шляхом. Водночас у другому Рішенні ЄСПЛ констатував допустимість зменшення соціальних виплат.

Типовою моделлю соціальної держави, окрім континентальної, є скандинавська (шведська) модель, якій притаманні таки ознаки:

− розвинута система соціального захисту, безкоштовна освіта й охорона здоров'я (державні видатки на ці галузі, якщо порівняти з іншими європейськими державами, значно вищі в Данії, Норвегії та Швеції);

− низький рівень корупції. За даними Transparency International індекс сприйняття корупції в скандинавських країнах є одним з найнижчих у світі; так, за результатами 2019 року перше місце в рейтингу посідає Данія, третє – Фінляндія, четверте – Швеція, а сьоме – Норвегія; для порівняння, Україна посіла 126 місце зі 180 [10];

− розвинена система соціального партнерства, високий відсоток працівників – членів профспілок, які реально захищають їхні права;

− високий рівень зайнятості населення, що поєднується з високими показниками продуктивності праці;

− захист права власності, підтримка конкуренції, легкість ведення бізнесу; водночас розмір податків значно вищий за інші держави Європи та світу;

− великий розмір грошової допомоги безробітним з боку держави.

Ще одним яскравим прикладом соціальної держави є країна, де сходить Сонце, а саме Японія. Там відвіку існує стабільна підтримка кожного члена сім'ї, а сімейні корпорації та фірми складають значну частину ринку. Прикладами цього є Mitsubishi Motors Corporation (сім'я Івасакі), Toyota Motor Corporation (сім'я Тойода), Suzuki Motor Corporation (сім'я Судзукі), що є найбільшими автомобілебудівними компаніями світу. Крім того, зазначимо, що для України буде корисно звернути увагу на «японське економічне диво», складовими частинами якого були державна підтримка вітчизняного виробника, боротьба з фінансовими спекуляціями з капіталом підприємств, які сприяли збагаченню вузького прошарку населення, зрештою, дерегуляція економіки, підтримка розвитку малого бізнесу, що мала на меті зростання чисельності представників «середнього класу».

Висновки. Отже, можна стверджувати, що соціальна і ліберальна концепції держави різняться за такими показниками, як надання пріоритету особистим чи суспільним інтересам, акцент на правах першого чи другого покоління, мета соціальної політики, роль індивіда щодо забезпечення своїх потреб, роль держави в економіці (табл. 1). З іншого боку, втілення цих концепцій у чистому вигляді неможливо в умовах такого феномена сучасності, як глобалізація. Щодо історичного аспекту, то концепція ліберальної держави виникла раніше свого антиподу й була втілена за океаном. Ліберальна держава ґрунтується на ідеї лібералізму, що коріниться в працях Дж. Лока, Дж. Ролза, Р. Дворкіна та інших учених. У країнах Старого світу, навпаки, панували й продовжують панувати ідеї соціал-демократії (Німеччина, Франція, скандинавські країни тощо). Скандинавська модель соціальної держави відрізняється тим, що, з одного боку, соціальні видатки тут є високими, а з іншого боку, розмір податків є одним з найбільших у світі. В японській моделі ключову роль відіграє сім'я. В Україні ж *de facto* слід говорити про соціальну державу не як про реальність, а скоріше як про нашу спільну мету, що закріплена в Конституції. Причинами цього є нерозвиненість інститутів громадянського суспільства, відсутність належного захисту права власності, низький економічний розвиток держави, наслідком чого є бідність і недовіра населення до інститутів держави, а також нестача представників «середнього класу» у структурі суспільства, низький рівень культури політичного бомонду й українського соціуму загалом.

Таблиця 1

Соціальна і ліберальна концепції держави

Соціальна держава	Ліберальна держава
Надання пріоритету суспільним інтересам	Надання пріоритету інтересам окремої людини
Акцент на соціально-економічних правах	Акцент на громадянських (особистих) правах
Метою соціальної політики є боротьба з бідністю, зменшення економічної нерівності	Метою соціальної політики є соціальне включення
Пріоритет держави в наданні соціальних послуг	Надання послуг приватними компаніями, громадськими організаціями та державою
Відповідальність за соціальне забезпечення покладена на уряд	Суспільна підтримка індивідуальної відповідальності
Соціальна спрямованість економіки, пошук балансу між вільною ринковою економікою та втручанням держави в неї	Економічна діяльність держави обмежена, головне завдання економічної політики полягає у забезпеченні економічної свободи та ринкової справедливості
Відсутність безпосередньої залежності між правом на соціальний захист і внесками на його отримання	Наявність залежності між оплатою та благами
Індивідом є пасивний клієнт соціального забезпечення	Індивідом є агент власного розвитку

Отже, можна сформулювати такі авторські визначення понять соціальної і ліберальної держави. Соціальна держава – це модель демократичної правової держави, яка служить суспільству, піклується про зміцнення громадянської злагоди в ньому, має соціальну спрямованість економіки, розподіляє суспільне багатство згідно з принципами пропорційності та соціальної справедливості, а також надає соціальну допомогу тим особам, які з не залежних від них причин об'єктивно не мають достатніх засобів для існування, тобто держава, в якій людина є найвищою цінністю.

Ліберальна держава – це модель демократичної правової держави, яка служить інтересам окремої особи, здійснює свою політику на принципах рівності, незалежності, ринкової справедливості та свободи задля соціального включення населення, тобто держава, в якій індивідуалізм переважає над гуманізмом, – *proximus egomet mihi*.

Список використаних джерел:

1. Мальтус Т. О народонаселении. URL: https://citaty.info/book/tomas-maltus/o-narodonaselenii (дата звернення: 01.03.2020).

2. Економічна теорія : навчальний посібник / за заг. ред. Л. Шевченко. Харків : Право, 2016. 272 с.

3. Сморгунова В. Англо-американский либерализм как основание западной модели гражданского общества: теоретико-правовой анализ. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена*. 2006. С. 139–153.

4. Cernic J.L. The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2016. Vol. 8. P. 227–247.

5. Штейн фон Л. История социального движения Франции с 1789 года/ *Основное понятие общества и социальная история Французской революции до 1830 года* / пер. со второго нем. изд. Т. 1. Санкт-Петербург, 1872. 4, IV, CXXVI. 305 с.

6. Рейдерство земельних ділянок: причини та способи подолання. 07.03.2019. URL: https://www.zakjust.gov.ua/yurydychni-konsultatsii/2091-reiderstvo-zemelnykh-dilianok-prychyny-ta-sposoby-podolannia-07032019 (дата звернення: 01.03.2020).

7. Експерти відзначають покращення економічної ситуації в Україні. URL: https://tsn.ua/groshi/ukrayina-uviyshla-v-desyatku-naybidnishih-krayini-svitu-za-versiyeyu-bloomberg-890300.html (дата звернення: 01.03.2020).

8. Рішення Конституційного суду України від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11 (дата звернення: 01.03.2020).

9. Рішення Конституційного суду України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12 (дата звернення: 01.03.2020).

10. Corruption Perceptions Index 2019. URL: https://www.transparency.org/cpi2019 (дата звернення: 01.03.2020).

ZABOKRYTSKYI I. I.,
Candidate of Juridical Sciences (PhD),
Associate Professor of the Department
of Constitutional and International law
(Institute of Law, Psychology
and Innovative Education
of Lviv Polytechnic National University)

UDC 340
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.8

THE USE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION METHOD IN THE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AS A FEATURE OF MODERN CONSTITUTIONALISM TRANSNATIONALIZATION

The article analyzes the use of comparative constitutional interpretation method in the practice of Constitutional Court of Ukraine as a feature of modern constitutionalism transnationalization. It is concluded that such use has not yet become widespread. If the use of international law is fairly commonplace and increasingly common in the decisions of the Constitutional Court of Ukraine, then reference to foreign law or decisions of foreign courts is much less common. The Constitutional Court of Ukraine does not, for the most part, use such references in the texts of its acts – as a rule, they are found in the separate opinions of the judges of the Constitutional Court of Ukraine, where they express their disagreement or additional arguments regarding the decisions and conclusions of the Constitutional Court of Ukraine. Moreover, such links are increasingly starting to meet after 2014, although they had happened before. Also, there are several types of references, such as references to the general practice of foreign countries (limitation of tenure, consolidation of European integration norms, complicated procedure for constitutional amendments, as is common practice in many countries), other courts on certain issues (US Supreme Court position on political doctrine, decisions of British court, Supreme Court of Appeal of South Africa and Supreme Court of Australia on judicial immunities, the German Federal Constitutional Court to protect constitutional values). It can be argued that the issues that have been the subject of research by the Constitutional Court of Ukraine are generally not unique and unparalleled in world practice. They are either based on universal constitutional values (protection of human rights, the rule of law

and the principle of legal certainty), or standard constitutional practices generally accepted in the world or in a particular region (Europe and the EU Member States). Finally while the reference to the laws of foreign countries is broader, in relation to foreign courts, they refer mainly to those with significant legal and constitutional traditions.

Key words: *Comparative Constitutional Interpretation, Constitutional Court of Ukraine, Trasnationalization of Modern Constitutionalism, Foreign Law Use in Constitutional Jurisprudence.*

Забокрицький І. І. Використання методу порівняльної конституційної інтерпретації в практиці Конституційного Суду України як ознака транснаціоналізації сучасного конституціоналізму

У статті проаналізовано використання методу порівняльної конституційної інтерпретації у практиці Конституційного Суду України як ознаки транснаціоналізації сучасної конституціоналізму. Зроблено висновок про те, що таке використання ще не набуло великого поширення. Якщо використання міжнародного права є досить звичним і все частіше зустрічається у рішеннях Конституційного Суду України, то посилання на закордонне право чи рішення іноземних судів зустрічається набагато рідше. Конституційний Суд України здебільшого не використовує таких посилань у текстах своїх актів, як правило, вони перебувають в окремих думках суддів Конституційного Суду України, де вони висловлюють свою незгоду або додаткові аргументи щодо рішень та висновків Конституційного Суду України. Більш того, такі посилання все частіше починають зустрічатися після 2014 року, хоча вони траплялися й раніше. Також є декілька видів посилань, наприклад посилання на загальну практику зарубіжних країн (обмеження строку перебування на посаді, консолідація норм щодо європейської інтеграції, ускладнений порядок внесення змін до конституції, як це є звичною практикою у багатьох країнах) та іноземних судів з певних питань (позиція Верховного Суду США щодо політичної доктрини, рішення британського суду, Верховного апеляційного суду ПАР та Верховного суду Австралії щодо судових імунітетів, Федерального конституційного суду Німеччини щодо захисту конституційних цінностей). Можна стверджувати, що питання, які були предметом дослідження Конституційного Суду України, як правило, не є унікальними чи такими, що не мають аналогів у світовій практиці. Вони засновані або на загальнолюдських конституційних цінностях (захист прав людини, верховенства права та принцип правової визначеності), або на стандартних конституційних практиках, загальноприйнятих у світі чи в певному регіоні (Європі та державах – членах ЄС), тоді як посилання на право зарубіжних країн більш широкі, стосовно іноземних судів вони стосуються переважно тих, які мають значні правові та конституційні традиції.

Ключові слова: *порівняльна конституційна інтерпретація, Конституційний Суд України, транснаціоналізація сучасного конституціоналізму, використання закордонного права у конституційній юриспруденції.*

Introduction. The principle of amicable attitude to the international law and its use by the Constitutional Court of Ukraine in its activities is more or less a commonplace that arise primarily from the principle of pacta sunt servanda and the requirements of the Constitution of Ukraine, part 9 of Article 9 which indicates that existing international treaties, consent on the obligation which has been granted by the Verkhovna Rada of Ukraine is a part of the national legislation of Ukraine. In this way, international treaties are dual in nature, being not only the international obligations but also acts that are analogous to the national law. Instead, the interpretation of laws of other

states or decisions of bodies of constitutional justice in the context of comparative constitutional interpretation is more complex and unusual. However, this is not the case for the use of foreign law and comparative constitutional interpretation, which is much less common. The questions of comparative constitutional interpretation have been the subject of studies of such scientists as S. Shevchuk [1], G. Halmai [2], C. Sauders [3], G. Sitaraman [4], M. Tushnet [5] and others. However, the comprehensive study of comparative constitutional interpration in the practice of the Constitutional Court of Ukraine has not been yet made.

Task setting. Thus, the study objective of this article is to examine the use of comparative constitutional interpretation method in the practice of constitutional court of Ukraine as a feature of modern constitutionalism transnationalization.

Research results. Basically, the use of comparative constitutional interpretation is observed in the separate opinions of judges of the Constitutional Court of Ukraine as a means of claiming their position. We can see a general increase in foreign practice in the Special Opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine Myronenko O. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petitions of the 51 people's deputies of Ukraine on the official interpretation of the provisions of Article 10 of the Constitution of Ukraine on the use of the state language by state authorities, local self-government bodies and its use in the educational process in educational establishments of Ukraine (the case on the use of the Ukrainian language) [6] where Judge Myronenko refers to the principle of "changing interpretation" in the case law of the US Supreme Court and the possibility of correcting judicial errors. Similar general references are contained, for instance, in the Opinion of Judge of the Constitutional Court of Ukraine M. Savenko. concerning the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submissions of the 53 and 47 People's Deputies of Ukraine on the official interpretation of the provisions of part three of Article 103 of the Constitution of Ukraine (the case concerning the term of office of the President of Ukraine) [7], where Judge Savenko proposes to apply a teleological interpretation, that the limitation of his term of office or his election is widespread in the constitutional practice of many countries (Georgia, Belarus, Bolivia, Italy, Portugal, Russia, the USA, France, etc.) (p. 5). The world practice on this issue is analyzed in the separate opinion of Judge of the Constitutional Court of Ukraine Shapoval V. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petitions of 53 and 47 People's Deputies of Ukraine on the official interpretation of the provisions of part three of Article 103 of the Constitution of Ukraine (case concerning the term of office of the President of Ukraine) [8]. In it, Judge Shapoval points to the constitutional custom of "two terms of the President" and the corresponding amendment to the US Constitution of 1951, which limited the term of office of the President of the United States to two terms, and such constitutional restrictions are generally accepted, and only some countries in Europe, such as Iceland, Italy, Malta, and France do not have appropriate restrictions, which is largely due to the fact that Malta, Iceland, and Italy are parliamentary republics (paragraph 4).

We see the appeal to foreign practice in the Opinion of Judge of the Constitutional Court of Ukraine Markush M. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the President of Ukraine on compliance with the Constitution of Ukraine (254k/96-VR) (constitutionality) of the Law of Ukraine "On Organization and Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine" (374-17) and the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine (547-17) [9]. In it, Judge Markush refers to the doctrine of the "political question" formulated in the 1962 Supreme Court decision, based on which "it is a political matter if: (a) it is possible to bring the issue to the competence of a political authority; b) it is not possible to settle the matter in the ordinary course of a court hearing; c) it is impossible to resolve the issue without classification of political actions; d) the decision of the court is possible only in the order of disrespect to the political authorities"(paragraph 22). As the Constitutional Court of Ukraine has occasionally referred to the doctrine of a political question in its decisions, the reference to the case law of the US Supreme Court seems quite relevant

However, the practice of referring to foreign law has become most widely used after 2014. Thus, the extremely broad application of such references is contained in the Special Opinion

of Judge of the Constitutional Court of Ukraine Shevchuk S. on the Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the case of an appeal by the Verkhovna Rada of Ukraine on the conclusion on the conformity of the draft law on amendments to the Constitution of Ukraine on inviolability of People's Deputies of Ukraine and judges to the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine [10]. In her dissenting opinion, Judge Shevchuk and in the view of Lord Denning in the case of Sirros v Moore "At least since 1613, if not earlier, it has been established in our law that no proceedings can be instituted against a judge for anything said or committed by him in the exercise of his competence. The words he utters are protected by absolute privilege. The orders he issues and the judgments he makes cannot be justified in civil proceedings against him" [11] and the decision of the Supreme Court of Appeal of South Africa in Telewatrix (Pty) Ltd v Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA, where the court stated: "The decisive basis of the legal policy that underlies the immunity of the judicial corps is to protect its independence in order to ensure the administration of justice without fear <...> The threat of a lawsuit for damages will not unduly interfere with a speedy trial and resolution" [12] and the case-law of the Australian Supreme Court, which stated that "It is the right of citizens [to court] to settle civil disputes between citizens or between citizen and government, to administer criminal justice, which determines the need for an independent judiciary, which can be regarded with confidence as exercising its powers without fear or favor <...> it is the public interest in ensuring the independence of the judiciary that requires security not only against possible interference by governmental institutions but and also against retaliation from individuals who are frustrated or dissatisfied with court decisions" [13], as well as the restriction of judicial immunities, in particular the decision of the US Supreme Court, which stated that "Our precedents clearly indicate that [judicial] immunities do not apply in two categories of cases. First, the judge does not enjoy immunity from liability for non-judicial actions, that is, actions that he does not do as a judge <...> Second, the judge does not enjoy immunity in the case of actions that are judicial in nature but committed completely beyond his competence" [14]. As we can see, Judge Shevchuk referred to the decisions of the courts of the classical jurisdictions of the Anglo-Saxon family – the United States and Great Britain, as well as the judgments in Australia, as well as South Africa (which uses the comparative constitutional interpretation method very widely). These decisions are used as an argument for the role of judicial immunities, in particular in countries with the developed legal traditions and respect for the rule of law, and their importance for the independence of the judiciary.

Judge Kampo V. in his separate opinion dwells on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the 52 People's Deputies of Ukraine on compliance with the Constitution of Ukraine (254k/96-VR) (constitutionality) of the Cabinet of Ministers of Ukraine Resolution on Amending the Regulations on Comprehensive Education Institution (1033-2009-p) [15] with the reference to the Supreme Court of Canada judgment concerning Ford v. Quebec (Attorney-General) [1988], stating that "language is so closely related to the form and content of expression that there can be no genuine freedom of expression through language unless there is a prohibition on using the language of one's choice. Language is not only a means of expression, but it is also a means by which individuals express their cultural identity" [16]. Judge Shevchuk quite minimalistically refers to the case-law of the Supreme Court of Canada, quoting the decision "R.v. Nova Scotia Pharmaceutical Society" (1992) – "The principle of fundamental justice is that laws cannot be too vague" [17], thus reinforcing his argument for the need for the principle of legal certainty.

An interesting example we can see in the Opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine O. Pervomaiskyi on the Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional appeal of the Verkhovna Rada of Ukraine on the opinion on the conformity of the draft law on amendments to the Constitution of Ukraine (concerning the strategic course of the state for the acquisition of full membership of Ukraine in the European Union and in the Organization of the North Atlantic Treaty No. 37) the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine [18]. In it, Judge Pervomaiskyi analyzes the constitutions of the various Member States of the European Union for the presence of provisions related to the European integration and the EU membership and argues that it would be appropriate to reflect in the Opinion of the Constitutional

Court of Ukraine the existence of similar examples from other countries. With this aim, he refers to the relevant provisions of the constitutions of Montenegro, Bulgaria, Hungary, Croatia, Romania, Poland, Estonia, Portugal, France and Germany concerning the values of the EU, the partial transfer of sovereign powers, the course on the European integration. Judging by these examples, Judge Pervomaiskyi comes to the following conclusion – it was necessary to reflect that the mention in the text of the constitution of the strategic (geopolitical) course of the state for membership in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization is a traditional way of expressing the geopolitical and normative for the European countries (p. 10).

The issues of amendments to the Constitution, as well as foreign practices of such, were the subject of analysis in the Special Opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine S. Shevchuk. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the 51 People's Deputy of Ukraine on the official interpretation of the provision "at the next regular session of the Verkhovna Rada of Ukraine" contained in Article 155 of the Constitution of Ukraine [19]. In it, Judge Shevchuk also refers to the general practice of some states where there is a complicated double vote, when changes are voted on for the first time by a qualified majority of Parliament and, for the second time, by the Parliament of a new convocation (Sweden, Norway, Finland, Denmark) (paragraph 22), and the Constitution of Germany and the decision of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany on restrictions for the legislator to amend the Constitution, which are intended to protect the constitutional order. In order to confirm the importance of the role of constitutional values, the decision of the Constitutional Court of the Czech Republic is also cited (paragraphs 32–33).

Conclusions. Having analyzed the examples above, we can draw a number of conclusions regarding the application of foreign practice and decisions of foreign courts in the practice of the Constitutional Court of Ukraine

Firstly, such use has not yet become widespread. If the use of international law is fairly commonplace and increasingly common in the decisions of the Constitutional Court of Ukraine, then reference to foreign law or decisions of foreign courts is much less common.

Secondly, the Constitutional Court of Ukraine does not, for the most part, use such references in the texts of its acts – as a rule, they are found in the separate opinions of the judges of the Constitutional Court of Ukraine, where they express their disagreement or additional arguments regarding the decisions and conclusions of the Constitutional Court of Ukraine. Moreover, such links are increasingly starting to meet after 2014, although they had happened before. There are several reasons for this. While the Constitutional Court acts are the result of consensus among judges and reflect the position of the Court, judges are much freer to express their views in separate opinions. To strengthen the argument, judges refer to both foreign law and constitutional rules and decisions of foreign courts. In addition, more frequent appeals in recent years can also be attributed to the personalities of individual judges who have appeared within the Constitutional Court, especially from the scientific background.

Third, there are several types of references, such as references to the general practice of foreign countries (limitation of tenure, consolidation of European integration norms, complicated procedure for constitutional amendments, as is common practice in many countries), other courts on certain issues (US Supreme Court position on political doctrine, decisions of British court, Supreme Court of Appeal of South Africa and Supreme Court of Australia on judicial immunities, the German Federal Constitutional Court to protect constitutional values)

Fourthly, it can be argued that the issues that have been the subject of research by the Constitutional Court of Ukraine are generally not unique and unparalleled in world practice. They are either based on universal constitutional values (protection of human rights, the rule of law and the principle of legal certainty), or standard constitutional practices generally accepted in the world or in a particular region (Europe and the EU Member States) – yes, the doctrine of the political question is habitually restrictive a mechanism for the activity of constitutional courts, which should not go beyond judicial activity and the exercise of the judiciary, and limitation of the term of office is standard practice.

Fifth, while the reference to the laws of foreign countries is broader, in relation to foreign courts, they refer mainly to those with significant legal and constitutional traditions, mainly the classical jurisdictions of the Anglo-Saxon legal family (the USA, the UK – less commonly Australia or Canada), from European ones – known by its traditions the Federal Constitutional Court of Germany. Although there are cases of references to "lesser-known" courts such as South Africa or the Czech Republic.

List of sources used:

1. Шевчук С. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4–5. С. 122–130.

2. Halmai G. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. Rosenfeld, M. and Sajó, A. (2012). The Oxford handbook of comparative constitutional law. Oxford, U.K. : Oxford University Press, pp. 1328–1348.

3. Sauders C. Judicial engagement with comparative law. Comparative Constitutional Law (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law) by Tim Ginsburg, 680 p. P. 571–598.

4. Sitaraman G. The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. *Harvard Law School Faculty Scholarship Series*. 2008. № 23. URL: https://lsr.nellco.org/harvard_faculty/23.

5. Tushnet M.V. Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 2006 249. URL: https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/249.

6. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Мироненка О. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na10d710-99.

7. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Савенка М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na22d710-03.

8. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Шаповала В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc22d710-03.

9. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Маркуш М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (254к/96-ВР) (конституційності) Закону України «Про організацію і порядок діяльності Верховної Ради України» (374-17) та Регламенту Верховної Ради України (547-17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v030p710-09.

10. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15.

11. Sirros v Moore [1975] QB 118 at 132.

12. Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA 2006 (1) SA 461 (SCA) at para. 19.

13. Fingleton v The Queen [2005] HCA 34.

14. Mireles v Waco [1991] USSC 137; 502 U.S. 9; див. також: Forrester v. White, 484 U.S., at 227–229; Stump v. Sparkman, 435 U.S., at 356-357, 360; Bradley v. Fisher, 13 Wall., at 351.

15. Окрема Думка судді Кампа В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 52 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (254к/96-ВР) (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Положення про загальноосвітній навчальний заклад» (1033–2009-п). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-10.

16. Ford v. Quebec (Attorney-General) [1988] 2 SCR 712, at paragraph 42) (2).

17. R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992).

18. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Первомайського О. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) (реєстр. № 9037) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng03d710-18.

19. Окрема Думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nfa1d710-16.

ІЩЕНКО А. О.,
аспірант відділу аспірантури і докторантури
(Національна академія
Служби безпеки України)

УДК 340.116:355.4
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.9

ПОНЯТТЯ ОСОБИСТОГО ЖИТТЯ ЛЮДИНИ: РОЗБІЖНОСТІ У ВИЗНАЧЕННІ

У статті досліджено проблему визначення поняття та змісту особистого життя людини. Проведено порівняння термінів «особисте життя» й «приватне життя». Поставлено питання про те, який зміст слід вкладати в поняття «особисте життя людини», чим воно відрізняється від поняття приватного життя людини; шляхом аналізу наявної інформації запропоновано звести до єдиного визначення категорію «особисте життя людини». Щоби розкрити сутність цього поняття, проаналізовано й порівняно різні погляди, що існують у філософії, соціології та юридичній науці. Також аналіз і порівняння були застосовані до різних нормативно-правових актів, як українських, так і міжнародних; висвітлено позиції вчених стосовно цього питання. Розглянуто право на невтручання в особисте життя.

На підставі аналізу чинного законодавства України, міжнародно-правових актів і робіт учених зроблено висновок, що існує розбіжність у визначенні поняття «особисте життя особи». Запропоновано уніфікувати вищезазначене

поняття задля уникнення неточностей, помилок, хибних рішень, що теоретично можуть існувати й ґрунтуватись на двоякості тлумачення, наявного саме через невизначеність у єдиному підході до трактування термінів «приватне життя особи» та «особисте і сімейне життя особи» у сучасному вітчизняному законодавстві та правовій науковій сфері.

Зазначено, що, незважаючи на фактично наявну різноманітність та неодностайність у підходах до визначення й трактування цього терміна вченими, можна дійти висновку про те, що терміни «особисте життя особи» й «приватне життя особи» є тотожними у своїй сутності поняттями, тому запропоновано зупинитися на використанні поняття «особисте життя особи», оскільки саме цей варіант закріплено в Основному Законі України – Конституції.

Ключові слова: *особисте життя, приватне життя, недоторканність.*

Ishchenko A. O. The concept of a person's personal life: differences in definition

The problem of defining the concept and content of a person's personal life is investigated in this work. There is a comparison of the terms "personal life" and "private life". The question was posed, what content should be included in the concept of "personal life" and how it differs from the concept of "private life"; by analyzing the existing information, it is proposed to narrow down the category of "personal life" to a single definition. In order to reveal the essence of this concept, the different views that exist in philosophy, sociology and legal science have been compared and analyzed. Also, different legal acts are also compared: both Ukrainian and international; elucidated opinions of scientists on this issue. The right to non-interference with privacy is considered.

On the basis of the analysis of the current legislation of Ukraine, international legal acts and works of scientists it is concluded that there is a divergence in the definition of the concept of "personal life of the individual". It is suggested to unify the above concept in order to avoid inaccuracies, errors, and false decisions that can theoretically exist and be based on ambiguity of interpretation, which is due to ambiguity in the unified approach to the interpretation of the terms "personal life of the individual" and "personal and family life of the individual" in current native legislation and in the legal scientific field.

It is analyzed that, despite the fact that there is actually diversity and heterogeneity in approaches to the definition and interpretation of the term by scientists, it can be concluded that the terms "personal life" and "private life" are identical in their essence. Therefore, it is proposed to dwell on the use of the concept of "personal life of the individual", as this option is enshrined in the Main Law of Ukraine – the Constitution.

Key words: *personal life, private life, inviolability.*

Вступ. Кожна людина має свої права та обов'язки. Вона прагне мати свій особистий простір, який не підлягатиме контролю з боку представників держави або інших осіб.

Належно виконуючи свої громадянські обов'язки, людина має право на захист від неправомірного втручання у своє приватне життя. Право не стати одним з об'єктів несанкціонованого втручання у приватне життя з боку уряду чи інших осіб є складовою частиною законодавства багатьох країн, а у деяких країнах це право закріплено в Конституції.

Поняття «особисте життя» зустрічається в нормативно-правовій базі як міжнародного права, так і національних законодавств. Проте майже у кожному кутку світу існують закони, які певним чином обмежують недоторканність особистого життя. Існує також проблема того, що можна зустріти розбіжності у визначеності цього поняття. В Україні ми також

можемо бачити проблему понятійного визначення, адже можна зустріти як поняття особистого життя, так і поняття приватного життя. Це викликає певні труднощі у працівників правоохоронних органів під час виконання своїх службових обов'язків.

Наш закон не дуже чітко визначає, що таке особисте життя людини. Щоб розкрити сутність цього поняття, слід звернутися до різних поглядів, що існують у філософії, соціології та юридичній науці. Філософія дає таке визначення категорії «особисте життя»: сфера життєдіяльності людини, яка має відношення лише до конкретної особи й відбувається поза межами виробничої і громадської діяльності. Це автономне, не залежне від зовнішньої соціальної регламентації поняття, що більшою мірою регулюється внутрішніми моральними передумовами, а не контролюється державою або суспільством. До особистого життя людини належать можливості розмірковувати, спілкуватися з іншими людьми, вести анонімну переписку й переговори, недоторканість житла. Світогляд, віросповідання, творчість, спосіб мислення конкретної особи також належать до сфери особистого життя. Отже, можна дати визначення, що невтручання в особисте життя особи – це стан упевненості в тому, що особисті обставини життя не будуть розголошені.

Проблемою невтручання в особисте життя особи наприкінці XX – початку XXI століття цікавляться як вітчизняні, так і зарубіжні вчені. Вивчення цього питання в межах нашої країни розпочалося ще за радянських часів.

Вагомий внесок у наукове дослідження питань, що пов'язані з визначенням поняття особистого життя людини, підстав та меж кримінально-процесуального втручання в цю сферу, зробили як вітчизняні, так і зарубіжні вчені, зокрема Ю.П. Аленін, В.І. Галаган, М.С. Дунаєва, В.О. Серьогін, Ю.В, Кириченко, І.Ф. Літвінова, В.К. Лисиченко, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Нор, С.І. Ожегов, І.Л. Петрухін, Ю.І. Стецовський, М.І. Сірий, В.Т. Тертишник, Л.Д. Удалова, В.П. Шибіко, М.Є. Шумило.

Незважаючи на актуальність досліджуваного питання та вагому кількість наукових праць, поняття «особисте життя людини» чітко не визначене, що ускладнює реалізацію права на невтручання.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження поняття особистого життя особи, проведення порівняльного аналізу понять «приватне життя» й «особисте життя» задля теоретичного полегшення роботи правоохоронних органів України та уникнення розбіжностей у трактуванні.

Результати дослідження. Слід розпочати із зазначення поняття в Основному Законі України – Конституції: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України» [1]. Як ми бачимо, у статті 32 КУ говориться саме про особисте життя.

Всім відомо, що серед всіх інших прав і свобод громадянина, які гарантуються Конституцією України, ця категорія посідає особливе місце. Саме це право належить до особистих прав громадянина і є можливістю особи не розголошувати інформацію про себе, а також не допускати її розголошення третіми особами. Не тільки положення Конституції України висвітлюють це питання. Кожен закон, який розглядає питання охорони особистого життя, регулює реалізацію цього права, але жодна з галузевих норм не може захистити право на невтручання в особисте життя повною мірою. Лише об'єднання всіх норм у міжгалузеву систему дає змогу створити належні умови для всебічної охорони права особи на невтручання в її особисте життя. Саме тому важливо, щоб назви цих понять співпадали у різних джерелах українського законодавства.

Наприклад, у Цивільному кодексі України також говориться про особисте життя. Стаття 301 ЦКУ визначає поняття «особисте життя» як поведінку фізичних осіб поза межами виконання різноманітних суспільних обов'язків, тобто життєдіяльність людини у сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, що спрямована на задоволення власних інтересів та досягнення особистої мети [2]. Обставини особистого життя особи можуть бути розголошені іншими особами лише за тих умов, що вони містять ознаки правопорушення, що підтверджено рішенням суду, а також за їх згодою.

У Кримінальному кодексі України і Кримінальному процесуальному кодексі України йдеться про приватне життя. Стаття 182 ККУ визначає об'єкт злочину як право громадянина на недоторканість приватного життя.

У статті 15 КПК йдеться про те, що під час кримінального провадження кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя, а також про те, що ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених КПК [3].

Кримінальне провадження спрямовано на захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, що дає змогу запровадити в КПК значну кількість норм, що регламентують випадки втручання в приватне життя особи. Насамперед це вжиття заходів забезпечення кримінального провадження (стаття 10 КПК), проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій (статті 20, 21) та інших процесуальних дій.

Невтручання у приватне (особисте та сімейне) життя гарантується у всіх сферах суспільного життя, зокрема під час кримінального провадження. Відповідно до правових позицій Конституційного Суду України зміст права на недоторканність особистого і сімейного життя полягає в тому, що особа може сама вільно визначати свою поведінку у сфері свого особистого життя й має право на збереження таємниці обставин свого особистого життя (статті 270, 271, 301 ЦКУ).

Вивчаючи роботи вчених, можемо дізнатися, який зміст вони вкладають у поняття «особисте життя людини», чим воно відрізняється від приватного життя.

В.О. Серьогін наголошує на необхідності використання в нормативно-правових документах визначення «приватне життя» [4], а Ю.В. Кириченко взагалі пропонує внести зміни до статті 32 Конституцій України, замінивши означення «особисте» на «приватне» [5]. С.І. Ожегов [6] визначає особисте життя людини як таке, що стосується безпосередньо конкретної особи, належить певній особі, а приватне життя – як таке, що належить не суспільству, не державі. Отже, визначення не сильно відрізняються одне від одного.

І.Л. Петрухін [7] розуміє під особистим життям цілу низку складових частин, зокрема сферу сімейного життя, свободу спілкування між людьми в неформальній обстановці, інтимних взаємин; гарантовану державою можливість особи контролювати інформацію про себе особистого характеру та не допускати її розголошення; можливість без будь-якої перешкоди спілкуватися з іншими людьми засобами телефону, пошти; розпорядження особистою власністю, а також можливість довіряти свої таємниці лікарям, адвокатам, нотаріусам.

Ю.І. Стецовський [8] зазначає, що «людині необхідні свобода, усамітнення, контактування з іншими особами, захист її особистих і сімейних таємниць, а також свобода від слідкування».

У Радянському енциклопедичному словнику [9] особисті права особи визначалися як права громадянина, які не мають майнового змісту і не можуть бути відокремлені від особистості людини (право на ім'я, честь, гідність). У словнику В.І. Даля [10] слово «приватний» визначається на прикладі словосполучення «приватна справа», тобто як протиставлення громадському, державному.

Аналізуючи різноманітність і неодностайність визначень і трактувань цього терміна вченими, а також звертаючись до словників, доходимо висновку, що поняття «особисте життя» й «приватне життя» є тотожними.

Також слід брати до уваги не тільки норми вітчизняного законодавства, але й ті норми, що закріплені в міжнародно-правових актах, щоби найповнішою і всебічною мірою уникати невідповідностей та двояких трактувань у визначенні поняття.

Відштовхуючись від того, що Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Європейська конвенція про права людини та інші міжнародно-правові договори, які, згідно зі статтею 9 Конституції України, є частиною національного законодавства України, а також враховуючи зовнішньополітичний курс України, розглядаємо, як саме поняття «особисте життя» визначено там.

У статті 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права говориться про те, що ніхто не має зазнавати незаконного втручання в його приватне і сімейне життя.

Європейська конвенція з прав людини зазначає про повагу до приватного і сімейного життя (стаття 8). «Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб» [11].

Щодо практики Європейського суду з прав людини, то під час розгляду справ переважно оперують поняттям «приватне життя», під яким розуміють здебільшого поведінку особи у сфері інтимного чи статевого життя (наприклад, рішення у справі «Норріс проти Ірландії» (Norris v. Ireland)).

Враховуючи те, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (частина 5 статті 9 КПК), не зайвим вважаємо знайомство з практикою суду із зазначеного питання. Європейський суд з прав людини зазначає, що немає вичерпного визначення поняття «приватне життя». Це дуже широкий термін, який охоплює багато сфер, наприклад психологічну й фізичну цілісність особи, зокрема, психічне здоров'я й медичну допомогу; статеве життя та сексуальну орієнтацію; право на особистий розвиток та створення відносин з іншими людьми; право на самовизначення та особисту автономію; інформацію про ризики для здоров'я людини.

У статті 12 Загальної декларації прав людини говориться також про неможливість безпідставного втручання у приватне життя. Кожна людина має право на захист закону від безпідставного посягання на недоторканність її житла, таємницю її кореспонденції або її честь і репутацію.

Слід зауважити, що у зазначених міжнародно-правових актах закріплені лише загальні підходи до визначення поняття особистого життя людини. Це дає можливість національним законодавствам самостійно формулювати норми в цій категорії та встановлювати покарання за їх недотримання.

Проаналізувавши міжнародні джерела, доходимо висновку, що превалює термін «приватне життя».

Висновки. Отже, який саме зміст слід вкладати в поняття «особисте життя людини», чим воно відрізняється від поняття приватного життя людини?

Ми бачимо, що в міжнародних джерелах використовується термін «приватне життя», тоді як у нашій державі в різних законах і підзаконних актах можна зустріти як термін «приватне життя», так і поняття «особисте життя». Однак якщо узагальнити надані визначення, то можна дійти висновку, що немає принципової відмінності між поняттями «приватний» та «особистий», обидва поняття трактуються як належність особі, а не суспільству й державі. Основний Закон – Конституція України – використовує поняття саме особистого життя людини (стаття 32), що зумовлює необхідність дослідження проблеми зіставлення понять у вітчизняному законодавстві. У сучасній юридичній науці немає єдиного розуміння права громадянина на недоторканість особистого життя. Також через переклад ми часто можемо зустріти термін «приватне життя» в нашій законодавчій базі.

На мою думку, варто усунути використання одного із зазначених визначень, щоб уникнути розбіжностей під час застосування на практиці представниками державної влади законодавчих положень.

Аналізуючи вітчизняну правову ситуацію стосовно єдиного значення поняття, що застосовується до життя та функціонування кожної окремо взятої особи, так чи інакше доходимо висновку щодо основної проблеми, викладеної у змістовному реченні: зміст однаковий, дефініції різні.

Чи потрібна розбіжність у визначеннях, якщо сутність питання, його форма й вираження залишаються незмінними? На мою думку, ні. Оскільки в Конституції Україні йдеться саме про особисте життя, варто зупинитися саме на цьому визначенні. Вважаю, що наявність різних визначень одного явища в теорії може призвести не лише до плутанини між

науковцями й особами, що звертаються до законодавства задля вирішення особистих питань, але й до свідомо спотвореного трактування положень законодавства, що може нести за собою потенційну шкоду для особи у вигляді протиправного втручання у її приватне життя.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : за станом на 28 червня 1996 р. *Відомості ВРУ*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України : за станом на 19 червня 2003 р. *Відомості ВРУ*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : за станом на 5 липня 2013 р. *Відомості ВРУ*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.
4. Серьогін В.О. Право на недоторканість приватного життя у конституційно-правовій теорії та практиці : монографія. Харків : ФІНН, 2010. 608 с.
5. Кириченко Ю.В. Конституційне закріплення права на невтручання в особисте і сімейне життя в Україні та європейських державах: порівняльно-правовий аналіз. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2013. № 5. С. 34–40.
6. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. 14-е изд. Москва : Русский язык, 1982. 763 с.
7. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. Москва : Юридическая литература, 1989. 189 с.
8. Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: нормы и действительность. Москва : Дело, 2000. 563 с.
9. Прохоров А.М. Советский энциклопедический словарь. Москва : Советская энциклопедия, 1988. 1600 с.
10. Даль В.И. Словарь живого великорусского языка : в 4 т. Москва : Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1956. Т. 4 : Р–Я. 628 с.
11. Європейська конвенція з прав людини: розділ 1, стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя. Ст. 11.

КАФАРСЬКИЙ О. В.,
магістр права, аспірант,
співробітник Науково-дослідного центру
українського конституціоналізму
*(Науково-навчальний інститут права
Національного університету водного
господарства та природокористування)*
старший державний виконавець
Івано-Франківського міського відділу
державної виконавчої служби
*(Південно-Західне міжрегіональне
управління Міністерства юстиції)*

УДК 32:34:342
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.10

ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ТА НОРМАТИВНОЇ СФЕРИ СІЛЬСЬКОГО ТУРИЗМУ В УКРАЇНІ

Механізм реалізації політики у сфері туризму та сільського туризму держави включає складання цільових програм з розвитку туризму та сільського туризму на рівні держави й регіонів; розроблення конкретних заходів щодо досягнення поставленої стратегічної мети; державне регулювання розвитку туристичної галузі. Виникає питання про те, які форми організації та самоорганізації сільського туризму будуть найбільш ефективними в умовах децентралізації та значного зростання впливу об'єднаної територіальної громади на соціальне життя сільського населення.

Законодавче регулювання сільського туризму, незважаючи на його міжгалузевий характер, найтісніше пов'язане з аграрним та земельним правом, оскільки діяльність у сфері сільського туризму пов'язана із сільськогосподарським виробництвом, майновою основою якого є земля.

Земельні та трудові відносини членів фермерського господарства й особистого селянського господарства як організаційно-правових форм сільського туризму перш за все регулюються спеціальним законодавством про фермерське господарство, особисте селянське господарство. Загальне трудове законодавство використовується лише для забезпечення гарантій щодо зайнятості, охорони праці, праці жінок, молоді, інвалідів тощо.

Треба сказати, що основними недоліками державної політики України у сфері сільського туризму є відсутність ефективного сприяння вкладанню коштів у розбудову туристичної інфраструктури в сільській місцевості; недостатній рівень розвитку внутрішнього туризму; відсутність сталих міжнародних зв'язків, що може змінитися із запровадженням безвізового режиму для громадян України.

Перспективи подальшого розвитку правового регулювання у сфері сільського туризму пов'язані з проєктом Закону України «Про сільський зелений туризм» та проєктом Закону України «Про аграрний туризм та агротуристичну діяльність», які мають на меті введення нової організаційно-правової форми господарювання в аграрному секторі. Саме ці законопроєкти можуть стати основою розвитку сільського туризму й забезпечити правове регулювання цієї сфери відпочинку та рекреації.

Ключові слова: *сільський туризм, правові основи сільського туризму, суб'єкти сільського туризму, законодавче забезпечення сільського туризму, міжнародне співробітництво.*

Kafarskiy O. V. Features of the development of legislation and regulatory sphere of rural tourism in Ukraine

The mechanism of the policy implementation in the sphere of tourism and rural tourism of the state includes: a) drawing up targeted programs for the development of tourism and rural tourism at the level of the state and regions; b) development of specific measures in order to achieve the set strategic goal; c) state regulation of tourism industry development. The question arises: what forms of organization and self-organization of rural tourism will be most effective in the context of decentralization and the significant impact of the integrated united territorial community on the social life of the rural population.

Legislative regulation of rural tourism, despite its cross-sectoral nature, which is most closely related to agrarian and land law, because its active in the sphere of rural tourism, is connected with agricultural production, the mainstay of which is land.

Land and labor relations of the members of the farm and the private peasant farm, as organizational and legal forms of rural tourism, are primarily governed by special legislation - on the farm, on the private peasant farm. General labor law is used only to provide guarantees for employment, occupational safety, women's labor, youth, disabled persons, etc.

It should be noted that the main disadvantages of the state policy of Ukraine in the field of rural tourism are: a) the lack of effective promotion of investment in the development of tourist infrastructure in rural areas; b) insufficient level of development of domestic tourism; c) lack of stable international relations, which may change with the introduction of visa-free regime for Ukrainian citizens.

Perspectives of the future development of the right regulation in the sphere of rural tourism are connected with the Draft Law of Ukraine "On Rural Green Tourism", the Draft Law of Ukraine "About Agrarian Tourism and Agritourism Activities", which aims to introduce a new organizational and legal form of management in the agrarian sector. These bills can become the basis for rural tourism development and provide legal regulation of this sphere of recreation and recreation.

Key words: *rural tourism, legal bases of rural tourism, subjects of rural tourism, legislative support for rural tourism, international cooperation.*

Вступ. Конституційно-правові засади організації здійснення сільського туризму в умовах децентралізації (утворення об'єднаних територіальних громад) не знайшли свого відображення ні в законодавчій, ні в безпосередній практичній діяльності функціонуючих об'єднаних громад.

Дослідженням відносин у сфері туризму, зокрема сільського, займаються М. Гнатюк, З. Горбилева, Г. Ємець, І. Зорін, В. Квартальнов, В. Кифяк, Ю. Кушнір, М. Лендел, О. Любіцева, М. Мальська, О. Молнар, Т. Пінчук, В. Федорчак. Попри значний масив публікацій, наукові розробки розкривають лише окремі аспекти сільського туризму.

В законодавстві чітко не визначено поняття «сільський туризм» та інші види туризму, які взаємопов'язані із сільськими громадами. Особливою проблемою є приватизація землі, яка, зрештою, зможе порушити наявну систему сільського туризму та його організацію в межах території сіл, що увійшли в об'єднану територіальну громаду.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз проєктів законів про сільський туризм та вироблення підходів до їх об'єднання в єдиний законопроєкт.

Результати дослідження. Комплексне дослідження українського та європейського законодавства, наукової літератури й практики правового регулювання організації та здійснення сільського туризму дає підстави зробити такі висновки.

Правове регулювання туризму в Україні розпочалось на початку XX століття та пройшло у своєму розвитку п'ять основних етапів:

1) з 1917 р. по 1929 р. в рамках бувшої Російської спілки туристів;

2) з 1930 р. по 1936 р. в рамках Всесоюзного добровільного товариства пролетарського туризму і екскурсій;

3) з 1936 р. по 1969 р. в рамках ВЦРПС;

4) з 1969 р. по 1991 р. в рамках Центральної Ради з туризму та екскурсій;

5) з 1991 р. до наших днів, який сформувався й розвивається на засадах конституційного будівництва в незалежній Україні.

Загальним поняттям у цій сфері є поняття «туризм», яке визначене у ст. 1 Закону України «Про туризм» як тимчасовий виїзд особи з місця постійного проживання в оздоровчих, пізнавальних, професійно-ділових чи інших цілях без здійснення оплачуваної діяльності в місці перебування [1]. Сільський туризм є родовим поняттям, під яким пропонується розуміти туристичну діяльність у сільській місцевості, що здійснюється в межах сільських садиб, у яких створені належні умови як для тривалого, так і для короткочасного відпочинку, існують екологічно чистий ландшафт, відповідні санітарно-гігієнічні норми проживання та рекреації. Видовими поняттями щодо родового поняття «сільський туризм» є поняття «сільський аграрний туризм», «сільський екологічний (природничий) туризм» та «сільський зелений туризм».

Сільський аграрний туризм – це вид сільського туризму, що проводиться у сільській місцевості й передбачає використання майна фізичних осіб – сільськогосподарських товаровиробників, особистих селянських господарств, фермерських господарств та інших суб'єктів аграрних правовідносин задля рекреації тимчасового розміщення (проживання) туристів та їх добровільної участі у традиційних формах сільського господарювання.

Сільський екологічний туризм – це проміжний вид одночасно сільського та екологічного туризму, який передбачає використання сільських осель (агроосель) як матеріальної бази для проведення вільного часу у формі невпинного руху, відкриття дикої природи, маршрутного ознайомлення з природними та історичними атракціями території, похідного пізнання традицій і місцевої культури.

Сільський зелений туризм – це проміжний вид одночасно сільського та екологічного туризму, який передбачає проведення вільного часу у формі стаціонарного відпочинку з можливістю недалеких радіальних виїздів чи походів в гори або інші мальовничі місця цього краю. На відміну від сільського екологічного туризму, сільський зелений туризм відзначається більш осілим способом відпочинку туристів.

Правова основа сільського туризму ґрунтується на нормах конституційного (державного) права, які закріплюють та гарантують основні права й свободи громадян у різних сферах суспільного життя, включаючи право на підприємництво, відпочинок, які мають велике значення також для розвитку сільського туризму; нормах цивільного права, які регулюють захист прав споживачів туристичних послуг; нормах господарського права, які регламентують правовий статус суб'єктів підприємницької діяльності у сфері туризму; нормах аграрного права, які регламентують правовий статус суб'єктів аграрних відносин у сфері сільського туризму; нормах екологічного права; нормах земельного права, якими регулюються питання використання селянськими садибами для ведення їх господарської діяльності земельних ділянок; нормах адміністративного права, які регулюють відповідальність туристичних фірм перед Україною; нормах фінансового права, які встановлюють порядок оподаткування туристичних фірм; нормах кримінального права, які встановлюють відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю, обман замовників туристичних послуг; нормах міжнародного приватного права, які регулюють діяльність національних туроператорів на міжнародному ринку та іноземних юридичних і фізичних осіб, які здійснюють свою діяльність на українському ринку тощо.

Правові норми законодавчого регулювання сільського туризму, незважаючи на його міжгалузевий характер, найтісніше пов'язані з аграрним та земельним правом, оскільки, по-перше, суб'єктами сільського туризму є суб'єкти аграрного права; по-друге, сама діяльність у сфері сільського туризму нерозривно пов'язана із сільськогосподарською діяльністю (особливо щодо сільського аграрного туризму); по-третє, просторовою та майновою основою здійснення сільського туризму є земля.

Право власності у сільському туризмі – це врегульовані нормами конституційного, цивільного, господарського, екологічного, земельного, аграрного, природо-ресурсного та туристичного законодавства України реальні можливості суб'єктів володіти, користуватись та розпоряджатись наявним у них майном задля ведення сільського туризму. При цьому майнова основа діяльності суб'єктів сільського туризму та правовий режим її використання залежать від організаційно-правової форми господарювання, на базі якої забезпечується ведення сільського туризму (особисте селянське господарство, фермерське господарство тощо).

У сфері туризму загалом та сільського туризму зокрема можна виділити три основні види договорів (договір на туристичне обслуговування, договір на екскурсійне обслуговування, договір на готельне обслуговування) та договір страхування, який має додатковий, похідний від них характер.

Основними організаційно-правовими формами здійснення діяльності у сфері сільського туризму є особисте селянське господарство та фермерське господарство.

Щодо господарських відносин у сільському туризмі слід законодавчо закріпити норми, на підставі яких можна визнавати діяльність суб'єктів сільського туризму підприємницькою чи непідприємницькою.

Земельні та трудові відносини членів фермерського господарства й особистого селянського господарства як організаційно-правових форм сільського туризму перш за все регулюються спеціальним законодавством, а саме законодавством про фермерське господарство, особисте селянське господарство. Загальне трудове законодавство використовується лише для забезпечення гарантій щодо зайнятості, охорони праці, праці жінок, молоді, інвалідів тощо.

Суб'єкти сільського туризму за результатами своєї діяльності несуть цивільно-правову (як договірну, так і деліктну), адміністративно-правову та кримінально-правову відповідальність.

Можна виокремити три моделі участі держави в регулюванні туристичної діяльності. Перша модель припускає відсутність центральної державної туристичної адміністрації, всі питання вирішуються на місцях на засадах та принципах ринкової самоорганізації; друга модель передбачає наявність сильного й авторитетного центрального органу, а саме міністерства, що контролює діяльність усіх підприємств туристичної галузі в країні; третя модель (європейська) закріплює, що питання розвитку туристичної діяльності в різних сферах вирішуються в багатогалузевому міністерстві на рівні відповідного галузевого підрозділу. Україна поступово переходить на європейську модель державного регулювання туризму, зокрема сільського, який завдяки підприємницькій ініціативі сільського населення впевнено займає свою нішу у сфері туристичної діяльності.

Механізм реалізації політики у сфері туризму та сільського туризму держави включає складання цільових програм з розвитку туризму та сільського туризму на рівні держави й регіонів; розроблення конкретних заходів щодо досягнення поставленої стратегічної мети; державне регулювання розвитку туристичної галузі.

Нині основними недоліками державного регулювання та державної політики України у сфері сільського туризму є відсутність ефективного сприяння вкладанню коштів у розбудову туристичної інфраструктури в сільській місцевості; недостатній рівень розвитку внутрішнього туризму; відсутність сталих міжнародних зв'язків, що може змінитися із запровадженням безвізового режиму для громадян України.

Висновки. Задля подальшого вдосконалення державного регулювання сільського туризму доцільно запозичити позитивний досвід Франції, Іспанії, Угорщини, Польщі та Болгарії. Крім цього, слід розробити стратегію розвитку сільського туризму в Україні, ключовими елементами якої повинні стати комплексна цільова державна підтримка сільських домогосподарств та господарів, що працюють у сфері сільського туризму або хотіли б розпочати роботу у цій сфері, зокрема навчання, кредитування, створення нових робочих місць, реклама; ефективність захисту інтересів сільських господарів з боку держави; гармонійність розвитку місцевої громади в умовах їх об'єднання в добровільні територіальні громади; розвиток інфраструктури.

На підставі Стратегії розвитку туристичної галузі слід визначити ключові організаційні питання державного управління галуззю, зокрема структуру, повноваження та компетенцію системи виконавчої влади з питань туризму.

Кабінету Міністрів та галузевим міністерствам варто опрацювати концепцію створення виправданих умов для національних та закордонних туристичних компаній і підприємств, що надають туристичні послуги в Україні.

Слід розробити концепцію нагляду, аудиту діяльності та регулювання діяльності закордонних туристичних компаній та приватних осіб у туристичній галузі України; провести аудит і виконати міжнародні порівняння законодавчої та нормативної бази у сфері туризму України для оцінювання її впливу на рівень конкурентоспроможності України на світовому та європейському туристичному ринках.

Необхідно створити механізми моніторингу рекламних кампаній та заходів в інших країнах Європи та світу для своєчасного виявлення та протидії антирекламним заходам щодо України.

Треба вдосконалити й розширити наявну в Україні систему статистичного обліку у галузі туризму відповідно до міжнародної практики та стандартів.

На державному рівні слід започаткувати такі інвестиційно-інноваційні проєкти з ефектом у майбутньому:

− державна програма підвищення іміджу та впізнавання України та українського села як в Україні, так і за її кордонами;

− розвиток туристичної інфраструктури регіонів, реклама, участь у виставках, презентаціях за кордоном тощо;

− розвиток фольклорно-культурних заповідників (наприклад, Великі Сорочинці, Диканька на Полтавщині, Косів на Івано-Франківщині) та парків народних промислів (на базі малих населених пунктів, перш за все тих, що є носіями певного бренду, наприклад Решетилівка на Полтавщині, Космач на Івано-Франківщині);

− стимулювання інвестиційної активності на селі інвестиційних та кредитних інституцій;

− формування довготривалого та перспективного державного замовлення на надання послуг для інвалідів, дітей-сиріт та інших незахищених верств населення;

− поглиблення міжнародного співробітництва у сфері організації та здійснення сільського туризму.

Перспективи подальшого розвитку правового регулювання у сфері сільського туризму пов'язані з низкою законопроєктів у цій сфері, зокрема проєктом Закону України «Про сільський зелений туризм», проєктом Закону України «Про аграрний туризм та агротуристичну діяльність» [2; 3]. При цьому сільського туризму безпосередньо стосуються лише ці два законопроєкти, що спрямовані на регламентацію як сільського туризму, так і його видів, а саме сільського зеленого та сільського аграрного туризму. Проєкт Закону України «Про сімейні домогосподарства» передбачав введення нових організаційно-правових форм господарювання в аграрному секторі, який також міг стати основою розвитку сільського туризму, але він був відхилений у 2005 р.

Слід узгодити законодавство України у сфері туризму із законодавчими процесами та напрацьованими документами Всесвітньої туристичної організації (закони ВТО «Про молодіжний туризм», «Про соціальний туризм» «Про туристичну ренту» тощо).

Список використаних джерел:

1. Про туризм : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/324/95-вр (дата звернення: 21.01.2020).

2. Про аграрний туризм та агротуристичну діяльність : Проєкт Закону України. URL: http://ruraltourism.com.ua/?a=viewmaterial&id=9 (дата звернення: 21.02.2020).

3. Про сільський зелений туризм : Проєкт Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4299&skl=5 (дата звернення 17.01.2020).

КОНОВЕЙЧУК Х. Б.,
аспірант, магістр конституційного
та адміністративного права, секретар
(Марковецька сільська рада
Тисменицького району
Івано-Франківської області)

УДК 342.1
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.11

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ВЗАЄМОДІЇ ОБ'ЄДНАНОЇ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ З ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

У статті аналізуються основні сфери та напрями взаємовідносин державних і місцевих органів влади. Зроблено наголос, що взаємовідносини між органами державної влади й органами місцевого самоврядування, зокрема й об'єднаної територіальної громади, розвиваються за трьома напрямками: перший – взаємодія, що проявляється у відносинах, які здійснюються шляхом узгодження дій і забезпечують самостійність місцевого самоврядування; другий – владно-правовий, що виявляється в реалізації владних повноважень органів державної влади щодо органів місцевого самоврядування; третій – фінансова підтримка місцевого самоврядування з боку держави.

Дано конституційно-правовий аналіз взаємодії державних та місцевих органів влади у сфері передачі та реалізації ними делегованих їм повноважень. Звертається увага на політичні аспекти взаємодії центральних і місцевих органів влади у зв'язку із запровадженням пропорційної системи виборів на рівні об'єднаних територіальних громад. У роботі досліджуються й питання міжбюджетних відносин. Особлива увага звертається на формування бюджетів об'єднаних територіальних громад. Визначено, що міжбюджетні відносини об'єднаних територіальних громад із державним бюджетом відіграють ключову роль у розвитку фінансового забезпечення та самостійності місцевого самоврядування, що має на меті запровадження правових засад формування спроможних самодостатніх територіальних громад шляхом підвищення їх фінансової та економічної спроможності.

Висвітлюється сучасний стан формування місцевих бюджетів в умовах децентралізації фінансових ресурсів. Проаналізовано джерела формування місцевих доходів та обсяг міжбюджетних трансфертів. Виокремлено підстави для надання / отримання відповідних міжбюджетних трансфертів, тобто коштів, які безоплатно і безповоротно передаються з одного бюджету іншому.

На цій основі визначено проблеми та шляхи зміцнення фінансової бази органів місцевого самоврядування. Встановлено, що за умови вирішення законодавчих, організаційних і соціальних проблем місцеві бюджети об'єднаної територіальної громади, зможуть мати достатній обсяг коштів на виконання делегованих державою повноважень.

Ключові слова: *бюджети об'єднаних територіальних громад, фінансова підтримка об'єднаних територіальних громад, делеговані повноваження, базова дотація, реверсна дотація, медична субвенція, освітня субвенція.*

Konoveychuk Ch. B. Constitutional and legal analysis of the interaction of the bodies of united territorial community with the state authorities

The article analyzes the main spheres and directions of relations between state and local authorities. The emphasis is on the relationship between state and local authorities are analyzed. It is proved that in practice the relations between state authorities and local self-government bodies, in particular the united territorial community, develop in three directions: the first is the interaction, which is manifested in the relations, which are carried out through coordination of actions and ensure the autonomy of local self-government; the second is the rule of law, which is manifested in the exercise of the powers of the state authorities in relation to the bodies of local self-government; third – the financial support of the local government from the state.

The constitutional and legal analysis of the interaction between state and local authorities in the sphere of transfer and the exercise of the powers delegated to them is given. Attention to the political aspects of the interaction between central and local authorities in connection with the implementation of a proportional election system at the level of united territorial communities is drawn. The issues of intergovernmental relations are also examined. Particular attention to the budgeting of the united territorial communities is paid. It is determined that the intergovernmental relations of the united territorial communities with the state budget play a key role in the development of financial support and autonomy of local self-government with the aim of introducting of legal basis of formation of capable self-sufficient territorial communities by enhancing their financial and economic capacity.

The present state of formation of local budgets in the conditions of decentralization of financial resources is covered. The sources of formation of local revenues and the volume of intergovernmental transfers are analyzed. The reasons for granting / receiving the corresponding intergovernmental transfers, that is, the funds, which are transferred free of charge and irrevocably from one budget to another, are separated.

On this basis, problems and ways of strengthening the financial base of local self-government bodies are identified. It is established that, provided that legislative, organizational and social problems are resolved, the local budgets of the united territorial community will be able to have sufficient funds to fulfill the powers delegated by the state.

Key words: *budgets of united territorial communities, financial support of united territorial communities, delegated authority, basic grant, reverse grant, medical subvention, educational subvention.*

Вступ. Державна політика України у сфері місцевого самоврядування спирається на інтереси жителів територіальних громад і передбачає децентралізацію влади, тобто передачу від органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування значної частини повноважень, ресурсів і відповідальності. Безумовно, що у процесі децентралізації та реформи місцевого управління важливе місце посідає саме взаємодія між органами влади місцевого та державного рівнів. Така взаємодія має забезпечуватися з боку держави не лише правовими, організаційними, методичними заходами, а й достатньою фінансовою підтримкою для здійснення делегованих повноважень.

Взаємодія органів державної влади й органів об'єднаної територіальної громади відбувається в різних сферах суспільного життя: соціальній, економічній, культурній тощо. На думку Я. Ленгер, існування таких сфер діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування, зокрема об'єднаної територіальної громади, виводить на перший план їхню взаємодію, що покликана реалізувати конституційні права громадян і створити умови, що забезпечать гідне життя людини [1, с. 37].

У зв'язку з цим М. Ковалів і В. Іваха звертають увагу на те, що важливим принципом місцевого самоврядування є оптимальне поєднання місцевих і державних інтересів. Це означає, що місцеве самоврядування не може бути повністю незалежним від держави управлінською системою, тобто бути своєрідною державою в державі. Будучи дієвою формою здійснення децентралізованих державно-владних повноважень недержавними за своєю природою суб'єктами (територіальними громадами, органами та посадовими особами місцевого самоврядування), воно має гармонійно поєднувати у своїй діяльності місцеві та державні інтереси, зокрема ефективно та відповідально здійснювати окремі делеговані повноваження органів виконавчої влади [2, с. 48].

Постановка завдання. Метою статті є виокремлення та характеристика основних напрямів і сфер бюджетної підтримки та взаємодії органів державної влади й органів влади об'єднаної територіальної громади.

Результатом реформування місцевого самоврядування є створення нової моделі організації сфер суспільно-політичного та соціально-економічного життя об'єднаних територіальних громад, ефективний розвиток яких значною мірою залежить від взаємовідносин публічної влади.

Питання взаємодії органів влади державного та місцевого рівнів є одним із ключових у Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Зокрема, в Концепції говориться, що створення належних матеріальних, фінансових та організаційних умов і формування кадрового складу для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень має здійснюється з дотриманням таких принципів, як:

– наявність ресурсів, необхідних для здійснення визначених законом повноважень органів місцевого самоврядування;

– обчислення обсягу дотації вирівнювання на основі уніфікованих стандартів надання публічних послуг;

– надання трансфертів із державного бюджету безпосередньо кожному місцевому бюджету;

– визначення фінансовою основою здійснення органами місцевого самоврядування власних повноважень податків і зборів, які пов'язані з територією відповідної адміністративно-територіальної одиниці;

– закріплення за місцевими бюджетами частини коштів, що надходять від сплати податку на прибуток новостворених юридичних осіб, протягом п'яти років від дати інвестування в юридичну особу;

– надання органам місцевого самоврядування права регулювати ставки місцевих податків і зборів тощо [3].

Досліджуючи взаємодію органів державної влади й органів місцевого самоврядування, слід звернути увагу на значення терміна «взаємодія». У широкому розумінні «взаємодія» - це, по-перше, взаємний зв'язок між предметами у дії; по-друге, погоджена дія між ким-небудь або чим-небудь [4]. Тобто це і взаємний зв'язок двох явищ, і взаємна підтримка будь-яких сторін при вирішенні спільних завдань.

Результати дослідження. На практиці взаємовідносини між органами державної влади й органами місцевого самоврядування розвиваються за двома напрямами: перший - взаємодія, що проявляється у відносинах, які здійснюються шляхом узгодження дій і забезпечують самостійність місцевого самоврядування. Як зауважує В. Гладій, автономія місцевого самоврядування не може не мати відносного характеру. Держава обов'язково слідкує за тим, щоб локальні акти не порушували загальнонаціонального законодавства, не виходили за межі запропонованої їм компетенції. Другий - владно-правовий, що виявляється в реалізації владних повноважень органів державної влади щодо органів місцевого самоврядування [5, с. 29]. Цей напрям передбачає і передачу делегованих повноважень органів державної влади місцевим органам влади, які останні повинні реалізовувати «за сумісництвом». Якщо при здійсненні власних повноважень органи місцевого самоврядування діють незалежно,

самостійно і підпорядковуються тільки закону, то при здійсненні делегованих повноважень – під контролем відповідних органів державної виконавчої влади, говориться в ч. 3, 4 ст. 143 Конституції України [6]. Безумовно, головна особливість органів, що обираються на місцевому рівні це вирішення не загальнодержавних проблем, а питань місцевого значення. Саме такий самоврядний характер територіальної громади здатний забезпечити тісний зв'язок населення з органами і посадовими особами місцевого самоврядування та гарантуватиме вирішення важливих питань в інтересах громади. Перелік делегованих повноважень закріплений у ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [7]. Крім того ст. 143 Основного Закону говорить, що держава бере на себе обов'язок фінансово забезпечити реалізацію делегованих повноважень [6]. І це окреслює третій напрям взаємодії публічної влади, до якого слід віднести фінансову підтримку місцевого самоврядування.

Принцип державної підтримки та гарантій місцевого самоврядування, як і принцип поєднання місцевих і державних інтересів, випливає з самої природи місцевого самоврядування [8, с. 392]. Класичними способами місцевого самоврядування є: самоорганізація, самофінансування, самовідповідальність, втім, воно не може обійтися без відповідної підтримки держави, зокрема фінансової. Ось чому в ч. 3 ст. 142 Конституції України зазначається: «Держава бере участь у формуванні доходів бюджетів місцевого самоврядування, фінансово підтримує місцеве самоврядування» [6]. Держава має всебічно підтримувати місцеве самоврядування, створювати не тільки фінансово-економічні, а і конституційні, організаційно-правові та матеріально-фінансові гарантії для його ефективного функціонування.

Міжбюджетні відносини об'єднаних територіальних громад із державним бюджетом відіграють ключову роль у розвитку фінансового забезпечення та самостійності місцевого самоврядування, тому законодавцем разом із прийняттям Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» були внесені певні зміни до бюджетного законодавства. Так, ст. 64 Бюджетного кодексу України нині передбачає, що склад доходів загального фонду районних бюджетів і бюджетів об'єднаної територіальної громади, що створюються згідно з законом і перспективним планом формування територій громад, відтепер знаходяться на одному рівні. А це означає, що до районного бюджету вже не надходять податки від об'єднаних територіальних громад, які територіально можуть знаходитися в межах відповідного району. Принцип цієї бюджетної політики полягає в тому, що кожен бюджет самостійний. Як говориться у ст. 7 Бюджетного кодексу України, розпорядники коштів державного бюджету не несуть відповідальності за боргові зобов'язання місцевого бюджету – і навпаки, кожен бюджет має власні джерела доходів і не несе відповідальності за інші бюджети [9].

З метою забезпечення ресурсної бази бюджетів об'єднаних територіальних громад для фінансування видаткових повноважень у ч. 4 ст. 67 Бюджетного кодексу України визначено особливості формування бюджетів цих громад. Зокрема, бюджети об'єднаних територіальних громад мають міжбюджетні відносини з державним бюджетом із відповідним ресурсним забезпеченням на рівні міст обласного значення, запровадження правових засад формування спроможних територіальних громад шляхом підвищення їх фінансової та економічної спроможності тощо [9]. У Законі України «Про Державний бюджет на 2020 рік» до місцевих бюджетів спрямовується низка дотацій і субвенцій. У загальному переліку міжбюджетних трансфертів окремо виділено такі види, як: базова та реверсна дотації; медична та освітня субвенції [10].

Так, відповідно до ст. 96 Бюджетного кодексу України, базова дотація є трансфертом, що надається з державного бюджету місцевим бюджетам для горизонтального вирівнювання податкоспроможності територій. Базову дотацію отримують місцеві бюджети з рівнем надходжень податку на доходи фізичних осіб на одного жителя нижче 0,9 середнього показника по Україні (тобто 80% складової частини, необхідної до рівня показника 0,9). Для бюджетів, де цей показник вищий за 1,1 середнього в Україні, застосовується реверсна дотація (вилучається до державного бюджету 50% перевищення індексу податкоспроможності 1,1). У бюджетах об'єднаних територіальних громад з показником надходження податку на доходи фізичних осіб на одного жителя в межах від 0,9 до 1,1 вирівнювання не здійснюється (ні базової, ні реверсної дотацій їм не належить) [9].

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 96 Бюджетного кодексу України реверсна дотація – це кошти, що передаються до державного бюджету з місцевих бюджетів для горизонтального вирівнювання податкоспроможності територій. Щодо реверсної дотації, яка перераховуватиметься з місцевих до державного бюджету, то її плановий обсяг у 2020 р. становить 8,7 млрд грн. Так, у 2020 р. реверсну дотацію до державного бюджету будуть перераховувати 239 місцевих бюджетів, у т. ч.: 5 обласних бюджетів, 50 бюджетів міст обласного значення, 40 районних бюджетів і 144 бюджети об'єднаних територіальних громад [10].

Для належного здійснення самоврядних повноважень об'єднаним громадам фінансуватимуться й видатки на реалізацію делегованих державою повноважень. Зокрема, з державного бюджету буде перераховуватися освітня та медична субвенції. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Порядок та умови надання освітньої субвенції з державного бюджету місцевим бюджетам» освітня субвенція має спрямовуватися на оплату праці педагогічним працівникам загальноосвітніх навчальних закладів усіх типів, професійно-технічних і вищих навчальних закладів державної й комунальної власності в частині забезпечення видатків на здобуття повної загальної середньої освіти, а саме на заробітну плату викладачів загальноосвітніх дисциплін [11]. Щодо обсягів освітньої субвенції, то загалом по країні її розмір у 2020 р. заплановано збільшити порівняно з попереднім роком на 77,5 млрд грн, що на 8,3 млрд грн більше, ніж у попередньому 2019 р. [10].

Медична субвенція у 2020 р. враховує видатки на надання вторинної, третинної та екстреної медичної допомоги населенню. Її обсяг на перший квартал 2020 р. встановлений на рівні 14,6 млрд грн [10]. Як бачимо, загальний обсяг медичної субвенції не враховує видатки на надання первинної медичної допомоги, які відповідно до вимог Бюджетного кодексу України та Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» передбачені в повному обсязі в державному бюджеті за бюджетною програмою Міністерства охорони здоров'я «Надання первинної медичної допомоги населенню». Метою бюджетної програми є забезпечення населення комплексними та інтегрованими послугами із всебічної, безперервної та орієнтованої на пацієнта первинної медичної допомоги, спрямованої на задоволення потреб населення у відновленні та збереженні здоров'я, попередження розвитку захворювань, зменшення потреби у госпіталізації та покращення якості життя. Порядок використання коштів, передбачених у Державному бюджеті для надання первинної медичної допомоги населенню, регулюється Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для надання первинної медичної допомоги населенню» [12].

Значним стимулом для об'єднаних територіальних громад стала можливість отримання субвенції на формування інфраструктури цих громад. Слід зазначити, що перейти на прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом, отримати фінансову підтримку у вигляді цієї субвенції можуть лише громади, межі яких повністю відповідають межам, визначеним перспективним планом формування територій. Значною проблемою на сьогоднішній день є те, що бюджети переважної більшості об'єднаних територіальних громад не відповідають затвердженому перспективному плану, а отже, і їх формуванню. Це означає, що за відсутності механізму визнання їх спроможними, такі громади не вийдуть на прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом, не отримають кошти на виконання делегованих повноважень з утримання установ освіти й охорони здоров'я і не отримають фінансової підтримки у вигляді субвенції з державного бюджету на розвиток інфраструктури.

Висновки. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне надати територіальним громадам право самостійно вирішувати питання щодо вступу в те чи інше об'єднання, оскільки рамки, окреслені в Перспективному плані формування території громад, не враховують думку жителів цих громад і позбавляють їх державної фінансової підтримки, спрямованої на забезпечення гарантованих конституційних прав. Для вирішення цього питання слід наділити обласні державні адміністрації повноваженнями вносити зміни в Перспективні плани формування території громад на вимогу жителів відповідних територіальних громад. Такий підхід не завадить громадам перейти на прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом. Втім варто

зазначити, що на 2020 рік субвенція, передбачена в Державному бюджеті на підтримку розвитку об'єднаних територіальних громад, в тому числі і на розвиток інфраструктури, залишилася на тому самому рівні, що і в 2019 р. – 2,1 млрд грн. Субвенція не враховує зростання кількості об'єднаних громад і становитиме 467 грн на 1 сільського жителя. До прикладу, у 2016 р. обсяг такої субвенції становив 1 107 грн на 1 сільського жителя об'єднаної громади. Як бачимо, потенційні недонадходження місцевих бюджетів склали 2,9 млрд грн.

Сьогодні більшість бюджетів об'єднаних територіальних громад є залежними від офіційних трансфертів. Тому для досягнення результативної роботи і виконання як власних, так і делегованих повноважень місцеве самоврядування має нарощувати власну ресурсну базу, але у багатьох випадках це неможливо без фінансової підтримки держави. Саме наявність фінансових ресурсів, які знаходяться у розпорядженні органів місцевого самоврядування, дасть можливість громадам успішно виконувати видаткові повноваження, направлені на соціально-економічний розвиток громади, зокрема ремонт, будівництво доріг, благоустрій територій і проекти в житлово-комунальному господарстві, ремонт і будівництво шкіл, дитячих садків, лікарень, відкриття спортивних і культурних центрів, надання адміністративних послуг, створення у громадах відповідних центрів, здійснення інших видатків, які віднесені до їхніх повноважень.

Список використаних джерел:

1. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 01 квітня 2014 р. № 333-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80 (дата звернення: 12.11.2019).

2. Українська радянська енциклопедія. Т. 1. URL: http://leksika.com.ua/ 17021021/ure/vzayemodiya (дата звернення: 12.01.2020).

3. Ленгер Я.І. Взаємодія органів публічної влади як спосіб попередження та розв'язання муніципально-правової колізії. *Юридичний науковий електронний журнал* 2017. № 3. С. 36–38.

4. Ковалів М.В., Іваха В.О. Правовий статус органів місцевого самоврядування в Україні. *Вісник Нац. університету «Львівська політехніка». Серія : Юридичні науки*. 2015. № 824. С. 45–49.

5. Гладій В.І. Місцеве самоврядування як ресурс політики євроінтеграції: досвід Вишеградської групи та перспективи України : дис. … канд. політ. Наук : 23.00.02. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2016. 238 с.

6. Конституція України. Київ : КМ, 2013. 96 с.

7. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/ 97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 29.10.2019).

8. Ковалів М.В., Гаврильців М.Т. Конституційне право України : навчальний посібник. Львів : ТОВ «Ліга-прес», 2014. 402 с.

9. Бюджетний кодекс України : Закон України від 08 липня 2010 р. № 2456-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2010. № 50-51. ст. 572.

10. Про Державний бюджет України на 2020 рік: Закон України від 14.11.2019 р. № 294-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/294-20#n129 (дата звернення: 15.01.2020).

11. Про затвердження порядку та умов надання освітньої субвенції з державного бюджету місцевим бюджетам : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 6. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/6-2015-%D0%BF (дата звернення: 10.12.2019).

12. Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для надання первинної медичної допомоги населен ню: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 березня 2018 р. № 283. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/283-2018-%D0%BF (дата звернення: 13.11.2019).

КОСТИЦЬКА І. О.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
заступник завідувача відділу
(Інститут законодавства Верховної ради України)

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.12

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЛІ ПАРЛАМЕНТАРІЯ В СУСПІЛЬСТВІ

У статті розглядаються питання визначення ролі і місця парламентарія в системі влади. На думку автора, парламентарій грає ключову роль у суспільстві та в державі, опосередковуючи систему багатоманітних відносин, що мають місце між органами державної влади і місцевого самоврядування, суб'єктами громадянського суспільства та народом у цілому. Парламентарій виступає суб'єктом персоналізації функціонування механізму влади, звичайно, перш за все, законодавчої влади, а також виконує низку інших притаманних йому функцій, що мають конститутивне значення як для системи народного представництва, так і для організації і функціонування парламенту як органу законодавчої влади в державі. В юридичній та політологічній науці вже утвердилися погляди на функції парламентарія. До них відносять функцію представництва, пов'язану з артикуляцією інтересів народу, виборців, політичних партій, корпорацій економічного та соціального сектору суспільства, об'єднань цих інтересів у парламенті, територіальних колективів, а також із представництвом парламенту на міжнародній арені, участю в діяльності парламенту та його органів, виконанням їхніх функцій і повноважень, що зумовлюється постійним характером депутатської діяльності в парламенті. Парламентарій також виконує законодавчу функцію: розроблення і внесення проектів актів парламенту депутатом парламенту як суб'єктом права законодавчої ініціативи, участь в ухваленні законів, народний депутат України також може бути суб'єктом подання в Конституційний Суд України про визнання неконституційними законів. Парламентарій виконує і контрольну функцію: внесення депутатських запитів і звернень, ініціювання проведення парламентських розслідувань тощо. Комунікативна функція народного депутата охоплює не лише інформування парламентаріями населення щодо власних політичних ідей, програмних настанов партій, членами яких вони є в парламенті, пропонування альтернативних шляхів вирішення нагальних суспільно-політичних, економічних та правових проблем у суспільстві та в державі, але й інформування населення про роботу парламенту, його органів, здійснені і заплановані заходи щодо реалізації державної політики, підтримку робочих контактів з органами виконавчої та судової влади в рамках, установлених законодавством, взаємодію зі ЗМІ та іншими інституціями громадянського суспільства тощо. Автор звертає увагу на ті функції парламентарія, які визначають його роль у суспільстві, не є тотожними функціям органу законодавчої влади, оскільки мають різну предметну специфіку, різні сфери реалізації або проявляються через різне коло осіб, але є системно пов'язаними і реалізуються в його повсякденній діяльності.

Роль парламентарія виступає інтегративною характеристикою, що узагальнює та відображає персоналістичний характер народного представництва,

а також суму його ключових інституційних (онтологічних), функціональних та аксіологічних параметрів діяльності, що безпосередньо синтезують її з організацією та функціонуванням парламенту як органу законодавчої влади в сучасній державі.

Ключові слова: *парламентарій, народний депутат України, парламент, функції парламентарія, роль парламентарія в суспільстві, персоналістичний характер народного представництва.*

Kostytska I. O. Theoretical and legal issues determining the role of a parliamentarian in society

The article highlights the issues determining the role and place of a parliamentarian in the power system. According to the author, a parliamentarian plays a key role in the state and society mediating the system of diverse relations that take place between public authorities and local governments, actors of civil society and people as a whole. A parliamentarian acts as a personalization subject of the power mechanism, it is first and foremost legislative power, as well as serves a number of other peculiar functions being meaningful both for a system of popular representation, and for organization and operation of parliament as legislative body of the state. Views on the functions of parliamentarians have already been established in legal and political science. It includes the function of representation related to the articulation of the interests of the people, voters, political parties, corporations of the economic and social sector of society, unions of these interests in parliament, territorial groups, as well as representation of parliament in the international arena, participation in activities of parliament and its bodies, performance of their functions and powers due to the permanent nature of parliamentary activities. A parliamentarian also executes a legislative function, which implies preparation and submission of draft acts by a member of parliament as the subjects of the right to initiate legislation, participation in the adoption of laws, a People's Deputy of Ukraine may also apply a request to the Constitutional Court of Ukraine to recognize a law as unconstitutional. A parliamentarian also performs a control function, which means making deputy inquiries and appeals and initiating parliamentary investigations, etc. A communicative function of a People's Deputy involves not only public awareness for own political ideas of parliamentarians, program guidelines of the party they are members of in parliament, suggestion of alternative ways to solve urgent social and political, economic and legal challenges in the state and society, but also informing the population about work of the parliament, its bodies, executed and planned measures regarding the implementation of state policy, maintenance of working contacts with the executive and judicial branches within the framework stipulated by legislation, interaction with the media and other civil society institutions, etc. The author draws attention to the functions of a parliamentarians determining their role in society and not corresponding to the functions of the legislature, as they have different specific subject, different areas of implementation or manifest themselves through different groups, but they are systematically linked and implemented in their daily activities.

The role of a parliamentarian is an integrative characteristic that summarizes and reflects the personalistic nature of popular representation, as well as the sum of its key institutional (ontological), functional and axiological parameters of activity directly synthesizing it and the organization and operation of parliament as a legislative body in the modern state.

Key words: *parliamentarian, People's Deputy of Ukraine, parliament, functions of a parliamentarian, role of a parliamentarian in society, personalistic nature of popular representation.*

Вступ. Парламентарій є ключовим поняттям під час розгляду конституційно-правового інституту парламентаризму, представницької демократії. Водночас зміст цього поняття виходить далеко за межі суто юридичних концептуальних побудов, що уможливлює багатоманітність наукових підходів та інтерпретацій зазначеного політико-правового феномену – юридичних, політологічних, соціально-філософських, історичних, культурологічних, розгляд його в порівняльно-правовому та в історико-правовому аспектах, через призму суміщення відповідних формаційних та цивілізаційних підходів тощо. Ці підходи сукупно засвідчують також тісний зв'язок суб'єктного виміру парламентського права, в розрізі якого переважно висвітлюється проблематика, пов'язана з визначенням ролі та місця парламентарія в суспільстві та в державі, з питаннями юридичної його відповідальності [1], яким так само властивий чітко окреслений персоналістичний вимір.

Водночас ми поділяємо описані в юридичній літературі засадничі для дослідження ролі і місця парламентаріїв у суспільстві та в державі, тісно пов'язаний із цим вимір їхньої юридичної відповідальності, методологічні наукові настанови щодо орієнтації на загальнолюдські цінності, на побудову демократичної соціальної і правової держави, на дотримання принципів гуманізму, поваги до людської гідності, свободи, справедливості, пропорційності суперечливих інтересів тощо, дослідження особливостей інституту парламентарія на основі раціональності, солідарності й ціннісно зорієнтованого зважування інтересів [2].

Постановка завдання. Не претендуючи на всеосяжність та вичерпність означеної проблематики, ми детальніше розглянемо власне конституційно-правовий дискурс, який найбільш концентровано, на наш погляд, зосереджує і наукові напрацювання у сфері науково-правового дослідження згаданого явища, розкриває його сутнісні властивості та їхні ключові зовнішні прояви, що піддаються юридичному регулюванню з боку держави.

Результати дослідження. Досі найбільш поширеною науковою концепцією в інтерпретації сутності та змісту поняття «парламентарій» була та й залишається формально-юридична (позитивістська) концепція, яка переймається науковим обґрунтуванням поняття парламентарія через осмислення специфіки його включеності в систему парламентаризму. Така парадигма, що ґрунтується здебільшого на догматичному аналізі норм законодавства, що регулює статус і діяльність парламентаріїв, досі переважає у вітчизняній науці конституційного права, навіть в умовах реанімування опонуючих позитивізмові наукових шкіл та підходів [3]. Частково цей підхід був використаний нами в попередньому підрозділі цього дослідження.

Відповідно до такого підходу парламентарій розглядається як носій публічно-владних повноважень, суб'єкт публічного права і, відповідно, суб'єкт (носій) публічної відповідальності. У нормативному розрізі специфікація ролі та місця парламентарія в суспільстві та в державі аналізується через призму правового (конституційно-правового) інституту парламентарія, який охоплює певну сукупність переважно конституційно-правових норм, що регулюють особливості правового статусу та діяльності парламентарія, його взаємодії з органами публічної влади та з громадськістю.

У розрізі нормативістського підходу увиразнюються передусім дві провідні концепції правового інституту парламентарія. Згідно з першою з них, яка натепер є переважаючою, зазначений інститут розглядається як складова частина парламентського права як підгалузі конституційного права конкретної держави. Водночас розвиненість та детальність урегулювання інституту парламентарія слугує, як ми уже відмічали, показником та виразником ступеня розвинутості парламентського права як нормативної основи функціонування системи парламентаризму конкретної країни. Натомість відповідно до альтернативного підходу інститут парламентарія сприймається вже як більш складний конгломерат правових норм, які виходять за межі суто парламентського права. Зокрема, на користь такого підходу свідчить аналіз конституційного законодавства низки країн з усталеними парламентськими традиціями та розвиненим законодавством, у межах якого інститут парламентарія охоплюється не лише суто парламентським правом, але й (принаймні частково) виборчим, партійним, інформаційним, адміністративним, судовим законодавством.

Мірою розвитку конституційного права, очевидно, можна спрогнозувати тенденцію до подальшого збільшення у структурі правового інституту парламентарія невластивих суто парламентському праву норм, які дедалі більшою мірою будуть регулювати відповідні правовідносини за участі парламентаріїв зі збереженням домінування публічно-правових елементів у механізмі такого правового регулювання. При цьому важко заперечити провідну та визначальну роль саме конституційного права в регулюванні цих відносин, які здебільшого зберігатимуть значення державно-політичних відносин владарювання як конститутивних для конституційного права як галузі права.

Конституційно-правове регулювання ролі та місця парламентарія в суспільстві концентрує найбільш суттєві, з точки зору потреб юридифікації, елементи суспільних відносин, пов'язаних із діяльністю парламентаріїв. При цьому воно відзначається відносною збалансованістю власне конституційних та законодавчих, матеріальних і процесуальних, регулятивних та охоронних елементів такого регулювання, що є взаємодоповнювальними.

Водночас з огляду на глобалізацію конституційного права та уніфікацію наявних правових підходів до регулювання елементів статусу парламентаріїв помітною є тенденція до подальшої уніфікації відповідного конституційно-правового регулювання.

Мірою подальшої процесуалізації поглиблюється і тенденція до втручання органів судової влади, зокрема органів конституційного судочинства, в коригування тих чи інших елементів такого статусу, з визнанням окремих норм законодавчих актів неконституційними. При цьому суб'єктами здійснення конституційної юрисдикції часто застосовуються елементи як суто позитивістського, так і аксіологічно орієнтованого правових підходів.

Водночас роль та місце парламентарія визначається через розкриття специфіки правовідносин, в які він вступає, зокрема у відносинах з іншими парламентаріями та їх об'єднаннями (фракціями та групами), комітетами та комісіями парламенту, керівництвом парламенту; з іншими органами влади та їх посадовими особами; з виборцями; у сфері міжнародних контактів тощо.

Вищеописана позитивістська концепція, як показує аналіз, за своїми ключовими, відправними параметрами переважно має легістське наповнення, оскільки основну увагу приділяє здебільшого формальним складовим частинам (переважно конституційно-правовим нормам та практиці їх реалізації), цілковито узалежнюючи роль парламентарія від зазначених норм.

Щоправда, за такого підходу самостійна роль парламентарія фактично елімінується до значення «коліщатка» у великому парламентському механізмі, знеособлюється та втрачає свій первинний, персоналістський субстрат, що певною мірою провокує питання про реальність або ж фіктивність репрезентативності як прояву антропологічно-діалогічної природи публічно-представницьких відносин у системі парламентаризму взагалі. Крім того, за такого підходу втрачається розуміння дуалістичності ролі парламентарія: будучи, з одного боку, суб'єктом, підпорядкованим нормам права, як особа, уповноважена на виконання функцій держави, з другого боку, парламентарій сам виступає цілковито незалежним суб'єктом (співвіднесеним з іншими рівностатусними йому суб'єктами – парламентаріями) продукування нових правових норм, здебільшого сформульованих на рівні найбільш загальних та ієрархічно високих щаблях системи законодавства, що концентруються в законах держави, що їх уповноважений приймати лише парламент як єдиний орган законодавчої влади.

Певною мірою окремі недоліки позитивістської концепції в інтерпретації ролі парламентарія, як видається, компенсує соціолого-правовий підхід, що більшою мірою зосереджується на не формально-юридичних констатаціях та нормах, а на реальній сумі суспільних в'язків і залежностей, що продукують насамперед соціальні ролі та функції парламентарія в суспільстві, від зрізу законодавчої влади – до рольової специфіки в мікросоціальних колективах (таких, як фракції, групи, політичні партії тощо). Соціолого-правові концепції наполягають також на пріоритетності відображення в діяльності парламентарія інтересів певних соціальних груп, на які стратифіковане суспільство, виявлення динаміки такого відображення, а також співвідношення цих інтересів із загальнонаціональними інтересами, які, принаймні в ідеалі, має репрезентувати парламентарій як представник нації в парламенті. Відтак пропонується у правових

висловлюваннях (законодавчих текстах) шукати не стільки об'єктивний логічний зміст, скільки передусім конкретні інтереси, які мали на увазі законодавці, коли формулювали ці положення [4]. У межах цієї парадигми центральне місце в дослідженні ролі парламентарія приділяється не закріпленим у законодавстві нормам, а «живому праву» (концепт Є. Ерліха) [5], тобто реальним практикам правовідносин, що ними послуговуються суб'єкти права під час здійснення функцій парламентарія в системі парламентаризму, – як відповідно, так і всупереч офіційно встановленим правовим нормам у цій сфері.

У рамках соціолого-правового підходу рольові інтерпретації парламентарія розглядаються здебільшого через його включеність до складу політичної еліти, під якою розуміють *особливу усталену соціальну групу, основна функція якої полягає в підготовці і прийнятті (або здійсненні впливу на прийняття чи неприйняття) найважливіших (стратегічних) політичних рішень та яка наділена необхідним для цього ресурсним потенціалом [6; 7]*. Саме такий функціональний підхід був реалізований, зокрема, в масштабному міжнародному науковому проекті «Парламентське представництво в Європі. 1848–2014», в рамках якого предметом вивчення стала парламентська еліта понад 20 європейських країн в означений період часу [8], а також у монографічному дослідженні «Члени парламенту в Західній Європі: ролі та поведінка» [9].

Зокрема, в межах соціологічно орієнтованих концепцій виокремлюються концепції парламентаріїв-делегатів, парламентаріїв-довірених осіб, відповідальна партійна модель, модель авангардної партії та зразкова модель (Дж. Джонсон, Р. Накамура). При цьому в моделі парламентаріїв-делегатів передбачається, що, як делегати, парламентарії просто відображають інтереси своїх делегаторів (виборців) у законодавчому органі влади. У моделі парламентаріїв-довірених осіб передбачається, що парламентарії, діючи як довірені особи своїх виборців, діючи на власний розсуд, використовують власні судження для визначення того, що найкраще відповідає інтересам їх виборців і нації. Парламентарії, які розглядають себе як довірених осіб, вважають, що їхні довірителі (виборці) обрали їх завдяки особливим здібностям, відтак парламентарії вбачають у своїй роботі адаптацію потреб своїх виборців для досягнення цілей забезпечення добробуту нації. У відповідальній партійній моделі передбачається наявність високої внутрішньопартійної та внутрішньофракційної дисципліни парламентаріїв, які відображають у голосуванні позицію партій, що репрезентують різні суспільно-політичні стратегії розвитку. Оскільки виборці голосують за партії, то парламентарії зобов'язані у своїй діяльності втілювати партійні програми. У моделі авангардної партії відображається переважно зворотній зв'язок між парламентаріями та виборцями: парламентарії трансформують партійні рішення, проведені через парламент, доводячи їх зміст до виборців. Нарешті, згідно із зразковою моделлю законодавець виконує символічні завдання трьох сторін: власні, виборців та партій, поділяючи при цьому їхні етнічні, гендерні, соціальні та інші інтереси [10].

Як видно, означені вище моделі по-різному інтерпретують співвідношення інтересів парламентаріїв з інтересами виборців, партій, різних соціальних груп, нації в цілому, що суттєво модифікує зміст представницької функції в діяльності парламентаріїв, вивищуючи часом суто партійні, часом вузько-соціальні компоненти. Важливо також, що соціологічно орієнтовані концепції так чи інакше підходять до фундаментального питання соціології парламентської діяльності – свободи розсуду парламентаріїв під час прийняття рішень парламенту (законів, постанов тощо). Адже, попри суттєву процесуалізацію та процедурну деталізацію[11] багатьох аспектів парламентської діяльності, вона залишається об'єктом не лише суто юридичних, але й інших впливів, які так чи інакше результуються в діяльності парламентаріїв, їхніх угруповань, парламенту та його органів. Якщо питання про дискреційні повноваження органів та посадових осіб виконавчої влади, свободу суддівського розсуду в науках конституційного, адміністративного та судового права так чи інакше розглядаються в науці менш-більш регулярно, то проблематика визначення й лімітування меж розсуду в діяльності парламентаріїв досі залишається маловивченою ділянкою. При цьому особливу проблему становить переважання ірраціонального елемента в мотиваціях дій і рішень парламентарія, що часто спостерігається як у вітчизняній, так і в зарубіжній парламентській практиках, «втрати ознак його громадянської позиції – свідомого і відповідального вибору (з меркантильних інтересів або міркувань корпоративної належності)» [12].

Вважаємо, що питання меж розсуду в діяльності парламентаріїв тісно пов'язане з питаннями їхньої загальної і правової культури і правосвідомості, якості законодавчої «продукції» парламенту, адекватності відображення об'єктивних загальносоціальних потреб та реальності функціонування механізмів політичного представництва в реальній практиці парламентаріїв та парламенту як органу державної влади в цілому.

Відтак застосування соціолого-правового арсеналу дослідження робить підхід до осмислення ролі парламентарія більш реалістичним та таким, що переважно позначає специфіку ролі не в системі координат «парламентарій – парламент – державна влада», а у значно ширшій системі «парламентарій – держава – соціальні інтереси – суспільство (нація)». Крім того, застосування концепцій «живого права» *(у дусі Є. Ерліха та його школи соціології права [5])* робить осмислення ролі парламентарія в суспільстві більш динамічним та таким, що враховує дію як правових, так і неправових нормативних регуляторів, що істотно впливають і на систему загальносоціальної та спеціально-юридичної відповідальності парламентарія в системі парламентаризму.

Більш персоноцентричними є антропологічно зорієнтовані концепції ролі парламентарія в суспільстві та в державі, які ґрунтуються на «антропологічному повороті» до суб'єкта права, що його демонструють новітні наукові теоретико-правові та конституційно-правові дослідження. За такого підходу, що, зокрема, передбачає зміщення акцентів до людини як центру соціальності та правової системи загалом [13], передбачається й відповідна інтерпретація ролі парламентарія, яка вже не вичерпується ролями звичайного репрезентанта певних соціальних (політичних) інтересів та носія публічно-владних функцій, але наголошує на відносно самостійній ролі парламентарія в конструюванні та зміні правових смислів узагалі – відповідно до домінуючого типу правосвідомості та у відповідності із суб'єктивно відображеними груповими і загальносоціальними потребами й інтересами. Якщо «визнання особистості вищою соціальною цінністю змінює соціальний вектор права на персоналістичний» [14], то, природно, що персоналістичною має бути і парадигма осмислення ролі та місця парламентарія як суб'єкта публічного права в системі парламентаризму. Відповідно до цього, наприклад, слушно закликає розглядати парламент, його організацію та функції через призму особистості В.С. Журавський [15].

В юридико-антропологічному контексті парламентарій постає як особливий суб'єкт, наділений якостями, здатними втілювати його волю в конструювання правових смислів, уміщених у правових текстах, насамперед – у законах. Тим самим у такій правовій волі та парламентському волевиявленні (як сукупній волі необхідної кількості парламентаріїв) «втілюється ідея діяльної, раціональної свободи у праві, вільного самовираження й самовизначення особи» [16]. Вона не розкриває всіх якостей ролі парламентарія у правотворенні (законотворенні), проте зумовлює роль парламентарія як вирішальної «інстанції» в цьому процесі.

Водночас, як вдало відзначає Ю. Ганжуров, «артикуляція суспільних інтересів актуалізує проблему суб'єктивізації законодавчих ініціатив», оскільки в єдиній волі суб'єкта втілюються об'єктивний момент загальності, а з іншого боку – момент об'єктивної унікальності, то, природно, виникає потреба в особливому способі реалізації в ній свободи суб'єкта, який, тобто спосіб, «знімав» би зазначену внутрішню суперечність, через заперечення сваволі, підпорядкування суб'єктивної одиничності об'єктивній волі, що орієнтується на загальність змісту суспільної системи цінностей [17]. Тим самим і парламентська діяльність постає як своєрідна форма заперечення сваволі одиничного парламентарія та утвердження в його діяльності об'єктивної волі всього суспільства. Відповідно до такого підходу визнання й реалізація на практиці персоноцентричності правового регулювання змінює вектор його дії на персоналістичний не тільки в системі «суспільство – людина – держава», але й у функціонуванні її складової частини – системи «парламентарій – влада – суспільство – людина». Відповідно, така орієнтація правових регуляторів зумовлює особливе соціальне призначення всіх без винятку елементів державного апарату, що нині полягає в забезпеченні й усебічному гарантуванні вільного розвитку особистості узгодженому з інтересами інших людей та суспільства в цілому [18].

Висновки. Теоретико-правовий підхід до осмислення ролі і місця народного депутата в суспільстві охоплює з'ясування системного та функціонального аналізу інститут парламентарія, дослідження природи парламенту і парламентаризму, а також самого інституту

народного представництва як політико-правової категорії [19]. Тому такі дослідження виявляються скерованими на вивчення взаємодії, взаємозумовленості та взаємопереходу протилежностей, зокрема індивідуальної волі парламентарія в загальну волю депутатського корпусу або його більшості, що набуває якості індивідуальної волі парламенту. Відтак такий підхід об'єктивно сприяє поглибленому дослідженню взаємообумовленості парламентарія та парламентаризму, за якої, зокрема, парламентарій зберігає свій автономний статус, ідентичність та сприяє збереженню й розвиткові такої системної цілісності, як парламент.

Список використаних джерел:

1. Скрипнюк О. Конституційне право і теорія конституційного права України: теоретико-методологічні проблеми. *Вісник Національної академії правових наук України.* 2013. № 2(73). С. 110.

2. Майданник Р. Вчення про методологію приватного (цивільного) права. Загальні положення. *Право України*. 2019. № 1. С. 60, 61.

3. Федоренко В.Л. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наукова доповідь. Київ : Ліра-К, 2015. 64 с.

4. Антонов М.В. Ойген Ерліх про закон і правосуддя. *Філософія права і загальна теорія права* № 2/2012. С. 361.

5. Костицький В.В., Кобан О.Г. Соціологія права : (науково-теоретична спадщина Євгена Ерліха і проблеми розвитку сучасної науки) (видання друге) ; Ін-т законодавчих передбачень і правової експертизи. Київ : Коло, 2016. 256 с.

6. Гаман-Голутвина О.В. Определение основніх понятий элитологии. *Полис: Политические исследования*. 2000. № 3. С. 99.

7. Гаман-Голутвина О.В. Политические элиті как объект исследований в отечественной политической науке. *Политическая наука*. 2016. № 2.

8. Parliamentary elites in Central and Eastern Europe / ed. by E. Semenova, M. Edinger, H. Best. London: Routledge, 2014. 336 p.; Parliamentary representatives in Europe, 1848–2000 / ed. by H. Best, M. Cotta. NY : Oxford University Press, 2000. 549 p.

9. Members of Parliament in Western Europe: Roles and Behaviour / Editors: Wolfgang C. Müller, Thomas Saalfeld. London and New York : Psychology Press, 1997. 176 p.

10 Orientation handbook for members of parliaments. By John K. Johnson, Robert T. Nakamura. Washington, D.C., 2006. P. 4–5.

11. Барабаш Ю.Г. Дискреційні повноваження вищих органів влади: правова природа та умови ефективного застосування. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4(24). С. 51.

12. Оніщук М. Відповідальне правління і народний суверенітет: нотатки до конституційного творення. *Вісник Національної академії правових наук України.* 2013. № 2(73). С. 116.

13. Честнов И.Л. Постклассическая теория права: монография. Санкт-Петербург, 2012. С. 167.

14. Словська І.Є. Методологія наукового аналізу системи парламентаризму. *Вісн. Нац. ун-ту «Львів. Політехніка»*. 2015. № 825. С. 277.

15. Журавський В.С. Український парламентаризм на сучасному етапі: теоретико-правовий аспект : монографія. Київ : Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2001. С. 124.

16. Архипов С.И. Субъект права. Теоретическое исследование. Санкт-Петербург, 2004. С. 49.

17. Ганжуров Ю. Політична воля та почуття права в контексті законотворення. *Наукові записки ІПіЕД імені І.Ф. Курас НАН України*. 2013. Вип. 1(63). С. 148, 160.

18. Козловський А.А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. Чернівці : Рута, 1999. С. 39.

19. Шаповал В. Політико-правова категорія народного представництва: питання теорії. *Право України*. 2013. № 5. С. 13.

КРИЖАНОВСЬКА О. В.,
кандидат юридичних наук,
викладач кафедри адміністративної
діяльності поліції
*(Одеський державний університет
внутрішніх справ)*

УДК 340.1: 342.1.3:351.1:352:353:354
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.13

СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ТА ЕЛЕМЕНТІВ ІНФРАСТРУКТУРИ ПРАВОПОРЯДКУ ЗА СУЧАСНИХ УМОВ ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОГО СУСПІЛЬСТВА

У статті охарактеризовано поняття інфраструктури правопорядку, проаналізовано зв'язок зі структурою та виявлено особливості її конструкції в сучасних державах.

При порівнянні зазначених понять визначено співвідношення внутрішньої та зовнішньої структури правопорядку. Представлено, що інфраструктура правового порядку втілює його статичні характеристики й виражається в організаційному середовищі, яке оточує правовий порядок, і, не входячи до його змісту чи структури, виражає його функціонування, націлене на реалізацію й підтримку. Доведено, що розгалуження інфраструктури правового порядку завжди є процесом, залежним від характеру функціонування правового порядку та потреб конкретного суспільства. Однак інфраструктура не є необхідною для буття правового порядку як такого, оскільки децентралізовані правопорядки можуть існувати без інфраструктури, коли його функції реалізуються його суб'єктами напряму. Прикладами таких правопорядків є примітивні правові порядки і до певної міри – міжнародне право, застосування якого значною мірою здійснюється самими суб'єктами.

Здійснено комплексний аналіз інфраструктури правового порядку. Автором запропоновано під інфраструктурою правового порядку розуміти допоміжну організаційну систему, що виникає внаслідок інституціоналізації правового порядку для спрощення й оптимізації реалізації ним своїх функцій.

Продемонстровано, що правовий порядок належить до числа найбільш фундаментальних понять сучасної загальнотеоретичної юриспруденції. Саме завдяки йому відбувається осмислення низки принципово важливих проблем буття права і держави (таких як зв'язок громадян і публічної влади, легітимність та авторитетність правових інститутів, організаційне оформлення правової системи, розвиток горизонтальних каналів правової комунікації тощо).

Теоретичне осмислення інституційних засад правового порядку націлене на пошук відповідей на питання щодо того, якою є динаміка становлення правового порядку як особливого соціального інституту, передумов і факторів зміцнення, чи, навпаки, послаблення його авторитетності в соціумі, пронизування ним вертикальних і горизонтальних суспільних комунікацій. З іншого боку, теоретичною проблемою є також статичний вимір інституційних засад правового порядку, що виражається в його інфраструктурі. Обидва аспекти інституційних засад правового порядку мають актуальний характер для України.

Ключові слова: *правовий порядок, структура, інфраструктура, елементи правопорядку, функції правового порядку, інституціоналізація.*

Kryzhanovska O. V. Relationship of the functions and elements of the infrastructure of the order in modern legal society formation

The article describes the concept of law enforcement infrastructure, analyzes the relationship with the structure and reveals the features of its structure in modern states.

When comparing these concepts, the ratio of internal and external structures of law and order is determined. It is presented that the infrastructure of the legal order embodies its static characteristics and is expressed in the organizational environment that surrounds the legal order, and, without its content or structure, expresses its functioning, aimed at implementation and support.

It is proved that branching of the infrastructure of the legal order is always a process dependent on the nature of the functioning of the legal order and the needs of a particular society. However, infrastructure is not necessary for legal order as such, since decentralized law and order can exist without infrastructure when its functions are implemented directly by its subjects. Examples of such law and order are primitive legal orders, and to some extent international law, which is largely enforced by the subjects themselves.

A comprehensive analysis of the legal infrastructure has been carried out. The author proposes to understand, under the infrastructure of the legal order, an auxiliary organizational system that arises from the institutionalization of the legal order in order to simplify and optimize the implementation of its functions.

It is demonstrated that the legal order is among the most fundamental concepts of modern general theoretical jurisprudence. This is the reason for understanding a number of fundamentally important problems of being law and state (such as communication between citizens and public authorities, legitimacy and authority of legal institutions, organization of the legal system, development of horizontal channels of legal communication, etc.).

The theoretical understanding of the institutional foundations of the legal order is aimed at finding answers to the question of what is the dynamics of the formation of the legal order as a special social institution, the preconditions and factors of strengthening, or, conversely, weakening its authority in society, penetrating it vertical and horizontal social communications. On the other hand, a static problem is the static measurement of the institutional foundations of the legal order, which is expressed in its infrastructure. Both aspects of the institutional foundations of the legal order are relevant for Ukraine.

Key words: *legal order, structure, infrastructure, elements of law and order, functions of legal order, institutionalization.*

Вступ. Поняття інфраструктури, незважаючи на його prima facie влучність і ємність, є доволі невизначеним і загалом нечасто використовуваним у юриспруденції. Воно часто застосовується в економічній науці, де інфраструктурою називають сукупність складових частин будь-якого об'єкта, що мають підпорядкований (допоміжний) характер і забезпечують умови для нормальної роботи об'єкта загалом [1, с. 372]. Вважається, що поняття інфраструктури пов'язане з позначенням установ, які формують основу для будь-якої операції чи системи [2].

Сам по собі термін «інфраструктура» має очевидний логічний зв'язок із терміном «структура». Порівняння цих понять на основі граматичного аналізу показує, що інфраструктура є «зовнішньою структурою». З цього логічно випливає те, що просто «структура правопорядку» стосується його внутрішньої будови, тоді як інфраструктура позначає щось зовнішнє по відношенню до нього. Звідси виникає питання щодо того, як співвідносяться між собою структура правопорядку (або внутрішня структура правопорядку) та його інфраструктура (тобто зовнішня структура правопорядку).

Поняття структури, звісно, є поширеним у юриспруденції та використовуваним для різних потреб. Найчастіше його застосовують у зв'язці з системним підходом чи методом, оскільки структура є складовою частиною системи.

Структуралізм є вагомим методологічним підходом у правознавстві. Будь-який системний об'єкт, у тому числі й право чи правовий порядок, має трактуватися у вимірі його структурності. Найчастіше співвідношення системи і структури у правознавстві стає предметом аналізу у рамках дискурсу системи права і системи законодавства. Розглядаючи цю проблему в площині співвідношення системи права і системи законодавства, більшість дослідників говорить про те, що система права виражає внутрішню будову права, тоді як система законодавства – зовнішня форма вираження і закріплення системи правових норм [3, с. 105]. Ця позиція поширена і простежується в більшості навчальних курсів, де під системою права розуміють його внутрішню структуру, а також у наукових дослідженнях, прямо чи опосередковано присвячених структурному виміру права [4, с. 22–43]. Характерно, що систему законодавства ніколи не називають інфраструктурою права, хоча це було б логічно з огляду на етимологію цього поняття і співвідношення внутрішньої та зовнішньої структури.

У ситуації з правопорядком усе ще більш невизначено, оскільки правовий порядок не часто сприймається з погляду його структурних характеристик.

Теоретичні аспекти розвитку сучасного правопорядку сьогодні часто стають предметом досліджень. Так, різним аспектам правового порядку присвятили свої наукові розробки В.М. Артьомов, В.К. Бабаєв, В.В. Борисов, В.В. Варчук, М.М. Вопленко, О.В. Воробйова, І.О. Ісаєв, С.В. Клєвцов, І.А. Краснов, В.М. Казаков, С.В. Ковбасюк, А.Ф. Крижанівський, В.В. Лазарєв, К.В. Макаров, П.С. Назаров, Ю.М. Оборотов, Т.С. Подорожна, М.І. Превезінцев, Б.В. Саванелі, О.П. Сауляк та ін. Результати наукових досліджень зазначених вчених служать методологічним підґрунтям для розуміння багатьох аспектів пов'язаних з інфраструктурою правового порядку.

Постановка завдання. Вищевикладене вказує на актуальність дослідження, метою якого є визначення залежності та співвідношення функцій та елементів інфраструктури правопорядку за сучасних умов побудови правового суспільства.

Результати дослідження. О.Ф. Скакун вважає, що «структура правового порядку – це єдність і одночасно поділ системи правових і неправових елементів, властивостей, ознак, процедур / процесів. Оскільки правопорядок є динамічною системою, комбінація його елементів може змінюватися, набувати нових властивостей, створювати певні стани, переходити з одного стану в інший. Однак це не виключає наявності структури правового порядку, що слугує його каркасом [3, с. 505].

О.В. Зайчук і Н.М. Оніщенко додають, що «аналіз правопорядку зумовлює необхідність його визначення як системного утворення, що характеризується наявністю взаємодіючих елементів, які мають своєрідні властивості, співвідносяться між собою на основі статичної та динамічної упорядкованості. Елементи правопорядку характеризуються відносною залежністю, автономністю, підсистемністю. Наявність структури характеризує правопорядок як якісно цілісну категорію, що має зовнішні зв'язки, які забезпечують взаємодію з навколишнім середовищем, і внутрішні зв'язки, що забезпечують взаємодію структурних елементів правопорядку. Їх упорядкованість має юридичні характеристики, засновується на нормативності та притаманна всім елементам правопорядку» [5, с. 330].

Часто в розумінні структури правопорядку відбувається її ототожнення з тими елементами, які утворюють правопорядок, що з позицій системної методології елементи системи і структура системи не є одним і тим самим. Структурою є зв'язок елементів між собою, властивість чи відношення, які дозволяють сприймати їх як систему в рамках того чи іншого концепту.

Саме тому елементи правопорядку напряму залежать від того, яким чином його розуміють.

З погляду класичного підходу, відповідно до якого правовий порядок розуміється як стан упорядкованості суспільних відносин, *елементами правопорядку є:*

1) *правова структура суспільства,* яка отримує правове закріплення, елементами якої є держава, державні органи, установи й організації; недержавні об'єднання, соціальні групи, громадяни, тобто по суті всі суб'єкти права. Їх особливостями є визначення компетенції, повноважень, функціонального призначення та сфер можливої взаємодії;

2) *правові відносини та зв'язки,* які є найбільш динамічним елементом правопорядку. Вони характеризуються послідовністю виникнення, розвитку, зміни, припинення й отримують відображення у нормах процесуального законодавства. До відносин і зв'язків включаються: реалізованість прав та обов'язків, свобода та відповідальність особи, правова обґрунтованість дій суб'єктів і їх гарантованість; законність і справедливість відносин і зв'язків;

3) *атрибутивні елементи правопорядку,* що виявляються в упорядкуванні елементів структури. Зазвичай вони закріпляються в розпорядженнях, регламентах, протоколах і визначають урегульованість учасників і їх відносин; зв'язки та властивості; методи впливу на поведінку суб'єктів; процедури виникнення і розвитку елементів [5, с. 331–332].

Можна звернути увагу на ту обставину, що тут інфраструктура правового порядку виявляється включеною до структури, тобто внутрішньої його будови. Це зумовлює питання про те, яким чином правовий порядок проявляє себе у контексті взаємодії з іншими елементами правової реальності. Однак відповіді на це питання подібний підхід не пропонує.

Не слід забувати й те, що логічні й соціальні передумови правового порядку також не можуть вважатися елементами його структури. Так, інститут правового порядку як такий може існувати лише тоді, коли він охоплює:

1) ***певне коло суб'єктів*** – інститут не може існувати без своїх носіїв, а отже суб'єкти є первинним структурним елементом правового порядку. Важливо також те, що встановити певну мінімальну кількість суб'єктів, за якої може виникнути правовий порядок, неможливо. Як писав Г. Харт, це так само, як намагатися встановити, скільки волосинок має втратити людина, щоби почати вважатися лисою [6, с. 22].

Принципово також усвідомлювати, що коли йдеться про суб'єктів як основу структури правового порядку, то маються на увазі лише його первинні суб'єкти – тобто люди і їх стихійні колективи (такі як народ, населення того чи іншого міста тощо). У розрізі структури правового порядку організації не є необхідними. На думку Г. Кельзена, правовий порядок може існувати і без інститутів, які спеціально створені для його підтримання: первинні суб'єкти можуть самостійно підтримувати правопорядок, для цього не є необхідним існування правової системи, яка охоплює органи й інститути, спрямовані на підтримання правового порядку;

2) ***нормативна система*** – правовий порядок не може існувати без правил, які визнаються певною спільнотою як обов'язкові. Іншими словами, правовий порядок – це завжди нормативний порядок. Однак самої наявності правил недостатньо для появи правового порядку. Має існувати певна їх критична множина та взаємозв'язок для того, щоби у своїй сукупності вони сформували впорядковану нормативну систему;

3) ***ціннісний чи інший механізм мотивації суб'єктів слідуванню приписам нормативної системи.*** Правовий порядок формується на перетині між діяльністю суб'єктів і нормативною системою, а тому їх мотивація щодо слідування приписам нормативної системи є необхідним елементом структури правового порядку.

Саме ці три елементи визначають структуру правового порядку: *суб'єкти, система правил і механізм зв'язку між цими правилами і суб'єктами.* Усе, що виходить за межі цієї структури є інфраструктурою, тобто тим, що не є безпосередньою частиною, складовою частиною правового порядку, однак формується як наслідок його функціонування і слугує для полегшення й оптимізації реалізації його функцій.

Важливим тут також є аспект самоорганізації, на який часто звертається увага в юридичній літературі. Таким чином, інфраструктура є всього лише допоміжною конструкцією правового порядку, результатом його інституціоналізації, що веде до делегування функцій правового порядку від його суб'єктів спеціально створеним для цього органам.

Слушною є також думка Н.В. Варламової, яка вказує на вплив м'якого права на сучасні правопорядки, що веде до їхньої інфраструктурної децентралізованості й невизначеності,

коли суб'єкти все частіше самостійно беруть на себе роль офіційних інституцій, яким традиційно делегується функція охорони і підтримки правового порядку [7, с. 112].

Отже, можна підсумувати, що інфраструктура правового порядку – це допоміжна організаційна система, що виникає внаслідок інституціоналізації правового порядку задля спрощення й оптимізації реалізації ним своїх функцій.

Оскільки інфраструктура правового порядку є проявом оптимізації його функціонування, її будова залежить від того, які саме функції виконує правовий порядок. Це питання все ж є доволі неоднозначним, оскільки в різних спільнотах і на різних рівнях буття права правовий порядок може набувати відмінних функцій, які по-різному себе проявляють. До того ж, не існує жодного універсального рецепту побудови інфраструктури правового порядку, оскільки вона, як і сам правовий порядок, є виключно продуктом діяльності людей.

О.Ф. Скакун виділяє такі функції правового порядку:

1) *стабілізаційна* – непохитність і протистояння зовнішнім впливам руйнівного характеру (правовий нігілізм, волюнтаризм, правопорушення, зловживання правом та ін.), збереження і розвиток власної якісної визначеності, відкритості впливу чинників, що його забезпечують (розвиток демократії, вдосконалення законів, зміцнення законності, поліпшення діяльності судової системи, правоохоронних органів, забезпечення останніх новітніми засобами комп'ютерного контролю і телемеханіки у процесі фіксації і реагування на протиправні діяння, якими, наприклад, є камери відеонагляду, встановлені на вулицях міст, та ін.);

2) *компромісна* – підтримання злагоди в суспільстві, припинення конфліктів, їх згладжування;

3) *корекційна* – своєчасне коригування внутрішніх зв'язків і відносин усередині правопорядку на різних структурних рівнях його впорядкування;

4) *оцінно-орієнтувальна* – орієнтування на збереження правових цінностей і вироблення правомірних настанов;

5) *комунікативна (інтегральна)* – підтримання, координація і узгодження зовнішніх зв'язків із суспільним (громадським) порядком, з іншими сферами суспільства – економічною, політичною, соціально-культурною;

6) *виховна* – вплив на правосвідомість у напрямі формування поваги до права суб'єктів / учасників правовідносин, настанов на правомірну поведінку, стимулювання правової активності [3, с. 520–522].

А.Ф. Крижановський додатково виділяє *обмежувальну* і *потребову функції* правового порядку. Перша виражається у тому, що правовий порядок покликаний встановлювати рамки дозволеної поведінки, визначаючи певні межі, перехід яких виключає суб'єкта із правового порядку. Потребова функція правового порядку пов'язана з тим, що він покликаний інкорпорувати і таким чином сприяти реалізації людських потреб [8, с. 255]. Таким чином, можна стверджувати, що інфраструктура правового порядку має утворюватися відповідно до цих функцій, тобто розгалужуватися у спосіб, що найкраще сприяє їх реалізації. Звідси важливо розкрити кореляцію, яка виникає між функціями правового порядку й елементами його інфраструктури. Як видається, між функціями правопорядку й елементами його інфраструктури існує така залежність (рис. 1).

Як можна побачити, кожна функція правового порядку має свій зв'язок з елементом інфраструктури правопорядку, якими є судова система, правоохоронна система, пенітенціарна система, правотворча система і система надання адміністративних послуг. Звісно, значною мірою цей перелік можна розширити і включити до елементів інфраструктури правопорядку інші організаційні структури, однак, як видається, ці п'ять систем презентують те бачення інфраструктури правового порядку, яке може з легкістю бути екстрапольоване на будь-який правовий порядок – регіональний, національний, міжнародний тощо.

Ця діаграма показує, що найбільше число функцій правового порядку знаходять своє вираження у судовій системі. Судова система дійсно є ядром інституційної основи правового порядку, і найчастіше саме з нею асоціюється правовий порядок і його стабільність. Це не дивно, адже, як показують дослідження у сфері юридичної антропології, часто констата-

ція наявності правового порядку, а точніше його «зримого» аспекту пов'язана саме з інституціоналізацією практик вирішення, попередження, та усунення конфліктів, а також практик досягнення компромісу. Тому поняття «судова система» тут вживається у максимально широкому сенсі, тобто як така, що охоплює всі інституціоналізовані практики, націлені на подолання конфліктів і досягнення компромісу, навіть якщо ці практики є недержавними.

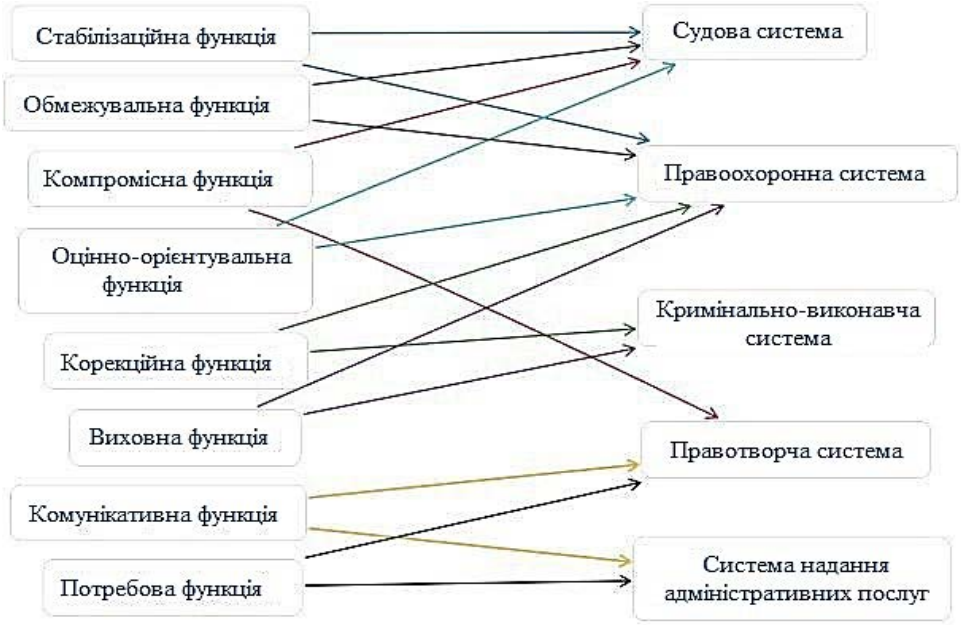

Рис. 1. Залежність між функціями правопорядку й елементами його інфраструктури

Але навіть якщо зосередитися на державних органах, які входять до складу судової системи, можна визнати слушною думку О.З. Хотинської-Нор, що судова система не вичерпується лише судами. «Якщо підійти до визначення судових органів як таких, що здійснюють судову функцію держави (судову владу), – пише дослідниця, – то цілком очевидно, що такі органи, як Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Державна судова адміністрація України, Національна школа суддів України, реалізуючи повноваження щодо забезпечення (кадрового, організаційного, фінансового тощо) функціонування судів, є невід'ємними складниками єдиної системи, оскільки від них напряму залежить здійснення судами їх виключного повноваження – правосуддя» [9, с. 10].

На інфраструктурне значення судової системи для правового порядку звертає увагу також В.І. Андрейцев. Констатуючи наявність у судово-правовій системі України низки «обслуговуючих», «інфраструктурних» органів держави та різних, у тому числі самоврядних інституцій, на які покладаються не судово-владні, а допоміжні повноваження, В.І. Андрейцев говорить про формування системи органів юстиції, спираючись на тлумачення терміну «юстиція» як категорії, яка вказує на всю сукупність судових установ, їх діяльність щодо здійснення правосуддя, включаючи судове відомство. Її логічною складовою частиною автор вважає Міністерство юстиції України [10, с. 21–22].

Звісно, судова система напряму пов'язана з функціями правового порядку, на що й вказують домінуючі сьогодні підходи до розуміння судової системи як такої, адже загальновизнано, що мета судової системи – забезпечити розгляд і вирішення справ судовою владою. Метою функціонування судової системи є не лише захист чи охорона прав, але й розкриття злочину, викриття та притягнення до відповідальності винних, установлення істини по справі. Фактично, якщо говорити про інфраструктуру правового порядку, то саме судова

система є найпершим її елементом, оскільки саме на неї «зав'язане» функціонування усіх інших її елементів.

Правоохоронна система сьогодні розглядається через її зв'язок із верховенством права і правовою державою, яке, як відомо, неможливе без ефективної судової системи. Функція охорони правопорядку є однією з основних функцій держави, яка виникає одночасно із виникненням держави, оскільки порядок у суспільстві є неодмінною умовою нормального існування і розвитку як суспільства загалом, так і самої держави. І дійсно, однією з основних об'єктивно необхідних функцій держави є охоронна функція, що реалізується складною системою правозастосовних і правоохоронних органів [11, с. 249].

Як слушно підкреслює О.Л. Соколенко, «правоохоронна система – це соціальна система, що відображує єдність і взаємопов'язаність нормативно-правового регулювання у правоохоронній сфері, організації системи правоохоронних органів та інших суб'єктів правоохоронної діяльності й самої правоохоронної діяльності, спрямованої на охорону й захист основ конституційного ладу, у т. ч. прав, свобод і законних інтересів людини й громадянина, законності та правопорядку» [12, с. 95]. Система правоохоронних органів відображує насамперед саме інституціональний аспект правоохоронної діяльності, існування й функціонування якого неможливе поза зв'язком з іншими елементами організації правоохорони, зокрема нормативно-правовим забезпеченням побудови системи таких правоохоронних органів і реалізації ними відповідної правоохоронної діяльності.

Важливо підкреслити, що до основних правоохоронних функцій належать: профілактична, захисна, охоронна, ресоціалізаційна, оперативно-розшукова, супровід судового розгляду справ про злочини й адміністративні правопорушення; а також другорядні функції – контрольна, дозвільна, праворозяснювальна, аналітична, методична, інформаційна координаційна тощо. З цього випливає її нерозривний зв'язок із функціональною характеристикою правопорядку. Здійснюючи оцінно-орієнтувальну, корекційну і виховну функції, правоохоронна система тим самим виступає свого роду соціальним запобіжником, який спрацьовує у момент функціональної дисфункції правового порядку, тобто коли в правовому порядку відбувається кардинальне розходження сущого і належного, класичним прикладом чого є правопорушення. Правоохоронна система у такому разі націлена на компенсацію тієї соціальної шкоди, яка заподіяна правопорушником.

Комунікаційна і потребова функції правового порядку доволі суттєво відрізняються від попередніх функцій, які, можна сказати, є класичними. Комунікація в межах правового порядку так чи інакше пов'язана з винесенням на рівень офіційної нормативної системи тих цінностей і потреб, які формують актуальний дискурс у суспільстві. Це зумовлює, з одного боку, зв'язок правового порядку з іншими соціальними підсистемами (передовсім – політичною), а з іншого – зумовлює сервісну орієнтацію інфраструктури правового порядку у сучасних суспільствах.

Саме тому для інфраструктури правового порядку принципового значення набуває правотворча система. Примітно, що вітчизняна загальнотеоретична юриспруденція здебільшого тяжіє до сприйняття правотворчості та її функцій у структурі правового порядку напрочуд механістично. Поширеною є теза про те, що функціями правотворчості є функція первинного регулювання суспільних відносин; функція оновлення правового матеріалу; функція заповнення прогалин у праві; і функція упорядкування нормативно-правового матеріалу [3, с. 387; 34, с. 322;]. Однак такий підхід є дещо поверхневим і не дає змоги повноцінно продемонструвати значення правотворчості з погляду його інфраструктурного значення для правового порядку.

Головна функція правотворчої системи – а під нею ми розуміємо тут не лише законотворчу систему, представлену парламентом і суб'єктами законодавчої ініціативи, – це комунікування суспільних цінностей, винесення їх на рівень суспільної нормативної системи, тобто сприйняття у перетині ними кордону валідності, що існує між офіційним і неофіційним правопорядком. У цьому зв'язку правотворчість є незмінним супутником демократії, адже саме через неї відбувається трансляція суспільних настроїв і делегування органам правових ідей і смислів, якими послуговуються члени суспільства [13, с. 20].

У демократичному суспільстві правотворчість повинна мати справді демократичну основу, яка забезпечується участю громадян у їх розробці правових актів. Кожний громадянин, висловлюючи свою думку, має право взяти участь у цьому процесі одноособово або у складі певного колективу. Громадяни можуть входити до спеціально створених для цієї мети різних робочих груп, брати участь у проведенні перевірок, зборі матеріалів для підготовки проектів нормативних актів. Для складання текстів проектів можуть бути залучені спеціалісти з тієї чи іншої галузі. Реальна участь громадян у розробці правових актів свідчить про демократизм цього процесу і дає можливість узагальнювати і враховувати волю та інтереси громадян, їх думку, пропозиції щодо зміни та покращення проектів; дає змогу встановлювати, попереджати й усувати різні помилки, слабкі, невдалі формулювання проектів і приймати всебічно обґрунтовані й ефективні правові акти; своєчасно змінювати чи скасовувати застарілі акти, що гальмують суспільний розвиток; допомагає виявляти нагальні суспільні потреби, що потребують якнайшвидшого правового регулювання та виробляти нові, більш досконалі рішення.

Інфраструктура сучасного правового порядку стає усе більш потребово-орієнтованою, що виражається, серед іншого, у поширенні ідеї адміністративних послуг й інституціоналізації сервісної моделі сучасної державності.

В адміністративному праві провідних держав Європи (Франція, Англія тощо) правовий інститут управлінських послуг є розробленим і діє протягом багатьох століть. Цей інститут доволі точно відображає місце демократичної держави у відносинах з людиною і суспільством. Людина дедалі більшою мірою починає розглядатися як клієнт і споживач послуг, що надаються державними, регіональними та місцевими установами та відомствами, у зв'язку з цим діяльність установ розглядається через призму задоволення потреб і конкретних запитів споживача [14, с. 22].

Успішність роботи цих установ, підприємств і відомств залежить від додаткових функцій і розвитку нетрадиційних видів обслуговування, що збільшують результат. У демократичних суспільствах послуги – це функції, що добровільно передані владі громадянським суспільством, які останнє фінансує (через податки) і контролює їх виконання шляхом використання різних механізмів здійснення прямої та опосередкованої демократії, на різних рівнях суспільного життя – від загальнодержавного до місцевого. Крім того, у необхідних випадках спільноти громадян через органи місцевого самоврядування, громадські об'єднання, безприбуткові організації також надають послуги населенню. Водночас ситуація залежить від традицій, загальної культури населення, досвіду державотворення у тій чи іншій країні.

Якраз через надання послуг інфраструктура правового порядку стає дедалі більш комунікативно-орієнтованою, на що слушно звертає увагу М.В. Дзевелюк. Дослідниця стверджує, що сервісна держава – це функціональна модель сучасної держави, зорієнтована на максимальну деконцентрацію і децентралізацію функцій, реалізація яких здійснюється, як правило, на конкурентних засадах в ситуативному режимі [15, с. 170].

Сервісна інфраструктура правового порядку суттєвим чином націлена на інтенсифікацію процесу взаємодії між різними аспектами правового порядку (як офіційного, так і неофіційного) через залучення якомога більшої кількості суб'єктів до формування того самого сприятливого правового клімату, існуванням якого характеризується стабільний правовий порядок.

Висновки. Можна підсумувати, що інфраструктура правового порядку виражає його статичні характеристики і виражається в організаційному середовищі, яке оточує правовий порядок і, не входячи до його змісту чи структури, розкриває його функціонування націлене на його реалізацію і підтримку. Розгалуження інфраструктури правового порядку завжди є процесом, залежним від характеру функціонування правового порядку та потреб конкретного суспільства. Важливо, що інфраструктура не є необхідною для буття правового порядку як такого, оскільки децентралізовані правопорядки можуть існувати без інфраструктури, коли його функції реалізуються його суб'єктами напряму. Тим не менш, інституціоналізація

інфраструктури правового порядку дозволяє оптимізувати й спростити реалізацію ними своїх функцій. У цьому сенсі інфраструктура правового порядку дозволяє делегувати задачі з підтримки і забезпечення правового порядку від його суб'єктів до спеціально створених органів, які так само підкорюються нормативній структурі правового порядку, однак сприяють його більш ефективній і стабільній реалізації.

Список використаних джерел:

1. Брунець Б.Р. Сутність поняття інфраструктури. *Науковий вісник НЛТУ України.* 2012. Вип. 22. № 5. С. 372–377.
2. Infrastructure. Cambridge Dictionary. URL: http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/infrastructure.
3. Скакун О.Ф. Теорія права і держави. Київ : Правова єдність, 2010. 525 с.
4. Азми Д.М. Система права и ее строение: методологические подходы и решения. Москва : Юстицинформ, 2014. 504 с.
5. Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академічний курс. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 688 с.
6. Харт Г.Л.А. Понятие права. Санкт-Петербург : Издательство Санкт-Петербургского университета, 2007. 302 с.
7. Варламова Н.В. Государство как правопорядок и правопорядок без государства. *Труды Института государства и права РАН*. 2016. № 2. С. 89–114.
8. Крижанівський А.Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 49. С. 251–258.
9. Хотиньска-Нор О.З. До питання тлумачення поняття «судова система». *Судова апеляція*. 2014. № 3. С. 6–11.
10. Андрейцев В.І. Судово-правова система в Україні: тектологічні проблеми оптимізації функціонування. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2010. № 1. С. 21–22.
11. Шай Р.Я. Проблеми віднесення функції охорони правопорядку до функцій держави. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки*. 2015. № 825. С. 247–251.
12. Соколенко О.Л. Поняття і структура правоохоронної системи. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2013. Вип. 4. С. 91–96.
13. Дембіцький С.С., Хляпатура Б.М. Пояснення процесу демократизації в теоріях інституціоналізму раціонального вибору та культурної модернізації: порівняльний аналіз. *Український соціум*. 2013. № 3. С. 19–31.
14. Стеценко С.Г. Сучасний погляд на предмет адміністративного права. *Публічне право.* 2016. № 1. С. 20–26.
15. Дзевелюк М. В. Традиції і новації функцій сучасної держави : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія», 2017. 218 с.

КУЧУК А. М.,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри права та методики
викладання правознавства
*(Сумський державний педагогічний
університет імені А. С. Макаренка)*

ПЕКАРЧУК А. В.,
студентка
*(Інститут прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)*

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.14

СИСТЕМА ПРАВА: НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІНИ ПАРАДИГМИ

У статті акцентується увага на необхідності переосмислення сутності явища, позначуваного терміном «система права». Проблематика системи права постійно перебуває в центрі уваги вітчизняних науковців, переважно через з'ясування співвідношення цього поняття з поняттям «правова система». Наголошується, що у вітчизняному правознавстві використовується ціла низка термів, які мають схожий зміст: право, система права, правова система, система законодавства. Саме право інтерпретується як система норм, тож ідеться про чотири системи. За умови сприйняття права як прескриптивного тексту усі вони є тотожними, оскільки і право є результатом діяльності органів публічної влади, що формалізується у тексті нормативно-правового акту.

Стверджується, що термін «система права» використовувався у межах радянської юриспруденції, яка ґрунтувалася на постулатах нормативістської школи права. У основі радянської юриспруденції лежав принцип законності й саме закон сприймався як право. Права не існувало поза межами закону.

Зазначається, що європейська фахова правнича література не використовує терміни «Legal System» і «System of Law» як відповідники понять «правова система» і «система права», усталеним є термін «Legal System», однак у значенні права, системи права.

Акцентується увага на тому, що нечіткість змісту лексем «право», «система права», «правова система» у працях вітчизняних науковців, перманентне їх використання як тотожних за змістом зумовлюють формулювання висновку про необхідність переосмислення понятійно-категоріального апарату правознавства, оскільки використання правознавством цілої низки термінів з однаковим змістом не сприяє чіткому розумінню змісту правничих термінів. Робиться висновок, що коли і використовувати лексему «система права», то лише для позначення спільності національних систем (однак доречніше послуговуватися термінами «правова культура» або «правова цивілізація»).

Ключові слова: *нормативістське розуміння права, право, природне розумінні права, система законодавства, система права.*

Kuchuk A. M., Pekarchuk A. V. The system of law: the need the paradigm change

The article focuses on the need to rethink the essence of the phenomenon, denoted by the term "system of law". The issues of the system of law are constantly in the focus of national scholars, mainly because of clarifying the correlation of this concept with the concept of "legal system". It is emphasized that a number of terms that have a similar meaning are used in domestic jurisprudence: law, system of law, legal system, and system of legislation. Herewith, law itself is interpreted as a system of rules. So the point is that there are four systems. Under the condition that law is perceived as a prescriptive text, they are all identical, since the law is the result of the activity of public authorities, which is formalized in the text of a legal act.

It is argued that the term "system of law" was used within the limits of soviet jurisprudence, which was based on the principles of the normative school of law. At the heart of soviet jurisprudence was the principle of legality, and it was the law that was regarded as law. Law did not exist outside the law.

It is noted that the European professional legal literature does not use the terms "Legal System" and "System of Law" as terms corresponding to the concepts of "legal system" and "system of law"; the term "Legal System" is fixed, but in the sense of law, the system of law.

Attention is drawn to the fact that the lack of precision of the content of the terms "law", "system of law", "legal system" in the papers of domestic scientists, their permanent use as identical in content lead to the formulation of the conclusion about the need to rethink the conceptual and categorical apparatus of jurisprudence, since the use by jurisprudence a number of terms with the same content does not contribute to a clear understanding of the content of legal terms. It is concluded that if use the term "system of law", it is only to refer to the commonality of national systems (however, in this case it is more appropriate to use the term legal culture or legal civilization).

Key words: *normative understanding of law, law, natural understanding of law, system of legislation, system of law.*

Вступ. Протягом останніх десяти років відбувається поступова зміна правничої доктрини у напряму її відходу від нормативізму до запозичення концептів природного розуміння права. Так, наприклад, у багатьох нормативно-правових актах закріплено як принцип діяльності органів публічної влади верховенство права. Зміст цього принципу розкривається через практику Європейського суду з прав людини. Відповідно до змін до Конституції України, судді повинні керуватися верховенством права (до недавнього часу конституційний припис передбачав, що судді мають керуватися законом).

Означене не може не позначитися на понятійно-категоріальному апараті, що використовується правничою наукою та практикою. Адже саме використовувані поняття і категорії є тими «маркерами», що відтворюють сутність і стиль мислення (оскільки саме поняття є формою абстрактного мислення, що позначає предмети і явища у їх сутнісних ознаках). Доволі чітко на це вказує вітчизняний правник О. Мінченко: «Такі терміни юридичної науки, як «праворозуміння», «нормативно-правовий акт», «права і свободи людини і громадянина», «пересічний громадянин», «підгалузь права», «інститут права», «правотворчість як діяльність держави», «тлумачення права», «тлумачення норм права», «акт застосування норм права», «правова система», «правова свідомість», «правова культура», …та ін. на сьогодні є складовою понятійного ряду правових систем держав пострадянського простору (у яких превалювало нормативістське розуміння права) і не є властивими західній правовій традиції, яка розвивалась на положеннях природно-правової школи» [1, с. 99–100].

Одним із тих понять, яке потребує суттєвого переосмислення є «система права», яке також відсутнє у межах західної правової культури (у тому контексті, у якому воно

використовується у вітчизняній правничій науці). Адже хоча у навчальній і науковій літературі наводяться слова про їх розмежування (зокрема через використання співставлення форми і змісту), однак, вони не є переконливими, особливо з погляду природно-правового розуміння права та визнання людських прав. Значна кількість робіт у сфері права виходить з цього твердження. Таким чином, зважаючи на обраний Україною вектор розвитку як правової держави, доручення до європейських цінностей (що прямо передбачено в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, зокрема, в преамбулі цієї Угоди, де закріплено визнання Україною «спільних цінностях, а саме: на повазі до демократичних принципів, верховенства права, доброго врядування, прав людини й основоположних свобод» [2]) і необхідність гармонізації законодавства питання розуміння змісту системи права потребує особливої уваги.

Проблематика системи права постійно перебуває в центрі уваги вітчизняних науковців, переважно через з'ясування співвідношення цього поняття з поняттям «правова система». Водночас часто ці поняття використовуються і як синоніми. Так, наприклад, у статті «Загальнонаукова концепція категорії «система права», поняття «система права» і «правова система» вживаються як тотожні за змістом, більш того, автор навіть не зауважує, що вони позначають чи можуть позначати різні явища [3].

Доволі несистемним до змісту розглядуваного поняття є підхід В. Шаганенко. Так, у статті «Сутнісні характеристики системи права» автор зазначаючи методологічну важливість для пізнання системи права розуміння категорії «право», наголошує саме на нормативістському розумінні права: «Визначаючи питання про поняття права, ми розуміємо, що його вирішення не виходить за межі данного дисертаційного дослідження, і не перешкоджає нам приєднатися до концепції нормативного розуміння права» [4, с. 69]. Але уже у статті «Принципи формування системи права» цей же автор наводить положення, яке заперечує його підхід: «право як цивілізаційний феномен ґрунтується на єдиних визначальних загальнолюдських принципах гуманізму і справедливості. Останні є утворюючим островом права, визначають його головний зміст, а нормативні приписи, що суперечать цим принципам, не вважаються правовими» [5, с. 79]. Не можна погодитися і з наведеними автором існуючими розумінням поняття «система права». Так, В. Шаганенко зазначаючи, що «Більшість вітчизняних та зарубіжних вчених під системою права розуміють» [4, с. 69], наводить посилання на праці двох вітчизняних науковців та двох радянських науковців.

А. Супруновський, визначаючи актуальність дослідження міграційного права в системі права України, розмежовує систему права та правову систему, але визначаючи новизну дослідження уже їх ототожнює: «Воно є першим в Україні науковим дослідженням становлення нової галузі права – міграційного права у правовій системі України» [6, с. 4]. До цього слід додати також, що хоча у літературі наголошується на об'єктивності системи права і суб'єктивності системи законодавства, А. Супруновський пов'язує наявність першої з цих систем з існуванням другої: «В Україні поки що не вироблено законодавчої бази, здатної ефективно впливати на міграційні потоки в інтересах суспільства. Незавершеність цього процесу є очевидною при зверненні до міграційного права, що є колізійним не тільки через різноманіття його джерел, але й через невизначеність його основних засад, предмета й методу правового регулювання» [6, с. 1], а систему джерел міграційного права зводить до сукупності нормативно-правових актів [6, с. 5].

У цьому контексті не можна не відзначити і дисертаційного дослідження О. Миронюк «Реформування системи права України: теоретичний вимір». Відзначаючти, що «дослідження системи права в сучасній юридичній літературі відбувається, так би мовити, традиційно і навіть «шаблонно» [7, с. 6], авторка поставила за мету дослідити реформування об'єктивно існуючого явища, що існує саме по собі. Хоча це є закономірним, оскільки робота ґрунтується на нормативістському розумінні права, але теоретичний аспект дослідження передбачає вихід за межі національного права і такий підхід суперечить Конституції України, зокрема ст. 1, 3, 8, 19, 22 Конституції.

Аналіз наукової літератури вказує на неоднозначність розуміння змісту та сутності системи права, на відсутність аналізу зарубіжної літератури, зокрема, європейської з цього предмету.

Означене посилює актуальність дослідження та вказує на необхідність переосмислення змісту цього правового поняття.

Постановка завдання. Завданням цієї роботи є акцентування уваги правової спільноти на необхідності переосмислення сутності і змісту поняття «система права», відходу від радянського його розуміння.

Результати дослідження. Одразу слід зауважити, що зарубіжна правнича література майже не послуговується терміном «система права». Хоча не варто забувати того, що є праця «Les grands systemes de droit contemporains» (Великі системи сучасного права) Рене Давида, у назві якої (як і у тексті) використовується термін «systemes de droit» (системи права), однак, позначається цим терміном зовсім не сукупність норм права, правових інститутів і галузей, а те явище, що іменується у вітчизняній правничій доктрині правова родина чи тип правової сім'ї. Те ж саме стосується і праці іншого відомо компаративіста Раймона Леже «Les grands systemes de droit contemporains: une approche comparative» (Великі системи сучасного права: порівняльний аспект). На причини перекладу означених праць як правових систем ми уже акцентували увагу: «Це можна пояснити тим, що більш за все при перекладі «systemes de droit» як «систем права» виникла б неузгодженість із наявним у СРСР розумінні системи права як сукупності норм права, інститутів права і галузей права» [8, с. 13].

В англомовній літературі термін «system of law» фактично не використовується, натомість застосовується лексема «Legal System». Найбільш відомою працею у цьому аспекті є робота англійського правника Джозефа Раза (Joseph Raz) «The Concept of a Legal System». Ми уже зазначали, що «європейська фахова правнича література не використовує терміни «Legal System» і «System of Law» як відповідники понять «правова система» і «система права», усталеним є термін «Legal System», однак у значенні права, системи права. Так, у праці «The Concept of a Legal System» Дж. Рац описує систему права як сукупність законів, які є нормами і законів, які не є нормами; розглядає її як систему норм» [8, с. 14].

Таким чином, постає питання: наскільки існуюча у межах вітчизняного правознавства теорія системи права відповідає сучасним уявленням про право та чи узгоджується із західними концептами, які імплементуються у національне право.

По-перше, наголосимо, що у вітчизняному правознавстві використовується ціла низка термів, які мають схожий зміст: право, система права, правова система, система законодавства. Зауважимо, що право інтерпретується як система норм, тож ідеться про чотири системи. За умови сприйняття права як прескриптивного тексту усі вони є тотожними, оскільки і право є результатом діяльності органів публічної влади, що формалізується у тексті нормативно-правового акту; система права відповідно є системою нормативно-правових актів; правова система, оскільки право ототожнюється із законом теж є системою нормативно-правових актів; система законодавства так само є системою нормативно-правових актів. Якщо ж право сприймати через призму природного підходу, то одне з понять (або «система права», або «правова система») є зайвим. Адже право, будучи системним явищем не може не сприйматися як система. Тому вводити окрім поняття права ще і поняття системи права не є доречним, оскільки це одне і те ж. Саме це і пояснює відсутність означеного терміну у межах західної правової культури. Якщо ж і використовувати лексему «система права» (або правова система), то лише для позначення спільності національних систем (однак, на нашу думку, доречніше послуговуватися терміном правова культура або правова цивілізація).

По-друге, термін «система права» використовувався у межах радянської юриспруденції, яка ґрунтувалась на постулатах нормативістської школи права, що зумовлено, на нашу думку, таким.

У основі радянської юриспруденції лежав принцип законності й саме закон сприймався як право. Права не існувало поза межами закону. Принципи права визнавались лише через їх закріплення у тексті нормативно-правового акту, за ними визнавалась лише

декларативна і «декоративна» функції. Так само як і Конституція (вони були необхідні для використання в ідеологічних цілях: показати гуманістичні наміри радянської влади). Однак, приписи Конституції лишалися «мертвими» (як і принципи права), без існування закону, у якому передбачався «механізм» їх реалізації, який у свою чергу потребував прийняття підзаконного нормативного акта з точною інструкцією для державного службовця з реалізації приписів закону. І до сьогодні ми ще маємо ці рудименти радянської юриспруденції. Так, не дивлячись на те, що ч. 1 ст. 39 Конституції передбачено повідомний характер проведення мирних зібрань (міжнародна практика знає і спонтанні зібрання, на які поширюється такий же правовий захист як і на інші мирні зібрання), а ст. 8 Конституції встановлює пряму дію конституційних норм, суди застосовували Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР» 1988 р., який передбачав дозвільний характер мирних зібрань, аж до визнання цього Указу Конституційним Судом України неконституційним у 2016 р. 20 років суди (як і силові органи) посилалися не на положення Конституції України, а на Указ Президії Верховної Ради СРСР.

Або інший приклад. Після внесення змін до Конституції, було запроваджено інститут конституційної скарги. Особи подавали ці скарги, але Конституційний Суд України їх не розглядав, очікуючи змін до закону про Конституційний Суд, які б визначили «механізм» розгляду цих скарг.

Радянській владі було вигідно, щоб громадяни сприймали силу закону, а не права. Це дозволяло владі не визнавати і обмежувати, навіть заперечувати існування людських прав (не закріплені в законі – значить їх немає), послаблювати віру в природне право. Тому використання понять з нульовим змістом цілком відповідало тодішній політиці. За таких умов і саме право сприймалось як щось трансцендентне, надто абстрактне, на відміну від закону на чому завжди наголошувалось. І досі у символіці окремих органів державної влади використано термін «закон», а не «право»; існує нагрудний знак «Законність. Честь. Професіоналізм» тощо.

По-третє, необхідно чітко усвідомлювати, що виокремлення норм права, інститутів і галузей права є результатом логічних операції узагальнення чи обмеження понять. Наголосимо: логічна операція. То ж питання про об'єктивність існування галузей та інститутів права та суб'єктивність системи законодавства потребує належної логічної аргументації (яка навряд чи допоможе у межах нормативістського розуміння права). Так само як і питання про те, що «*поняття «система права» виражає структуру змісту, а поняття «система законодавства» – структуру форми об'єктивного права; їх структури перебувають у тісному взаємозв'язку»* [9, с. 261]. Оскільки законодавство не є єдиною формою права. Є ще і правові принципи, і правовий прецедент, і релігійно-правовий текст, і правовий звичай, і правова доктрина. Так, згідно з ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду, Міжнародний суд, розв'язуючи спір на основі міжнародного права використовує такі джерела: a) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, визнані державами, між якими розв'язується спір; b) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право; c) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; d) із застереженням, зазначеним у ст. 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм» [10]. І більш того, несправедливий закон не є правом, то ж чи є він елементом «системи права»?

Висновки. Таким чином, навряд чи сприяє чіткому розумінню змісту правничих термінів використання вітчизняним правознавством цілої низки термінів з однаковим змістом: право, правова система, система права. Нечіткість змісту означених лексем у працях вітчизняних науковців, перманентне їх використання як тотожних за змістом зумовлюють формулювання висновку про необхідність переосмислення понятійно-категоріального апарату правознавства (у контексті послуговування досліджуваними термінами). У межах західної правової традиції переважно використовують термін «право», використання поняття «система права» пов'язане з пізнанням національного права в компаративному аспекті.

Список використаних джерел:

1. Мінченко О.В. Загальнотеоретичні та методологічні засади системи юридико-лінгвістичних знань. Київ, 2019.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 08.02.2020).
3. Заморська Л.І. Загальнонаукова концепція категорії «система права». *Держава і право*. Вип. 47. С. 46–50.
4. Шаганенко В.П. Сутнісні характеристики системи права. *Часопис Київського університету права.* 2012. № 2. С. 69–74.
5. Шаганенко В.П. Принципи формування системи права. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 78–83.
6. Супруновський А.І. Міграційне право в системі права України : автореф. … дис. канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2011. 17 с.
7. Миронюк О.І. Реформування системи права України: теоретичний вимір : автореф. … дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 Львів, 2015. 20 с.
8. Кучук А.М. Теоретичні основи правового поліцентризму. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2017. 312 с.
9. Теорія держави і права: підруч. / кер. авт. кол. Ю.А. Ведєрніков. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016; Ліра ЛТД. 480 с.
10. Statute of the international Court of justice URL.: http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II (дата звернення: 08.02.2020).

МАКАРЕНКОВ О. Л.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри історії і теорії держави та права,
заступник декана з міжнародної діяльності
юридичного факультету
(Запорізький національний університет)

УДК 342.9:35.08:342.81:328.185
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.15

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ І ЧАС У СКЛАДІ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОБМЕЖЕНЬ ДЛЯ ЧИНОВНИКІВ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

У статті досліджено параметри відповідальності та часу у складі правових механізмів антикорупційних обмежень для чиновників органів публічної влади. Визначено, що вимоги до досвіду, кваліфікації, талантів та інших складників професіоналізму складають зміст відповідального чиновника органів публічної влади. Встановлено, що часові рамки здійснення чиновником функцій держави та місцевого самоврядування слід визначати на підставі виключно правових і наукових, а не політичних чи інших кон'юнктурних чинників. Це стає запорукою істинності зазначених параметрів і придатності їх для

формулювання антикорупційних норм-обмежень таким особам, їхнього правового ефекту. У цьому зв'язку логічно виникає потреба у специфікації антикорупційних обмежень для кожної професії та / або спеціальності суб'єктів публічно-владних повноважень. Інакше існує дисонанс між специфічними кваліфікаційними вимогами, яким відповідає кожний претендент на посаду в органах публічної влади, і загальними антикорупційними вимогами, що поширюються на таких людей. Наголошено, що на публічних чиновників повинні поширюватися мінімально суб'єктивовані та максимально диференційовані у деталях правила забезпечення їхньої доброчесності. Підкреслено, що строки обмежень прав таких чиновників суттєво впливають на ефективність антикорупційних норм як на етапі допуску осіб до роботи в органах публічної влади, так і під час такої роботи та після залишення посади. Підсумовано, що проблема полягає у ступені обґрунтування тих або інших строків, їхнього вмілого, деталізованого та інноваційно-прогресивного використання в антикорупційних правилах. Встановлено також прийнятність досвіду високорозвинених європейських країн для імплементації його у практику державно-правового будівництва України, оскільки наша країна реалізує свої серйозні наміри у напрямі інтеграції до Європейського Союзу на паритетних засадах. Його релевантність зумовлена тим, що причини і змістове наповнення корупційної діяльності не має суттєвих національних відмінностей, а, навпаки, має спільні загальні закономірності протидії, що відображають зв'язки між причинами і наслідками недоброчесної поведінки.

Ключові слова: *відповідальність, Європейський Союз, корупція, право, професіоналізм, талант, чиновник.*

Makarenkov O. L. Responsibility and time in the composition of legal mechanisms of anti-corruption restrictions for officials of public authorities

The article reveals the Responsibility and time in the composition of legal mechanisms of anti-corruption restrictions for officials of public authorities. It is determined that the requirements for experience, qualifications, talents and other components of professionalism make up the content of a responsible official of public authorities. It is established that the timeframe for the exercise of official functions of the state and local self-government should be determined on the basis of purely legal and scientific, and not political or other factors. This becomes the key to the truth of these parameters and their suitability for formulating anti-corruption norms-restrictions to such persons, their legal effect. In this connection, there is a logical need for specification of anti-corruption restrictions for each profession and / or specialty of subjects of public authority. Otherwise, there is a discrepancy between the specific qualification requirements that each candidate for public authority meets and the general anti-corruption requirements that apply to such people. It is emphasized that objectively public officials should be subject to the minimum subjective and maximally differentiated rules of ensuring their integrity. It is underlined that the term of restrictions on the rights of such officials significantly affect the effectiveness of anti-corruption norms both at the stage of admission of persons to work in public authorities and during such work and after leaving office.

It is summarized that the problem lies in the degree of justification of these or other terms, their skillful, detailed and innovatively progressive use in anti-corruption rules of handling gifts, combining positions, work with close persons. The prerequisites for corruption are the underfunding of public officials in combination with the vicious nature of low-level human development. It is also devastating to the principles of integrity that the timing for the effectiveness of anti-corruption restrictions is incorrect.

It is important to neutralize corruption risks when occupying positions in private structures after being dismissed from work in public authorities, declaring income and changes in property status, while working part-time and at a fixed place of work.

The experience of highly developed European countries to implement it in the practice of state-legal construction of Ukraine has been established as well, since our country realizes its serious intentions towards integration into the European Union on a parity basis. We also take into account that its relevance is due to the fact that the causes and substantive content of corruption activities do not have significant national differences and, on the contrary, have common general patterns of counteraction that reflect the links between the causes and consequences of unprincipled behavior.

Key words: *responsibility, European Union, corruption, law, professionalism, talent, official.*

Вступ. У Стародавньому Китаї тривалий час нормою вважалося усне судочинство з побоювання, що письмові документи не відображають обличчя (мяньцзи, кит. – 面子) громадянина, а тому більшою мірою, ніж безпосередня присутність та усні виступи у суді, уможливлюють нечесність, несумлінність, обман у відносинах [1, с. 304]. Значення візуального контакту з обличчям людини (її очами як дзеркалом душі) під час офіційних процедур (процесів, церемоній тощо) фактично відігравало для метально й сенсетивно проникливих суддів (інших чиновників) роль невербальної верифікації достовірності відомостей про факти (обставини) правових відносин, справжність заяв їхніх учасників (сторін у справі), доброчесності зацікавлених сторін, які взяли слово для обгрунтування свого суб'єктивного права (вимог, претензій, інтересів). Звісно, значення цього типу контаків не змінилося й сьогодні. Історично у мові виник навіть концепт «втратити обличчя», що позначає стан особи (психологічні переживання, переважно соціально детерміновані), яка припустилася суттєвої для її соціального (правового, морального, релігійного тощо) життя помилки, усвідомлює та відчуває її, очікує громадський осуд за неї. Протилежним поняттям «зберегти обличчя» номінують прояв людиною добросовісності та інших чеснот, які зумовлюють правопорядок і соціальне благословіння. Наприклад, у Китаї «зберегти обличчя» неймовірно важливий концепт, що означає збереження честі, репутації і поваги як засадничих підвалин для повноцінної участі у соціальних (правових, економічних, політичних) відносинах [2, с. 52]. «Вони втратили обличчя», сказав Г. Ю. Лі, коментуючи самогубство 15 грудня 1986 р. міністра національного розвитку Республіки Сінгапур і талановитого архітектора Те Чин Вана, викликане осудом і офіційним розслідуванням отримання ним у 1981–1982 рр. 800 тис. сінгапурських долларів (еквівалент 560 дол. США), та відїзд його сім'ї [3, с. 121–122].

Водночас адекватні справжній природі права – найкращим рисам природи людини у соціальних відносинах, як і змісту цих відносин, – всебічно виважені правові оцінки на підставі усіх вищезгаданих категорій, якими перенасичена сфера антикорупційної протидії та боротьби, вимагає чітких юридичних критеріїв, параметрів, меж. Характеристика відповідальності (наслідків ефективної досвідченості та професійності) та часу як параметрів (від давньогрец. παραμετρέω – «відмірювати»; де παρά: «поруч», «другорядний» і μέτρον – «вимір») правових норм-обмежень для прав особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, є частиною цілісного уявлення про феномен корупції, будучи його черговим гносеологічним інструментом. Визначення корупції передбачає наповнення її чинної дефініції докладними описовими категоріями, які б розширювали й уточнювали межі її предмета, діянь, наслідків тощо; чітке перерахування порушень кримінальних, адміністративних або цивільно-правових норм, а також дисциплінарних правил, що утворюють корупцію [4, с. 166]. Успішність виконання цих пропозицій передбачає сприйняття запропонованого нами опису / визначення вказаного феномену як процесу, оскільки суспільні відносини постійно змінюються, а пропустити момент внесення потрібних на часі змін до законів про

запобігання корупції, які стосуються виконання публічно-правової функції у рамках цих відносин, означає втрату часу та інших ресурсів, їхні сукупні додавання. Зволікання з моніторингом найменших суттєвих змін природи (змісту) правових зв'язків під час виконання особою зазначених функцій у державі означає добуток цих цінностей і людей, котрі складають тіло нації, наприклад, португальської (яка найбільше серед інших членів ЄС постраждала від фінансової кризи) та інших націй Південної Європи, які з 2009 р. перебувають під впливом фінансової кризи, виявляючи, з-поміж інших наслідків, політичну корупцію (закритий характер лобістських практик тощо), що посилює економічний спад. Переплетіння бізнесу та політики перетворило держави регіону на найбільших зовнішніх боржників у ЄС й таке відбувається попри те, що вони долучаються до новітніх міжнародних антикорупційних ініціатив, унормовують фінансування партій, встановлюють обмеження для недопущення конфлікту інтересів і т. ін. задля забезпечення транспарентності публічної влади [5, с. 12]; української та ін.

Постановка завдання. Мета статті – розкрити зміст параметрів відповідальності й часу у складі правових механізмів антикорупційних обмежень для чиновників органів публічної влади.

У комплексі з низкою інших фундаментальних проблем права питання протидії корупції розглянуто у роботах Є.А. Бовкуна, С.К. Бостана, А.І. Дьоміна, М.І. Козюбри, Т.О. Коломоєць, І.В. Корулі, М.В. Костеннікова, В.О.Лисенка, В.В. Мастицького, О.І. Миколенка, Л.Р. Наливайко, К.В.Севрюгіна, Є.Д. Скулиша, С.Г. Стеценка, О.Д. Тихомирова, О.В. Ткаченка, Х.А. Тулі, І.В. Чубенко, Н.В. Янюк, А.О. Яфонкіна та ін. А.Б. Артем'єв і С.О. Комаров присвятили свої роботи теоретико-правовому дослідженню еволюції корупції у механізмі функціонування держави; Я.М. Куцин – праксеології парламентського контролю; Г.К. Мартиненко – теоретико-правовому аспекту сутності корупції; Ю.Г. Наумов – теорії та методології протидії інституційній корупції; Р.В. Овчаренко – державний механізм реалізації принципу соціальної справедливості; К. Бардола, А. Гійу, Ш. Діль, Дж. Норвіч, Дж. Чіфальді, Т. Югай – історії корупції у різних державах; Т. де Ваал, А. Ванучі, Д. Гоуден, О. Ґределанд, Д. Дела Порта, С. Кінкарц, М. Кітсінґ, С. Коткін, С.Левітскі, В. Мілер, Е. Пароді, С. Роуз-Аккерман, Г. Хелмке, А. Шайо – політичній корупції. Водночас у правовій доктрині ще не завершено формулювання вичерпного переліку ефективних правових механізмів протидії корупції (їхніх складників). Крім цього, не усі питання з цієї проблематики розроблені взагалі та пристосовані до вітчизняної практики законотворення і державного будівництва зокрема. Основними гіпотезами розробки порушеної проблематики залишаються твердження про те, що корупція – феномен не тільки викривлення природного змісту економічних, духовно-культурних, політичних та інших відносин; створення й інтерпретація антикорупційних механізмів заснована на принципах права; доброчесна поведінки публічних чиновників вимагає чітких, вичерпних й однозначно зрозумілих нормативно-правових актів у сфері їхньої професійної діяльності; уніфікована судова практика застосування законів зумовлює зниження корупції.

Результати дослідження. Історія давньосхідних держав дає приклади протиправних зловживань політичного характеру, а перші спроби осмислення корупції як антисуспільного явища увиразнені в давньогрецькій політико-правовій думці. Кількісно-якісне зростання корупційних практик особливо характерне для Стародавнього Риму (від розквіту Республіки) та Середньовічної Європи, коли за відсутності поділу влади та її узурпації швидко розвивалися грошові відносини, зростав публічно-владний апарат і водночас ставали жорсткішими покарання за корупційні зловживання (бюрократичного плану) та виник перший формат незалежного аудиту [5, с. 9–10]. У ці часи формувалася політика призначення на державні посади культурно найбільш придатних до чесною бюрократичної роботи людей як наслідок природної реакції правителів на проблему руйнівних наслідків корупції.

Мотивація і здібності є найважливішими компонентами суб'єктивної та об'єктивної готовності особистості до діяльності. Управлінець, у якого сформовані професійні та пізнавальні інтереси, має розвинуті інтелектуальні та творчі можливості, емоційно-вольові якості, що зумовлюють досягнення мети, тобто він суб'єктивно й об'єктивно підготовлений до управлінської діяльності на засадах доброчесності [6, с. 52]. Водночас корумпованість публічної

влади розпочинається саме з того, що до неї йдуть працювати люди не за ознакою найкращих серед усіх інших претендентів професійних здібностей і майстерності, що базуються на покликанні та природних талантах, а за знайомством, за гроші та інші не природні для цієї служби мотиви. Услід за В.В. Левкулич констатуємо причетність публічно-владної вертикалі України до корупції та імітації роботи, її відчуженість від фундаментальних реалій суспільно-політичного життя. Той «держстандарт» мислення, який репрезентує владна вертикаль України сучасного формату, відповідно до прописних законів політичної фізики призводить не до вкрай необхідної модернізації всіх сфер суспільного життя, а до стагнації та вичерпування залишків довіри серед співгромадян і співчутливої частини зовнішнього світу. Влада далека від потреб сьогодення, а загалом позбавлена основ аксіологічного, етичного, деонтологічного, етно-культурного змісту [7, с. 77–78], що з-поміж іншого веде до корупційних відносин, які часто починаються від моменту виборчого процесу, коли деякі кандидати беруть великі суми в борг для фінансування своєї виборчої кампанії, а далі, будучи обраними, стають боржниками, іноді опиняючись перед кредиторами політичними заручниками своєї посади, за зразком відповідних політико-правових практик Республіки Філіппіни [8, с. 86–87] і їй подібних за ознакою враженості корупцією публічної влади.

Проблема своєчасного пізнання відтінків трансформацій правових, політичних, економічних, духовно-культурних якостей людей, взаємодії між ними в аспекті доброчесності виконання публічно-владних повноважень традиційно розглядаються через інститути кваліфікаційних вимог і тільки впродовж перебування на посаді судді, парламентаря (депутата місцевих рад) чи виконавчої гілки публічної влади. Самі обмеження для таких посадовців спираються на зміст їхніх функціональних обов'язків, прав, гарантій і кваліфікаційних вимог, що висуваються законодавцем до осіб, котрі претендують на відповідну роботу. Водночас такі вимоги виписуються, виходячи з природи предмету роботи, що доручається до виконання чиновнику. Хоча, якщо, окрім наукових обґрунтувань, поглянути на реальність, то кореляція науки і соціальних практик може не спостерігатися взагалі. Наприклад, можуть домінувати неконструктивні культурні традиції націй та / або політичні, а не правові та наукові чинники, а саме: 1) як у випадку з видаленням 12 травня 2016 р. із ч. 3 ст. 40 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. положення про обов'язкову наявність юридичної освіти у кандидата на посаду Генерального прокурора України (Закон України № 1355-VIII); 2) у Греції, де громадяни не довіряють публічній владі, оцінюючи її чиновників як осіб ненадійних, непрофесійних із непродуктивною популістською риторикою, адже значна частина політиків пов'язана з нелегальним бізнесом, їхня зацікавленість звужена до досягнення успіху особистого чи партійного бізнесу, вони зловживають владою, керуючись ненайкращою частиною традицій своєї нації, а притягуються до юридичної відповідальності тільки у поодиноких випадках, і де, як наслідок, відбувається зростання популярності ліво- і праворадикальних партій (правої «Золотої Зорі», лівої СІРІЗА); 3) неформальне зрощення політичної, економічної та медійної влади, а також зростання правопопулістських рухів з антивладною риторикою («Рух п'яти зірок») у Республіці Італія; 4) у Республіці Португалія нині відсутня скоординована державна програма боротьби з корупцією. Попри великий обсяг порушуваних корупційних справ, тільки незначна їх кількість завершується обвинувальними вироками, фксуються факти нецільового використання фінансів громадських фондів і партій; 5) у Королівстві Іспанія оцінку корупції як історичної традиції, частини національної політичної культури, генетичної особливості національного характеру й наслідку слабкості демократичних традицій за одночасного зростання недовіри до традиційних партій (зокрема правлячої «Народної партії» через «справу Гюртеля») та репутаційні загрози інституту монарха через корупційні підозри членів королівської родини [5, с. 12]. В Угорщині, поряд із Болгарією та Румунією, найнижчий рівень громадської активності порівняно з іншими державами ЄС, найнижчий серед країн ЄС і навіть посткомуністичних країн рівень довіри до інститутів публічної влади, проте один із найвищих у ЄС рівень сприйняття корупції (за інформацією угорського інституту соціальних досліджень «Таркі») [9, с. 48].

Досвідченість означає знання, уміння, навчики, здобуті під час життя, і стосовно чиновників органів публічної влади ці складові частини досвіду специфікуються предметом

їхньої професійної діяльності (її окремими напрямами), здійснюваної ними впродовж чітко визначеного часу. Спеціальності із задоволення публічних інтересів за окремима напрямами суспільного життя наявні інститути професійної соціалазації не готують, наприклад, немає такої спеціальності, як «міністр освіти і науки», «губернатор» тощо. Для зазначених чиновників досвідченість має загальножиттєву, загальнопрофесійну та спеціалізовану площину, і домінуюча питома вага успішного досягнення поставлених цілей і вирішення завдань під час такого досвіду характеризує особу як професіонала – відповідального працівника, зусилля якого забезпечують очікуваний результат (призводять до передбачуваних бажаних наслідків).

Приклади відхилень чиновників органів публічної влади під час здійснення ним професійної діяльності від напрямів послідовного задоволення публічних інтересів, вочевидь, руйнує довіру населення, сукупні приватні інтереси якого складають зміст публічного інтересу. Антикорупційна та інші системи профілактики таких відхилень складні a priori, оскільки є складними процесами узгодження приватних інтересів у межах загального публічного інтересу, під час такої гармонізації чиновники піддаються спокусам із боку економічно або іншими чином сильніших акторів соціальних відносин, здійснення публічно-владної діяльності в межах однієї країни відчуває тиск необхідності урахування природи і тенденцій розвитку інших націй, які впливають одна на одну внаслідок глобалізації правових відносин (економічних, інформаційних, військових, екологічних, медичних тощо) – як їхніх негативних відхилень (проблем), так і позитивних зрушень (вирішення проблем і розвитку).

Зазначене вище дає підстави вважати, що на посади в органах публічної влади доцільно обирати / призначати виключно доброчесних людей, які зможуть максимально використовувати свій талант – сукупність власних здібностей, обдарувань, умінь, знань, досвіду, інтелекту, розважливості, характеру і енергії, а так само його здібностей до навчання й росту [10, с. 134]. Інакше публічниий інтерес не задовольняється й неминуче буде залишатися у перманентній кризі. Адже неталановитий, недосвідчений чиновник спроможний проявляти тільки недоброчесні схильності заради компенсації свого низького кваліфікаційного рівня, послаблюючи конкуренцію відомства, за яке він несе відповідальність в межах дорученої йому роботи, а також додаючи часточку до від'ємного сальдо прибутків, фінансових можливостей та інших економічних показників власної країни, що сповільнює або виключає виживання та / або розвиток її населення.

Загальноправові зв'язки антикорупційних обмежень за параметром досвідченості й талановитості особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, виявляються в таких рисах роботи цих осіб і відношеннях між ними, як: 1) юридичне узгодження інтересів суб'єктів права і впорядкування суспільних відносин; виконання чинних норм права та вирішення спорів (конфліктів) за допомогою правових засобів, що забезпечує максимально можливе задоволення публічного інтересу у конкретних історичних умовах життя; 2) онтологічний правовий характер – виявлення загальнообов'язкових наслідків діянь / рішень публічної влади; 3) інструментально вигадлива правова і тісно з нею пов'язана інша природа способів (засобів, прийомів, методів тощо) реалізації, зокрема через складання, ухвалення норм права, нормативних та інших документів, формування правосвідомості, застосування виховних, інформаційних, організаційних та інших заходів; 4) опосередкування створення матеріальних благ; 5) відповідність діянь епістемологічним і гносеологічним стандартам (знанням, умінням, навичкам, досвіду та іншим складовим частинам фізіологічного, інтелектуального, вольового, чуттєвого духовного тла) на найвищому рівні, доступному людській цивілізації, у т. ч. за рахунок міжнаціонального обміну знаннями, інколи навіть у порушення матеріальних прав інтелектуальної власності; 6) творчість, спрямована на розуміння змісту істини та чіткого шляху до неї, пояснення і переконання інших у слушності своїх істинних думок, обмежене використання стандартів і шаблонів. Урахування цих складників сукупно зі специфічними рисами напрямів роботи працівників органів публічної влади дозволяє формулювати дієві обмеження прав особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, адже вони відображають у собі суттєві деталі, а не тільки загальні антикорупційні інтенції та сутності доброчесності, чесності, порядності і т. п.

Щоправда, кількість оцінних категорій – «узгодження», «впорядкування» тощо – у всіх цих взаємозв'язках профілактики корупції чимала, а тому завдання синхронізації кореляції професійних та антикорупційних вимог у контексті порушеної проблеми вимагає повсякчасного встановлення найбільш достовірного змісту понять і якнайглибшої формалізації заснованих на них норм відповідних інститутів права. У підсумку пропонуємо перманентно актуальні кваліфікаційні правила, процедури виявлення відповідності їм, особливості антикорупційних обмежень досліджуваної категорії осіб, що усе сукупно нівелює корупційні ризики, а також, за влучними словами М.І. Мельника, інші фактори корупції – явища, процеси, інші чинники, які здійснюють будь-який детермінуючий вплив на корупцію, зумовлюючи її як явище та породжуючи відповідні конкретні прояви [11, с. 16]. Антикорупційний план із перманентної реалізації на практиці кваліфікаційних вимог до чиновників передбачає ідентифікацію потенційних корупційних ризиків, їх оцінку (визначення потенційних і реальних наслідків для певних сфер управлінської діяльності), управління корупційними ризиками (визначення та відбір можливих заходів протидії та запобігання професійній деформації, зокрема некомпетентності, втрати порядності, довіри населення та ін.), планування та контроль реалізації відповідних конкретних антикорупційних програм і планів [6, с. 120].

Темпоральні чинники в інституті обмежень прав особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, виявляють вплив часових параметрів на небезпеку корупції – схильність людини до корупційних діянь. По суті йдеться про три часові виміри: до, під час і після роботи на посаді. Бажаючих атестуватися на роботу в усіх органах публічної влади перевіряють на відсутність судимості, у т. ч. за хабарництво. В органах публічної адміністрації, судах і муніципальній публічній владі неможливо обійняти посаду особі, яка раніше була визнана винною / притягувалася до адміністративної чи іншої подібної відповідальності рішенням суду за корупційне діяння (семантично це може бути номіновано іншими лексемами), наприклад, таке правило діє в Україні. Простежуємо у нормах, що обмежують права особи, ще не обраної / призначеної на посаду в органи публічної влади, намагання суспільства елімінувати з цих органів тих людей, які виявили ознаки недоброчесності до моменту вияву бажання пройти формальні процедури атестації на отримання офіційних повноважень у сфері публічних інтересів. Така упередженість обґрунтовується тільки думкою про те, що, якщо в особи не погашена судимість, то вона небезпечна і небажана на державній службі. Погоджуючись загалом із цією думкою, варто наголосити, що виграє та правова система, яка має набір критеріїв і правил для оцінки таких осіб, наявної у них доброчесності станом на момент атестації, а не через факт їхніх корупційних помилок у минулому та викликаного цим стереотипного ставлення суспільства. Трохи гнучкості аникорупційному праву вже додало б поняття «особи з корупційним ризиком у минулому» для номінації цих осіб, які вчинили корупційне правопорушення вперше / незначне, та надання їм на особливо підвищених вимогах і пильній увазі до їх доброчесності можливостей реалізувати свій унікальний і дійсно потрібний громаді (якщо це по факту так) потенціал із забезпечення публічного інтересу, будучи обраним / призначеним на відповідну посаду. Звісно, система правил обмежень для таких осіб буде дуже складною (у деяких аспектах його роботи забезпечити нагляд колегіального органу публічної влади та ін.), проте суспільство, яке їх впровадить, виграє в частині використання людського капіталу таких чиновників (а не втрати його) та розширить діапазон дії такої функції покарання за корупційне правопорушення, як спеціальна превенція.

Відчуття ступеня вірогідності вчинення корупційного правопорушення особою, уповноваженою на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, повинно бути заснованим на параметрах строків і суміжних їм правил чинних антикорупційних норм. Наприклад, систему принципів управління, а саме: відповідальності органів виконавчої влади (посадових осіб) за доручену справу перед людиною і державою, верховенства права, законності, участі громадян і їх об'єднань в управлінні, рівноправності громадян в управлінні, гласності [12, с. 17–19], за порушення яких невідворотно і своєчасно настає юридична відповідальність. Інакше вони далекі від реальності, не дієві, несправедливі та не узгоджуються з ідеєю верховенства права. Звісно, під час перебування на посаді потенційна і реальна небезпека вчинення

корупційного правопорушення цими особами вища, ніж до і після перебування на ній. Це підказує як сам зміст роботи цих осіб, так і корупційні ризики, що зумовлені здебільшого саме її виконанням, у т. ч. в силу дискреційних повноважень, вад особистісного розвитку, неспроможної до подолання корупційних спокус волі, недосконалості законодавства та практики його застосування, впливу криміналітету та ін. Водночас, наприклад, чинні в Україні норми інституту обмеження прав особи органу публічної влади часто не відображають специфіки правил профілактики потрапляння категорії осіб із корупційними мотивами до цих органів за критерієм строків перебування на певних посадах (окрім суддівського, наукового, адвокатського предметного типу стажу для атестації на посаду судді 2-ї та 3-ї судових інстанцій); збагачення (наскільки чесно, реально за вказаний строк) тощо. Ймовірність використання своїх ділових зв'язків і впливу після закінчення роботи на публічних посадах висока, тому цілком виправдані обмеження у цих випадках для зазначених вище осіб, наприклад, в Україні антикорупційні норми встановлюють 1 рік дії таких обмежень (ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII). Обмеження на обіймання посад і заняття видами діяльності після припинення повноважень на посаді державного службовця також визначено: у Королівстві Іспанія, Португальській Республіці відповідно 2 та 3 роки після закінчення перебування на політичній посаді особа не має права працювати у приватній компанії, яка пов'язана контрактними, регуляторними зв'язками або через пряме підпорядкування з органом, посаду в якому обіймала ця особа; подібні обмеження для державних службовців встановлено і законодавством Республіки Італія (котра внаслідок проведеної у 1990-х рр. операції «Чисті руки» та подальших антикорупційних зусиль дещо послабила корупційні мережі, досягла більш вираженої з-поміж усіх країн Півдня Європи взаємодії держави з громадськістю, хоча цього у підсумку виявилося недостатньо для виходу з групи висококорумпованих держав ЄС [5, с. 12]), Республіки Польща – 1 рік, до того ж у разі звільнення з політичної посади, особа, що її обіймала, повинна отримати офіційну згоду на працевлаштування у приватній компанії; у Французській Республіці – 5 років; у Сполученому Королівстві Великої Британії та Ірландії – 2 роки [13, с. 9]. Водночас ефект від цих антикорупційних норм в Україні варто очікувати після досягнення параметрів політико-правової керованості суспільством, суворої дисципліни під час правотворення і правореалізації, авторитету права, відкритості й ефективності апарату управління [14, с. 24] на рівні найбільш високорозвинених країн ЄС.

Висновки. Отже, визначення вимог до досвіду, кваліфікації, талатнів та інших складників професіоналізму відповідального чиновника органів публічної влади, як і часових меж здійснення ним функцій держави та місцевого самоврядування на підставі виключно правових і наукових, а не політичних чи інших кон'юнктурних чинників стає запорукою їхньої істинності та придатності для формулювання антикорупційних норм-обмежень таким особам, правового ефекту таких правил. У цьому зв'язку логічно виникає потреба у специфікації антикорупційних обмежень для кожної професії та / або спеціальності суб'єктів публічно-владних повноважень. Інакше наявний дисонанс між специфічними кваліфікаційними вимогами, яким відповідає кожний претендент на посаду в органах публічної влади, перетворюючись по суті на homo faber (мудро креативну людину), і загальними антикорупційними вимогами (заборонами, обмеженнями тощо), що поширюються на таких людей. Об'єктивно на публічних чиновників повинні поширюватися мінімально суб'єктивовані та максимально диференційовані у деталях правила забезпечення їхньої доброчесності. Щодо ролі строків обмежень прав таких осіб відзначаємо важливість їхнього ґрунтовного впливу на ефективність антикорупційних норм як на етапі допуску до роботи в органах публічної влади, так і під час такої роботи та після залишення посади. Проблема полягає у ступені обґрунтування тих або інших строків, їхнього вмілого, вишуканого (деталізованого, інноваційно-прогресивного) використання в антикорупційних правилах поводження з подарунками, суміщення / сумісництва посад (робіт), роботи із близькими особами тощо.

Досвід європейських країн особливо корисний для України, якщо взяти до уваги серйозність її намірів інтегруватися до ЄС. Врахуємо також, що його релевантність зумовлена тим, що причини і змістове наповнення корупційної діяльності не має суттєвих національних

відмінностей, а, навпаки, мають спільні загальні закономірності протидії, що відображають зв'язки між причинами і наслідками недоброчесної поведінки. Передумовами корупції стають недофінансування посадових осіб органів публічної влади у поєднанні з порочністю людської натури низького рівня духовного розвитку, та / або, як у контексті нашого дослідження, неправильним визначенням строків для ефективності антикорупційних обмежень щодо нейтралізації корупційних ризиків під час обіймання посад у приватних структурах після звільнення з роботи в органах публічної влади, декларування доходів і змін у майновому стані, під час виконання роботи за сумісництвом і за основним місцем роботи (розведення у часі за умови отримання ефекту для публічних інтересів) тощо. І юридична коректність відображення на рівні антикорупційного законодавства цих організаційно-правових закономірностей прийнятно однакова як для України, так і для будь-якої іншої близької за правовими, економічними, духовно-культурними та іншими параметрами цивілізаційного розвитку до неї країни, зокрема тих, що складають ЄС. Правозастосування однаково досконалих антикорпуційних норм права різне й суттєве покращення у цьому означає переймання досвіду тих держав, які вже мають більше доброчесності під час правореалізації у публічно-правовій сфері.

Список використаних джерел:

1. Бибихин В.В. Введение в философию права. Москва : ИФ РАН, 2005. 345 с.
2. Маслов А.А. Наблюдая за китайцами: скрытые правила поведения. Москва : Рипол классик, 2010. 282 с.
3. Ли Куан Ю 李光耀 Из третьего мира – в первый. История Сингапура Москва : Изд-во Манн, Иванов и Фербер, 2019. 576 с.
4. Савченко А.В. Поняття «корупція» у контексті кримінального права. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції* : збірник тез доп. V Міжн. наук. практ. конф. 31.03.2017. Харків : ХНУВС, 2017. С. 165–166.
5. Кушнарьов І.В. Політична корупція: порівняльно-політологічна концептуалізація : авт. дис. ... докт. політ. наук : 23.00.02. Київ, 2018. 40 с.
6. Івасенко С.М. Запобігання та протидія корупції в правоохоронних органах: організаційно-управлінський аспект : дис. ... канд. наук з держ. управ. : 25.00.01. Київ, 2015. 199 с.
7. Левкулич В.В. Справедливість як імператив соціокультурної дійсності : дис. ... докт. филос. наук : 09.00.03. Київ, 2018. 456 с.
8. Панков А.Н. Особенности конституционного регулирования организации и деятельности высших органов государственной власти Республики Филиппины : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Москва, 2016. 164 с.
9. Куцин Я.М. Праксеологія парламентського контролю: порівняльно-аналітичне дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2018. 262 с.
10. Мутерко Г.М. Управління трудовим потенціалом промислових підприємств : дис. ... канд. економ. наук : 08.00.04. Маріуполь, 2018. 187 с.
11. Мельник М.І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2002. 32 с.
12. Битяк Ю.П., Гаращук В.М., Богуцький В.В. та ін. Адміністративне право : підручник. Харків : Право, 2010. 624 с.
13. Баюк М.І., Міщишин В.В. Запобігання проявам корупції та конфлікту інтересів надержавній службі (міжнародний досвід). Інф.-довідк. матеріал. Хмельницький : Центр перепідгот. та підвищ. кваліф. праців. органів держ. влади, ОМС, держав. підприємств, установі організацій, 2011. 33 с.
14. Топорнин Б.Н. Сильное государство – объективная потребность времени. *Вопросы философии*. 2001. № 7. С. 3–24.

ОЛІЙНИК А. Ю.,
кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри приватного
та публічного права
факультету підприємництва та права
*(Київський національний університет
технологій та дизайну)*

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.16

ПОНЯТТЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СВОБОДИ ОСОБИ НА ПІДПРИЄМНИЦЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ

У статті розглянуто поняття реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність. Проаналізовано праці таких авторів, як С.С. Банковский, М.В. Вітрук, О.П. Віхров, С.І. Іщук, А.В. Ковач, Л.О. Нікітенко, А.Ю. Олійник, В.Ф. Попондопуло, О.В. Пушкіна, С.В. Різник та ін.

Запропоновано ознаки реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, а саме: 1) конституційне закріплення та законодавча деталізація можливості певної поведінки особи у сфері реалізації благ з метою одержання прибутку; 2) матеріальні та духовні блага у сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і торгівлі; 3) вільний доступ особи до відповідних блага, їхній обмін, розподіл, володіння, користування, розпорядження, одержання прибутку; 4) форма поведінки, виявлення волі, інтересів, можливостей особи у названій сфері; 5) втілення конституційної свободи на підприємницьку діяльність у правомірній поведінці особи, держави та суб'єктів громадянського суспільства; 6) формування зобов'язань держави у сфері економічних прав і свобод, включаючи і свободу на підприємницьку діяльність особи. Підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування обмежується законом. Так, «народний депутат не має права займатися будь-якою, крім депутатської, оплачуваною роботою, за винятком викладацької, наукової та творчої діяльності, а також медичної практики у вільний від виконання обов'язків народного депутата час». Пропонуємо уточнити ст. 3 закріпивши після терміна «займатися» термін «підприємницькою діяльністю та» і далі по тексту. Здійснення підприємницької діяльності забороняється органам державної влади й органам місцевого самоврядування. Підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів держави й органів місцевого самоврядування обмежується законом. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність – це поетапне втілення у правомірній поведінці суб'єктами підприємницьких правовідносин законодавчо закріплених умов і відповідальності, що сприяють отриманню матеріальних і духовних благ у сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгівлі, як економічної свободи підприємця.

Ключові слова: *конституційне та законодавче закріплення свободи підприємництва, матеріальні та духовні блага, виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг та торгівлі, правомірній поведінці особи, контроль держави у сфері підприємництва.*

Olinyk A. Yu. The concept of realization of the person's constitutional freedom for business activity in Ukraine

The article deals with the concept of realization of a person's constitutional freedom for entrepreneurial activity. The works of such authors as S.S. Vitruk, O.P. Vihrov, S.I. Ischuk, A.V. Kovach, L.O. Nikitenko, A.Yu. Oliynyk, V.F. Popondopulo, O.V. Pushkin, S.V. Butcher and others.

The features of realization of the person's constitutional freedom for entrepreneurial activity are offered, namely: 1) constitutional fixing and legislative detailing of the possibility of a certain behavior of the person in the sphere of realization of goods for profit; 2) material and spiritual goods in the field of production, performance of works, provision of services and trade; 3) free access of the person to the respective goods, their exchange, distribution, possession, use, disposal, profit; 4) the form of behavior, expression of will, interests, opportunities of the person in the named sphere; 5) the implementation of constitutional freedom for entrepreneurial activity in the legitimate behavior of a person, state and civil society actors; 6) formation of obligations of the state in the sphere of economic rights and freedoms, including freedom for entrepreneurial activity of a person. The entrepreneurial activity of deputies, officials and officials of state and local self-government bodies is limited by law. Thus, "a Member of Parliament shall not have the right to engage in any other than paid, paid work, except for teaching, scientific and creative activity, as well as medical practice in his / her free time as a Member of Parliament". We suggest to clarify Art. 3 having fixed after the term "to engage" the term "business activities and" and further on in the text. The pursuit of entrepreneurial activity is forbidden to state authorities and local self-government bodies. Entrepreneurial activity of officials and officials of state and local self-government bodies is limited by law. The realization of a person's constitutional freedom to enter into business is a step-by-step implementation in lawful conduct by legal entities of legally stipulated conditions and responsibilities that contribute to material and spiritual benefits in the field of production, performance of works, provision of services and trade, as an economic entity.

Key words: *constitutional and legislative securing of freedom of enterprise, material and spiritual goods, production of products, performance of works, rendering of services and trade, legitimate behavior of a person, control of the state in the sphere of entrepreneurship.*

Вступ. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність насамперед передбачає розуміння поняття реалізації норми Конституції України (ст. 42). Дослідження ознак і формулювання визначення реалізації названої конституційної свободи є актуальним не лише для науки конституційного і господарського права, а й для практики забезпечення реалізації конституційної норми, що закріплює названу свободу особи. Питання теми досліджувалися в Україні раніше. Є написані монографії, підручники, посібники, окремі наукові статті, захищені дисертації тощо. Серед авторів названих наукових праць: С.С. Банковский, М.В. Вітрук, О.П. Віхров, С.І. Іщук, А.В. Ковач, Л.О. Нікітенко, А.Ю. Олійник, В.Ф. Попондопуло, О.В. Пушкіна, С.В. Різник та ін. Однак залишаються недослідженими окремі проблеми реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, яким і присвячується ця стаття.

Постановка завдання. Метою дослідження є формулювання поняття реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність. Відповідно до мети завданнями дослідження є: а) аналіз існуючих праць щодо реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність; б) формулювання ознак і визначення реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність; в) пропозиція висновків і рекомендацій щодо

перспектив подальших розвідок реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність.

Результати дослідження. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність передбачає з'ясування таких понять, як «індивідуальна свобода» і «економічна свобода». Без наявності індивідуальної свободи особи в економічній сфері життєдіяльності суспільства не може бути реалізована конституційна свобода особи на підприємницьку діяльність в Україні. Поняття реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність тісно пов'язане з поняттям реалізації правової норми, яка закріплює названу свободу. У теорії права реалізація правової норми визначається як правомірне втілення вимог правових норм в суспільні відносини. До змісту правореалізації входять і правовідносини, що включають у себе права, свободи й обов'язки. Особливим елементом змісту правореалізації конституційної свободи особи є її відповідальність та відповідальність держави і інших суб'єктів громадянського суспільства за правомірне здійснення підприємництва в Україні. Н.В. Вітрук, досліджуючи конституційний статус особи, розглядає співвідношення реалізації і захисту суб'єктивного права і свободи. При всій відмінності реалізації і захисту прав та свобод особистості їх не можна протиставляти. Діяльність держави, органів публічної влади, їх посадових осіб, інших суб'єктів громадянського суспільства по охороні і захисту прав і свобод є формою активно-владних відносин держави щодо правопорушень і правопорушників, їх причин і наслідків з метою реалізації прав, свобод, законних інтересів і обов'язків особистості [1]. Питання правореалізації конституційних свобод пов'язане з державним регулюванням у сфері підприємницької діяльності, змістом якого є діяльність із реалізації функцій держави щодо забезпечення господарського порядку, здійснювана у встановлених формах і відповідними методами. Державний вплив у сфері економіки залежить від публічних інтересів. Захищаючи публічні інтереси в економічній сфері, держава здійснює вплив на суб'єктів підприємницької діяльності, використовуючи при цьому нормотворчу, а також нормативно-владну й індивідуально визначену (тобто правореалізаційну) діяльність компетентних державних органів [2]. На думку С.С. Банковского, публічно-правове регулювання економічної діяльності обумовлено суспільними колективними інтересами, але враховує приватні інтереси господарюючих суб'єктів [3].

Отже, реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність має відбуватися у сфері публічно-правового регулювання підприємництва, мати правомірний характер і враховувати приватні інтереси господарюючих суб'єктів.

С.І. Іщук розглядає свободу підприємницької діяльності як одну з конституційно-правових засад функціонування громадянського суспільства в Україні. Межі індивідуальної свободи особи у підприємницькій сфері, на його думку, є значно ширшими за обсяг суб'єктивних прав, якими вона наділяється державою, оскільки в цьому разі законодавець вважає недоцільним або неможливим регулювати у повній мірі сферу реалізації економічної свободи [4, с. 15].

Конституційна свобода підприємницької діяльності особи тісно пов'язана з конституційним правом на підприємницьку діяльність. А.В. Ковач, визначаючи право на підприємницьку діяльність, всебічно аналізує його за суттю, змістом і формою. Так, за суттю право на підприємницьку діяльність він розглядає як визнані Конституцією та законами України можливості певної поведінки людини і громадянина у сфері виробництва з метою одержання прибутку. За змістом, на його думку, це певні матеріальні блага в сфері виробництва та права на ці блага, а саме: право на їхній обмін, розподіл, володіння, користування, розпорядження, одержання прибутку. А за формою – це міра або образ, спосіб, форма поведінки, виявлення волі, інтересів, можливостей людини і громадянина у сфері виробництва матеріальних і духовних благ. Узагальнюючи визначений аналіз А.В. Ковач пропонує розглядати право людини і громадянина на підприємницьку діяльність як визнану та гарантовану Конституцією і законами України можливість особи самостійно, ініціативно, систематично, на власний ризик діяти у сфері виробництва, розподілу, обміну, надання послуг, зайняття торгівлею та використання матеріальних благ з метою одержання прибутку [5, с. 214].

Отже, узагальнюючи досліджені праці авторів, пропонуємо такі ознаки реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність: 1) конституційне закріплення та законодавча деталізація можливості певної поведінки особи в сфері реалізації благ з метою одержання прибутку; 2) матеріальні та духовні блага в сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і торгівлі; 3) вільний доступ особи до відповідних блага, їхній обмін, розподіл, володіння, користування, розпорядження, одержання прибутку; 4) форма поведінки, виявлення волі, інтересів, можливостей особи у названій сфері; 5) втілення конституційної свободи на підприємницьку діяльність в правомірній поведінці особи, держави та суб'єктів громадянського суспільства; 6) формування зобов'язань держави у сфері економічних прав і свобод, включаючи і свободу на підприємницьку діяльність особи.

Конституція України (ст. 42) закріплює, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Конституційна норма щодо права на підприємницьку діяльність в Україні деталізується в законах і підзаконних нормативно-правових актах. У ст. 42 Господарського кодексу (ГК) України закріплюється, що підприємництво є самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, яка здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується законом (ст. 42 Конституції України). Так, «народний депутат не має права займатися будь-якою, крім депутатської, оплачуваною роботою, за винятком викладацької, наукової та творчої діяльності, а також медичної практики у вільний від виконання обов'язків народного депутата час» (ст. 3 Закону) [6]. Пропонуємо уточнити ст. 3 закріпивши після терміну «займатися» термін «підприємницькою діяльністю та» і далі по тексту. Здійснення підприємницької діяльності забороняється органам державної влади та органам місцевого самоврядування. Підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується законом.

Свобода підприємницької діяльності законодавчо визначається як право підприємця без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом. Особливості здійснення окремих видів підприємництва встановлюються законодавчими актами. Перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також перелік видів діяльності, підприємництво, в яких забороняється, встановлюються виключно законом (ст. 43 ГК України). Відповідно до Закону України від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців і громадських формувань» підприємцем стає особа лише після державної реєстрації [7]. Конституційна свобода особи щодо підприємницької діяльності у межах, визначених законом, є передумовою реалізації особою свого конституційного права на підприємницьку діяльність [8, с. 134].

Отже, реалізується конституційна норма щодо свободи особи на підприємницьку діяльність лише після державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Важливе значення щодо конституційної свободи на підприємницьку діяльність має вільний доступ особи до відповідних матеріальних і духовних благ в сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгівлі. Підприємець є вільним у процесі реалізації одержаних матеріальних благ, їхньому обміні, розподілі, володінні, користуванні та розпорядженні. Свобода підприємця полягає і в реалізації одержаних ним прибутків. Прибуток є одним із основних джерел фінансових ресурсів підприємств, формування централізованих і децентралізованих фондів грошових коштів. За рахунок прибутку відбувається формування в значному обсязі бюджетних ресурсів держави, здійснюється фінансування розширення підприємств, матеріальне стимулювання робітників, вирішення соціально-культурних заходів тощо. Тому успішна, прибуткова діяльність суб'єктів господарювання є основою економічного розвитку держави [9]. Так, О.В. Пушкіна, дослідивши економічні права людини та проблеми становлення громадянського суспільства, робить висновок про те, що саме економічна свобода особи створює умови для самореалізації індивіда

і окремих колективів, завдяки якій виражаються та реалізуються приватні інтереси і потреби, що грунтом подібної саморегуляції виступає економічна свобода. Вона підкреслює той факт, що недостатньо ефективна державна політика у сфері створення сприятливих умов для розвитку підприємництва сприяє утворенню несприятливої ситуації щодо реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність суб'єктів господарювання. У цьому сенсі діяльність Української держави повинна бути одночасно спрямована як на охорону і захист економічних свобод, так і на формування такого економічного середовища, в якому б могли вільно й ефективно взаємодіяти різні інтереси громадян із максимально можливою користю як для них самих, так і для держави і суспільства загалом [10, с. 178–179].

Отже, вільний доступ особи-підприємця до реалізації матеріальних і духовних благ у сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і торгівлі має охоронятися і захищатися державою як економічна свобода підприємця.

У процесі реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність має значення форма поведінки суб'єктів правовідносин, їх виявлення волі, інтереси і потреби в процесі реалізації. Важливим питанням при дослідженні умов реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність є з'ясування кола суб'єктів правовідносин. Треба розрізняти такі правові категорії як «суб'єкт підприємницької діяльності», «суб'єкт господарювання» та «суб'єкт права на підприємницьку діяльність», оскільки вони не є тотожними як за обсягом та змістом, так і за формою. Адже, якщо суб'єктом підприємницької діяльності особа стає лише з моменту її реєстрації у такій іпостасі у встановленому законом порядку, то свободою на підприємницьку діяльність кожний суб'єкт потенційно наділяється з моменту народження, а інститут «реєстрації» є стадією реалізації даної свободи, яка і відбувається за наявності певних встановлених законом умов [5, с. 213]. Важливе місце серед суб'єктів реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність належить державі та її органам, оскільки саме на них покладається обов'язок сприяти реалізації, охороняти і захищати вказану свободу [11].

Отже, суб'єктами конституційної свободи на підприємницьку діяльність є : 1) фізичні особи-підприємці, юридичні особи, громадські формування, що не мають статусу юридичних осіб; 2) держава та її органи; 3) інші суб'єкти громадянського суспільства.

Втілення конституційної свободи на підприємницьку діяльність в правомірній поведінці суб'єктів правовідносин здійснюється за наявності певних умов та у визначених формах. Формування зобов'язань держави у сфері реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність залежить від виду контрольної діяльності збоку держави і її органів. Так, В.Ф. Попондопуло вважає, що у взаєминах з органами держави на підприємця розповсюджується загально дозволений правовий режим, а на органи держави – дозвільний. Відповідно, реалізація прав підприємця забезпечується обов'язком органів держави дотримуватися загальної заборони й утримуватися від здійснення дій, що перешкоджають підприємцю вільно, в межах закону, здійснювати свою конституційну свободу [12, с. 32–33]. Умовами реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність є обов'язок органів держави здійснювати: а) державну реєстрацію підприємців; б) видачу їм ліцензій; в) контроль за отриманням патентів, сертифікації, стандартизації тощо. Саме такі процедури закріплені у нормативно-правових актах і є обов'язковими для підприємців та реалізуються через контрольну діяльність державних органів.

Отже, реалізацію конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність слід розглядати як поетапне втілення у правомірній поведінці суб'єктами підприємницьких правовідносин законодавчо закріплених умов, що сприяють отриманню матеріальних і духовних благ у сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгівлі, як економічної свободи підприємця.

Висновки. Підсумовуючи результати дослідження пропонуємо такі висновки і рекомендації. 1. Серед ознак реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність слід виділяти: 1) нормативно-правове закріплення свободи особи на підприємницьку діяльність; 2) вільний доступ особи до відповідних блага та втілення їх в правомірній

поведінці суб'єктів правовідносин; 3) формування зобов'язань особи, держави, суб'єктів громадянського суспільства у сфері економічних свобод, включаючи і свободу на підприємницьку діяльність особи; 4) відповідальність учасників правовідносин за неналежне здійснення конституційної свободи особи.

2. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність – це поетапне втілення у правомірній поведінці суб'єктами підприємницьких правовідносин законодавчо закріплених умов і відповідальності, що сприяють отриманню матеріальних і духовних благ у сфері виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгівлі як економічної свободи підприємця.

3. З метою удосконалення Закону України «Про статус народного депутата України» від 17 листопада 1992 р., пропонуємо уточнити ст. 3 Закону, де після терміна «займатися» доповнити терміном «підприємницькою діяльністю та» і далі по тексту.

Список використаних джерел:

1. Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности / Н.В. Витрук. М. : Норма, 2008. 448 с.

2. Нікітенко Л. О. Проблеми реалізації конституційного права на підприємницьку діяльність / Л.О. Нікітенко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: В. В. Завальнюк (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. М. В. Афанасьєва. Одеса : Юрид. л-ра, 2015. Вип. 75. С. 107-113.

3. Банковский С.С. Публичные и частные начала в правовом регулировании экономики / С.С. Банковский // Предпринимательское право и XXI век: преемственность и развитие / под ред. М.М. Славина. М. : МЗ-Пресс, 2002. С. 26-41.

4. Іщук С.І. Окремі конституційно-правові засади функціонування громадянського суспільства в Україні: свобода підприємницької діяльності / С.І. Іщук // Journal «ScienceRise**:** Juridical Science». 2018. № 1 (3). С. 11-17.

5. Ковач А.В. Право людини на підприємництво / А.В. Ковач // Часопис Київського університету права. 2012. № 2. С. 212-214.

6. Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листопада 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. 1993. № 3. Ст. 17. Поточна редакція від 20.03.2020 р.

7. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 31–32. Ст. 263.

8. Олійник А.Ю. Конституційні свободи людини і громадянина та їх забезпечення в Україні : монографія. Київ : КНУТД; Дніпро : ДДУВС, 2018. 371 с.

9. Економічний зміст і роль прибутку в умовах розвитку підприємництва. URL: https://pidruchniki.com/1420112664471/finansi/ ekonomichniy_zmist_rol_pributku_umovah_rozvitku_pidpriyemnitstva.

10. Пушкіна О.В. Економічні права людини в Україні та проблеми становлення громадянського суспільства. *Науковий Вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ*. 2005. № 3 (22). С. 169–180.

11. Різник С.В. Забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Київ , 2008. 16 с.

12. Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. Санкт-Петербург : Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1994. 208 с.

ОЛІЙНИК В. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави
і права, конституційного права
*(Академія Державної пенітенціарної
служби)*

ОЛІЙНИК В. В.,
студент ІІІ курсу 7 факультету
*(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

ШУМНИЙ Н. О.,
студент ІІ курсу факультету юстиції
*(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

УДК 342.241
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.17

ПРОБЛЕМИ РЕФОРМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

У статті розглянуто особливості систем місцевого самоврядування в деяких зарубіжних країнах. Визначено основні проблеми місцевого самоврядування в Україні та проаналізовано доцільність використання досвіду децентралізації влади, реформування, організації і функціонування місцевого самоврядування у країнах світу, для імплементації його в Україні. Встановлено, що в більшості зарубіжних країн місцеве самоврядування гарантується законодавством. Завдання повсякденного управління населенням вирішуються насамперед на комунальному, а не на державному рівні. Громади й об'єднання громад містять установи сфери охорони здоров'я, медицини, культури, освіти, спорту, соціального забезпечення, відпочинку економіки, водо- і енергопостачання, водоочищення і сміттєзбирання, а також прибирання самих вулиць. Вони займаються планами забудови та освоєння земельних ділянок, прокладанням вулиць, організацією рятувальної і пожежної служб, господарською діяльністю та ін.

Згідно з X поправкою до Конституції США, організація місцевого самоуправління відноситься до ведення штатів. Суть самоврядування в Німеччині полягає в можливості вирішувати власні проблеми під власну відповідальність. громадяни Німеччини ідентифікують себе швидше із громадою, ніж із державою, і мають у комунальній галузі зовсім інші можливості впливу, ніж на державному рівні. Саме таким чином громадське самоврядування забезпечує вирішення проблем, більш вигідне громадянам, ніж це могло б бути на федеральному рівні. У Данії на регіональному рівні існують окружні префектури. Префект призначається державою, він очолює комітет, який обирається на загальних виборах. Для Франції високий ступінь централізації місцевого управління і самоврядування є історично традиційним. Нині основною ланкою місцевого самоврядування у Франції є комуни – муніципальні утворення, що створюються мешканцями невеликих міст і сільських поселень.

Загалом, аналізуючи законодавство про місцеве самоврядування ряду країн, можна зробити висновок, що муніципальна влада в США, а також у європейських країнах знаходиться під надійною опікою держави в частині дотримання її прав та інтересів, а також незалежності в ухваленні рішень.

Таким чином, як основну тенденцію розвитку муніципальної влади можна виділити прагнення до оптимального поєднання самоврядування з властивою йому певною автономією, самостійністю і державним управлінням на місцевому рівні, що дозволить забезпечити в діяльності муніципальних органів реалізацію і захист загальнонаціональних інтересів.

Нині основною проблемою в Україні є низький рівень розвитку економіки та життя населення, що тягне за собою проблеми розбудови ефективної системи місцевого самоврядування. Використання зарубіжного досвіду організації місцевого самоврядування є доцільним за умови відсутності сліпого копіювання, врахування реального економічного стану в країні та національних особливостей.

Ключові слова: *місцеве самоврядування, децентралізація влади, префектура, муніципалітет, община.*

Oliinyk V. S., Oliinyk V. V., Shumnyi N. O. Problems of local government reform: foreign experience and Ukrainian realities

The article discusses the features of local government in some foreign countries. The main problems of local self-government in Ukraine are identified and the feasibility of using the experience of decentralization of power, reforming, organizing and functioning of local self-government in the countries of the world to implement it in Ukraine is analyzed. It has been established that in most foreign countries, local self-government is guaranteed by law. The task of daily management of the population is solved primarily at the communal, and not at the state level. Communities and community associations contain healthcare, medical, cultural, educational, sporting, social welfare, recreational, economic, water-saving and energy-supplying facilities, water treatment and garbage collection, as well as street cleaning. They are involved in development and development plans for land plots, laying streets, organizing rescue and fire services, economic activities and so on.

According to the X amendment to the US Constitution, the organization of local government is the responsibility of the states. The essence of self-government in Germany is the ability to solve their own problems under their own responsibility. German citizens identify with the community rather than with the state, and have completely different opportunities for influence in the communal sector than at the state level. In this way, public self-government provides a solution to problems that is more beneficial for citizens than it could be at the federal level. In Denmark, district prefectures exist at the regional level. The prefect is appointed by the state, he leads the committee, which is elected in general elections. For France, a high degree of centralization of local government and self-government is historically traditional. Currently, the main link of local government in France are the communes – municipalities, which are created by residents of small towns and rural settlements.

In general, analyzing the legislation on local self-government of some countries, we can conclude that municipal authorities in the USA, as well as in European countries, are under the reliable guardianship of the state in respect of their rights and interests, as well as independence in decision-making. Thus, the main trend in the development of municipal authority can be identified as the desire for an optimal combination of self-government with its inherent certain autonomy, independence and state administration at the local level, which will ensure the implementation and protection of national interests in the activities of municipal bodies.

Currently, the main problem in Ukraine is the low level of economic development and the life of the population, which entails the problems of developing an effective system of local self-government. The use of foreign experience in organizing local self-government is advisable in the absence of blind copying, taking into account the real economic situation in the country and national characteristics.

Key words: *local government, decentralization of power, prefecture, municipality, community.*

Вступ. Серед багатьох проблем з якими на даний час стикається Україна є в тому числі і проблема реформування місцевого самоврядування. 1 квітня 2014 р. Кабінетом Міністрів України була прийнята Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, що визначила головні шляхи розв'язання проблем системи місцевого самоврядування. У цій Концепції чітко прописані етапи здійснення реформи місцевого самоврядування та встановлені для них конкретні строки. Однак нині ці строки не дотримуються, і виникає багато труднощів у ході безпосереднього здійснення реформування. Вирішуючи існуючі об'єктивні та суб'єктивні проблеми місцевого самоврядування Україна може скористатися зарубіжним досвідом в цій сфері.

Постановка завдання. Метою статті є розглянути особливості організації місцевого самоврядування в деяких зарубіжних країнах; проаналізувати загальний стан організації місцевого самоврядування в Україні на даний час і визначити найактуальніші його проблеми; визначити в якій мірі в Україні необхідно використовувати досвід децентралізації влади, реформування, організації та функціонування місцевого самоврядування інших зарубіжних країн.

Результати дослідження. Місцеве самоврядування гарантується законодавством практично всіх західних демократій, що зафіксовано Європейською Хартією місцевого самоврядування, конституціями ФРН, Австрії, земельними законами Швейцарії окремими законами Британії та США [1]. Практично скрізь місцевому самоврядуванню надані відносно широкі компетенції [2].

Для правильного тлумачення значення місцевого самоврядування необхідно обов'язково розуміти, що завдання повсякденного управління населенням вирішуються насамперед на комунальному, а не на державному рівні. Від моменту народження і до самої своєї смерті окрема людина обплутана мережею комунальних відносин. Адже громади і об'єднання громад містять установи сфери охорони здоров'я, медицини, культури, освіти, спорту, соціального забезпечення, відпочинку економіки, водо- і енергопостачання, водоочищення і сміттєзбирання, а також прибирання самих вулиць. Вони займаються планами забудови та освоєння земельних ділянок, прокладанням вулиць, організацією рятувальної і пожежної служб, господарською діяльністю та ін. [3].

Згідно з X поправкою до Конституції США, організація місцевого самоуправління відноситься до ведення штатів. Більшість штатів регламентує її лише в найзагальнішій формі. Більше 40 штатів передбачили у своїх конституціях положення про те, що їх законодавчі збори не мають права приймати закони, що детально регламентують місцеве управління. Звідси велика свобода в організації і діяльності органів місцевого самоврядування, особливо міського (муніципального), велика кількість нестандартних установ і повноважень.

Місцеві установи займаються питаннями соціального обслуговування: шкільною освітою, бібліотечною справою, місцями відпочинку, соціальним забезпеченням. Друге місце займають питання адміністративно-управлінські: підтримка порядку (насамперед управління поліцією), забезпечення протипожежної охорони і правосуддя, збір податків, проведення виборів, запис актів цивільного стану, контроль за якістю товарів. Меншою мірою місцеві органи займаються господарськими справами, тому що в цій сфері панують приватні підприємці. Органи місцевого самоврядування керують підприємствами і службами, що їм належать, управляють своїм майном і, як правило, тільки побічно регулюють діяльність приватних

підприємств. Вони також будують муніципальне житло, встановлюють ставки орендної плати, займаються реконструкцією міст, будівництвом і експлуатацією доріг, гаваней, аеропортів, розвитком території (в т. ч. відведенням і ефективним використанням земель та іншими питаннями землекористування) й охороною навколишнього середовища.

Створення і функціонування місцевих органів влади в США регулюються виключно законодавством штатів, яке історично мало тенденцію до надання громадянам широкої свободи самоврядування. Найбільш поширеною адміністративною одиницею в складі штату традиційно є графство. Рада графства і основні посадові особи обираються населенням. На рівні влади округу здійснюється контроль за станом місцевих доріг, утриманням місць ув'язнення, лікарень, рекреаційних зон тощо.

Форми самоврядування на більш низькому рівні відрізняються ще більшим різноманіттям. Найбільш поширеними є муніципалітети, міські ради (нерідко на чолі з мером), і «тауншип» в сільській місцевості. Іноді існує рада управляючого для керівництва міським господарством, що обирається населенням.

Коріння сучасного самоврядування Німеччини сягають часів наполеонівських війн. Як відповідну реакцію на них у Німеччині були проведені радикальні реформи, комунальні аспекти яких відображені у Прусському міському укладенні 1808 р.

Нині в основі місцевого самоврядування лежить самовизначення громадян в рамках адміністративно-територіальних одиниць, організованих за принципом децентралізації [4]. З одного боку, йдеться про протидію державному централізму: рішення повинні прийматися децентралізовано, на місцях, тобто надання можливості людям на місцях самостійно вирішувати свої проблеми. З іншого боку, громади є основою демократичного державного порядку. На чолі їх стоять демократично обрані народні представництва і обраний, зазвичай безпосередньо, народом бургомістр.

У Німеччині є два суб'єкти місцевого управління: громади і райони. У той час як громади займаються вирішенням питань, що стосуються їх території і мешканців, що на ній проживають, райони є органами громадського управління вищого ступеня. Вони об'єднують кілька громад і визначаються конституцією країни як громадські об'єднання. При цьому вони грають також роль своєрідного компенсатора різних організаційних і фінансових можливостей громад. Як і громади, вони мають законні демократичні (обрані громадянами) народні представництва. Керуючі органи громад та районів зовсім не взаємовиключають, а швидше доповнюють одне одного. Зазвичай кожен хто проживає в Німеччині є одночасно мешканцем громади і району. Слід зазначити, що громади та їх об'єднання не лише мають право, але в ряді випадків зобов'язані співпрацювати між собою.

Громади і райони можуть також створювати самостійні суб'єкти права, наприклад, різні публічно-правові установи та господарські підприємства. Право громад і районів на самоврядування забезпечується не лише звичайним законом, а й конституцією країни.

Громади отримують повну компетенцію в питаннях, що стосуються спільного проживання й існування членів громади і тих, що мають для них значення саме як для членів даного комунального утворення. Звичайно, законодавець в силу своїх прав може встановити для місцевої громади будь-які інші повноваження. Однак законодавець повинен обмежуватися рамками, в які він поставлений конституційно-правовими гарантіями самоврядування.

Що стосується районів, то їх правове становище інше. У них немає конкретної сфери діяльності, безпосередньо гарантованої конституцією.

Можна констатувати, що суть самоврядування в Німеччині полягає в можливості вирішувати власні проблеми під власну відповідальність.

Відповідальність же означає свободу від державного втручання. Таким чином, громадами районам повинна надаватися своя власна сфера самостійної діяльності. Ними повинна вестися регулярна робота з прийняття самостійних рішень в сфері їх компетенції [4].

Слід зазначити, що конституційно-правові гарантії місцевого самоуправління забезпечують йому право на судовий захист. Громади є безпосередніми носіями державної влади, а не суспільними інстанціями. Водночас положення про самоврядування надають

громадам і районам суб'єктивні права по відношенню до всіх інших носіїв державної влади, які повинні враховуватись усіма судами.

Зазвичай усі громади складаються з двох основних органів: місцевого народного представництва як органу прийняття рішень і головного виконавчого органу, який має єдиновладний (бургомістр) або, часом, колегіальний (магістрат) характер. Оскільки комунальне право належить до відання земель, то внутрішня будова громад і районів може відрізнятися в деталях.

Фінансуванню діяльності громад надається важливе значення, оскільки без фінансування ніяке місцеве самоврядування функціонувати не може. Конституція країни та земельні конституції містять фінансові гарантії щодо громад і районів.

Адміністративна діяльність громад є, за своєю суттю, діяльністю з організації надання послуг. Тому в положеннях про громади відзначається, що громади в рамках своєї діяльності створюють громадські установи, необхідні для господарського, соціального і культурного обслуговування своїх жителів. До них відносяться, наприклад, музеї, басейни, бібліотеки, транспортні підприємства, будинки престарілих, дитячі садки, театри, нічліжки для бездомних, парки. Всі жителі відповідно до чинних правил можуть користуватися громадськими установами та повинні платити за це.

В організаційній діяльності громади і райони мають широкі можливості для ініціативи. Наприклад, якщо їм незручно самим організовувати надання послуг громадянам, вони можуть залучити з цією метою будь-яке приватне підприємство, яке буде діяти за дорученням громади, або організувати з приватним підприємцем спільне підприємство.

Господарська діяльність громад передбачає організацію діяльності підприємств, які виступають на ринку як виробник послуг або посередника в їх наданні, включаючи й участь приватних підприємств. Громади мають право займатися лише такою господарською діяльністю, яка виправдана суспільними потребами, а вид і розміри цієї діяльності відповідають можливостям громади.

Слід констатувати, що комунальне управління в Німеччині грає дуже важливу роль, оскільки громадяни країни ідентифікують себе швидше з громадою, ніж з державою, і мають в комунальній галузі зовсім інші можливості впливу, ніж на державному рівні. Саме таким чином громадське самоврядування забезпечує вирішення проблем, більш вигідне громадянам, ніж це могло б бути на федеральному рівні.

У Данії на регіональному рівні існують окружні префектури. Префект призначається державою, він очолює комітет, який обирається на загальних виборах. Цей комітет контролює діяльність муніципалітетів. Він має право скасувати рішення муніципальних органів, якщо вони не відповідають законодавству. Муніципалітети зобов'язані подавати до комітету свої фінансові звіти з тим, щоб довести, що їх діяльність проводиться відповідно до законодавства.

Для Франції високий ступінь централізації місцевого управління і самоврядування є історично традиційним [5]. Тут довго існувала система багаторівневої влади на місцях, за якої діяльність нижчестоящих ланок значною мірою визначалася (насамперед в адміністративному і фінансовому сенсі) вищестоящими органами управління. Нині основною ланкою місцевого самоврядування у Франції є комуни – муніципальні утворення, що створюються мешканцями невеликих міст і сільських поселень. Кожна комуна має свій представницький орган – раду і мера, обраного з числа жителів і такого що виступає одночасно в якості державного службовця і глави місцевого самоврядування; депутати муніципальної ради, що працюють на постійній основі, утворюють муніципалітет. Діяльність мера здійснюється під контролем муніципальної ради і під адміністративним контролем республіки. Останній стежить за законністю прийнятих комуною рішень і в разі порушення прав громадян звертається до суду за їх скасуванням.

У Нідерландах бургомістр, який є головою виконавчого органу, призначається королівським указом за рекомендацією королівського комісара у справах даної області після консультацій з муніципальною радою. Він наділений деякими державними повноваженнями, на ньому лежить відповідальність за поліцію і пожежні служби. Він має право, якщо вважатиме, що те чи інше рішення державного органу суперечить законодавству або загальним

інтересам, утриматися від його виконання і повинен проінформувати про це виконавчий орган провінції, який виносить питання на розгляд уряду [5].

У Бельгії мер обирається не прямо, а його кандидатура висувається партією більшості, обраної за партійним списком. Потім мер затверджується королем. У мера є певні повноваження, які відрізняються від повноважень ради, наприклад, правопорядок, поліція, пожежники; нагляд за діяльністю муніципалітетів здійснюється регіональними урядами та урядом провінції. Крім того, будь-який громадянин може звернутися в адміністрацію зі скаргою на діяльність муніципалітету.

Законодавство Бельгії передбачає різні форми міжкомунального об'єднання [5]. Міжкомунальні об'єднання в Бельгії є некомерційними асоціаціями з чітко визначеними питаннями в інтересах комун. Вони створюються на добровільній основі як акціонерні товариства, кооперативи або асоціації з немайновими цілями.

Конституція Італії підкреслює, що представницька система в країні організована відповідно до вимог децентралізації. Так, основний закон визнав необхідність місцевої автономії в рамках держави. Відповідно до цього принципу в Італії була створена система демократичної влади, територіально розчленована на три складові: комуну, провінцію й область.

Вони згідно з конституцією повинні володіти й автономією, і законодавчою владою, їм повинно бути довірене виконання державних функцій, з тим, щоб дати народу можливість брати участь у місцевому самоврядуванні.

Муніципальна система Італії належить до так званого французького типу. В Італії, як і у Франції, у всіх територіальних одиницях обов'язково повинні бути представники центральної влади.

Загалом, аналізуючи законодавство про місцеве самоврядування ряду країн, можна зробити висновок, що муніципальна влада в США, а також в європейських країнах знаходиться під надійною опікою держави в частині дотримання її прав та інтересів, а також незалежності в ухваленні рішень.

Таким чином, як основну тенденцію розвитку муніципальної влади можна виділити прагнення до оптимального поєднання самоврядування з властивою йому певною автономією, самостійністю і державним управлінням на місцевому рівні, що дозволить забезпечити в діяльності муніципальних органів реалізацію і захист загальнонаціональних інтересів [6].

З 1985 р В Європі створено нову базова основа для місцевого самоуправління – «Європейська хартія про місцеве самоврядування», прийнята Радою Європи. У четвертій статті цієї Хартії регулюється обсяг місцевого самоврядування, в ній встановлюється, що: «Муніципальні функції, як правило, здійснюються переважно тими властями, які мають найтісніший контакт з громадянином. Надання будь-яких з цих повноважень іншому органу влади повинно здійснюватись з урахуванням обсягу й характеру поставленого завдання, а також вимоги досягнення ефективності й економії». Це формулювання відображає принцип, значення якого в сучасному житті демократичної держави постійно має зростати.

Цей принцип передбачає, що органи влади, які стоять над муніципальними утвореннями, тобто регіональні та федеральні органи влади, повинні брати на себе здійснення лише тих повноважень, які не виконані на місцевому рівні [7].

Звісно ж, що найбільш повно принципи самостійності місцевого самоврядування реалізовані у Швейцарії [8]. Базуючись на тому, що вся влада виходить від народу, у Швейцарії на першому місці стоять муніципальні освіти – громади. Саме вони утворюють основу державної політичної структури. Статус громад не залежить від їх величини і є однаковим по всій країні. Однак існує різниця в правах і обов'язках громад. Пов'язано це з тим, що в рамках національного законодавства Швейцарії діє цілий ряд конституцій, і кожна з них належить до окремого об'єднання громад (кантону), в певній громаді і відповідні муніципальні закони. Причому в деяких питаннях спостерігаються значні розбіжності.

Місцеве самоврядування в Швейцарії передбачає: право на існування громади, право на об'єднання громад, право громад на створення власних політичних і адміністративних структур в рамках законодавства і т. д.

Крім розглянутих нами адміністративно-територіальних громад у Швейцарії існують цивільні громади. Ці утворення у багатьох відношеннях переплітаються з адміністративно-територіальними громадами, вони утворюються у вигляді церковних, шкільних і т. п. громад, дозволяють громадянам повною мірою реалізовувати на практиці свої права на здійснення місцевого самоврядування, що виступає важливою і невід'ємною частиною сучасної демократії.

Створюючи місцеве самоврядування в Україні, можливо, варто переосмислити зарубіжний досвід. Тим більше, що питання про реформування муніципальних органів і виник у нас, у т. ч. як наслідок підписання Європейської хартії місцевого самоврядування [9].

Однак сліпе копіювання досвіду функціонування систем місцевого самоврядування в зарубіжних країнах є на нашу думку недоцільним. Реформування місцевого самоврядування в Україні повинно відбуватися з урахуванням українських реалій, проблем і національних традицій організації влади на місцях. Як зауважують М.О. Багмет і Н.О. Євтушенко, однією із вимог Європейської хартії місцевого самоврядування є можливість пристосувати здійснення повноважень органами місцевого самоврядування до місцевих особливостей і потреб, адже саме у цьому і полягає цінність місцевого самоврядування [10, с. 58].

На думку В.Ф. Загурської-Антонюк, однією з найгостріших проблем місцевого самоврядування в Україні можна назвати низький рівень життя населення. Найбільш критичним аспектом можна визначити соціально-економічний, котрий характеризується відсталістю ведення господарства, занепадом потенційно вагомих сфер економіки, зниженням активності соціуму [11].

Тому перекладання фінансування місцевої інфраструктури, зокрема, закладів освіти, як пріоритетної функції, й охорони здоров'я, що знаходяться на території громад, з державного бюджету на бюджети громад лягає на них непосильним тягарем, призводить здебільшого до закриття цих закладів, нерідко примушує жителів громад звертатися за наданням освітніх та медичних послуг до інших населених пунктів, які знаходяться на значній відстані від останніх, а головне, загрожує унеможливленню здобуття повної загальної середньої освіти дітьми, особливо у сільській місцевості, та призведе до порушення прав громадян на доступність і безоплатність повної загальної середньої, яка є обов'язковою незалежно від місця проживання та гарантується ст. 53 Конституції України.

Намагання передати на місцеві ради додаткові повноваження – це додаткове фінансове навантаження, яке обмежує їх платоспроможність у реалізації заходів розвитку й оновлення матеріально-технічної бази закладів бюджетної сфери, заходів із енергозбереження, забезпечення належного та безпечного функціонування об'єктів житлово-комунальної сфери і транспорту у населених пунктах області.

Як зауважує М. Тітов, згідно зі ст. 142 Конституції України необхідно забезпечити передачу відповідним місцевим радам не тільки додаткових повноважень, а й фінансового ресурсу на їх виконання з метою якісного надання послуг і забезпечення соціальних гарантій [12].

Крім того, слід зазначити, що згідно із Законом України від 16 квітня 2009 р. № 1275-VI «Про асоціації органів місцевого самоврядування» необхідно проводити попередні консультації центральних органів виконавчої влади з усеукраїнськими асоціаціями органів місцевого самоврядування щодо:

– проекту закону про Державний бюджет України, положень підзаконних актів, що стосуються бюджетного процесу;

– пропозицій про введення в дію або внесення змін до законодавства про місцеві бюджети та міжбюджетні відносини;

– проектів загальнодержавних програм, що стосуються розвитку регіонів;

– проектів державних соціальних програм, реалізація яких покладається на органи місцевого самоврядування, та інші питання.

Висновки. На підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки:

1) доцільним є глибоке науково-практичне дослідження світового й українського досвіду, розробка і впровадження науково обґрунтованої власної системи децентралізації

влади з урахуванням історичних, ідеологічних, культурних, соціальних, економічних, географічних та інших особливостей країни, враховуючи кращі світові практики, які результати можна використовувати;

2) найактуальнішою для України на сьогоднішній день є проблема занепаду потенційно вагомих сфер економіки та низький рівень життя населення, що відображається і на рівні розвитку місцевого самоврядування, в зв'язку з чим не можна допустити перекладання фінансування місцевої інфраструктури, що знаходяться на території громад, з державного бюджету на бюджети громад;

3) використання досвіду децентралізації влади, реформування, організації і функціонування місцевого самоврядування у країнах світу, для імплементації в Україні є позитивним, але дискусійним; просте копіювання цих систем окремих країн світу не є доцільним, так як не враховує специфіку, індивідуальні особливості та наявний потенціал України та її регіонів;

4) будь-які реформи в Україні необхідно проводити, виходячи із потреб і цілей суспільства, чіткого розуміння того, який результат і місце у світовому співтоваристві хоче досягти Україна, що потребує розробки та затвердження комплексної національної стратегії розвитку країни.

Список використаних джерел:

1. Акти європейського права з питань регіональної політики та місцевого самоврядування / заг. ред. А.П. Яценюка. Київ : Парлам. вид-во, 2007. 608 с.

2. Астапова Т.О. Адаптація зарубіжного досвіду реформування діяльності органів місцевого самоврядування в Україні : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.04. Харків, 2010. 20 с.

3. Гірняк М.В. Європейська хартія місцевого самоврядування в Україні: питання реалізації та контролю. Львів : Каменяр, 2004. 58 с.

4. Гураль П. Еволюція систем (моделей) місцевого самоврядування та їх особливості. *Вісник Львівського ун-ту*. 2012. Вип. 56. С. 174–179.

5. Демченко І. Система джерел європейських правових стандартів місцевого самоврядування. *Вісник Харк. нац. ун-ту ім. В.Н. Каразіна.* 2011. № 10. С. 386–390.

6. Демченко І. Стан імплементації європейських правових стандартів місцевого самоврядування в Україні. *Вісник Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого.* 2011. № 1 (4). С. 149–157.

7. Михайлишин Л.Р. Системи місцевого управління зарубіжних країн: порівняльний аналіз : монографія / за ред. О.Д. Лазор. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2009. 226 с.

8. Яцунська О. Чотири кити реформування. Європейський досвід оптимізації самоврядності. *Віче.* 2002. № 7 (124). С. 22–27.

9. Шарий В.І. Характеристика світових тенденцій розвитку місцевого самоврядування. *Публічне адміністрування: теорія та практика.* 2012. № 1. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Patp/2012_1/ 2012-01(7)/12svirms.pdf (дата звернення: 19.03.2020).

10. Багмет М.О., Євтушенко Н.О. Базові принципи діяльності територіальних інститутів управління в контексті європейської хартії місцевого самоврядування. *Наукові праці.* 2007. № 69. С. 57–58.

11. Загурська-Антонюк В.Ф. Сучасні тенденції децентралізації державної влади та їх реалізація в Україні. *Державне управління: удосконалення та розвиток.* 2019. № 2. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/ ?op=1&z=1391 (дата звернення: 19.03.2020). DOI: 10.32702/2307-2156-2019.2.24

12. Тітов М. Про деякі проблемні питання децентралізації влади в Україні. *Місцеве самоврядування.* 2017. № 11. URL: https://i.factor.ua/ukr/ journals/ms/2017/november/issue-11/ article32027.html (дата звернення: 19.03.2020).

ПЕТРЕНКО Н. О.,
доктор економічних наук, професор,
завідувач кафедри публічного
управління та адміністрування
*(Уманський національний університет
садівництва)*

МАШКОВСЬКА Л. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри соціально-
гуманітарних і правових дисциплін
*(Уманський національний університет
садівництва)*

УДК 35.071.2
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.18

ЦИФРОВІЗАЦІЯ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Цифровізація надає широкі можливості для трансформації системи державного управління, зокрема у сфері надання адміністративних послуг. На кожному етапі інтеграції цифрових технологій у сферу людського життя відбуваються зміни, зокрема як у використанні різного роду технологій, так і в організації діяльності органів державної влади, комунікації з громадянами тощо. У цьому контексті, найважливішим завданням права як науки, є розробка моделі правового регулювання цифрових технологій, що дає змогу утримати баланс між збереженням фундаментальних суспільно-правових цінностей і безперешкодним розвитком інноваційних технологій, спрямованих на поліпшення якості життя людей. Крім того, цифровізація та інтеграція інформаційних технологій у сферу державного управління стають новим викликом для розвитку та становлення правової системи на сучасному етапі, що вимагає всебічного теоретичного вивчення й обґрунтування.

У статті досліджено нормативно-правове підґрунтя реалізації процесу цифровізації державних адміністративних послуг в Україні.

У ході дослідження встановлено, що прискорена інформатизація життя суспільства і держави вимагає створення внутрішньодержавного правового середовища (із урахуванням міжнародного рівня) у сфері використання інноваційних інформаційних технологій. З'ясовано, що нині в Україні здійснюється велика робота щодо практичного впровадження, освоєння та інтеграції цифрових сервісних технологій у систему державного управління. Зазначено, що основною ідеєю цифровізації державних послуг вважається надання населенню країни державними органами послуг адміністративного характеру в електронній формі. Визначено ключові завдання, реалізація яких сприятиме проведенню процесу цифровізації в Україні. Окреслено основні проблеми, що потребують розв'язання у ході упровадження політики цифровізації державних адміністративних послуг.

У підсумку зазначено, що цифровізація державних послуг на основі використання інформаційно-комунікаційних технологій сприятиме підвищенню ефективності, відкритості, прозорості діяльності органів державної влади й органів

місцевого самоврядування, сприятиме формуванню нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян. Правове підґрунтя системи цифровізації державних адміністративних послуг мають становити та забезпечувати нормативно-правові документи, які повинні бути переглянуті та відкориговані відповідно до умов сьогодення.

Ключові слова: *держава, право, цифровізація, законодавство, адміністративна послуга, інформація, державне управління.*

Petrenko N. O., Mashkovska L. V. Digitalization of state administrative services in Ukraine: regulatory aspects

Digitalization provides ample opportunity for transformation of the public administration system, particularly in the field of administrative services. At every stage of integration of digital technologies into the sphere of human life changes are taking place, particularly both in the use of different technologies and in the organization of activities of public authorities, communication with citizens, etc. In this context, the most important task of law as a science is to develop a model of legal regulation of digital technologies that assure a chance to balance the preservation of fundamental social and legal values and the smooth development of innovative technologies aimed at improving the quality of people's life. Furthermore, digitalization and integration of information technologies into public administration are a new challenge for the improvement and development of the legal system at the present stage, which requires a comprehensive theoretical study and justification.

The article investigates the regulatory basis for the implementation of the process of digitalization of state administrative services in Ukraine.

During the study was found that accelerated informatization of the society and the state life requires the creation of an internal legal environment (taking into account the international level) in the use of innovative information technologies. It is found out that there is a great deal of work currently being done in Ukraine on the practical implementation, development and integration of digital service technologies into public administration. It is stated that the main idea of digitalization of public services is to provide the population of the state with administrative services of an administrative character in electronic form. The key tasks, realization of which will facilitate the process of digitalization in Ukraine are identified. The main problems that need to be solved in the course of implementation of digitalization policy of state administrative services are outlined.

As a result, it is stated that the digitalization of public services based on the use of information and communication technologies will help to increase the efficiency, openness, transparency of the activity of state authorities and local self-government bodies and will help to create a new type of state oriented to meet requirements of citizens. The legal basis for the digitalization of public administration services should form and provide regulatory documents that need to be revised and adjusted in accordance with the conditions of present.

Key words: *state, right, digitalization, legislation, administrative service, information, public administration.*

Постановка проблеми. Цифрові технології надають широких можливостей для трансформації системи державного управління, зокрема у сфері надання адміністративних послуг. На кожному новому етапі інтеграції цифрових технологій та їх розвитку («оцифровування» процесів, електронний уряд, цифровий уряд) відбуваються вагомі зміни, як у використанні різного роду технологій, так і в організації діяльності органів державної влади, взаємодії з громадянами тощо. Так, якщо на першому етапі інформаційні технології

є інструментом для реалізації тих чи інших реформ державного управління, то надалі – у процесі цифрової трансформації – вони створюють можливості для реалізації різних варіантів державної політики, які не можуть бути впроваджені без використання технологій.

Водночас слід зазначити, що якщо на ранніх етапах інтеграції в інноваційну систему державотворення, інформаційні технології давали змогу провести оптимізацію і автоматизацію існуючих адміністративних процедур (часто на основі стандартизації процедур), то нині, на етапі створення цифрового уряду, технології розглядаються як можливість реалізації послуг, створення благ, адаптованих за складом і порядком надання до індивідуальних потреб громадян, що підвищує якість надання державних послуг і суспільних благ, їх суспільну цінність. Сьогодні Україна від процесу удосконалення (оптимізації) внутрішніх адміністративних процесів переходить до їх трансформації, в т. ч. й на основі упровадження міжвідомчих, «платформенних» рішень для надання державних послуг, здійснення контрольно-наглядових функцій тощо.

У зарубіжній і вітчизняній літературі [1–8] цифровізація розглядається перш за все, з точки зору трансформації процесів надання державних послуг, при цьому правові основи використання цифрових технологій для реалізації завдань державно-адміністративних функцій, досліджено недостатньо. Зазначені обставини визначають необхідність проведення більш глибоких науково-практичних розвідок щодо визначення правих засад упровадження цифрових адміністративних послуг в Україні, вказують на актуальність дослідження та формують його мету.

Постановка завдання. Мета статті полягає у дослідженні нормативних основ і правових підстав для проведення цифровізації державних адміністративних послуг в Україні.

Зважаючи на мету статті, головними її завданнями є аналітичне осмислення та критичний аналіз нормативно-правових підстав стосовно реалізації політики цифровізації у сфері державного управління.

Теоретико-практичні дослідження стосовно упровадження інформатизованих послуг у процеси державного управління висвітлено у працях вітчизняних і зарубіжних науковців і практиків. Так, Т. Биркович, В. Биркович та О. Кабанець вважають, що «ефективне управління будь-якою галуззю у сучасних умовах неможливе без широкого застосування сучасних інструментів електронного урядування, у т. ч. автоматизації обробки великих обсягів даних та інформаційно-аналітичного забезпечення прийняття управлінських рішень, оптимізації та автоматизації адміністративних процесів, запровадження електронних форм взаємодії [6, с. 75].

Система державного управління в Україні не відповідає потребам країни у проведенні комплексних реформ у різних сферах державної політики та її європейському вибору, а також європейським стандартам належного управління державою. Україна займає низькі позиції у світових рейтингах конкурентоспроможності, пов'язаних із державним управлінням – вважає Л. Гапеєв [7].

Сучасне громадянське суспільство, стає все більш залежним від цифрових технологій, відбувається «цифровий перехід» від систем і процесів індустріальної економіки та інформаційного суспільства до «цифрової» економіки та «цифрового» суспільства. Така трансформація приводить до появи нових, унікальних систем і процесів, що становлять їх нову ціннісну сутність – стверджують В. Куйбіда, О. Карпенко, В. Наместнік [8, с. 6].

В.Ю. Степанов зауважує, що «широке застосування інформаційних технологій у сфері державного управління дозволяє підвищити ефективність: міжвідомчої взаємодії; надання державних послуг населенню й організаціям; персональної та колективної роботи співробітників федеральних органів державної влади» [9, с. 101]. P. Dunleavy, H. Margetts, S. Bastow, J. Tinkler вважають, що інформатизація суспільства є новою концепцією державного управління [10, с. 468]. Розвиток інформаційного суспільства в Україні та впровадження інформаційних комп'ютерних технологій в усі сфери суспільного життя, зокрема у діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування, є одним із пріоритетних напрямів державної політики – зазначає О. Качний [11].

Зважаючи на значну кількість праць щодо використання інформаційних технологій у системі державного управління, на нашу думку малодослідженими залишаються питання щодо вивчення правових основ цифровізації адміністративних послуг в Україні. Фрагментарність розгляду теоретичних та практичних аспектів щодо використання інформаційних технологій та подальшої їх інтеграції у сферу державного управління, зумовлює необхідність проведення досліджень у даному напрямку.

Результати дослідження. Прискорена інформатизація життя суспільства і держави вимагає створення внутрішньодержавного правового середовища (із урахуванням міжнародного рівня) у сфері використання інноваційних інформаційно-комунікаційних технологій.

Цифровізація – це впровадження цифрових технологій в усі сфери життя: від взаємодії між людьми до промислових виробництв, від предметів побуту до дитячих іграшок, одягу тощо. Це перехід біологічних та фізичних систем у кібербіологічні та кіберфізичні (об'єднання фізичних та обчислювальних компонентів). Перехід діяльності з реального світу у світ віртуальний (онлайн).

Споживачами цифрових технологій є держава та суспільство (громадяни) [12].

Цифрове суспільство — це суспільство, яке інтенсивно та продуктивно використовує цифрові технології для власних потреб (самореалізація, робота, відпочинок, навчання, дозвілля кожного), а також для досягнення та реалізації спільних економічних, суспільних та громадських цілей [12].

Останніми роками різко зросла кількість країн, що використовують електронне урядування для надання публічних послуг через Інтернет за допомогою єдиної платформи, яка полегшує доступ до публічних послуг. У 2003 р. лише 45 країн мали єдину платформу і лише 33 країни надавали онлайн-трансакції, а вже у 2016 р., відповідно до опитування Організації Об'єднаних Націй, 90 країн пропонують один або декілька єдиних вхідних порталів для публічної інформації або онлайн-послуг і 148 країн надають щонайменше одну форму онлайн-трансакцій [13].

Нині в Україні здійснюється велика робота щодо практичного впровадження, освоєння та інтеграції цифрових сервісних технологій у систему державного управління. Основні заходи щодо цифровізації державного управління сформульовані у Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні (2013 р.) [14], Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр. та затвердження плану заходів щодо її реалізації (2018 р.) [15] та у проекті «Цифрової адженди України – 2020» [16].

Основною ідеєю цифровізації державних послуг вважається надання населенню країни державними органами послуг адміністративного характеру в електронній формі. Електронна адміністративна послуга – адміністративна послуга, що надається суб'єкту звернення в електронній формі за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

У п. 1 ст. 17 Закону України «Про адміністративні послуги» визначено, що надання адміністративних послуг в електронній формі та доступ суб'єктів звернення до інформації про адміністративні послуги з використанням мережі Інтернет забезпечуються через Єдиний державний портал адміністративних послуг, який є офіційним джерелом інформації про надання адміністративних послуг в Україні [17].

Єдиний державний портал адміністративних послуг (ЄДПАП) наразі перебуває у тестовій експлуатації. Інформацію про адміністративні послуги та їх електронний спосіб отримання детально представлено на Інтернет-сайтах Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру, Міністерства юстиції України, центральних і районних Центрів надання адміністративних послуг (ЦНАП) тощо. Порядок ведення ЄДПАП затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 03 січня 2013 р. № 1313 [18]. Відповідальність за достовірність, повноту, своєчасність розміщення інформації на порталі покладено на Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України.

Із метою оптимізації системи центральних органів виконавчої влади Кабінет Міністрів України постановою від 02 вересня 2019 р. № 829 утворив Міністерство цифрової трансформації України [18], реорганізувавши Державне агентство з питань електронного

урядування. До сфери відання Міністерства віднесено питання формування законодавчих засад цифровізації та цифрового суспільства в Україні, роботи над законодавчими засадами адміністрування, функціонування і використання мережі Інтернет в Україні та роботи над Національною і державною програмами інформатизації, а також програмами ЄС «Єдиний цифровий ринок» (Digital Single Market, EU4Digital) й іншими програми цифрового співробітництва, питання електронного урядування та публічних електронних послуг тощо.

На початку 2018 р. Урядом схвалено Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр. та затверджено План заходів щодо реалізації Концепції розвитку цифрової економіки й суспільства України на 2018–2020 рр. [15].

Концепція максимально детально визначає основні цілі та принципи цифровізації, напрямки цифрового розвитку та напрями гармонізації з цифровими європейськими ініціативами. Враховуючи положення Концепції, протягом 2018–2020 рр. Україна забезпечує поступове приведення свого законодавства відповідно до європейських норм за трьома напрямами:

1) Інтероперабельність (Interoperability) та електронні сервіси (eServices) – долучення України до Програми ЄС ISA² – Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens, проєктів e-CODEX, e-Invoicing, а також ініціативи Single Digital Gateway.

Схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні відбулося ще 20 вересня 2017 р. розпорядженням Кабінету Міністрів України № 649-р. [19]. Концепція покликана підтримати координацію та співпрацю органів державної влади й органів місцевого самоврядування для досягнення необхідного рівня ефективності та результативності розвитку електронного урядування, просування ідеї реформування державного управління та децентралізації на базі широкого використання сучасних інформаційно-комунікаційних технологій по всій країні.

Кожен суб'єкт господарювання як державної, так і приватної форми власності зіштовхується з необхідністю доступу до того чи іншого державного реєстру або бази даних. Це може бути єдине митне вікно, система електронних декларацій, система електронних закупівель тощо, які для повноцінного функціонування потребують інтеграції із зовнішніми державними реєстрами та базами даних.

Ефективність функціонування сучасної держави значною мірою визначається швидкістю та якістю прийняття рішень. Це неможливо без наявності в державних структурах електронного документообігу. Локальний електронний документообіг (на рівні одного відомства) дозволяє державній структурі автоматизувати всі процеси роботи з документами, максимально відмовитися від паперу, вдосконалити внутрішню дисципліну, пришвидшити процес прийняття управлінських рішень.

Відсутність електронної взаємодії державних систем не дозоляє спростити порядок надання послуг і виконати вимоги Закону України «Про адміністративні послуги» від 06 вересня 2012 р. № 5203-VI щодо заборони вимагати від суб'єктів звернення інформацію або дані, що перебувають в інших органах влади, тобто вже були надані громадянами раніше [17].

Постанова Кабінету Міністрів України № 606 від 08 вересня 2016 р. «Деякі питання електронної взаємодії державних електронних інформаційних ресурсів» передбачає запровадження системи електронної взаємодії державних електронних інформаційних ресурсів під час надання адміністративних послуг і здійснення інших повноважень відповідно до покладених на них завдань і підключення до електронної взаємодії відповідно до вимог ЄС [20].

Державне агентство з питань електронного урядування України працює над об'єднанням усіх відомств у єдину систему міжвідомчого документообігу. Така система гарантує надсилання електронних документів і надає можливість отримання юридично значущих повідомлень про доставку. Також у цьому напрямі триває робота зі створення системи електронного погодження проєктів нормативно-правових актів між міністерствами та відомствами.

2) Відкритість і прозорість даних. Розвиток відкритих державних даних в Україні забезпечить підвищення відкритості, прозорості й ефективності роботи державних органів і є шляхом до розвитку нової для України цифрової індустрії – індустрії відкритих даних.

Інтеграція державного веб-порталу відкритих даних України https://data.gov.ua/ до центрального європейського порталу відкритих даних https://www.europeandataportal.eu/en та http://data.europa.eu/ є головним завданням у цьому напрямі.

Центральний європейський портал відкритих даних є точкою входу до відкритих даних установ та організацій Європейської Комісії, а також держав-членів Євросоюзу. Портал встановлює єдині вимоги до політики розвитку відкритих даних і вимоги до їхніх стандартів. Державне агентство з питань електронного врядування України є державним органом, відповідальним за реалізацію цієї політики. Окрім того, відкриті дані мають потужний антикорупційний ефект, сприяють прозорості влади, позитивно впливають на розвиток економіки.

3) Електронна ідентифікація (eID). У 2014 р. Євросоюзом було ухвалено Регламент № 910 (eIDAS) метою якого є запровадження єдиних вимог до розвитку електронної ідентифікації, надання електронних довірчих послуг у країнах ЄС та розвиток трансграничної е-ідентифікації. Проєкт фокусується на виробленні стандартів, форматів, ідентифікаторів для засобів електронної ідентифікації у сферах е-медицини, електронних публічних послугах, е-банкінгу та повинен сприяти розвитку EU Digital Single Market, запровадженню транскордонної взаємодії, підвищенню мобільності громадян і бізнесу ЄС [21].

Нині Державне агентство з питань електронного врядування України сприяє процесам упровадження, розповсюдження та популяризації електронного підпису і технологій MobileID та BankID. Наразі розроблено вимоги до засобів електронної ідентифікації, рівнів довіри до засобів електронної ідентифікації для їх використання у сфері електронного урядування. Окрім того, Державне агентство з питань електронного урядування України активно працює над створенням загальнодержавної системи електронної ідентифікації України [22].

Головними проблемами, які потребують розв'язання у процесі упровадження цифровізації, є:

− зростання кіберзлочинності в умовах збільшення кількості інформаційних систем, які використовують персональні дані;

− відсутність захищеного обміну ідентифікаційними даними фізичних та юридичних осіб, які обробляються в інформаційних системах державних органів і приватного сектору, неузгодженість у виборі ідентифікаторів, відсутність підтвердження ідентифікаційних даних;

− використання в системах реєстрації та контролю доступу до інформаційних систем технологічно несумісних механізмів, алгоритмів і протоколів електронної ідентифікації та впізнання.

Прийняття Закону України «Про електронні довірчі послуги» від 05 жовтня 2017 р. № 2155-VIII сприяє побудові цифрової інфраструктури довіри, що є важливим елементом цифрової економіки [23]. Однак нагальними для прийняття щодо всіх трьох напрямків залишається Закон України «Про захист персональних даних» у новій редакції, який відображатиме реформу, що відбулась в ЄС, а також закони про об'єкти критичної інфраструктури та про електронні комунікації, які було внесені до переліку пріоритетних для першочергового розгляду та ухвалення.

Висновки. Метою сучасної держави має стати така інформаційно-технологічна організація взаємодії органів державної (адміністративної) влади та соціуму, яка найбільш повно забезпечить реалізацію потреб громадян і надання їм публічних адміністративних послуг, реалізованих на основі використання цифрових технологій.

Цифровізація державних послуг на основі використання інформаційно-комунікаційних технологій сприятиме підвищенню ефективності, відкритості, прозорості діяльності органів державної влади й органів місцевого самоврядування, сприятиме формуванню нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян.

Правове підґрунтя системи цифровізації державних адміністративних послуг мають становити та забезпечувати нормативно-правові документи, які повинні бути переглянуті та відкориговані відповідно до умов сьогодення. Зокрема, потребує унормування та деталізації процес, спрямований на розширення видів електронних адміністративних послуг «Дія».

Загалом, слід резюмувати, що в Україні є всі умови для реалізації процесів цифровізації та переходу на більш високий технологічний рівень розвитку та надання державних адміністративних послуг. При системному державному підході, що супроводжується формуванням належної правової бази, цифрові технології стимулюватимуть розвиток відкритого інформаційного суспільства як одного з важливих чинників розвитку демократії в країні та підвищення якості життя громадян України.

Список використаних джерел:

1. Bannister F., Connolly R. ICT, Public Values and Transformative Government: A Framework and Programme for Research. *Government Information Quarterly.* 2014. Vol. 31. № 1. P. 119–128.

2. Janssen M., Estevez E. Lean Government and Platform-Based Governance – Doing More with Less. *Government Information Quarterly*. 2013. Vol. 30. P. 1–8.

3. Al-Khouri A.M. An Innovative Approach for e-Government Transformation. *International Journal of Managing Value and Supply Chains*. 2011. Vol. 2. № 1. P. 22–43.

4. Siskos E., Askounis D., Psarras J. Multicriteria decision support for global e-government evaluation. *Omega.* 2014. № 46. P. 51–63.

5. Bryson J., Crosby B., Bloomberg L. Public value governance: Moving beyond traditional. *Public administration and the new public management.* 2014. Vol. 74. № 4. P. 445–456.

6. Биркович Т.І., Биркович В.І., Кабанець О.С. Актуальні питання щодо запровадження електронного урядування у сфері екології та природних ресурсів. *Інвестиції: практика та досвід.* 2019. № 16. С. 74–78.

7. Гапєєв Л. Електронне урядування: проблеми, пріоритети, завдання. *Держслужбовець.* 2018. № 3. URL: https://i.factor.ua/ukr/journals/ds/2018/ march/issue-3/article-34920.html.

8. Куйбіда В.С., Карпенко О.В., Наместнік В.В. Цифрове врядування в Україні: базові дефініції понятійно-категоріального апарату. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. Серія : Державне управління.* 2018. № 1. С. 5–10.

9. Степанов В.Ю. Сучасні інформаційні технології в державному управлінні. *Економіка та держава*. 2010. № 9. С. 101–103.

10. Dunleavy P., Margetts H., Bastow S., Tinkler J. New Public Management is Dead – Long Live Digital-Era Governance. *Journal of Public Administration Research and Theory*. 2006. Vol. 16. № 3. P. 467–494.

11. Качний О. Законодавчі аспекти впровадження інформаційно-комунікаційних технологій – стратегічного напряму оптимізації державного управління. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2015. № 5. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=853.

12. Україна 2030Е – країна з розвинутою цифровою економікою. Український інститут майбутнього. URL: https://strategy.uifuture.org/kraina-z-rozvinutoyu-cifrovoyu-ekonomikoyu.html.

13. Public institutions for sustainable development goals. Division for Public Institutions and Digital Government. *United Nations.* URL: https://publicadministration.un.org/en/Themes/Public-Institutions-for-SDGs.

14. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 р. № 386-р., Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80 (дата звернення: 14.03.2020).

15. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р, Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80 (дата звернення: 14.03.2020).

16. Цифрова адженда України – 2020. URL: https://ucci.org.ua/uploads/files/58e78ee3c3922.pdf (дата звернення: 14.03.2020).

17. Про адміністративні послуги : Закон України № 5203-VI від 06 вересня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17 (дата звернення: 14.03.2020).

18. Про затвердження Порядку ведення Єдиного державного порталу адміністративних послуг : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 січня 2013 р. № 13. Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/13-2013-%D0%BF (дата звернення: 14.03.2020).

19. Деякі питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади. Постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2019 р. № 829, Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/829-2019-%D0%BF (дата звернення: 14.03.2020).

20. Концепція розвитку електронного урядування в Україні. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р, Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80#n14 (дата звернення: 14.03.2020).

21. Деякі питання електронної взаємодії державних електронних інформаційних ресурсів. Постанова Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2016 р. № 606. Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/606-2016-%D0%BF (дата звернення: 14.03.2020).

22. Regulation (EU) № 910/2014 of the European parliament and of the council. On electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing. Directive 1999/93/EC of 23 July 2014. *Official Journal of the European Union. 2014.* URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L.2014.257.01.0073.01.ENG (дата звернення: 14.03.2020).

23. Духовна О. Україна «в цифрі»: напрямки реформування. *Юридична Газета.* 2019. № 45–46 (699–700). URL: https://yur-gazeta.com/publications/ practice/informaciyne-pravo-telekomunikaciyi/ukrayina-v-cifri-napryamki-reformuvannya.html (дата звернення: 14.03.2020).

24. Про електронні довірчі послуги : Закон України № 440-IX від 14 січня 2020 р. Київ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19 (дата звернення: 14.03.2020).

ПРЯМІЦИН В. Ю.,
викладач кафедри публічного права
(Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»)

КЛІПАНОВСЬКИЙ А. П.,
студент І курсу факультету соціології права
(Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»)

УДК 34.01
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.19

ЗНАЧЕННЯ КУЛЬТУРИ, ЇЇ ДУХОВНОГО АСПЕКТУ ТА КУЛЬТУРНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ ДЛЯ УКРАЇНИ В УМОВАХ СЬОГОДЕННЯ

У статті досліджено феномен культури, її духовного та матеріального аспектів, культурної функції держави як фундаментального чинника для розвитку держави в наш час. У праці викладені постановка проблем і шляхи їх вирішення, із застосуванням у своїй основі таких абстрактних предметів об'єму поняття духовного аспекту культури, як: «відповідальність», «взаємодопомога» та «взаєморозуміння», «чесність», «обов'язковість», «тактовність» тощо. Зокрема, у досліджені

вказано шляхи повного нівелювання або ж, унаслідок великої частки суб'єктивного чинника серед обраних сфер людського життя, хоча би відносного усунення суспільних колізій, що після здобуття Україною незалежності впродовж майже тридцяти років є перепонами на шляху до розвитку нашої країни у більшості важливих сфер державного будівництва. Зокрема, у праці розглянуто питання покращення виконання державою своїх функції завдяки культурі, її духовному аспекту, аргументуючи цю позицію так: шляхом до належного виконання своїх обов'язків працівником державного апарату є наявність у нього не лише фахових навичок і умінь, а й культурних якостей, які спонукатимуть державного службовця сумлінно та на користь суспільству застосовувати свій професіоналізм і нівелюють проблему високого рівня корумпованості серед української бюрократії. Також у статті розкрито проблему розмежування поглядів пересічних українців і працівників державних органів, що здебільшого полягає у відсутності розуміння й допомоги з боку перших та поступовій абстракції від нагальних суспільних інтересів другими. На нашу думку, вирішенням цієї колізії буде саме дотримання вищезгаданими суб'єктами (як одними, так і іншими) культурних норм, що характеризуються збільшення в кожної конкретно взятої особи рівня духовного аспекту культури. Також стаття містить дві ініціативи стосовно покращення відбору працівників апарату держави та збільшення рівня правової культури жителів України як елемента духовної культури.

Ключові слова: *культура, духовний аспект культури, культурна функція держави, функції держави, матеріальний аспект культури, працівники державного апарату.*

Pryamitsin V. Yu., Klipanovsky A. P. The importance of culture, spiritual aspects and the cultural function of the state for Ukraine in the conditions of the present

This article explores the phenomenon of culture, its spiritual and material aspects, the cultural function of the state as a fundamental factor for the development of the state in our time. The work presents the formulation of problems and ways of solving them, based on such abstract objects of the scope of the spiritual aspect of culture as: "responsibility", "mutual assistance" and "mutual understanding", "honesty", "obligation", "tact" and others. In particular, the study indicates the ways of complete elimination or, owing to a large part of the subjective factor among the chosen spheres of human life, at least relatively solve a number of social conflicts, which after Ukraine's independence for almost thirty years have been obstacles to the development of our country in most important areas of state-building. In particular, this work addresses the issue of improving the state's exercise of its functions through culture and its spiritual aspect, arguing this position as follows: by having not only professional skills but also the employee of the state apparatus, but also – cultural qualities that will encourage a civil servant to use his professionalism in good faith and for the benefit of society and counterbalance the next problem – a high level of corruption among the Ukrainian bureaucracy. The article also addresses the problem of differentiating the views of ordinary Ukrainians and government officials, which in most cases involves a lack of understanding and assistance from the former and a gradual abstraction from the urgent public interests of the latter. From our hand, the solution to this conflict will be the observance of the aforementioned subjects (both one and the other) of the cultural norms, which are characterized by an increase in the level of the spiritual aspect of culture in each individual person. The article also contains two initiatives to improve the selection of employees of the state apparatus and increase the level of legal culture of the people of Ukraine as an element of spiritual culture.

Key words: *culture, spiritual aspect of culture, cultural function of state, functions of state, material aspect of culture, employees of state apparatus.*

Вступ. Нині в політиці й у сфері державного будівництва велика увага приділяється економіці, правоохоронній діяльності, екологічним проблемам, але мало хто досліджує питання культурної функції держави та загалом феномену «культура», його духовного аспекту як методології та необхідного елемента успішного здійснення професійною державною бюрократією України своєї діяльності. Ця тематика не була б актуальною, якби в суспільстві існувала взаємна злагода між громадянами, що не наділені державно-владними повноваженнями, та державними службовцями. Тому, крім професійних навичок і знань, для працівників апарату держави, як і для інших громадян, попри наявність активного виборчого права, важливі також культурні чесноти, сутність і значення яких ми розглянемо в нашому дослідженні. Дотичними питаннями цікавилися такі вітчизняні вчені, як: В. Шестак, В. Карлова, А. Соловей, В. Штерн, О. Притуп, С. Чукут, В. Андрущенко, І. Ігнатченко, Н. Фесенко, О. Батіщева, які здебільшого досліджували феномен культури та відповідну функцію держави, праці яких ми й використовуватимемо для більш змістовного викладення матеріалу.

Постановка завдання. Мета статті – продемонструвати значущість культури та її духовного аспекту як для кожного громадянина України окремо, так і для розбудови держави загалом, довести необхідність належного ставлення до культурної функції держави поряд з іншими, розкрити сутність низки суспільних проблем і шляхи їх вирішення завдяки застосуванню предметау нашого дослідження.

Результати дослідження. «Культура» є досить багатозначним поняттям. Тому в різних джерелах ми отримаємо визначення, що будуть різнитися за змістом. Щоби уникнути непорозуміння, викликаного неоднозначністю досліджуваного явища, пропонуємо «домовитися про терміни», протягом цього дослідження використовувати найбільш поширене визначення поняття «культура». Воно характеризує його як сукупність матеріальних і духовних цінностей, створених людством протягом його історії; історично набутий набір правил усередині соціуму для його збереження та гармонізації [1].

Через абстрактність та відносність культуру часто піддають поділу за видозміною основи, тобто класифікації. Зокрема, за зв'язком із релігією культуру поділяють на релігійну та світську, за зв'язком із територією – на сільську та міську, за етнічною приналежність культуру класифікують на народну, національну, етнічну. Прикладів поділу культури за різними критеріями можна навести чимало, проте під час нашого дослідження вони не матимуть вагомого значення. Куди важливішим є такий поділ, який пропонуємо використовувати для кращого проникнення в сутність проблеми та розуміння предмета вивчення взагалі. Це буде поділ поняття «культура» на два такі: «матеріальний аспект культури» і «духовний аспект культури». Спробуємо дати їм визначення. Пропонуємо матеріальним аспектом культури вважати всі матеріальні культурні блага, що виходять за рамки абстрактного аспекту та є видимими, тобто мають певну форму. Це може бути якась споруда, на кшталт театру, кам'яної історичної фортеці, закладу освіти, або ж будь-яка інша позабудівнича пам'ятка, що має певний культурний зміст, як-от: ікона, книга, булава чи хоругва козаччини тощо. Насправді, предмети, що становлять об'єм матеріального аспекту культури, перелічити практично неможливо, адже вони оточують нас майже всюди, але головними ознаками, якими вони характеризуються, є: 1) матеріальна форма; 2) культурний зміст. Звичайний житловий будинок не входить у матеріальний аспект культури, тому що, хоч і має форму, проте без культурного змісту; а такі поняття, як «ввічливість», «стриманість», «повага», «взаємодопомога» та подібні, незважаючи на те, що безпосередньо пов'язані з культурою, не мають формального змісту, тому також не є предметами матеріального аспекту культури. Проте вони складатимуть об'єм наступного поняття, що утворилося внаслідок нашого поділу культури – духовного аспекту культури. Пропонуємо визначати його як усі духовні, нематеріальні блага, що не мають конкретного формального вираження, однак сповнені культурного змісту. Наприклад: «добро», «любов», «толерантність», «тактовність» тощо.

Держава є вагомим суб'єктом впливу на культуру в суспільстві, адже виконує свою культурну функцію. Перед її розглядом дамо визначення поняттю «функції держави». Їх характеризують як головні напрями діяльності держави з вирішення загальносуспільних

справ громадянського суспільства, узгодження та забезпечення інтересів його суб'єктів [2, с. 25] .

За сферами діяльності функції держави поділяють на внутрішні (що забезпечують внутрішню політику держави) та зовнішні (що забезпечують зовнішню політику держави). Серед зовнішніх виділяють культурну функцію, яку ще називають «гуманітарною», однак саме до внутрішніх функцій держави і входить та культурна функція, яка є об'єктом даного дослідження, її ще називають «духовною» (надалі, коли згадуємо поняття «культурна функція держави», буде йтися лише про неї). Виходячи із визначення поняття «функції держави», доходимо висновку, що культурна функція держави – це основні напрями та види її діяльності в культурній сфері. Фундаментом і основою для здійснення відповідної функції виступає формальне вираження правил поведінки у вигляді правових норм, які покликані регулювати питання культури в Україні. Базовими джерелами таких норм є Основний закон нашої держави – Конституція України [3], а також Закон України «Про культуру» [4].

У нашому опитуванні [5] ми вирішили дізнатися думку респондентів щодо значущості культурної функції держави серед інших внутрішніх функцій: соціальної, економічної, правоохоронної й екологічної. Кожний з опитуваних розташовував у порядку зростання (від одного до п'яти) функції держави так, що чим більшу цифру ми приписуємо певному варіанту, тим більшою вважаємо його значущість. Проаналізувавши відповіді, робимо висновок, що, на думку респондентів, найбільш важлива економічна функція (5:45), наступними йдуть правоохоронна (5:42), соціальна (5:28), екологічна (5:24), останньою – культурна функція (5:23). А даючи відповідь на запитання: «Як ви вважаєте: на якому рівні перебуває культурний розвиток працівників державного апарату?», респонденти віддали перевагу такій характеристиці: середній рівень культурного розвитку – «далеко не все гаразд у цьому питанні, однак жити можна»; наступна за популярністю відповідь опитуваних була такою: «Розвиток культури у працівників державного апарату досить низький: одиниці тих, хто володіє культурним розвитком». Отримавши результати, можна зробити висновок, що проблеми належної важливості культурної функції держави та наявності культурного розвитку в осіб, що володіють повноваженнями в державному апараті, є, проте вони не катастрофічні, а їх вирішення буде основоположним за успішного державного будівництва. Тому що головне завдання держави – виконувативсі свої функції належним чином, що й «забезпечуватиме інтереси її суб'єктів». Однак у механізмі держави працюють звичайні люди, які, попри професійні знання та навички, повинні володіти ще й іншими якостями, що будуть необхідними для задовільного здійснення ними своїх повноважень. Відповідними якостями можна назвати такі: відповідальність, обов'язковість, чесність, навички комунікації й інші. Усі вони становлять об'єм духовного аспекту культури, а отже, і самої культури також. Це доводить те, що, відволікаючись від професійних навичок і будучи впевненими в їх наявності в кожної службової та посадової особи державного апарату, можна стверджувати, що головне завдання держави (тобто виконання своїх функцій) перебуває у причинно-наслідковому зв'язку із культурою: наявність певних культурних якостей у єдиноначальних і колективних суб'єктів здійснення державної влади, поєднання їх із профільними знаннями та вмінням їх використовувати є тими двома основними умовами, що забезпечують здійснення цією посадовою особою або колегіальним органом своїх обов'язків, отже, функцій держави загалом, зокрема й економічної, правоохоронної, соціальної й екологічної.

Важливою прерогативою духовного аспекту культури стосовно держави та політичної влади є те, що він сприятиме зменшенню рівня корумпованості. Серед вищеперелічених предметів об'єму духовного аспекту культури, які ми класифікували як необхідні для працівників апарату держави, ми назвали чесність. Це поняття також є досить абстрактним, проте його значення під час розбудови держави досить важливе, адже може виступати, хоч і неформальним, проте досить дієвим «органом протидії корупції». Застосувавши метод порівняння, згадаємо про один із засобів нівелювання рівня корумпованості в Нідерландах, де важливу роль щодо цього відіграє культура, але не як атрибут особистості, а як соціальне поняття, як форма взаємодії людей у суспільстві. Посилання на культуру цілком правомірне,

оскільки основним принципом національної антикорупційної політики Нідерландів є «стимулювання чесності (promotion of integrity)», що безпосередньо стосується суспільної культури [6]. Продемонструймо належний розвиток подій в Україні: державний службовець, отримавши державно-владні повноваження й керуючись культурою та тими цінностями, які вона передбачає, виконуватиме свої професійні обов'язки належним чином, цілком абстрагувавшись від такого поняття, як «корупція», а такоиж суміжних із ним.

Однак це ще далеко не всі переваги культури й елементів її поділу, адже поряд із покращенням рівня здійснення функцій держави та зменшенням рівня корумпованості у службових і посадових осіб предмет нашого дослідження може виступити як засіб для унормування відносин між державою та громадянином України, тобто між публічним управлінцем, чиновником та іншими громадянами. Використавши логічний метод дослідження та застосувавши індукцію через простий перелік, ми можемо зробити висновок, що здебільшого під час голосування на виборах до органів державної влади чи органів місцевого самоврядування між кандидатом і виборцем наявна колізія бачення подальшого розвитку подій. Однак за наявності розвинутого духовного аспекту культури у вищезгаданих суб'єктів відповідна проблема зникне. Спробуємо це довести: громадянин України, що бере участь у голосуванні, будучи культурно розвинутим, уже не чекатиме надто швидких позитивних змін, вимагаючи їх від обраного кандидата з певним обуренням, а допомагатиме йому, підтримуючи представника державної бюрократії. А відповідний чиновник, за наявності в нього розвинутого рівня культури, чітко знатиме свої обов'язки та сумлінно працюватиме з метою досягнення позитивних для виборців цілей, особливо коли отримав від них підтримку та довіру. Цього буде важко досягти, адже стикатимуться два діаметрально протилежні інститути: «сильна бюрократія» та «демократія», проте якщо за допомогою культури, передусім її духовного аспекту, буде знайдена їхня спільна точка дотику, то відповідне унормування та налагодження відносин між державним апаратом і громадянами стане чинником розвитку та розбудови «сильної держави».

Проте культура має бути не вдаваною, а такою, що ґрунтується на внутрішніх переконаннях і принципах кожної особи. На прикладі працівників Національної поліції України науковець стверджує, що виховання культури спілкування не зводиться до засвоєння норм «красивої поведінки», тому що глибинно ці норми поведінки пов'язані з моральними принципами, моральними цінностями. Зовнішня культура поведінки є відбиттям прояву і вираження культури внутрішньої, усього духовного світу і складу особистості. Отже, набути навичок культурної поведінки не означає «завчити» відповідні правила, а потім механічно застосовувати їх у спілкуванні, таке «долучення» до культури мало що дасть і мало чого варте. Необхідно інше – зрозуміти, перейнятися усвідомленням великого людського сенсу, закладеного в ці зовнішні форми. Тоді правила хорошої поведінки, краса спілкування стануть нашим переконанням, «другою натурою», дотримання їх буде приносити людині почуття задоволення і радості [7].

Виходячи із вищезазначених досліджень, об'єктивним буде зауваження щодо джерел набуття вищеперелічених якостей як громадянами, не наділеними державно-владними повноваженнями, так і працівниками державного апарату, адже поняття «духовний аспект культури» є досить широким, має у своєму об'ємі багато різноманітних предметів, тому й джерела в нього різні, які також можуть поділятись на формальні та нематеріальні. Предмети духовного аспекту культури частково також є об'єктами здійснення державної влади, однак у нашому дослідженні стосовно здійснення культурної функції держави ми охопимо більше ту сторону джерел духовного аспекту культури, що мають певну форму, тобто за основу візьмемо «матеріальний аспект культури», який здебільшого перебуває у причинно-наслідковому зв'язку із другим елементом нашого поділу культури. Наприклад, такі поняття, як «заклад вищої освіти, «загальноосвітня школа», «книга», «театр», «кінотеатр», «церква», «центр культури й мистецтв» тощо, можуть виступати джерелами для нематеріальних понять, як-от: «знання», «етика», «повага», «любов», «відповідальність» тощо.

Науковець обґрунтовує дотичне до нашого питання так: елементи системи культури (заклади, заходи, дії тощо) і виступають певними орієнтирами для визначення напрямів діяль-

ності держави щодо реалізації її культурної функції; стабільність їх існування та розвитку має бути забезпечена державою, що й повинно знайти свій прояв у впорядкуванні державно-владних повноважень компетентними органами держави та їх посадовими особами під час адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, які виникають у цій сфері [8].

Тому за реалізації своєї культурної функції державу можна вважати вторинним, або ж похідним, джерелом духовного аспекту культури, адже вона, за допомогою правотворчості та правозастосування, регулює відповідні відносини, що й забезпечують наявність і функціонування необхідних елементів матеріального аспекту культури.

Висновки. Суспільна проблема нестачі культури та її духовного аспекту в більшості громадян України існує, проте, як уже було доведено, після спроби її вирішення відбудуться значні позитивні зміни у житті як окремо взятої особи, так і всієї держави. Це втілиться в покращенні здійснення всіх державних функцій, зменшенні рівня корумпованості серед державних чиновників, унормуванні відносин між працівниками, що мають державно-владні повноваження, і тими, у яких вони відсутні.

Однак констатації суспільної проблеми недостатньо, варто вживати заходів для її вирішення. Тому ми пропонуємо дві ініціативи: одна спрямована на зменшення рівня корупції в органах державної влади, а інша – на інформування громадян про нагальні проблеми, пов'язані із правом, отже, на зростання у громадян України рівня правосвідомості як невід'ємного елемента духовного аспекту культури.

Що стосується першої пропозиції, то вона така: збільшення повноважень Громадської ради доброчесності (колегіальний орган із двадцяти членів, що утворився з метою сприяння Вищій кваліфікаційній комісії суддів України у встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання) [9] щодо поширення її юрисдикції не лише на кандидатів на посаду суддів, а й на всіх державних службовців категорії «А». Відповідні положення потребують внесення змін до всіх нормативно-правових актів, що регулюють відносини вступу, проведення конкурсу та висунення кандидатури на посаду державної служби (якщо положення стосуються працівників категорії «А»), щодо умов вступу на службу. З метою недопущення колізії щодо обмеження конституційно передбаченого пасивного виборчого права висновки Громадської ради доброчесності матимуть диспозитивний характер.

Друга ініціатива передбачає створення короткометражних відеороликів і аналогічного змісту аудіозаписи. Зміст кожного запису буде різнитися: від зрозуміло викладеного та необтяженого юридичними поняттями регламенту Верховної Ради України, процесу ухвалення нормативно-правових актів до пояснення актуальних питань податкового законодавства. Усі вищеназвані види інформування будуть виконувати таку функцію: ознайомлювати громадян щодо правових питань, що можуть бути важливими, цікавими для них, сприяти збільшенню правосвідомості як елемента духовного аспекту культури; для фізичних осіб різного віку вони покликані також виконувати такі завдання: нівелювати кількість суперечностей між органами державної влади та громадянами, бо останні знатимуть повноваження перших, регламент їхньої роботи, процес виконання завдань, а за наявності відповідних знань фізичні особи, що не наділені державно-владними повноваженнями, зрозуміють усю складність роботи чиновників, намагатимуться їм якимось чином допомогти; для суб'єктів господарської діяльності названі записи ставатимуть хорошим інформатором стосовно актуальних для них питань.

Список використаних джерел:

1. Василюк В., Ярмощук О. Соціокультурні принципи в сучасній науці та освітніх технологіях фізичної культури. URL: http://journals.uran.ua/sciencerise/article/viewFile/63515/60295.

2. Опришко В. Правознавство. КНЕУ. Київ, 2003. 767 с.

3. Конституція України : Закон № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. 1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

4. Про культуру : Закон України № 2778–VI / Верховна Рада України. 2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2778-17.

5. Власне опитування. URL: https://docs.google.com/forms/d/1FsbUrTf67W-VQ1iKwyqteu5TCkRPnXTCGOGLp6CIUEE/edit#responses.

6. Шкуропат О. Міжнародний досвід антикорупційної політики. *Науковий вісник Академії муніципального управління.* Серія «Управління». 2014. № 1. URL: file:///D:/%D0%97%D0%B0%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%BA%D0%B8/Nvamu_upravl_2014_1_46%20(1).pdf.

7. Прібиткова Н. Загальні положення етикету працівників Національної поліції. *Сучасні проблеми правового, економічного та соціального розвитку держави :* матеріали V Міжнародної науково-практичної конференції, 18 листопада 2016 р., Харківський національний університет внутрішніх справ. 2016. URL: file:///D:/%D0%97%D0%B0%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%BA%D0%B8/DzRafswJTCImEGPJRLN7NqNLT4TjrXRS%20(2).pdf.

8. Шестак В. До визначення змісту поняття «культура» як об'єкта культурної функції держави. *Теоретичні проблеми правознавства.* 2010. URL: file:///D:/%D0%97%D0%B0%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%BA%D0%B8/VKhnuvs_2010_2_3%20(1).pdf.

9. Про судоустрій та статус суддів : Закон України № 1402–VIII / Верховна Рада України. 2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n855.

ТИХОМИРОВ Д. О.,
кандидат юридичних наук,
докторант докторантури та ад'юнктури
(Національна академія внутрішніх справ)

УДК 34.0; 340; 351.861
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.20

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ У СФЕРІ БЕЗПЕКИ

Метою статті є загальна характеристика міжнародних і європейських стандартів у сфері безпеки. Методологічну основу становлять методи, що дали змогу отримати обґрунтовані та логічно вивірені висновки, зокрема метод герменевтики, що дав можливість опрацювати тексти доктринальних і нормативних джерел, метод порівняння, що дав змогу виявити особливості розуміння стандарту в законодавстві, теоретико-юридичний метод, що дав можливість сформувати авторське визначення поняття «стандарт у сфері безпеки». У статті визначено розуміння стандартів у сфері безпеки, здійснено типологізацію розуміння стандартів у законодавстві України та міжнародно-правових актах. На основі аналізу нормативних джерел і поєднання окремих підходів у розумінні стандартів під стандартом у сфері безпеки як узагальненим поняттям пропонується розуміти правила, настанови, мінімальні нормативні вимоги, характеристики, що висуваються до певного виду діяльності або її результатів, що спрямовані на підтримання допустимого рівня безпеки, формуються компетентними органами, установами на основі консенсусу та сприймаються всіма адресатами як добровільне зобов'язання. Суб'єктами стандартизації у світі є значна кількість уповноважених на те урядових і неурядових організацій, що професійно займаються виробленням стандартів у сфері своєї діяльності. Серед них можна назвати ISO, BSI, IEC, ARINC, Ethernet Alliance, NSF International тощо. Міжнародні стандарти в сучасній європейській практиці є основою для формування

національного законодавства, де серед іншого мають місце національні стандарти, запровадження яких здійснюється в процесі правового регулювання на законодавчому та підзаконному рівнях.

Ключові слова: *стандарт, міжнародний стандарт, безпека, розуміння стандарту.*

Tikhomirov D. O. International security standards

The purpose of the article is a general description of international and European standards in the field of security. The methodological basis was the methods that allowed to obtain sound and logically valid conclusions, in particular, the method of hermeneutics, which allowed to study the texts of doctrinal and normative sources, the method of comparison, which gave the opportunity to reveal the peculiarities of understanding the standard in the legislation, the theoretical and legal method, the author's definition of a standard in the security field. The article defined the understanding of standards in the field of security, typologized the understanding of standards in the legislation of Ukraine and international legal acts. Based on the analysis of regulatory sources and the combination of individual approaches to understanding standards under the standard in the field of security, as a generic concept, it is proposed to understand the rules, guidelines, minimum regulatory requirements, characteristics that are brought to a certain activity or its results, aimed at maintaining the permissible level are formulated by the competent authorities, by consensus, and are perceived by all addressees as voluntary commitment. Standardization entities in the world are represented by a large number of government and non-governmental organizations, which are professionally engaged in the development of standards in their field of activity. These include ISO, BSI, IEC, ARINC, Ethernet Alliance, NSF International and more. International standards in modern European practice are the basis for the formation of national legislation, where, among other things, there are national standards, the implementation of which is carried out in the process of legal regulation at the legislative and regulatory levels.

Key words: *standard, international standard, security, understanding of the standard.*

Вступ. Стандартизація у сфері безпеки є важливим питанням сучасного світу. Міжнародні та національні організації зі стандартизації впроваджують настанови й вимоги у сфері безпеки шляхом видання відповідних документів з метою не лише уніфікації діяльності, а й надання рекомендацій щодо діянь для забезпечення й підтримання безпеки в конкретних сферах діяльності людини. Міжнародна організація ISO (від грецької isos – Міжнародна організація зі стандартизації) за час своєї діяльності видала більше ніж двісті тисяч стандартів, що розповсюджують свій вплив на всі сфери діяльності людини, розпочинаючи від якості харчової продукції й закінчуючи вимогами до складних механічних та електронних систем.

Стандарти у сфері безпеки є постійним предметом дослідження науковців. Останнім часом у незалежній Україні активізується напрям дослідження безпеки і стандартів в інформаційній сфері, представниками якого є А. Гуз, О. Горяна, В. Ситниченко та інші. У сфері економіки стандарти безпеки досліджувалися І. Іполітовою, Ю. Якубенко, проте у зв'язку з достатньо новітньою тематикою не всі аспекти цього питання досліджені й напрям ролі міжнародних стандартів у сфері безпеки залишається мало розвиненим у науковому просторі.

Постановка завдання. У зв'язку з цим метою статті є загальна характеристика міжнародних і європейських стандартів у сфері безпеки.

Для досягнення поставленої мети підлягають вирішенню такі завдання:

– проаналізувати розуміння терміна «стандарт у законодавстві» та на основі цього запропонувати авторське визначення терміна «стандарт у сфері безпеки»;

– охарактеризувати найбільш розповсюджені міжнародні стандарти в сфері безпеки.

Методологічну основу дослідження становили методи, що дали змогу отримати обґрунтовані та логічно вивірені висновки, зокрема метод герменевтики, що дав можливість опрацювати тексти доктринальних і нормативних джерел, метод порівняння, що дав змогу виявити особливості розуміння стандарту в законодавстві, теоретико-юридичний метод, що дав можливість сформувати авторське визначення поняття «стандарт у сфері безпеки».

Результати дослідження. Аналіз нормативно-правових актів країн Європейського Союзу дає можливість знайти визначення терміна «стандарт» як технічної специфікації необов'язкового характеру, що затверджена визнаним органом стандартизації для постійного чи повторюваного використання [1]. Основною особливістю цього визначення можна вказати про необов'язковість відповідності встановленим стандартам, отже, можна зробити висновок, що європейське законодавство розуміє стандарти як щось бажане, рекомендоване, перспективне, але не обов'язкове для виконання навіть у межах самого Європейського Союзу. Схоже розуміння стандарту є й в угодах країн Співтовариства незалежних держав, що хоча й має інше визначення з певними уточненнями, хоча необов'язковість дотримання стандартів там також має місце [2].

При цьому ж існування беззаперечних вимог щодо відповідності діяльності суб'єктів права прийнятим стандартам можна знайти в окремих міжнародно-правових документах, таких як угода між урядом України та Республіки Польща, де зазначається, що стандарт – це будь-яка вимога до фізичних характеристик, конфігурації, матеріальної частини, технічних характеристик, персоналу або правил і до іншого, про що йдеться в статті 37 Конвенції про міжнародну цивільну авіацію, однакове застосування якої визнається необхідним для забезпечення безпеки або регулярності міжнародної аеронавігації та якої дотримуватимуться Договірні Сторони відповідно до Конвенції; у разі неможливості дотримання стандарту до Міжнародної організації цивільної авіації в обов'язковому порядку направляється повідомлення згідно зі статтею 38 Конвенції [3].

Закон України «Про стандартизацію» визначає стандарт як нормативний документ, заснований на консенсусі, прийнятий визнаним органом, що встановлює для загального й неодноразового використання правила, настанови або характеристики щодо діяльності чи її результатів, спрямований на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері. При цьому прямо не зазначається, чи є стандарти вимогою абсолютною, що не може бути порушена.

Проте варто зазначити, що в більшості випадків законодавець України частіше оперує не загальним поняттям «стандарт», а різноманітними уточненими та конкретизованими, наближеними до предметної сфери впливу термінами, такими як стандарт початкової, середньої освіти, стандарт якості, стандарт адміністративної послуги, стандарт якості ІКАО тощо.

Аналізуючи розуміння стандартів, можемо їх розподілити на чотири групи. Перша група – це розуміння стандарту, за яким його сутність спрямована на регулювання результативності діяльності. Таким прикладом стандартів є стандарти у сфері вищої освіти, що розробляються для кожного рівня вищої освіти в межах кожної спеціальності відповідно до Національної рамки кваліфікацій і використовуються для визначення й оцінювання якості вищої освіти та результатів освітньої діяльності закладів вищої освіти (наукових установ), результатів навчання за відповідними спеціальностями. Отже, стандарт визначає сукупність мінімально необхідних вимог, що висуваються більше до результату діяльності, аніж до самого процесу її здійснення. Це виявляється в передбаченості стандартами сукупності компетентностей, знань, умінь і навичок, що будуть отримані особами, які здобувають освіту в процесі навчання, та напряму на оцінювання якості й «результатів освітньої діяльності».

Другою групою є визначення стандарту як регулювання процесу діяльності. Прикладом такого варіанта є стандарт надання адміністративної послуги, розуміння якого передбачено в Постанові Кабінету Міністрів України як акта, який видається суб'єктом відповідно

до нормативно-правових актів, що визначають порядок надання адміністративної послуги, і містить інформацію про адміністративну послугу й процедуру її надання, зокрема умови та відповідальних осіб [4]. Установлювати стандартом адміністративної послуги права й обов'язки громадян забороняється. Це розуміння спрямовано на не результативність діяльності, а її процедурно процесуальний порядок і ніяким чином не впливає на вимоги щодо кінцевого результату адміністративної діяльності компетентного суб'єкта.

Третьою групою є стандарт як відносне оціночне поняття. Таким прикладом є термін «стандарт якості» (у напрямі регулювання обігу донорської крові), що визначається нормативно-правовим актом як вимоги, що є основою для порівняння [5].

Четвертим варіантом розуміння стандарту є його вияв у конкретних технічних, поведінкових та інших вимогах, що висувається до виду діяльності. Одним із розповсюджених і прийнятих для використання в міжнародній спільноті стандартів такого виду є стандарт ІКАО – вимоги до фізичних і технічних характеристик, конфігурації, матеріальної частини, персоналу або правил, однакове застосування яких визнається необхідним для забезпечення безпеки, регулярності й ефективності міжнародної аеронавігації У цьому разі визначаються не тільки самі вимоги до процесу діяльності, а й сама мета існування стандарту – забезпечення безпеки.

На основі викладеного можна сформулювати певне узагальнене поняття стандарту, що дало б змогу поєднати різні авторські підходи. Так, стандарт у сфері безпеки можна розуміти як правила, настанови, мінімальні нормативні вимоги, характеристики, що висуваються до певного виду діяльності або її результатів, які спрямовані на підтримання допустимого рівня безпеки, формуються компетентними органами, установами на основі консенсусу та сприймаються всіма адресатами як добровільне зобов'язання.

Безпека є складним багатогранним явищем, що існує в суспільстві. Сама по собі безпека в її філософському розумінні не є предметом правового регулювання. Саме тому законодавство України та міжнародно-правові акти під час регулювання суспільних відносин у сфері безпеки акцентують свою увагу не на безпеку, а на конкретні її види та прояви. Аналіз законодавства окремих держав, міжнародних нормативно-правових актів дає змогу зробити висновок, що у правових текстах фіксується декілька видів безпеки, серед яких найбільш актуальним варто визнати сферу інформаційної безпеки, безпеки охорони праці, безпеки довкілля або екологічної безпеки, безпеки підприємництва тощо. Усі вони в сукупності й створюють складне, багатовимірне явище – сфера безпеки.

Одними з найбільш розповсюджених організацій зі стандартизації у світі є «ISO» – незалежна недержавна організація, до діяльності якої залучені національні органи зі стандартизації, та BSI (British Standards Institution). Проте варто вказати, що, крім названих вище суб'єктів, натепер існує більше ніж 400 організацій, що тим або іншим чином задіяні в галузі стандартизації, серед них виділяють і спеціалізовані, які діють у рамках окремо взятої сфери або напряму діяльності, такі як: ARINC (Aeronautical Radio Incorporated), що діє в галузі систем комунікацій і системних досліджень за напрямами: авіація, аеропорти, оборона, держава й перевезення вантажів (https://www.aviation-ia.com/), Ethernet Alliance, метою якого є розроблення стандартів технологій Ethernet, спрямованих на швидкісну та захищену передачу даних (https://ethernetalliance.org/), ECBS (Європейський комітет банківських стандартів), який діє у сфері банківської інфраструктури (https://www.ecbs.org/), NSF International – міжнародна неурядова некомерційна організація, що займається створенням стандартів у сфері безпеки й захисту здоров'я та навколишнього середовища (https://www.nsf.org/), тощо.

Діяльність британського інституту стандартизації в основному спрямована на розроблення й упровадження стандартів у напрямах забезпечення функціонування систем менеджменту, оцінювання та сертифікації продукції тощо. Одним із провідних стандартів Британського інституту вважається BS 7799, що діє у сфері інформаційної безпеки й узятий за основу для розроблення міжнародного стандарту ISO 27002, який здійснює регулювання в інформаційній безпеці та вважається еталоном для сучасного світу. Зокрема, цей стандарт передбачає напрями регулювання в таких сферах інформаційної безпеки, як політика

безпеки, організація інформаційної безпеки, безпека персоналу, управління ризиками та загрозами інформаційної безпеки, відповідність нормативним вимогам тощо.

Якщо проаналізувати стандарти, створені ISO, за їх офіційним класифікатором ICS, можна знайти більше ніж 13 груп стандартів, що прямо або опосередковано стосується стандартів у сфері безпеки та мають назву «Environment. Health protection. Safety» (навколишнє середовище, захист здоров'я та безпека).

Важливою для міжнародного співтовариства є стандартизація у сфері екологічної безпеки. Тут можна навести як приклад наявність стандартів ISO серії 14000 «Системи екологічного управління», що повністю присвячено регулюванню вимог щодо впливу певної діяльності на навколишнє середовище з метою мінімізації впливу та забезпечення екологічної безпеки.

Так, стандарт ISO 14040 передбачає екологічні вимоги й можливі екологічні впливи, що відбуваються протягом життєвого циклу продукції. Стандарт передбачає вимоги, що висуваються до продукції, розпочинаючи з етапу придбання сировини, виготовлення, експлуатації, обробки переробки в кінці життєвого циклу й закінчуючи кінцевою утилізацією продукції, і спрямований на мінімізацію шкоди або її повну нейтралізацію [6].

Не менш важливим для сфери безпеки екології є стандарти ISO 14060. Сімейство цих стандартів спрямоване на забезпечення чіткості й послідовності для кількісного визначення, моніторингу, звітування щодо викидів парникових газів, підтримки сталого розвитку діяльності через стимулювання переходу на низьковуглецеву економіку. Цей стандарт у сфері екологічної безпеки допомагає в забезпеченні єдності застосування кількісних показників парникових газів. Використання й упровадження стандарту підвищує надійність і прозорість кількісного визначення, об'єктивність моніторингу викидів парникових газів. Зокрема, цей стандарт передбачає розроблення й упровадження стратегій управління парниковими газами, заходів щодо мінімізації негативних наслідків шляхом скорочення викидів. Цей стандарт можна використати не тільки для здійснення діяльності окремого підприємства або галузі підприємництва, а й для розроблення національних програм із захисту й покращення екологічної ситуації.

Стандарти ISO також передбачають регулювання й у сфері безпеки ведення підприємницької діяльності. Як приклад можна навести існування стандартів серії ISO 28000. Ці стандарти мають на меті допомогти забезпечити безпеку в системі менеджменту безпеки ланцюга постачання. Змістовно стандарт передбачає правила та вимоги в системі менеджменту безпеки підприємства та включає низку положень, що належать до сфер оцінювання, управління та нейтралізації ризиків фізичних погроз, ризиків виходу з ладу устаткування, загроз, що йдуть від різноманітних природних явищ, загроз ризиків з боку зацікавлених сторін (невиконання обов'язкових вимог або заподіяння збитку репутації чи бренду у зв'язку з неконкурентною діяльністю інших підприємств) тощо.

Разом із положеннями про зменшення витрат, оптимізацію діяльності закріплюються положення про безпеку людини, що передбачено стандартами ISO 39001 – «Система менеджменту безпеки дорожнього руху» та ISO 45001 – «Система менеджменту охорони здоров'я та безпеки праці». Серед основних напрямів регулювання цих стандартів, що пов'язані з безпекою людини, можна навести єдину глобальну систему охорони здоров'я та безпеки праці на підприємствах будь-якого розміру, організацію переміщення транспорту з урахуванням особливостей доріг, транспортних потоків, можливих транспортних засобів, якими керують, роботу з персоналом щодо оцінювання працездатності особи з урахуванням таких факторів, як утома, можливе вживання алкоголю та його наслідки тощо.

Висновки. 1. Розуміння стандарту не є тотожним і єдиним. Нормативно-правові акти дають різне визначення терміна «стандарт», що зумовлюється специфікою сфери правового регулювання цього нормативно правового акта. На основі аналізу нормативних джерел і поєднання окремих підходів у розумінні стандартів під стандартом у сфері безпеки як узагальненим поняттям пропонується розуміти правила, настанови, мінімальні нормативні вимоги, характеристики, що висуваються до певного виду діяльності або її результатів, що

спрямовані на підтримання допустимого рівня безпеки, формуються компетентними органами, установами на основі консенсусу та сприймаються всіма адресатами як добровільне зобов'язання.

2. Суб'єктами стандартизації у світі є значна кількість уповноважених на те урядових і неурядових організацій, що професійно займаються виробленням стандартів у сфері своєї діяльності. Серед них можна назвати ISO, BSI, IEC, ARINC, Ethernet Alliance, NSF International тощо.

3. Міжнародні стандарти в сучасній європейській практиці є основою для формування національного законодавства, де серед іншого мають місце національні стандарти, запровадження яких здійснюється в процесі правового регулювання на законодавчому та підзаконному рівнях.

Список використаних джерел:

1. О процедуре предоставления информации в области технических стандартов и регламентов, а также правил оказания услуг в информационном обществе : Директива Европейского парламента и Совет ЕС от 22 июня 1998 г. № 98/34/EC1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b11/ed20061120#n71.

2. Про технічні бар'єри в зоні вільної торгівлі Угода, затверджені із застереженням Постановою Кабінету Міністрів України від 31.05.2006 № 783 (783-2006-п). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_a48/ed20060629/find?text=%D1%F2%E0%ED%E4%E0%F0%F2.

3. Про повітряне перевезення : Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Польща від 12.03.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_197/ed20130312#n31.

4. Про заходи щодо упорядкування адміністративних послуг : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2009 р. № 737. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/737-2009-%D0%BF/ed20130508/find?text=%D1%F2%E0%ED%E4%E0%F0%F2+%E0%E4%EC%B3%ED%B3%F1%F2%F0%E0%F2%E8%E2%ED%EE%BF+%EF%EE%F1%EB%F3%E3%E8.

5. Про затвердження Положення для установи переливання крові (щодо організації управління системою якості і безпеки донорської крові та її компонентів) : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 14.12.2010 № 1112. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0310-11/ed20110325/find?text=%D1%F2%E0%ED%E4%E0%F0%F2+%FF%EA%EE%F1%F2%B3.

6. Online Browsing Platform. ISO 14040:2006 Экологический менеджмент. Оценка жизненного цикла. Принципы и структурная схема. URL: https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14040:ed-2:v1:ru.

ТОЛКАЧОВА І. А.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного
та адміністративного права
(Національний авіаційний університет)

ТКАЧЕНКО Є. М.,
студентка ІІ курсу юридичного
факультету
(Національний авіаційний університет)

УДК 341.64 (045)
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.21

СТАН ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УКРАЇНОЮ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

У статті досліджується рівень захисту прав людини, оскільки він є показником правової держави. Незважаючи на те що останнім часом одним із основних напрямів внутрішньої та зовнішньої політики України є саме утвердження й забезпечення прав людини, простежуються численні порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і неврахування практики Європейського суду з прав людини під час здійснення правосуддя й невиконання його рішень в Україні, хоча це є невід'ємним складником європейської інтеграції. Рішення Європейського суду з прав людини мають бути орієнтиром для держави, яка прагне не допустити порушень Конвенції. Національні суди під час здійснення правосуддя повинні дотримуватися загальноприйнятих стандартів захисту прав людини та скорегувати власну правозастосовну практику. Станом на сьогодні в Україні, на жаль, простежуються численні порушення Конвенції, про що свідчить значна кількість позовів у Європейському суді з прав людини проти нашої держави. Для країни, що прагне до євроінтеграції, це є неприйнятним.

У статті визначено актуальні проблеми, що унеможливлюють належну імплементацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Висвітлено основні причини невиконання Конвенції та рішень Європейського суду з прав людини, запропоновані способи подолання цих проблем шляхом проведення відповідних реформ. Національним судам варто ефективно розвивати практику застосування правових позицій Європейського суду з прав людини, частіше використовувати прецедентне право. На відповідні компетентні органи державної влади має бути покладено завдання щодо здійснення правозастосовної практики на основі Конвенції з урахуванням рішень Європейського суду з прав людини. Але потрібно враховувати, що виконання цієї практики буде неможливим без корегування недоліків судової системи України.

Ключові слова: *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, правозастосування, євроінтеграція, імплементація.*

Tolkachova I. A., Tkachenko Ye. M. State of implementation by Ukraine of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

The article examines the level of human rights protection since it is an indicator of the rule of law. In spite of the fact that in recent years one of the main directions of the domestic and foreign policy of Ukraine is the promotion and protection of human rights, there are numerous violations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the failure to take into account the practice of the European Court of Human Rights when administering justice and non-enforcement of its decisions in Ukraine, although this is an integral part of European integration. The decisions of the European Court of Human Rights should be a benchmark for a state that intends to prevent violations of the Convention. In the administration of justice, national courts must adhere to generally accepted standards of human rights protection and adjust their own law enforcement practice. As of today, unfortunately, numerous violations of the Convention are found in Ukraine, what is evidenced by the large number of claims in the European Court of Human Rights against our country. This is unacceptable for a country seeking European integration.

The article identifies actual problems that make it impossible to properly implement the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The main reasons for the failure to comply with the Convention and the decisions of the European Court of Human Rights are highlighted, and ways of overcoming these problems are proposed through appropriate reforms. National courts should effectively develop the practice of applying the legal position of the European Court of Human Rights, and more often use case law. The relevant competent public authorities should be entrusted with the implementation of law enforcement practice based on the Convention, taking into account the decisions of the European Court of Human Rights. However, it should be taken into account that implementation of this practice will not be possible without correcting the shortcomings of the judicial system of Ukraine.

Key words: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, law enforcement, European integration, implementation.*

Вступ. Україна, прагнучи вступити до Європейського Союзу, здійснює євроінтеграційні реформи. Це породжує необхідність імплементації Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Однак інтеграція правових позицій Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Європейський суд) у судову систему України є нелегкою справою. Тому підвищується необхідність створення механізму, за допомогою якого українське судочинство зможе змінити підхід і відповідати стандартам Європейського Союзу, рішенням ЄСПЛ.

Дослідженнями діяльності ЄСПЛ та імплементації Україною Конвенції займалися О.Ю. Гарасимів, С.В. Васильєв, В.П. Кононенко та інші науковці. Однак станом натепер питання невиконання й неналежного виконання Конвенції Україною залишається не вирішеним.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз стану імплементації Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, пошук можливих шляхів вирішення проблеми невиконання й неналежного виконання Конвенції в Україні.

Результати дослідження. С.О. Головатий справедливо стверджує, що ратифікація Європейської конвенції з прав людини створила нову правову ситуацію в системі захисту прав людини в Україні. Перед правниками постала вимога, з одного боку, не відступати від положень Європейської конвенції з прав людини, а з іншого – спиратися в рішеннях на практику суду щодо розгляду справ про порушення цих прав [1, с. 10].

Україна ще з дня проголошення незалежності здійснює спроби стати повноправним членом Європейського Союзу, проводячи євроінтеграційні зміни в країні. Уже майже 23 роки йдуть намагання інтегрувати Конвенцію та правові позиції ЄСПЛ до національної судової практики України.

Протягом часу дії Конвенції на території України простежується її систематичне недотримання або неналежне дотримання, про що свідчить велика кількість скарг до ЄСПЛ, відповідачем яких є наша держава. Отже, станом на 31 грудня 2018 року Україна посідала третє місце серед країн, проти яких порушено справи в ЄСПЛ, за кількості українських скарг – 7267, що становило 12,9% усієї завантаженості ЄСПЛ [2].

У цьому ж році підготовлено 487 правових позицій у справах, що надіслані до ЄСПЛ проти України, з них – у 343 справах до ЄСПЛ направлені зауваження, 121 відписів у справах щодо справедливої сатисфакції; 16 відповідей на запити ЄСПЛ у порядку Правила 54 Регламенту Європейського суду; 4 відповіді на вказівки ЄСПЛ ужити термінових заходів згідно з Правилом 39 Регламенту Європейського суду та 3 позиції Уряду країни як третьої сторони у справі. У 91 рішенні ЄСПЛ, у яких виявлено порушення Україною положень Конвенції, заявники вимагали компенсацію на загальну суму близько 10 016 234 400,3 євро. Після розгляду справ з урахуванням позицій держави Європейський суд зобов'язав Україну сплатити 1 018 425,14 євро. У результаті відхилено вимоги заявників на суму 10 015 215 974,9 євро, що становить понад 99,9% [2].

Одна з найбільших категорій справ проти України, що вирішуються ЄСПЛ, стосується військової агресії Російської Федерації проти України, у результаті якої масово порушені права людини на території Автономної Республіки Крим і частини східних областей України. Гучною справою цієї категорії була справа «Цезар та інші проти України», що стосувалася порушення прав заявників, гарантованих статтями 6 та 13 Конвенції, а саме припинення соціальних виплат з бюджету України у 2014 році внаслідок окупації частини Донецької області [3].

Варто також звернути увагу на справу «Бурмич та інші проти України», відповідно до якої заявники скаржилися на невиконання або тривале затягування виконання рішень національних судів, ухвалених на їх користь. Вони стверджували про порушення їхніх прав, гарантованих статтею 6 Конвенції та статтею 1 Першого протоколу до Конвенції. Заявники скаржилися також, за статтею 13 Конвенції, на відсутність у національному законодавстві ефективного засобу юридичного захисту [4].

Що є причинами такого негативного явища, як невиконання або неналежне виконання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Україною? Згідно з рішеннями ЄСПЛ, це відбувається, по-перше, через те, що Україна не створила ефективної системи виконання рішень. Державні виконавці України діють відповідно до недосконалого національного законодавства, без реальних механізмів примусів і стимулів, через що їхній інтерес до виконання судових рішень або мінімальний, або зовсім відсутній. Також відсутній контроль за виконанням рішень з боку судової влади й інших державних органів. Процесуальні норми примусового виконання не відповідають новим обставинам і реаліям виконання рішень. По-друге, Україна зберігає систему мораторіїв – законодавчих обмежень, що впливають на рішення національних судів. Це питання є болючим для держави. Система мораторіїв уже не слугує для тих цілей, які були поставлені із самого початку (захист інтересів держави, стягнення боргів, визначення пріоритетності погашення боргів під час провадження у справах про неплатоспроможність). Скоріше за все ця застаріла система обтяжує Україну новими боргами. По-третє, Україна ще не ввела в дію ефективні засоби правового захисту. Країна не має чіткого уявлення, що саме є засобами правового захисту, саме тому бажання впроваджувати їх також немає. Засіб правового захисту, згідно з Конвенцією, становить загальні чи спеціальні компенсаційні механізми, запроваджені національною владою як критерій вичерпання. Вони мають на меті усунути наслідки або зовсім покласти край порушенням [5].

Крім основних, вищезгаданих причин, існує ще низка інших, які призводять до того, що ЄСПЛ констатує факт порушення Конвенції Україною. Серед них такі: 1) надмірна

тривалість проваджень у цивільних і кримінальних справах; 2) неефективність розслідування правоохоронними органами скарг на жорстоке поводження представників державних органів, зокрема, у місцях досудового тримання осіб під вартою й в установах виконання покарань; 3) недоліки судової практики, що призводять до порушення права особи на справедливий судовий розгляд; 4) недоліки судової практики щодо права на свободу вираження поглядів і права на мирні зібрання; 5) недоліки законодавства та судової практики, що призводять до втручання у право власності; 6) жорстоке поводження з особами, які перебувають під контролем держави (у місцях досудового тримання під вартою або в місцях виконання покарань); 7) неналежні матеріально-побутові умови тримання осіб, які перебувають у місцях досудового тримання під вартою або в установах виконання покарань, а також ненадання вказаній категорії осіб належної медичної допомоги тощо [2].

Так як склалася негативна практика щодо дотримання органами влади та їх посадовими особами зазначених норм, почав погіршуватися стан захищеності гарантованих національним законодавством України та нормами міжнародного права прав і свобод людини та громадянина. Збільшилася кількість звернень громадян, які вичерпали всі національні засоби захисту, до Європейського суду за захистом їхніх порушених прав і свобод як до останньої інстанції, що в змозі осудити безвідповідальність деяких посадових осіб у різних гілках влади, відновити порушені права та компенсувати понесені матеріальні збитки й моральну шкоду. Отже, не є ефективними норми Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», особливо зважаючи на одне з недавніх рішень ЄСПЛ у справі «Бурмич та інші проти України», у якому констатовано системність проблеми невиконання в Україні рішень судових органів [6, с. 53].

Також варто взяти до уваги, що, відповідно до ч. 4 ст. 382 Кримінального кодексу України, «умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та умисне недодержання нею висновку Конституційного Суду України – карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років» [7]. Однак ніхто не є покараним, незважаючи на наявність кримінальної відповідальності за таку бездіяльність. Реєстр судових рішень не містить вироків за це кримінально-каране діяння, що порушує питання доречності існування цієї кримінально-правової норми.

У діяльності влада України повинна створити механізми збирання інформації та обліку всіх рішень національних судів, уносити всі рішення й суми заборгованості до єдиної бази даних; офіційно не розмежовувати черговість виконання рішень ЄСПЛ і національних судів України, проблему невиконання повинна має розглянути й із погляду ізолювання конкретної критичної ситуації, і з погляду перспективи реформування системи примусового виконання рішень суду; мати стратегічне бачення проблеми, передбачати, що станеться в довгостроковій перспективі, після загального реформування системи примусового виконання рішень і впровадження засобів правового захисту; встановлювати строки, щоб влада була попереджена про ризики, пов'язані зі здійсненням реформи, що є передумовою успішного результату; відповідні стратегії та бачення вирішення завдання невиконання Конвенції мають бути розроблені експертами, які стикаються з подібними проблемами систематично, а не суб'єктами високого рівня, які мають виконувати лише функції ухвалення рішень відповідно до цих стратегій.

Висновки. Отже, для вирішення проблеми невиконання рішень ЄСПЛ та Конвенції в Україні насамперед потрібно провести кілька реформ – системи примусового виконання рішень і запровадження засобів правового захисту. Особливу увагу варто зосередити на притягненні українських суддів, які не дотримувалися положень Конвенції та порушили права людини в процесі розгляду справ, до дисциплінарної та кримінальної відповідальності. Приймати відповідні закони не потрібно, оскільки в національному законодавстві України вже є Закон України «Про судоустрій та статус суддів» і Кримінальний кодекс України, які врегульовують це питання. Судді під час вирішення справ обов'язково повинні брати до уваги прецеденти Європейського суду, адже саме ЄСПЛ забезпечує зобов'язання держав щодо дотримання норм Конвенції.

Саме такі заходи вирішення питань неналежного виконання Конвенції допоможуть створити якісну систему розгляду вже наявних справ відповідно до положень Конвенції та судових рішень ЄСПЛ без порушень прав та основоположних свобод людини в Україні та зменшити їх кількість у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Головатий С.О. Нові можливості щодо захисту прав людини в Україні. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі.* 1999. № 1. С. 9–14.

2. Щорічний звіт про результати діяльності Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2018 році. URL: http://terjust.gov.ua/wpcontent/uploads/2016/05/%D0%B7%D0%B2%D1%96%D1%82-2018.pdf.

3. Lyubov Nikolayevna TZEZAR against Ukraine and 6 other applications no. 73590/14. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156817.

4. Burmych and others v. Ukraine no. 46852/13. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082.

5. Звіт за результатами експертних дискусій щодо виконання національних судових рішень у контексті рішень Європейського суду з прав людини «Юрій Миколайович Іванов проти України» та «Бурмич та інші проти України». URL: https://rm.coe.int/expert-report-following-a-series-of-expert-discussions-ukr/16808f2559.

6. Практика Європейського суду з прав людини як джерело національного права : матеріали круглого столу, 24 листоп., 2017 р., м. Дніпро / уклад. : докт. юрид. наук, доц. А.М. Кучук; канд. юрид. наук, доц. О.О. Орлова. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; «Ліра ЛТД», 2017. 100 с.

7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

ЧОРНА С. З.,
суддя
(Сихівський районний суд міста Львова)

УДК 342.56(477)
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.22

ПРИНЦИП САМОСТІЙНОСТІ ЯК ВАЖЛИВИЙ КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена дослідженню принципу самостійності як важливого конституційно-правового принципу організації та діяльності судової влади в Україні. Розглядається ефективність здійснення правосуддя судовою владою як самостійною гілкою державної влади, на яку покладено функцію захисту прав і законних інтересів осіб у державі.

Стверджується, що право на судовий захист належним чином можна реалізувати тільки за наявності ефективного механізму судового захисту, який стає реальним за умови існування незалежної судової влади. Самостійність судової влади зумовлена конституційним принципом поділу влади, проголошеним у більшості країн світу. Однак саме у демократичних державах цей принцип набуває

особливого значення, адже йдеться про законодавчо закріплені гарантії та ефективні механізми «стримувань та противаг» в організації та діяльності різних гілок демократичної влади. Кожна з гілок влади – законодавча, виконавча та судова – самостійно виконує лише їй притаманні функції, не підпорядковуючись одна одній. Рішення, що виносять органи судової влади завдяки їхній самостійності не потребують додаткового затвердження органами інших гілок державної влади.

У статті зазначено, що раніше поняття «самостійність судової влади» пов'язували виключно з процесуальною незалежністю судів та неупередженістю суддів. Проте цей підхід визнано надто вузьким, адже визнає судову владу самостійною лише під час здійснення правосуддя. Самостійність судової влади потрібно сприймати як право кожної людини захищати свої права через судову систему, яка є незалежною від законодавчої та виконавчої гілок влади.

Автор доводить, що в механізмі держави судовій владі відводиться збалансовуюча і стабілізуюча роль. Найважливішою передумовою цього є захист судової влади від незаконного впливу чи втручання зі сторони інших суб'єктів. Тільки самостійна судова влада може стати гарантом верховенства права, здійснення ефективного та доступного правосуддя і справедливого судового вирішення справ у державі.

Ключові слова: *судова влада, судова система, принципи судової влади, принцип самостійності, принцип незалежності, самостійність судової влади, механізм «стримувань і противаг».*

Chorna S. Z. The principle of independence as a leading constitutional principle of organization and activity of department judicial in Ukraine

The article is devoted research of principle of independence as important constitutionally legal to principle of organization and activity of department judicial in Ukraine. Efficiency of realization of justice is examined by a department judicial as independent branch of state power, which has a duty in the state to execute the function of defence of rights and legal interests of people.

Specified, that the right of judicial defence properly can be realized only at presence of effective mechanism of judicial defence, which becomes the real on condition of existence of independent department judicial. Independence of department judicial is based on constitutional principle of division of power, which is proclaimed in the most world countries. But the special value has this principle exactly in the democratic states, because there are the legislatively fastened guarantees and effective mechanisms of "inhibitions and counterbalances" in organization and activity of different branches of democratic power. Each of branches of power – legislative, executive and judicial – independently executes only it inherent functions, and not accountable each other. Decisions, which accept the organs of department judicial, due to their independence does not need additional assertion the organs of other branches of state power.

It is marked in the article that in more old times of concept of independence of department judicial bound exceptionally to judicial independence of courts and independence of judges. However acknowledged this approach is too narrow, in fact acknowledges a department judicial independent only during realization of justice. Independence of department judicial needs to be understood as an every human right to protect the rights through the judicial system, which is independent of legislative and executive branches of power.

The author proves that a department judicial carries out the role of arbiter in the mechanism of the state. An important condition for this purpose is protecting of department judicial from illegal influence or interference from the side of other

organs of power, organizations or people. Only an independent department judicial can become the guarantor of supremacy of right, realization of effective and accessible justice, acceptance of just court decision in the state.

Key words: *department judicial, judicial system, principles of department judicial, principle of independence, independence of department judicial, mechanism of "inhibitions and counterbalances".*

Вступ. Конституція України проголосила людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю в Україні та поклала обов'язок з гарантування та забезпечення прав і свобод особи на державу (ст. 3 Конституції). У реалізації цієї важливої державної функції беруть участь усі без винятку державні органи, проте лише судова гілка наділена провідною роллю у всьому правозахисному механізмі держави. Для реального захисту прав людини не досить самого існування судової системи, представленої системою судів різних ланок. Визначальною умовою дієвого судового захисту є самостійність і незалежність судової влади.

Підвищення ролі судової влади в Українській державі та її значення для стабілізації можливе лише в умовах забезпечення реального права кожного громадянина на незалежний і неупереджений суд, що властиво правовій державі. У демократичній, правовій державі остаточно вирішувати правовий спір, правовий конфлікт має лише судова влада, але виконати своє призначення вона зможе лише тоді, коли буде справді незалежною, неупередженою і доступною для кожної особи, а закріплення прав і свобод людини та громадянина у законодавстві – чітким, точним, повним, системним і зрозумілим.

З утвердженням судової влади як самостійної нарівні із законодавчою та виконавчою серед науковців набули поширення різні підходи та різне бачення змісту й характеру діяльності, процедур формування судових органів, а також їх ролі та меж впливу на забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Проблемам функціонування, організації судової гілки влади, здійснення судочинства, судової системи та забезпечення її незалежності присвячено низку праць українських учених, зокрема: В.Ф. Бойка, О.М. Бориславської, В.Д. Бринцева, В.В. Городовенка, В.О. Грінюка, М.А. Ковальова, В.Т. Маляренка, І.Є. Марочкіна, І.Б. Михайловської, Л.М. Москвич, І.В. Назарова, В.Т. Нора, Н.В. Сібільової, В.С. Стефанюка, С.А. Шищкіна та інших.

Проте у сучасній вітчизняній юридичній науці проблеми забезпечення діяльності судової гілки влади через втілення основоположних принципів їх організації та функціонування, зокрема принципу самостійності судової влади, до кінця не досліджені.

Постановка завдання. Метою статті є науково-теоретичне дослідження принципу самостійності як важливого конституційно-правового принципу організації та діяльності судової влади в Україні.

Результати дослідження. Існування судової влади зумовлюється покладенням на неї особливої функції – захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Судова форма захисту є вищою формою захисту суб'єктивних прав і інтересів, яка забезпечує всім зацікавленим особам максимум процесуальних гарантій. Тому право на судовий захист виступає засобом забезпечення передбаченої законом можливості людини звертатися до органів правосуддя за захистом її прав і законних інтересів. Зазначене суб'єктивне право передбачає, що кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом. Право на судовий захист належним чином можна реалізувати тільки за наявності ефективного механізму судового захисту [2, с. 39].

Судова гілка влади є незалежною. Вона самостійно через спеціальні органи (суди) здійснює власні, передбачені законом повноваження; втручання в її діяльність з боку інших гілок влади є недопустимим [9, с. 27].

Ефективне виконання судовою владою своїх функцій можливе лише за умови її самостійності, що є характерною рисою саме цієї гілки влади. Така самостійність забезпечується:

по-перше, її цілковитою відокремленістю від інших гілок державної влади у системі державного механізму;

по-друге, неможливістю інших гілок державної влади здійснювати вплив на судову гілку влади.

У найзагальнішому вигляді принципи судової влади визначені як загальні правові положення, основоположні засади, що відображають функціональне призначення судової влади в державі, сприяють виконанню завдань, що стоять перед нею, окреслюють структурну побудову судової системи та процедури здійснення правосуддя. Вони безпосередньо закріплені в Конституції чи законодавчих актах держави або випливають із найзагальніших конституційно-правових норм, що регулюють правовідносини, які виникають у процесі організації та здійснення судової влади. Місце принципів судової влади у загальній системі правових принципів визначається тим, що їх дія поширюється безпосередньо на організацію судової системи та на регламентацію процедури судового розгляду справ.

Слід підкреслити, що дослідження сучасних учених-правознавців у сфері судоустрою та правосуддя здебільшого сконцентровані на визначенні правового статусу судової влади через принцип незалежності суддів. Разом із тим принципу самостійності судової влади не приділяється належної уваги, адже його застосовують як допоміжний для характеристики принципу незалежності суду. Зокрема, інституційний аспект незалежності суду розглядається як самостійність судових установ та окремих суддів стосовно інших державних установ та недержавних організацій.

Аналіз юридичних джерел дав можливість авторам монографічної праці «Судова влада» виокремити декілька різних підходів до зазначеної проблематики. Перша точка зору обстоюється вченими, які не розглядають самостійність судової влади як провідний конституційно-правовий принцип організації й діяльності судової влади, хоча й докладно аналізують при цьому низку його елементів, навіть включаючи самостійність до змісту незалежності й високо оцінюючи їх значущість (Л.М. Москвич, І.Л. Петрухіна, Ю.І. Стецовський, І.Б. Михайловська та ін.).

Інша група науковців у характеристиці правового статусу судової влади використовують терміни «самостійність» і «незалежність» як синонімічні (Н.М. Чепурнова, Т.І. Махлаєва та ін.) [8, с. 203–204].

Третім доволі поширеним підходом є визнання самостійності та незалежності як двох окремих важливих принципів організації та функціонування судової влади в демократичному суспільстві. Прихильники цієї точки зору вважають, що *самостійність судової влади* зумовлена конституційним принципом поділу влади, проголошеним у більшості країн світу. Однак саме у демократичних державах цей принцип набуває особливого значення, адже йдеться про законодавчо закріплені гарантії проти узурпації влади та ефективні механізми «стримувань та противаг» в організації та діяльності різних гілок демократичної влади. Кожна з гілок влади – законодавча, виконавча та судова – самостійно виконує лише їй притаманні функції, не підпорядковуючись одна одній. Рішення, що їх виносять органи судової влади, завдяки їхній самостійності не потребують додаткового затвердження органами інших гілок державної влади.

Своєю чергою *незалежність судової влади* є одним із головних принципів ефективної діяльності суду. Реальна незалежність суду має виключати будь-який вплив державних органів, політичних партій, громадських рухів та їхніх лідерів на судову владу. Це положення набуває особливої актуальності в умовах багатопартійності, політичного плюралізму, а також для суспільства, які й досі мають усе ще не здолані традиції авторитарного керівництва та політичної або владної залежності суду, коли суд можуть використовувати як «кишеньковий додаток» інших гілок влади або його діяльність може підпадати під впливи різних політичних сил [5, с. 385].

Говорячи про незалежність суду та суддів, А.Ф. Колодій має на увазі два її складники:

по-перше, суддя має бути незалежним від інших гілок влади та політичних партій та вільним від будь-якого впливу з боку їх представників;

по-друге, суддя має бути безстороннім та незалежним від сторін та учасників у справі, яку він розглядає, а свої рішення мусить виносити тільки на підставі вивчення матеріалів справи.

Отже, не менш важливими для справедливого незалежного суду є й особисті та професійні якості судді, усвідомлення ним своєї відповідальності перед суспільством і його здатність протистояти будь-якому сторонньому тиску. Тільки за цих згаданих умов незалежність суддів і судової влади взагалі матиме практичні наслідки, а суспільство отримає віру в декларовану конституційну рівність між громадянами, а також різними гілками влади [5, с. 385].

Слушною, на нашу думку, є точка зору В.В. Городовенка, який розкрив співвідношення принципів самостійності та незалежності судової гілки влади. Учений вважає, що самостійність – це її інституційна характеристика, принцип, який одночасно виступає ознакою судової влади. Насамперед вона відображається у відносинах влади судової з іншими гілками в системі стримувань і противаг. Водночас принцип незалежності означає процесуальну незалежність суддів, що полягає у праві ухвалювати рішення виключно на підставі доведених фактів, норм чинного законодавства та внутрішнього законодавства [3, с. 153–154].

Більш повним і обґрунтованим видається бачення, яке висловив І.Є. Марочкін, що полягає в характеристиці незалежності як окремого принципу судової влади, одного з найважливіших, тоді як самостійність розкриває сутність цієї гілки влади, виступає головною, базовою характеристикою її правового статусу як у системі органів держави, так і у взаєминах із суспільними інститутами, окремими суб'єктами права – громадянами та організаціями. Застосовуючи системний підхід, учений визначав принцип незалежності судової влади як основний інструмент її становлення, а самостійність – як результат застосування цього інструмента [8, с. 207].

Логіко-семантичний аналіз понять «самостійність судової влади» та «незалежність судової влади» дає змогу дійти висновку, що вони співвідносяться як ціле і частина відповідно. А саме незалежність є одним із елементів самостійності судової гілки влади. Самостійність судової влади, окрім її процесуальної незалежності, охоплює ще й організаційний аспект, що насамперед означає організаційну автономію судів як спеціальних державних органів, усю повноту компетенції судової влади, монопольну сферу реалізації її повноважень, власну сферу відповідальності, тільки їй властиві особливі функції, самостійну матеріально-фінансову базу, автономне управління й організаційне забезпечення [8, с. 207].

На забезпечення організаційної автономії судів спрямовані положення ст. 6 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», у якій зазначається, що, здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права.

Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою дискредитації суду або впливу на безсторонність суду, заклики до невиконання судових рішень забороняються і мають наслідком відповідальність, установлену законом.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи мають утримуватися від заяв та дій, що можуть підірвати незалежність судової влади [6].

Оксфордський професор права Т.Р.С. Аллан у книзі «Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права», детально аналізуючи механізм функціонування судової системи у відкритому суспільстві, наголошує на необхідності судової влади залишатися незалежною від впливів і законодавчої, і особливо виконавчої гілок влади.

Вчений визначає основні критерії зовнішньої самостійності судової влади: «Виконавча влада, котра безпосередньо здійснює суспільну політику, має повсякчас діяти у законодавчо визначених рамках; водночас мають існувати незалежні від виконавчої влади суди чи арбітражні установи, здатні втрутитися, якщо дії влади щодо певної особи переходять межі законності. Більше того, верховні суди повинні бути також повністю незалежні і від органів

законодавчої влади, діяти не як інструменти обраного більшістю законодавчого органу, а як слуги конституційного ладу взагалі. Судова влада контролює і стверджує відповідність чинних законів принципу рівності й іншим важливим складникам верховенства права» [1, с. 11].

Тільки за таких умов, на переконання Т.Р.С. Аллана, має бути досягнута певна рівновага між законодавчою суверенністю парламенту як єдиного суб'єкта законотворення та суверенністю судів, що є арбітрами у сфері застосування закону між сторонами конфлікту чи спірної ситуації в конкретних випадках.

В умовах європейської інтеграції України слід підкреслити, що взаємодія законодавчої, виконавчої і судової влади має змінити свій вектор для ефективнішого забезпечення та захисту прав людини. А це неможливо зробити без незалежної судової влади. Саме тому Проєкт ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» [7], що безпосередньо співпрацює із судовою владою, приділяє особливу увагу зміцненню верховенства права, забезпеченню балансу гілок влади як у законодавстві, так і на практиці, вдосконаленню захисту прав людини, поступовому впровадженню кращих європейських практик, пов'язаних із функціонуванням судової влади в Україні, вказує п'ятим компонентом «Незалежність судової системи» [4, с. 13].

Самостійність судової влади натепер є основоположною ідеєю її організації та здійснення. Самостійність – це та конституційна засада, що властива кожній з гілок державної влади, адже на цьому ґрунтується принцип поділу державної влади.

Сучасні правові держави проголосили самостійність судової влади як ключовий елемент демократії. Проте навіть у цивілізованих державах так званої старої (усталеної) демократії досі трапляються різні підходи до того, як саме принцип самостійності судової влади має втілюватись на практиці. Адже упродовж багатьох років поняття самостійності судової влади пов'язували виключно з процесуальною незалежністю судів та неупередженістю суддів. Але цей підхід, на нашу думку, є надто вузьким, адже дає можливість зробити висновок, що судова влада є самостійною лише під час здійснення правосуддя. Насправді ж, самостійність судової влади потрібно сприймати як право кожної людини в правовій державі, що надається законом для захисту її прав, свобод та інтересів через судову систему, яка є незалежною від законодавчої та виконавчої гілок влади та заснована на засадах верховенства права.

Висновки. Однією з основних причин проведення двох останніх судових реформ в Україні (2015 і 2019 рр.) була необхідність забезпечення самостійності судової влади, що видається неможливим без незалежних судів і неупереджених суддів. Тому нині Україна гостро потребує завершення конституційного реформування судової системи, основна мета якого полягає у забезпеченні самостійності судової влади, що викликає необхідність приведення судочинства України до європейських стандартів та створення незалежних судів, здатних ефективно, об'єктивно, в розумні строки й справедливо вирішувати правові спори на засадах верховенства права.

У механізмі держави, що ґрунтується на засадах її поділу на три гілки, судовій владі відводиться збалансовуюча і стабілізуюча роль. Найважливішою передумовою цього є захист судової влади від незаконного впливу чи втручання зі сторони інших суб'єктів. Тільки інституційно, функціонально, процесуально, матеріально-фінансово і соціально самостійна судова влада може стати гарантом верховенства права, здійснення ефективного та доступного правосуддя і справедливого судового вирішення справ у державі.

Список використаних джерел:

1. Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 385 с.

2. Гаврильців М.Т. Організаційно-правові гарантії захисту конституційного права людини і громадянина на судовий захист у сфері публічних правовідносин. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція».* 2016. № 22. С. 38–42.

3. Городовенко В.В. Принципи судової влади : монографія. Харків : Право, 2012. 448 с.

4. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ : USAID, 2015. 708 с.

5. Основи демократії : підручник / за заг. ред. А.Ф. Колодій; 3-тє вид., оновл. і доповн. Львів : Астролябія, 2009. 832 с.

6. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 №1402-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19.

7. Проєкт ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні». URL: https://dsa.court.gov.ua/dsa/pokazniki-diyalnosti/234/tnrl.

8. Судова влада : монографія / І.Є. Марочкін та ін. ; за заг. ред. І.Є. Марочкіна. Харків : Право, 2015. 792 с.

9. Судові та правоохоронні органи України : навчальний посібник / М.В. Ковалів та ін. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2016. 388 с.

ШЕШКО С. В.,
слухач
(Національний університет оборони України імені Івана Черняховського)
заступник начальника відділу
міжнародного права
(Управління правового забезпечення Генерального штабу Збройних сил України)

УДК 349.3
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.23

НОРМАТИВНЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ І СВОБОД ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ЗСУ

Стаття присвячена проблемам удосконалення системи соціального захисту учасників АТО/ООС. Критично проаналізовано чинне законодавство України та визначено пріоритетні шляхи реформування вказаного сектору. Вказано, що система соціального захисту натепер має більш декларативний характер.

Проаналізовано основні сфери соціального захисту учасників АТО/ООС та надано їм оцінку. Визначено категорії громадян, які потребують соціального захисту відповідно до законодавства України. Запропоновано міркування щодо подальшого розвитку соціального захисту учасників АТО/ООС.

В Україні діє велика кількість законодавчих актів, тому доведено необхідність кодифікації правових норм соціального захисту, що значною мірою призведе до зростання ролі соціального захисту учасників АТО/ООС в Україні. Виокремлено три основні проблемні питання, вирішення яких найсильніше вплине на стан соціального захисту учасників АТО/ООС, такі як:

– безсистемний та хаотичний процес розвитку вітчизняного законодавства про соціальний статус учасників АТО/ООС;

– зниження ефективності законодавства та його якість загалом, недостатня адекватність реальній соціальній практиці;

– некритичне запозичення західного досвіду реформ без урахування соціальних реалій України.

Перелічено ключові напрями діяльності органів державної влади у сфері посилення соціального захисту військовослужбовців, які беруть участь в АТО/ООС, а саме:

1) створення єдиного реєстру учасників АТО/ООС;

2) побудову ефективної моделі грошового забезпечення;

3) створення дієвого механізму забезпечення житлом військовослужбовців та їхніх сімей;

4) підвищення ефективності наявної системи пільг і компенсацій для учасників АТО та членів їхніх сімей;

5) удосконалення механізму вирішення соціальних проблем в умовах військового навчання, несення бойової та допоміжної служби;

6) створення системи психологічної та фізіологічної реабілітації;

7) забезпечення санаторно-курортним лікуванням.

Ключові слова: *соціальний захист, Антитерористична операція, Операція Об'єднаних сил, російська агресія, вдосконалення законодавства.*

Sheshko S. V. Regulatory assignment of fundamental rights and freedoms of military services

The article is devoted to the problems of improving the social protection system of ATO/UFO participants. The current legislation of Ukraine has been critically analysed and priority ways of reforming the sector have been identified. It is stated that the social protection system is more declarative today.

The main areas of social protection of the ATO/UFO participants were analysed and evaluated. The categories of citizens who need social protection in accordance with the legislation of Ukraine are identified. Considerations are given on the further development of social protection of ATO/UFO participants.

There is a large number of legislative acts in Ukraine, which is the necessity of codification of social protection legal norms has been proved, which will significantly increase the role of social protection of ATO/UFO participants in Ukraine. There are three main issues identified, the solution of which will have the greatest impact on the social protection status of ATO/UFO participants:

1) haphazard and chaotic process of development of national legislation on the social status of ATO/UFO participants;

2) reducing the effectiveness of legislation and its quality in general, inadequate adequacy of actual social practice;

3) uncritical borrowing of the Western experience of reforms without taking into account the social realities of Ukraine.

The key areas of activity of the state authorities in the field of strengthening the social protection of military personnel participating in the ATO/UFO are as follows:

1) creation of a single register of ATO/UFO participants;

2) building an effective monetary security model;

3) creation of an effective mechanism for providing housing for servicemen and their families;

4) increasing the effectiveness of the existing system of benefits and compensation for ATO participants and their families;

5) improvement of the mechanism of solving social problems in the conditions of military training, carrying out of combat and auxiliary service;

6) creation of a system of psychological and physiological rehabilitation;

7) provision of spa treatment.

Key words: *social protection, Anti-terrorist operation, United Forces operation, Russian aggression, improvement of the law.*

Вступ. Вибрана тема на сучасному етапі розвитку військових формувань України набуває особливої актуальності.

Відповідно до законодавства України «гарантії правового і соціального захисту громадян України, які виконують конституційний обов'язок із захисту Вітчизни, забезпечуються відповідно до законів України «Про Збройні сили України», «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб», «Про державні гарантії соціального захисту військовослужбовців, які звільняються із служби у зв'язку з реформуванням Збройних сил України, та членів їхніх сімей» та іншими законами.

Нині Збройні сили України безпосереднім чином задіяні в Антитерористичній операції/Операції Об'єднаних сил, спрямованій проти агресії РФ та проросійського сепаратизму. Незаперечно, що протистояння проявам сепаратизму є важливим елементом безпекової політики України, спрямованої на стримування гібридної агресії з боку РФ.

Дієва система запобігання та протидії сепаратизму в Україні, по суті, почала складатися з перших місяців 2014 р., коли розпочалася гібридна агресія з боку РФ, яка починаючи з літніх місяців вказаного року набула всіх рис неоголошеної війни. Власне, це і стало причиною початку особливого періоду в Україні. Станом на середину 2019 року, попри очевидні успіхи нашої держави зі стримування російської агресії, зазначена система ще вельми далека від остаточного оформлення.

Постановка завдання. У дослідженні необхідно вирішити такі завдання:

– проаналізувати нормативно-правову базу з проблематики роботи;

– обґрунтувати потребу в гарантіях прав і свобод військовослужбовців ЗСУ;

– здійснити правову характеристику особливого періоду в Україні;

– розглянути функції і завдання Збройних сил України під час особливого періоду;

– з'ясувати нормативне закріплення основних прав і свобод військовослужбовців ЗСУ;

– виявити недоліки у сфері дотримання прав і свобод українських військовослужбовців;

– оцінити можливості використання іноземного досвіду удосконалення гарантій прав і свобод військовослужбовців;

– дослідити потенціал для оптимізації забезпечення прав і свобод військовослужбовців ЗСУ у зоні конфлікту на Донбасі.

Питанням аналізу правових підстав та порядку проходження військової служби в Україні та деяких країнах Європейського Союзу приділяли увагу такі українські вчені, як В. Пашинський, П. Богуцький, С. Дячук, О. Козачук, В. Разік, С. Сегеда, М. Туркот та інші. Щодо іноземних учених, наукові дослідження яких стосувалися військових систем країн ЄС, слід згадати зокрема Ф. Андреу-Гусмана, М. Вашакмадзе, П. д'Аржента, Д. Кафоріо, М. Клейне, Х. Кригера, К.-Е. Ліо, Й. Лютера, Дж. Нолте тощо.

Результати дослідження. Базове проблемне питання досліджуваної теми полягає у тому, що рівень реального соціального захисту учасників АТО/ООС не відповідає їхньому почесному статусу в українському суспільстві.

Державна політика у сфері соціального захисту ветеранів війни та учасників Антитерористичної операції/Операції Об'єднаних сил включає забезпечення їх адаптації та психологічної реабілітації, забезпечення санаторно-курортним лікуванням, технічними та іншими засобами реабілітації, забезпечення житлом ветеранів війни, надання їм освітніх послуг, соціальної та професійної адаптації військовослужбовців, які звільняються з військової служби, інших учасників антитерористичної операції та осіб, звільнених з військової служби, організації їх поховання.

Розглядаючи стан законодавчого забезпечення соціального захисту учасників АТО/ООС, слід вказати, що нормативно-правові акти, в яких закріплено норми, що безпосередньо пов'язані із забезпеченням права на соціальний захист учасників АТО/ООС та їхніх сімей, виконують одну функцію – офіційно засвідчують визнання державою особливостей їхнього правового статусу та необхідність законодавчого закріплення їхніх прав, свобод та можливостей, отримання соціальних виплат та послуг, реабілітаційних заходів тощо.

Нормативно-правове регулювання соціального захисту учасників АТО/ООС спрямоване на формування ефективної системи забезпечення їхніх соціальних прав та свобод, зокрема щодо психологічної підтримки, матеріальної допомоги, санаторно-курортного лікування, гарантій щодо освіти, здійснення протезування в разі втрати функціональних властивостей кінцівок, забезпечення автотранспортом, пільг у сплаті певних видів послуг, пенсійного забезпечення, забезпечення житлом або земельними ділянками, дотримання трудових прав, зокрема щодо збереження місця роботи й середнього заробітку під час участі в АТО/ООС тощо.

У систему законодавчого регулювання соціального захисту учасників АТО/ООС входять такі закони України: «Про боротьбу з тероризмом», «Про військовий обов'язок та військову службу», «Про Збройні сили України», «Про Національну гвардію України», «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Про статус ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ і деяких інших осіб та їх соціальний захист», «Про поліпшення матеріального становища учасників бойових дій та інвалідів війни», «Про державні гарантії соціального захисту військовослужбовців, які звільняються із служби у зв'язку з реформуванням Збройних сил України, та членів їхніх сімей» та ін. Також дія норм законів України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» та «Про реабілітацію інвалідів в Україні» поширюється на учасників АТО/ООС, які стали інвалідами внаслідок участі у бойових діях.

Водночас цих нормативно-правових актів не досить. Крім того, правові норми, які містяться у законах, що регулюють соціальний захист військовослужбовців, не повною мірою відповідають сучасному стану суспільних відносин, соціально-економічним можливостям держави, тому не можуть забезпечити ефективну реалізацію прав і свобод учасників АТО/ООС. Спостерігається дублювання правових норм, які містяться у Законі України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», у законодавчих актах, що регулюють порядок створення і діяльність різних військових формувань, службовці яких беруть участь в Антитерористичній операції/Операції Об'єднаних сил.

Саме тому, щоб добитись значних позитивних зрушень у системі соціального захисту учасників АТО/ООС та членів їхніх сімей, необхідно передусім розробити, прийняти та впровадити ефективне нормативно-правове регулювання зазначеної сфери суспільних відносин.

Крім того, важливо, що в нашій державі відсутні комплексні загальнонаціональні чи галузеві програми підтримки учасників АТО/ООС. Вказане супроводжується дією низки об'єктивних і суб'єктивних причин, зокрема пов'язаних із браком фінансування цієї та інших програм соціального захисту.

Найбільш значимі проблемні питання пов'язані саме із нормативно-правовим забезпеченням соціального захисту учасників АТО/ООС. Проведення з 2014 р. Антитерористичної операції на території Донецької та Луганської областей України зумовило потребу у формуванні та вдосконаленні нормативно-правового регулювання соціального захисту учасників цих подій та членів їхніх сімей.

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» щодо статусу осіб, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України», всіх учасників АТО можна виокремити у такі групи: 1) учасники бойових дій; 2) інваліди війни; 3) учасники війни; 4) особи, на яких поширюється чинність вказаного Закону [11, с. 4–5].

Учасниками бойових дій є: військовослужбовці (резервісти, військовозобов'язані) та працівники Збройних сил України, Національної гвардії України, Служби безпеки України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в Антитерористичній операції, забезпеченні її проведення, перебуваючи безпосередньо в районах АТО/ООС у період її проведення, а також учасники добровольчих формувань за

умови, що надалі такі добровольчі формування були включені до складу Збройних сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів.

Основною умовою отримання учасниками добровольчих формувань, які брали участь в АТО/ООС, статусу учасників бойових дій є включення зазначених вище формувань до складу утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів.

До інвалідів війни (друга група) належать:

а) військовослужбовці (резервісти, військовозобов'язані) військових формувань, утворених відповідно до законів України, які захищали незалежність, суверенітет і територіальну цілісність України та стали інвалідами внаслідок поранення, контузії або каліцтва, одержаних під час АТО/ООС;

б) працівники підприємств, установ, організацій, які залучалися до забезпечення проведення АТО/ООС і стали інвалідами;

в) учасники добровольчих формувань, які стали інвалідами;

г) особи, які стали інвалідами, перебуваючи у складі добровольчих формувань, і надалі не були включені до складу військових формувань та правоохоронних органів, утворених відповідно до законів України, і виконували завдання АТО/ООС у взаємодії із військовими формуваннями та правоохоронними органами;

ґ) особи, які добровільно забезпечували (або добровільно залучалися до забезпечення) проведення АТО/ООС (у тому числі здійснювали волонтерську діяльність) і стали інвалідами.

Учасниками війни (третя група) є: працівники підприємств, установ, організацій, які залучалися та брали безпосередню участь у забезпеченні проведення АТО/ООС, перебуваючи безпосередньо в районах АТО/ООС у період її проведення, у порядку, встановленому законодавством.

Серед сукупності проблемних питань нормативно-правового забезпечення соціального захисту учасників АТО/ООС слід виокремити три найбільш пріоритетні, вирішення яких кардинально вплине на зміну ситуації на краще:

– процес розвитку вітчизняного законодавства про соціальний статус учасників АТО/ООС є безсистемним та хаотичним, наслідком чого є його розгалуженість, невпорядкованість, колізійність та прощальність;

– незважаючи на різке збільшення кількості законів та інших нормативно-правових актів, спостерігається зниження ефективності законодавства загалом; у зв'язку з нескінченними внесеннями змін та доповнень до законодавства його якість значно погіршилась через поспіх та непідготовленість законопроєктів, їх внутрішню та взаємну суперечливість, недостатню адекватність реальній соціальній практиці;

– некритичне запозичення західного досвіду реформ без урахування соціальних реалій України призвело до неможливості приймати та втілювати в життя випереджувальні та чіткі рішення.

Загалом у нормативно-правових актах, що передбачають соціальний захист учасників АТО, за висновками експертів [12; 14; 16], спостерігається співіснування «радянського» (соціальне забезпечення, пільги, соціальні та компенсаційні виплати) і новітнього європейського підходу (соціальні послуги, соціальна робота). Більшість соціальних стандартів залишаються деклараціями через застарілість та неефективність чинних механізмів соціального захисту, неадресність, зрівняльний характер і невідповідність системи соціального захисту реальним потребам українського суспільства, неефективність та непрозорість системи бюджетного фінансування соціальних видатків держави, дискусійність прямої дії конституційних норм щодо соціальних прав.

Конституційне регулювання соціального захисту учасників АТО/ООС здійснюється на основі ст. 17 Конституції України. Ця стаття Основного Закону України визначає гарантії соціального захисту цієї категорії осіб: «Держава забезпечує соціальний захист громадян

України, які перебувають на службі у Збройних силах України та в інших військових формуваннях, а також членів їхніх сімей» [15, с. 4]. Саме ці конституційні положення є правовою основою для інших законодавчих актів щодо соціального захисту учасників АТО/ООС.

Незважаючи на те, що норми Конституції України є нормами прямої дії, вони не можуть детально врегулювати всі аспекти соціального захисту учасників АТО/ООС. Тому закріплені Конституцією України норми надалі розвинено і конкретизовано в законах, указах Президента України, постановах Кабінету Міністрів України, наказах міністерств та в інших нормативно-правових актах.

Важливою проблемою соціального захисту учасників АТО/ООС є відсутність ефективного механізму вирішення житлових проблем військовослужбовців-учасників АТО. Хоча в Україні існує Комплексна програма забезпечення житлом військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу, посадових осіб митної служби та членів їхніх сімей, проте внаслідок хронічного недофінансування ефективність зазначеної програми як інструменту вирішення житлових проблем військовослужбовців є вкрай низькою.

Крім того, не відповідає потребам сьогодення система пільгового забезпечення військовослужбовців, ветеранів війни, учасників АТО/ООС та членів їхніх сімей. Вона здебільшого має компенсаторний, а не мотивувальний характер, не зважає на особливості сьогодення, не корелюється з потребами національної безпеки та оборони, зокрема із нагальною необхідністю побудови ефективної моделі соціального заохочення громадян до виконання свого військового обов'язку тощо.

З огляду на зазначене вище, видається, що ключовими напрямами діяльності органів державної влади у сфері посилення соціального захисту військовослужбовців, які беруть участь в АТО/ООС, має бути:

1) створення єдиного реєстру учасників АТО/ООС, що дасть змогу забезпечити їм та їхнім сім'ям належний рівень соціального захисту та гарантій (формування і введення бази даних; встановлення статусу учасника бойових дій, що дає право на відповідні пільги та компенсації; забезпечення гарантованого виконання державою прав інвалідів-учасників АТО/ООС; підтримка сімей військовослужбовців, які загинули в зоні АТО/ООС тощо);

2) побудова ефективної моделі грошового забезпечення військовослужбовців;

3) створення дієвого механізму забезпечення житлом військовослужбовців та їхніх сімей;

4) підвищення ефективності наявної системи пільг та компенсацій для учасників АТО та членів їхніх сімей;

5) удосконалення механізму вирішення соціальних проблем в умовах військового навчання, несення бойової та допоміжної служби;

6) створення системи психологічної та фізіологічної реабілітації;

7) забезпечення санаторно-курортним лікуванням.

Висновки. Нині дослідження стану прав і обов'язків соціального захисту учасників АТО/ООС є досить актуальним, оскільки виникає багато питань щодо того, кого вважати учасником АТО/ООС, якими нормативно-правовими актами визначається їхній правовий статус, на які види соціального захисту, які пільги мають учасники АТО/ООС та члени їхніх сімей та який порядок їх отримання, що має велике значення.

На сучасному етапі в умовах особливого стану в Україні сформована система нормативно-правових актів, що регулює питання соціального захисту учасників АТО/ООС та членів їхніх сімей, яка передбачає: конституційне регулювання (Конституція та конституційні закони); законодавче регулювання (закони України); регулювання підзаконними нормативно-правовими актами.

Ця система характеризується великою кількістю нормативних актів різної юридичної сили, їх непослідовністю, дублюванням правових норм у правових актах різної юридичної сили, відсутністю єдиної термінології, правових механізмів забезпечення соціального захисту військовослужбовців. Правові норми, що містяться в цих актах, не відповідають сучасному стану суспільних відносин, часто декларативні, немає механізмів їх реалізації.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : офіц. текст: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Кодекс законів про працю України. Київ : Велес, 2018. 107 с.

3. Закон України «Про Збройні сили України» від 6 грудня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 9. Ст. 108.

4. Закон України «Про оборону». *Відомості Верховної Ради України (ВВР),* 1992, № 9, ст. 106.

5. Закон України «Про Статут внутрішньої служби Збройних сил України» від 24 березня 1999 року. *Відомості Верховної Ради України.* 1999. № 22–23. Ст. 194.

6. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20 грудня 1991 р. *Законодавство України з питань військової сфери :* Збірник законів та інших нормативно-правових актів. Київ : Азимут-Україна, 2017. 128 с.

7. Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25 берез. 1992 р. № 2232-XIII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст. 385.

8. Про проходження громадянами України військової служби у Збройних силах України : Указ Президента України від 10 грудня 2008 р. *Законодавство України з питань військової сфери* : Збірник законів та інших нормативно-правових актів. Київ : Азимут-Україна, 2008. 108 с.

9. Стратегія національної безпеки України (затверджена Указом Президента України від 26.05.2015 р. № 287/2015). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/287/2015/paran7#n7.

10. Біла книга антитерористичної операції на Сході України (2014–2016). Нац. ун-т оборони України ім. Івана Черняховського / під заг. ред Івана Руснака (голова робоч. групи) та ін. Київ : Нац. ун-т оборони України ім. І. Черняховського, 2017. 161 с.

11. Дацков А.В. Психологічні особливості постекстремальної адаптації учасників антитерористичної операції : автореф. дис. ... канд. психол. наук : 19.00.09. Держ. прикордон. служба України, Нац. акад. Держ. прикордон. служби України ім. Богдана Хмельницького. Хмельницький, 2017. 20 с.

12. Кравченко К.О. Соціально-психологічні детермінанти виникнення бойового стресу у військовослужбовців – учасників антитерористичної операції : монографія / К.О. Кравченко, О.В. Тімченко, Ю.М. Широбоков; Держ. служба України з надзвичайн. ситуацій, Нац. ун-т цивіл. захисту України. Харків : НУЦЗУ : Мезіна В.В., 2017. 186 с.

13. Правовий та соціальний захист бійців АТО : посібник / Громад. волонтер. орг. «Спілка бійців та волонтерів АТО «Сила України» ; уклад. З.О. Гладчук. Тернопіль : Терно-граф, 2015. 159 с.

14. Професійна орієнтація інвалідів військової служби та учасників антитерористичної операції : колект. монографія / Шевчук С.В. та ін. Вінниця : Едельвейс і К, 2016. 258 с.

15. Сенюта І.Я. Права учасників антитерористичної операції у сфері охорони здоров'я : практичний посібник / І. Сенюта, Д. Клапатий. Львів : Медицина і право, 2016. 63 с.

16. Шевчук В.І. Медико-соціальна реабілітація інвалідів військової служби та учасників Антитерористичної операції / Шевчук В.І., Беляєва Н.М., Яворовенко О.Б. Вінниця : Рогальська І.С., 2015. 255 с.

ЩЕБЕТУН І. С.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного,
міжнародного і кримінального права
(Донецький національний університет імені Василя Стуса)

ДОВГАНЬ Б. В.,
студентка І курсу
юридичного факультету
(Донецький національний університет імені Василя Стуса)

УДК 342.82
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.24

ЕЛЕКТРОННА ДЕМОКРАТІЯ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН І ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена питанню впровадження в Україні електронного голосування (далі – е-голосування) як альтернативи традиційним формам народовладдя, а саме виборам та референдумам. Визначено сутність, характер електронної демократії (далі – е-демократія). На підставі аналізу чинних нормативно-правових актів, введення нових організаційних форм (сайтів органів влади, запровадження електронної петиції, розробки громадських бюджетів участі), які стосуються зазначеного питання, виокремлено особливості розвитку в Україні. Наголошено, що наступним кроком в удосконаленні напрацювань е-демократії має стати саме е-голосування. Розкрито поняття «е-голосування», наведено найпоширеніші його види, обґрунтовано переваги та недоліки такої форми народовладдя. Проаналізовано іноземний досвід впровадження та застосування е-голосування, його ефективність порівняно з проведенням традиційних виборів та референдумів. Як приклад для запровадження в Україні запропоновано естонську модель голосування. На основі дослідження було зроблено висновок щодо переваг та недоліків такої форми демократії для України: передбачено труднощі, з якими наша держава може зіштовхнутися під час реалізації цього проєкту (необхідності створення чітко регламентованої законодавчої бази, розробки концепції цілісного проведення е-голосування, створення нових електронних систем, які забезпечуватимуть принципи голосування, безпеку та конфіденційність, захисту особистих даних виборців та правдивості результатів), а також наголошено на здобутках, які матиме наша держава у разі правильного здійснення процедури впровадження (збереження значних фінансових ресурсів у державному бюджеті, досягнення максимальної прозорості та чесності виборів та референдумів, забезпечення рівних можливостей для голосування всім, незалежно від віку, місця проживання, фізичних вад здоров'я та ін.).

Ключові слова: *вибори та референдум, демократія, електронна демократія, електронне голосування, народ, народовладдя.*

Shebetun I. S., Dovgan B. V. E-democracy: experience of foreign countries and prospects for implementation in Ukraine

The article is dedicated to an issue of implementation an electronic election (hereinafter – e-democracy) system in Ukraine as an alternative to traditional forms of democracy, namely elections and referendums. The essence and nature of e-democracy are defined. Its particular features in our country's development by analysing legal-and-regulatory acts, which regulate particular issue are segregated, and researching innovations that were carried in this very field, namely creating authority's websites, introducing electronic petition, developing public budgets. It is also emphasized that the next step in e-democracy experience improving should be e-democracy itself. The concept of e-democracy is revealed and it's the most common kinds are presented. The advantages and disadvantages of e-democracy are justified. International experience of e-democracy implementation and its usage are analysed. Its efficiency is compared with traditional elections process. As an example, Estonian evaluation system is offered in Ukraine. The conclusion based on scientific material was made in relation to pros and cons of this very form of democracy specially for Ukraine: the difficulties that our county could face during realizing this project (the need to create a well-regulated legal framework, to develop the concept of holistic e-voting, to create new electronic systems that will ensure voting principles, security and confidentiality, protection of voters' personal data and the truth of results) are predicted. Besides, it is emphasized on benefits that our country will have in case of correct procedure of introduction (preservation of significant financial resources in the state budget, achieving maximum transparency and fairness of elections and referendums, ensuring equal voting opportunities for all, regardless of age, place of residence, physical health, etc.).

Key words: *voting and referendum, democracy, e-democracy, e-voting, demos.*

Вступ. Актуальність дослідження питання впровадження е-демократії як форми народовладдя в Україні пояснюється активним упровадженням новітніх технологій в усі сфери життя суспільства, у тому числі й державного управління. Діджиталізація, або так звана «держава в смартфоні», стала невід'ємною частиною життя кожної людини й прогресує з кожним днем дедалі більше.

З огляду на значні темпи розвитку інформаційно-технічного суспільства, слід розглянути е-демократію як альтернативу традиційним формам демократії, правове регулювання яких нині викликає багато питань та потребує реформації. І якщо питанню удосконалення виборчого процесу приділяється значна увага, що підтверджується нещодавнім прийняттям нового Виборчого кодексу (набув чинності з 1 січня 2020 р.), то відсутність нормативного підґрунтя інституту референдуму є наслідком неможливості його проведення.

Як відомо, провідні країни світу (Естонія, США, Нідерланди, Швейцарія) уже давно застосовують сучасні ґаджети та інформаційні системи для покращення життя народу та забезпечення його участі в управлінні державою. Такий різновид демократії сприяє налагодженню комунікації між громадянами та владою, допомагає людям усвідомити, що їхні інтереси в країні є першочерговими, отже, впровадження е-демократії в інститут виборів та референдумів допоможе розв'язати низку проблем, пов'язаних з таким питанням, а також сприятиме підвищенню правосвідомості громадян, які перестануть сприймати демократію «де-юре» і отримають реальні можливості управління державою та забезпечення своїх прав та свобод.

Дослідженням сутності, характеру та особливостей електронної демократії та аналізом перспектив її впровадження в Україні займалися В. Бабаєв, О. Баранов, А. Барікова, О. Бухтатий, С. Гайдученко, Н. Грицяк, В. Дрешпака, О. Золотар, С. Кандзюба, П. Клімушин, Л. Малишенко, Н. Махначова, А. Мєзєнцев, А. Митко, М. Новікова, К. Саркісова, А. Серенок та інші.

Питанню вивчення зарубіжного досвіду використання е-демократії як форми забезпечення народу права на управління державою присвячені праці С. Квітки, І. Кравчука, Л. Луцука, М. Міхровської, В. Нестеровича, О. Соколовської, Я. Турчин, А. Чорноуса, С. Чукута та інших, проте, попри значущість здобутків зазначених науковців, залишаються не досить дослідженими низка питань, зокрема, перспективи її розвитку в нашій державі, обґрунтування доцільності запровадження е-голосування в Україні, визначення переваг та недоліків такого явища для нашої країни, що підтверджує актуальність обраної проблеми.

Постановка завдання. Мета статті – уточнення сутності електронної демократії та перспектив її розвитку в нашій державі на підставі узагальнення зарубіжного досвіду використання, обґрунтування доцільності запровадження е-голосування в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Громадянське суспільство перебуває у постійному пошуку кращих форм політичної комунікації з владою. Розвиток глобальної мережі дає нині надзвичайно широкі можливості для обговорення як між громадянами, так і між громадянами та владою наявних і передбачуваних проблем незалежно від їх масштабу. Це сприяє виробленню зважених рішень [1, с. 20]. Оскільки розвиток інформаційно-комунікативних технологій (далі – ІКТ) багато в чому визначає як політичний, так і суспільний розвиток кожної держави, що є актуальним для нашої країни в умовах децентралізації та на шляху до Європи, то натепер одним з перспективних напрямів використання сучасних ІКТ є розвиток електронного голосування громадян [2, с. 1].

В Україні електронна демократія перебуває на стадії становлення. Формування законодавчої бази для функціонування електронної демократії розпочалося у 2003 році, коли були прийняті закони «Про електронні документи та електронний документообіг», а також «Про електронний цифровий підпис». Передумовами для формування електронної демократії в Україні стало розширення доступу населення до Інтернету та інтенсивний розвиток ІТ-сектору. Активну участь у становленні електронної демократії в Україні бере громадянське суспільство [3, с. 2].

15 травня 2013 року Кабінет Міністрів України (далі – КМУ) ухвалив Розпорядження «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні», яким передбачалися основні напрями е-демократії, а саме: удосконалення нормативної бази, використання новітніх технологій, формування культури комунікації, створення «Електронного парламенту», впровадження нових проєктів тощо [4].

Стрімкий розвиток електронної демократії в Україні визнаний ООН: з 2015 року наша держава суттєво підвищила позиції у рейтингу розвитку електронної демократії та нині посідає 32-е місце [3, с. 2].

У листопаді 2017 року КМУ ухвалив Концепцію розвитку електронної демократії до 2020 року, якою, зокрема, передбачено, що «електронна демократія – форма суспільних відносин, за якої громадяни та організації залучаються до державотворення та державного управління, а також до місцевого самоврядування шляхом широкого застосування інформаційно-комунікаційних технологій у демократичних процесах, що дає змогу: посилити участь, ініціативність та залучення громадян на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівнях до публічного життя; поліпшити прозорість процесу прийняття рішень, а також підзвітність демократичних інститутів; поліпшити зворотну реакцію суб'єктів владних повноважень на звернення громадян; сприяти публічним дискусіям та привертати увагу громадян до процесу прийняття рішень» [5]. Одним із завдань Концепції є впровадження електронного голосування, а також електронного виборчого процесу, електронних референдумів та електронних плебісцитів, що мало бути виконане до 2020 року.

Д. Хуткий, експерт групи електронної демократії Реанімаційного пакету реформ, зазначає: «Власне, спільна розробка Концепції е-демократії у співпраці громадянського суспільства та представників влади є показником успішного розвитку демократії загалом та е-демократії зокрема…» [3, с. 2].

Ключову роль у функціонуванні е-демократії в Україні відіграють сайти центральних органів влади та місцевого самоврядування, спеціалізовані сервіси (наприклад, у Вінниці це – «Цілодобова варта»).

До найважливіших інструментів електронної демократії в Україні належать електронні петиції, які було запроваджено в 2015 році відповідно до внесення змін до Закону України «Про звернення громадян» і які вже в перший рік свого існування нараховували близько 2 млн звернень громадян, що допомогло вирішити низку суспільних питань та дало можливість українцям бути почутими.

Ще одним дієвим інструментом е-демократії є громадські бюджети участі, завдяки яким громадяни можуть визначати, на які потреби спрямовувати бюджетні кошти. Однією з найбільш ефективних українських реформ останніх років стали системи контролю державних закупівель ProZorro [3, с. 6].

Отже, незважаючи на те, що українські громадяни вже можуть скористатися багатьма інструментами електронної демократії, перехід від одностороннього формату до справжньої комунікації між владою та суспільством нині триває, зокрема, впровадження е-голосування досі не вирішено.

Електронне голосування є формою електронної демократії, яка становить процедуру здійснення волевиявлення з використанням інформаційно-комунікативних технологій чи обладнання; автоматизований процес підрахунку голосів у цифровому форматі [6, с. 12].

Розрізняють такі види е-голосування:

Віддалене голосування за допомогою Passport ID та Інтернету. Процес голосування: виборець під'єднує свою ID-картку в кардрідер, переходить на сайт Центральної Виборчої Комісії, логінеться за допомогою пін-коду та потрапляє до електронного бюлетеня, голосує та підтверджує пін-кодом свій вибір. Голос виборця вже опрацьовано, зараховано та оприлюднено онлайн.

Фізичне голосування на дільницях з підрахунком за допомогою електронних урн. Цей процес голосування схожий на традиційний, але кожен бюлетень вкидається не в прості пластикові урни, а в цифрову урну, яка під'єднана до Інтернету та після зчитування бюлетеня система автоматично розпізнає голос та підраховує результати.

Голосування за допомогою спеціальних цифрових терміналів. Спеціальні цифрові термінали – це комп'ютери із сенсорними екранами на зразок тих, де поповнюють мобільний рахунок. Такі термінали можуть бути багатофункціональними з можливістю авторизації через Passport ID-картку або за допомогою звичайного паспорта через надання спеціального номера для голосування від членів комісії [7, с. 3].

Експерти визначають, що найбільш оптимальними формами голосування можуть стати онлайн-голосування та «електронні урни».

Система голосування в Україні, яка існує, має низку таких суттєвих недоліків, як: тривалі терміни підготовчого етапу голосування та його проведення, незахищеність від фіктивних і повторних голосувань, проблема здійснення права на голосування пенсіонерів, інвалідів та людей з обмеженими можливостями. Натомість електронне голосування може вирішити ці питання.

На підставі положень наднаціонального права Європейського Співтовариства е-голосування має численні переваги як перспективна форма е-демократії: дає змогу виборцям віддати свої голоси на виборчій дільниці не лише свого виборчого округу, полегшує виборцю віддати свій голос, сприяє участі у виборах і референдумах усіх тих, хто має права голосу, а особливо громадян, які перебувають за кордоном, розширює доступ до процесу голосування для осіб з особливими потребами або тих, кому важко бути фізично присутнім на дільниці, поступово знижує витрати на проведення виборів та референдумів, доставляє результати голосування надійно та швидко, надає вищий рівень послуг із пропозицією різних можливостей для голосування, збільшує час виборця для роздумів і вираження волевиявлення через збільшення кількості днів голосування, збільшує довіру до результатів голосування шляхом формування екзит-полів у режимі часу з їхньою візуалізацією на екранах телебачення та плазмових моніторах у людних місцях [6, с. 12].

Проте для ефективності результатів такого нововведення потрібне суворе дотримання процедури проведення: держава мусить забезпечити принципи універсальності, рівності, свободи, таємності, прямоти права голосу; система голосування має відповідати засадам безпеки, надійності, передбачати опції підтвердження, зміни голосу в достроковий період,

можливості переводу результатів у паперову форму, якщо виникне конфлікт інтересів. Важливо також забезпечити доступ до технічних пристроїв та до Інтернету (якщо голосування відбувається онлайн). Ще однією умовою проведення е-голосування є перевірка автентичності даних. Через систему електронного голосування виборцю надається автентичний бюлетень. У разі дистанційності голосування виборець має бути поінформований про засоби, щоб переконатися, що з'єднання є офіційним. Крім того, має прийти підтвердження, що голосування відбулося [6, с. 14–21].

Варто також зазначити, що е-голосуванням активно користуються в усьому світі. Електронна система голосування вже запроваджена у багатьох країнах: США, Канаді, Бразилії, Індії, Бельгії, Австралії, Естонії, Південній Кореї. У Великобританії, Німеччині, Франції, Іспанії, Португалії, Італії, Норвегії, Швейцарії, Росії, Казахстані, Японії, Китаї проводяться експерименти з її використання [7, с. 3].

Перше в світі механізоване обладнання для голосування було запатентоване в США 1892 року. Системи, які використовувались у США, містили в собі обладнання з важелем, обладнання для перфорації, безпосереднє електронне голосування (DRE) і обладнання, що читає оптичні знаки (OMR). Експерти у США постійно розробляють низку нових ініціатив, спрямованих на полегшення голосування поза країною за допомогою Інтернету. Одним із прикладів є ініціатива держсекретаря штату Колорадо С. Гесслера, який працює з компанією "Everyone Counts" з метою надання можливості виборцям голосувати за допомогою технології iPad. Нині голосуючий має всього лише кілька разів натиснути пальцем на екран, здійснюючи свій вибір [7, с. 4–5].

У Швейцарії, країні референдумів, близько 90% виборців віддають перевагу традиційному методу голосування. Впроваджується система електронного голосування "E-Voting" у рамках реалізації стратегічного проєкту "Vote électronique". Перші пробні електронні голосування відбулися у 2003 р. на комунальних виборах у кантоні Женева. У 2005 р. аналогічні пілотні проєкти було реалізовано у кантонах Невшатель і Цюрих. Стратегічною перспективою швейцарської демократії визначено подальше відпрацювання інтернет-технологій прямої участі громадян в управлінні державою [7, с. 7–8].

Експерти, які досліджують це питання, зокрема А. Барікова, В. Бацій, стверджують, що Україна має взяти за основу естонську систему електронного голосування, яка, на їхній погляд, є найбільш досконалою [8]. Починаючи з 90-х років XX століття після розпаду СРСР Естонія посідає одне з найперших місць у списку країн, що запровадили електронне урядування. Нині в Естонії всі державні послуги надаються у режимі онлайн, кожний громадянин має ID-картку, у школах змалечку вивчають інформатику та комп'ютерні технології, а старше покоління проходить відповідні курси [8, с. 13].

В Естонії електронне голосування застосовується з 2005 р. на місцевих виборах, з 2007 р. – на парламентських. Слід відзначити, що відсоток громадян, які віддають перевагу системі електронного голосування, поступово зростає. Якщо у 2005 році у такий спосіб проголосувало лише 2% естонських виборців, то на парламентських виборах 2011 року цей показник сягнув вже 24% [2, с. 2]. Ефективність такої системи зумовлювалася існуванням розробленої правової бази щодо цифрової ідентифікації особи (щодо цифрових підписів, посвідчення тощо), яка набула чинності з 2002 року. У процесі голосування застосовується зчитування даних з ID-картки. Реалізація волевиявлення через Інтернет можлива впродовж встановленого часу для дострокового голосування (від 10 до 4 днів до дня виборів). Гарантовано також право змінити голос у період дострокового голосування як онлайн, так і традиційним методом [6, с. 23].

Висновки. Отже, електронна демократія – це можливість народу брати участь в управлінні державою, участь громадян у демократичних процесах, що відбуваються в країні задля забезпечення своїх прав, свобод та інтересів за допомогою електронних ІКТ.

Розвиток суспільства, активне впровадження е-демократії в усьому світі, необхідність реформування вітчизняних форм народовладдя говорять про актуальність впровадження в Україні е-голосування. Наша держава вже має нормативне підґрунтя для реалізації такого проєкту, що значно полегшує процес його впровадження.

Виходячи із вищезазначеного, варто окреслити переваги та недоліки е-голосування в умовах сучасного розвитку нашої держави, виокремити труднощі, з якими може зіштовхнутися Україна.

Так, у разі впровадження такого виду е-демократії Україна зможе зберегти значні фінансові ресурси в державному бюджеті, які необхідно було б витратити у разі традиційного голосування на оплату роботи членів виборчих комісій тощо; досягти максимальної прозорості та чесності виборів та референдумів, що є гострим питанням нині; кожен український громадянин, що має право голосу, незалежно від фізичних вад, місця перебування чи проживання, інших обставин, буде в змозі здійснити своє право на участь в управлінні державою; Україна приєднається до міжнародного досвіду впровадження електронного голосування. Крім того, впровадження е-голосування означає відмову від використання значної кількості паперу, цим самим ми зробимо свій внесок у збереження екології.

Варто усвідомлювати, що на шляху до реалізації такого масштабного проєкту виникне низка питань, що потребуватимуть вирішення. Серед них – створення чітко регламентованої законодавчої бази, розробка концепції цілісного проведення е-голосування, створення нових електронних систем, які забезпечуватимуть принципи голосування, безпеку та конфіденційність, захист особистих даних виборців та правдивість результатів. До цього слід залучити найбільш кваліфікованих експертів, у тому числі науковців НАНУ, високопрофесійних програмістів. Задля довіри до такого виду голосування варто провести широку роз'яснювальну роботу, ознайомити громадян з тим, що собою являє е-голосування (реклама у ЗМІ, тренінги, конференції, проведення бесід з різними категоріями людей); забезпечити доступ до електронних носіїв та мережі Інтернет під час голосування, а також абсолютну прозорість та об'єктивність самого голосування. Перш ніж проводити справжнє голосування, треба провести дослідження та організувати пробні референдуми, що дасть змогу впевнитися в дієвості такого методу та визначити ставлення громадян до такої форми демократії.

Електронне голосування має показати людям, що вибори та референдуми – це не лише формальність, яка відбувається раз на 5 років або взагалі існує лише на папері, а реальна можливість народу вирішувати важливі питання в державі. Люди мають право на те, щоб їхня думка була почута, адже вони і є держава і їм вирішувати, як вони хочуть жити у рідній країні.

Список використаних джерел:

1. Електронне урядування та електронна демократія : навчальний посібник: у 15 ч. / за заг. ред. А.І. Семенченка, В.М. Дрешпака. Київ. 2017. Ч. 3: Електронна демократія: основи та стратегії реалізації. Київ : ФОП Москаленко О.М. 2017. С. 84.

2. Бацій В.В. Електронне голосування: досвід України та зарубіжних країн. URL: http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/conf/2016-3/doc/2/01.pdf.

3. Махначова Н.М. Е-демократія як інститут розвитку громадянського суспільства та ефективного партнерства в публічній сфері. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/pdf/10_2018/25.pdf.

4. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.05.13 р. № 386-р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-р.

5. Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 08.11.2017 р. № 797-р. Дата оновлення: 14.02.2018. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-р.

6. Барікова А.А. Електронна держава: нова ефективність урядування : монографія. Київ : Юрінком Інтер. 2016. С. 224.

7. Системи електронних виборів: процедури голосування та матеріально-технічні засоби. URL: https://radaprogram.org/sites/default/files/infocenter/piblications/systemy_elektronnyh_vyboriv.pdf.

8. Запровадження електронної взаємодії як необхідна умова розвитку електронного урядування: зарубіжний і вітчизняний досвід. URL: https://knute.edu.ua/file/NjY4NQ==/498a1b0297a1c4501bc16ca2676828b9.pdf.

ЦИВІЛІСТИКА

БУЛАТ Н. М.,
аспірантка кафедри
цивільно-правових дисциплін
(Одеський національний університет імені І. І. Мечникова)

УДК 347.77
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.25

ДОМЕННЕ ІМ'Я ЯК ЗАСІБ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ ІНТЕРНЕТ-РЕСУРСІВ

Зростаюча поширеність використання доменних імен у сучасному інформаційному світі актуалізує проблему правової охорони цього об'єкта. Правова охорона доменного імені може бути досягнута лише шляхом відповідних законодавчих змін. Такі зміни мають ґрунтуватися на юридичному дослідженні відносин у сфері доменних імен. Зокрема, важливим питанням є визначення групи об'єктів системи права інтелектуальної власності, до якої слід віднести доменне ім'я, а також його відмежування від цих об'єктів. З огляду на це метою статті є виділення загальних ознак доменного імені як такого, що належить до засобів індивідуалізації, а також його особливостей як засобу індивідуалізації інтернет-ресурсів. У статті доменне ім'я розглядається як засіб індивідуалізації інтернет-ресурсів. Доведено, що доменне ім'я в системі об'єктів права інтелектуальної власності разом з комерційними найменуваннями, торговельними марками та географічними зазначеннями належить до засобів індивідуалізації, адже його основне призначення полягає в індивідуалізації певного ресурсу в мережі. Визначено спільні ознаки доменного імені та інших засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг (призначення, що полягає в індивідуалізації певних об'єктів, незалежність правової охорони від творчого характеру результатів інтелектуальної діяльності, наявність лише майнових прав на них). Проаналізовано окремі ознаки доменного імені як засобу індивідуалізації інтернет-ресурсів (абсолютна (невідносна) унікальність, можливість делегування доменів нижчих рівнів, індивідуалізація не учасників цивільного обороту, товарів або послуг, а інтернет-ресурсів, можливість як комерційного, так і некомерційного використання, відсутність територіальних меж дії, наявність як змістовних, так і технічних обмежень, що стосуються використання деяких символів у доменних іменах).

Ключові слова: *доменне ім'я, засіб індивідуалізації, система об'єктів права інтелектуальної власності, індивідуалізація інтернет-ресурсів, ознаки засобів індивідуалізації.*

Bulat N. M. A domain name as a means of internet sources individualization
The increasing popularity of domain names use in the contemporary informational world makes the problem of domain names legal protection of great topicality. In its turn, this protection can be achieved only by passing appropriate legislative changes. These changes must be based on a legal exploration of relations in a domain name sphere. In particular, it is important to find a group of intellectual property system objects to which a domain name can be related and, at the same time, to separate

a domain name from the other objects of this group. Therefore, the purpose of the paper is to determine the common features of a domain name as an object of a particular group in the system of intellectual property objects and to find its special features as a means of Internet sources individualization. The article presents an analysis of a domain name as a means of individualization. It is proved that in the system of intellectual property objects, a domain name is related to means of individualization because its main function is to individualize an Internet source. The common features of a domain name and other means of individualization are determined (their main function is to individualize some objects, their legal protection does not depend on creative nature of the results of an intellectual activity, there are only property rights to them). The special features of a domain name as a means of Internet source individualization are analyzed (absolute (non-relative) uniqueness, a possibility to delegate domains of lower levels, individualization of Internet sources, a possibility to use a domain name for both commercial and non-commercial purposes, lack of territorial limits of act, existence of not only informative but also technical limits concerning using symbols in domain names).

Key words: *domain name, means of individualization, system of intellectual property objects, Internet sources individualization, means of individualization features.*

Вступ. Зростання значущості доменного імені у сучасному інформаційному світі обумовлює необхідність правової охорони цього об'єкта. Розроблення системи науково-практичних рекомендацій з удосконалення законодавства у відповідній сфері потребує дослідження доменного імені з позиції права інтелектуальної власності. Зокрема, важливо виявити ознаки доменного імені як такого, що належить до певної групи об'єктів права інтелектуальної власності, а також його особливості, які дають змогу відмежувати цей об'єкт від суміжних понять [1, с. 114].

Доменне ім'я як засіб індивідуалізації досліджувалося низкою науковців. Так, В.В. Бонтлаб, з'ясовуючи місце доменного імені в системі об'єктів цивільного права, пропонує розглядати доменне ім'я як засіб індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у Всесвітній мережі Інтернет [2]. А.Г. Серго, наводячи правове визначення доменного імені, вбачає його основну функцію в індивідуалізації інформаційних ресурсів у мережі Інтернет [3]. А.В. Попцов, К.І. Гладка пропонують порівняльні аналізи доменного імені з іншими засобами індивідуалізації відповідно до законодавства РФ [4, с. 21-23; 5, с. 144-149].

Водночас питання визначення доменного імені як засобу індивідуалізації вимагає подальшого дослідження. Так, необхідно виявити, які саме об'єкти покликані індивідуалізувати доменні імена (товари та послуги чи інтернет-ресурси), визначити спільні ознаки, які притаманні доменному імені та іншим засобам індивідуалізації (комерційним найменуванням, торговельним маркам, географічним зазначенням), а також проаналізувати окремі ознаки доменного імені, які дають змогу відмежувати його від суміжних понять і свідчать про самостійність цього об'єкта щодо інших засобів індивідуалізації.

Постановка завдання. Метою статті є виділення загальних ознак доменного імені як такого, що належить до засобів індивідуалізації, а також його особливостей як засобу індивідуалізації інтернет-ресурсів.

Результати дослідження. Відомо, що перелік об'єктів права інтелектуальної власності (хоча дещо умовно) прийнято поділяти на групи [1, с. 114]. На нашу думку, з урахуванням наукових досліджень, положень міжнародних договорів і національного законодавства об'єкти права інтелектуальної власності можна згрупувати таким чином:

1) об'єкти авторського права та суміжних прав;
2) об'єкти права промислової власності та прирівняні до них:

– об'єкти патентного права (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, а також сорти рослин і породи тварин);

– засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг (комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення);

– раціоналізаторські пропозиції, комерційні таємниці;

3) інші об'єкти права інтелектуальної власності, які отримали назву нетрадиційних результатів інтелектуальної діяльності (наукові відкриття, компонування напівпровідникових виробів) [1, с. 115–116].

Якщо спробувати знайти місце доменного імені в системі об'єктів права інтелектуальної власності, то стане очевидним, що доменне ім'я варто віднести до другої групи, а саме до засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів, послуг та, як потрібно додати, інтернет-ресурсів, бо головне призначення доменного імені полягає в індивідуалізації певного ресурсу в мережі [1, с. 116].

Так, інтернет-ресурси можуть містити інформацію не лише про товари, послуги, характер чи сферу діяльності юридичної або фізичної особи, що їх надає. Як справедливо зауважують А.Г. Серго, К.І. Гладка, існує чимало некомерційних проєктів, присвячених клубам за інтересами, соціальним мережам і просто сайтам про їх розробників (міні-резюме, творчість, біографія, контакти) [6, с. 17]. Ось чому, на нашу думку, доменне ім'я не можна вважати засобом індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, адже воно індивідуалізує не ці об'єкти як такі, а саме інтернет-ресурси, які хоча й можуть містити (але не завжди містять) інформацію про вищеназвані об'єкти, проте самі по собі такими не є.

Саме позиція щодо віднесення доменного імені до засобів індивідуалізації має найбільше прихильників серед науковців. Так, Д.В. Бойко наголошує на тому, що «доменні імена за їх правовою природою слід віднести до засобів індивідуалізації як виду об'єктів інтелектуальної власності» [7]. В.В. Бонтлаб також аргументує точку зору щодо «включення доменних імен до <…> засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, враховуючи їхню правову природу, в тому числі унікальність, словесну визначеність, та їхні функції» [2]. Як засіб індивідуалізації доменне ім'я розглядають А.Г. Серго [3], В.О. Калятін [8], М.С. Азаров [9], І.А. Щурова [10], Н.Ю. Березовська [11]. Окремої уваги у цьому контексті заслуговує аргументація А.В. Попцова, який зазначає, що «доменні імена можуть виступати у якості самостійних засобів індивідуалізації поряд із традиційними засобами індивідуалізації» [4, с. 11–12]. Свою позицію автор обґрунтовує таким чином: «доменні імена не можна ототожнювати з винаходами, промисловими зразками та корисними моделями, так як за своєю правовою природою доменні імена не відповідають найважливішим вимогам, що пред'являються до зазначених об'єктів промислової власності: змісту й умовам патентоздатності. Одночасно доменні імена не можуть відноситися і до об'єктів авторського права, оскільки вони не можуть повною мірою відповідати сутності вимог (критеріїв), що пред'являються до об'єктів авторського права <…> Доменні імена <…> не можуть <…> бути топологією інтегральної мікросхеми, а також не належать до об'єктів інтелектуальних прав на селекційні досягнення, з огляду на те, що не є сортом рослин або породою тварин <…> Єдина група об'єктів цивільних прав, до яких можна віднести доменні імена, – це засоби індивідуалізації» [4, с. 20]. Отже, визначаючи місце доменного імені в системі об'єктів права інтелектуальної власності, науковці практично одностайні у віднесенні його до засобів індивідуалізації.

Однак у Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні, схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 року, доменне ім'я разом з генетичними ресурсами, традиційними знаннями, фольклором віднесено до «нетрадиційних об'єктів права інтелектуальної власності та інших результатів інтелектуальної діяльності» [12]. Очевидно, під час такого висновку автори вищезгаданої Концепції виходили з новизни правового регулювання як критерію для виокремлення групи нетрадиційних об'єктів права інтелектуальної власності [1, с. 116]. Однак застосування такого критерію не дає змоги врахувати призначення доменних імен [1, с. 116]. Між тим, на нашу думку, саме призначення доменних імен має бути вирішальним фактором

для з'ясування їх місця в системі об'єктів права інтелектуальної власності [1, с. 116–117]. З огляду на це слушною є думка Н.І. Майданик, яка визначає доменні імена як нетрадиційні засоби індивідуалізації [13], ніби синтезуючи обидва підходи (той, що закладений у Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні, та той, що підтримується більшістю науковців) [1, с. 117].

Варто також зауважити, що поняття «засіб індивідуалізації» може вживатися у вузькому та широкому значеннях. Так, М.Є. Бобров пропонує розглядати індивідуалізацію як особливий процес у широкому та вузькому значеннях. У широкому значенні індивідуалізація, на думку автора, являє собою «відокремлення об'єкта індивідуалізації від інших схожих із ним об'єктів шляхом виявлення у нього чи надання йому індивідуальних ознак» [14, с. 14–15], а у вузькому значенні індивідуалізація – це «виділення (відокремлення) суб'єкта та/або об'єкта цивільних правовідносин із маси однорідних шляхом виявлення у суб'єкта та/або об'єкта чи надання суб'єкту та/або об'єкту характерних (індивідуальних) ознак» [14, с. 15]. Індивідуалізація здійснюється за допомогою системи різноманітних позначень (знаків), а саме засобів індивідуалізації [14, с. 15]. Під засобом індивідуалізації у широкому значенні М.Є. Бобров пропонує розуміти «позначення, що використовується для відокремлення об'єкта індивідуалізації від інших схожих із ним об'єктів» [14, с. 15]. Автор наводить декілька критеріїв для класифікації засобів індивідуалізації [14, с. 15–16]. При цьому найбільш важливою з теоретичної та практичної точок зору М.Є. Бобров називає класифікацію засобів індивідуалізації на ті, що регулюються законодавством, і ті, що не регулюються законодавством. Такий поділ проводиться залежно від того, чи визначений законодавством правовий режим засобу індивідуалізації [14, с. 15–16]. Засоби індивідуалізації, які регулюються законодавством, залежно від того, чи визнаються вони об'єктами права інтелектуальної власності, поділяються на засоби індивідуалізації, що визнаються об'єктами інтелектуальних прав, та ті, які не визнаються об'єктами інтелектуальних прав [14, с. 16]. Власне ті засоби індивідуалізації, що визнаються об'єктами інтелектуальних прав, складають поняття «засоби індивідуалізації» у вузькому значенні [14, с. 16–17]. Щодо доменного імені М.Є. Бобров зауважує, що нині законодавством його правовий режим не визначений [14, с. 16]. Втім, автор доходить висновку про необхідність «включення доменного імені до загальної системи засобів індивідуалізації, що визнаються законом об'єктами інтелектуальних прав [тобто до засобів індивідуалізації у вузькому розумінні] у якості самостійного засобу індивідуалізації» [14, с. 12].

Як засоби індивідуалізації доменні імена володіють певними ознаками, що притаманні цій групі об'єктів права інтелектуальної власності [1, с. 117].

Як зазначається у спеціальній літературі, «засоби індивідуалізації не є технічними рішеннями та самі по собі не є творчими досягненнями у сфері літератури, науки або мистецтва, а являють собою спеціальні позначення словесного, графічного чи іншого характеру, що використовуються для розрізнення суб'єктів цивільних правовідносин, виробленої ними продукції чи наданих послуг. Метою використання засобів індивідуалізації є необхідність позначення особи чи продукції, а не надання нових корисних властивостей новому продукту, що задовольняють певну суспільну потребу або задоволення митецьких чи інших творчих інтересів суспільства. Не спрямовані засоби індивідуалізації також на відкриття нових чи покращення існуючих результатів у різноманітних сферах техніки та технології. Ціллю використання таких позначень є забезпечення ідентифікації суб'єкта-товаровиробника, вироблених ним товарів чи наданих послуг, відмежування їх від однорідної діяльності або продукції конкурентів» [15]. «Головна їх функція – виділити об'єкт або суб'єкт із загальної маси однорідних об'єктів або суб'єктів», – зазначає щодо цього Н.Ю. Березовська [11, с. 543]. Отже, основним призначенням засобів індивідуалізації є індивідуалізація певних об'єктів. Це положення справедливо також щодо доменних імен. Специфічними ж об'єктами, які позначають доменні імена, є інтернет-ресурси [1, с. 117]. Таким чином, перша ознака доменного імені полягає в тому, що воно спрямоване на позначення, індивідуалізацію інтернет-ресурсів.

Іншою специфічною ознакою засобів індивідуалізації загалом і доменних імен зокрема є те, що для забезпечення їх правової охорони не є необхідним їх творчий характер [1, с. 117]. Творчі зусилля творця об'єкта, що є засобом індивідуалізації, не мають юридичного значення під час установлення правового режиму таких об'єктів [15]. Натомість для цього враховується можливість об'єкта виконувати розрізняльні функції та його унікальність [15]. Як зазначає А.І. Кубах, засоби індивідуалізації є результатами інтелектуальної, однак не творчої діяльності, а «у відносинах, що виникають з приводу цих об'єктів, немає такого суб'єкта, як творець» [16, с. 77]. Аналогічну точку зору висловлює, зокрема, М.Є. Бобров, зауважуючи, що «на відміну від об'єктів авторського та патентного права для засобів індивідуалізації не важливий творчий характер їх створення та сама фігура автора» [14, с. 17].

Звідси випливає наступна ознака доменних імен, а саме право на доменне ім'я не включає особисті немайнові права [1, с. 117], адже щодо засобів індивідуалізації не передбачено особистих немайнових прав, а зміст права інтелектуальної власності на такі об'єкти становлять лише майнові права [16, с. 77]. Таке положення цілком справедливо щодо доменного імені як засобу індивідуалізації інтернет-ресурсу. При цьому не варто забувати про можливість так званої кумулятивної правової охорони. Так, якщо доменне ім'я є оригінальним, то воно одночасно може розглядатись і як об'єкт-засіб індивідуалізації, і як об'єкт авторського права, при цьому саме в ролі останнього воно здатне породжувати, крім майнових прав, особисті немайнові права [17, с. 37–38].

Іноді у літературі наводяться інші спільні ознаки доменного імені та засобів індивідуалізації. Так, А.В. Попцов, окрім вищезгаданої функції індивідуалізації, виділяє такі ознаки, як комерційна цінність і здатність приносити прибуток, словесна форма вираження, виникнення прав на доменне ім'я поряд із правами на торговельну марку та географічне зазначення з моменту реєстрації, охорона прав на доменне ім'я, торговельну марку та географічне зазначення протягом певного періоду часу та необмеженість загального можливого строку чинності прав, можливість анулювання прав на доменне ім'я (торговельну марку, географічне зазначення) до спливу строку їх правової охорони, можливість передачі прав на доменне ім'я поряд із правами на торговельну марку та комерційне найменування на договірних засадах [4, с. 21–22]. К.І. Гладка наводить такі спільні ознаки доменного імені та засобів індивідуалізації, як комерційна цінність, оборотоздатність прав на них, виникнення прав з моменту реєстрації (за винятком комерційних найменувань), відсутність загального строку чинності, можливість передачі прав на доменне ім'я, торговельну марку, комерційне найменування на договірних засадах, можливість перевірки на унікальність, обмеження щодо позначень, що можуть входити до складу цих об'єктів, необхідність реєстрації [5, с. 144–149]. Однак очевидно, що, відповідно до українського законодавства, деякі з цих ознак не є спільними для всіх засобів індивідуалізації. Так, торговельні марки не обмежуються словесною формою вираження, необхідність реєстрації об'єктів, їх охорона протягом певного періоду часу з необмеженим загальним строком не стосується комерційних найменувань, можливість передачі прав на договірних засадах не поширюється на географічні зазначення. Натомість низка згаданих ознак є спільною не лише для засобів індивідуалізації, адже, зокрема, комерційну цінність можуть мати всі об'єкти права промислової власності, необхідність реєстрації об'єктів, охорона прав на них протягом певного строку, як і можливість дострокового анулювання, характерні також для об'єктів патентного права, а можливість передачі прав на договірних засадах може стосуватися практично всіх об'єктів права інтелектуальної власності.

Отже, основною спільною ознакою доменних імен і засобів індивідуалізації є їх функціональна спрямованість на індивідуалізацію певних об'єктів. Крім того, для охорони доменних імен зокрема та засобів індивідуалізації загалом неважливий їх творчий характер, відповідно, зміст прав на такі об'єкти становлять лише майнові права.

Володіючи основними ознаками, що притаманні засобам індивідуалізації, доменне ім'я водночас має певні особливості [1, с. 117].

По-перше, доменне ім'я володіє абсолютною (невідносною) унікальністю [1, с. 117]. Як зазначається у спеціальній літературі, «новизна засобу індивідуалізації розуміється не в абсолютному значенні як світова новизна, а у відносному, тобто позначення має бути новим

щодо раніше зареєстрованих чи заявлених на реєстрацію засобів індивідуалізації у межах території відповідної держави щодо однорідних товарів чи послуг або однорідного характеру господарської діяльності» [15]. Однак щодо доменного імені, то воно має володіти лише абсолютною унікальністю. При цьому у різних доменних зонах можлива реєстрація тотожних доменів, тобто домен володіє відносною унікальністю в рамках певної доменної зони [4, с. 23], натомість доменне ім'я є абсолютно унікальним. Як наслідок, по-перше, тотожні доменні імена не можуть позначати різні інтернет-ресурси, по-друге, з огляду на таку унікальність доменного імені право на його використання не може передаватися з одночасним збереженням такого права за первісним володільцем [1, с. 117–118], адже одне доменне ім'я позначає лише один інтернет-ресурс. Використовувати тотожні доменні імена для різних ресурсів технічно неможливо. Отже, особа, що передає право на використання доменного імені, автоматично втрачає право на позначення свого інтернет-ресурсу таким доменним ім'ям. При цьому особа зберігає за собою право на контент (зміст) сайту. Іншими словами, можна створити тотожний сайт, але вже з іншим доменним ім'ям. Однак використовувати первісне доменне ім'я навіть для іншого сайту неможливо.

Втім (і це можна умовно вважати другою особливістю доменного імені як об'єкта права інтелектуальної власності), володілець прав на доменне ім'я може надати іншим особам право на використання доменного імені у «своїй» доменній зоні, делегувавши відповідні домени нижчого рівня [1, с. 118]. Власне, делегування доменних імен українська судова практика визначає як «процес надання можливості певній особі користуватися певним доменним іменем» [18]. Припустімо, особа зареєструвала доменне ім'я "kazka.org". Таким чином, вона є суб'єктом права на доменне ім'я "kazka.org" і може делегувати домени нижчого рівня. Так, вона може делегувати іншій особі доменне ім'я "narodna.kazka.org", не втрачаючи права використовувати доменне ім'я "kazka.org".

Третьою особливістю доменного імені можна назвати те, що, на відміну від інших засобів індивідуалізації, доменне ім'я індивідуалізує не товари (послуги) або учасників цивільного обороту, а інтернет-ресурси, які, як зазначалося раніше, хоча й можуть містити (але не завжди містять) інформацію про вищеназвані об'єкти, проте самі по собі такими не є. Так, як справедливо зазначає А.В. Попцов, доменне ім'я «індивідуалізує не товари, виконувані роботи чи послуги, а передусім інформаційний ресурс у мережі Інтернет» [4, с. 22].

Інша особливість доменного імені тісно пов'язана з попередньою та полягає в тому, що право на доменне ім'я може мати будь-яка особа, а не лише та, що виробляє товари (надає послуги), адже, на відміну від інших засобів індивідуалізації, можливим є некомерційне використання доменних імен. Так, А.В. Попцов, виділяючи розглядувану особливість доменного імені, вказує на те, що воно «може належати будь-яким суб'єктам права, включаючи органи державної влади та місцевого самоврядування» [4, с. 23]. Цю особливість виділяє також К.І. Гладка, зауважуючи, що «володільцем прав на доменне ім'я може бути, поруч з юридичною особою та індивідуальним підприємцем, фізична особа» [5, с. 149], а «сфера використання [доменного імені] не обмежена застосуванням у галузі підприємництва» [5, с. 149]. На можливість некомерційного використання доменних імен звертає увагу, зокрема, К. Комаїтіс, зауважуючи, що, якщо оцінювати доменне ім'я лише з точки зору торговельної марки, можна дійти помилкового висновку, ніби Інтернет – це лише комерційний простір [19].

До того ж варто погодитися з К.І. Гладкою, яка, окрім вищенаведених особливостей доменного імені, називає такі, як відсутність територіальних меж завдяки особливостям мережі Інтернет і наявність не лише змістовних обмежень щодо символів, які можуть складати доменне ім'я, але й технічних [5, с. 149].

Висновки. У системі об'єктів права інтелектуальної власності доменне ім'я варто віднести до засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів, послуг та інтернет-ресурсів, бо головне призначення доменного імені полягає в індивідуалізації певного ресурсу в мережі [1, с. 118]. Як засоби індивідуалізації доменні імена володіють певними ознаками, що притаманні цій групі об'єктів права інтелектуальної власності, а саме вони призначені для індивідуалізації певних об'єктів (інтернет-ресурсів), для забезпечення

правової охорони доменних імен не надається значення творчому характеру досягнутого результату, право на доменне ім'я не включає особисті немайнові права [1, с. 118]. Володіючи основними ознаками, що притаманні засобам індивідуалізації, доменне ім'я має певні особливості [1, с. 118]. Так, доменне ім'я володіє абсолютною (невідносною) унікальністю, а володілець прав на доменне ім'я має право делегувати у відповідній доменній зоні домени нижчих рівнів іншим суб'єктам [1, с. 118]. Доменне ім'я індивідуалізує не товари (послуги) або учасників цивільного обороту, а інтернет-ресурси, відповідно, можливим є некомерційне використання доменних імен, а право на доменне ім'я може мати будь-яка особа. Крім того, доменне ім'я не має територіальних меж дії, а обмеження щодо використання певних символів у доменних іменах мають не лише змістовний, але й технічний характер.

Список використаних джерел:

1. Булат Н.М. Проблемні питання визначення місця доменного імені в системі об'єктів права інтелектуальної власності. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Ю.С. Червоного (до 90-річчя від дня його народження) (м. Одеса, 15 грудня 2017 р.) / упоряд. і відп. ред. І.С. Канзафарова, В.М. Зубар. Одеса : Астропринт, 2017. С. 114–120.

2. Бонтлаб В.В. Цивільно-правове регулювання доменних імен : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2006. 15 с.

3. Серго А.Г. Доменные имена. Москва : Бестселлер, 2006. 368 с.

4. Попцов А.В. Правовое регулирование доменного имени в Российской Федерации : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2009. 36 с.

5. Гладкая Е.И. Правовой режим доменного имени в России и США : дисс. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2014. 214 с.

6. Серго А.Г., Гладкая Е.И. Правовое регулирование доменных имен. *Хозяйство и право. Приложение*. 2010. № 3. 49 с.

7. Бойко Д.В. Правова природа доменних імен Інтернет : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків, 2005. 19 с.

8. Калятин В.О. Изменение системы объектов интеллектуальных прав в связи с принятием четвертой части Гражданского кодекса. *Закон*. 2007. № 4. С. 70–75.

9. Азаров М.С. Доменные имена в структуре гражданского и информационного права. *Информационное право*. 2010. № 2 (21). С. 14–17.

10. Щурова И.А. Доменные имена: понятие, осуществление и правовое обеспечение в предпринимательской деятельности : монография. Москва : Юридическое издательство «ЮРКОМПАНИ», 2012. 180 с. («Актуальные юридические исследования»).

11. Березовская Н.Ю. Доменное имя как объект интеллектуальной собственности. *Молодой ученый*. 2015. № 9. С. 543–544.

12. Про схвалення Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. № 402-р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/402-2016-р (дата звернення: 21.01.2020).

13. Майданик Н.І. Здійснення права на доменне ім'я в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2009. № 7 (79). С. 62–67.

14. Бобров М.Е. Средства индивидуализации товаров, работ и услуг как объекты интеллектуальных прав : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2013. 33 с.

15. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 976 с.

16. Кубах А.І. Право інтелектуальної власності : навчальний посібник. Харків : ХНАМГ, 2008. 149 с.

17. Булат Н.М. Співвідношення доменних імен і літературних творів. *Economic and law paradigm of modern society*. 2019. Issue 3. P. 33–40.

18. Рішення Господарського суду міста Києва від 22 березня 2016 року у справі № 910/28172/15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56847587 (дата звернення: 21.01.2020).

19. Komaitis K. The current state of domain name regulation: domain names as second class citizens in a markdominated world. Routledge, 2010.

ГУЙВАН П. Д.,
кандидат юридичних наук,
заслужений юрист України, професор
(Полтавський інститут бізнесу)

УДК 347
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.26

СПРАВЕДЛИВІСТЬ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ: ТЕМПОРАЛЬНІ АСПЕКТИ У СВІТЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПІДХОДІВ

Наукова стаття присвячена дослідженню актуального питання про своєчасність національного судочинства як однієї з головних засад справедливого правосуддя. В роботі обстоюється теза про те, що реалізується в практичній площині у прецедентних рішеннях Європейського суду з прав людини, за якою винесення чесним та неупередженим судом рішення з дотриманням правил про відкритість і публічність розгляду все ж таки не буде вважатися справедливим, якщо при цьому здійснене безпідставне та невиправдане зволікання в процесі розгляду справи. Автор здійснює аналіз правового поняття «розумний строк», яким оперує як міжнародне, так і українське законодавство. При цьому встановлено принципові відмінності між національним та конвенційним значеннями цього терміна. Визначено, що європейська правова доктрина не визначає чітких меж періоду судового провадження, які можна було б визнати однозначно розумними. Насправді строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ, тому було б неприродньо встановлювати один строк у конкретному цифровому виразі для всіх випадків. Правова позиція ЄСПЛ полягає в тому, що кожен національний суд, що розглядає справу, має вчиняти всі необхідні дії в процесі, але їхнє вчинення не повинне призводити до порушення права особи на судочинство в розумний строк. Таким чином, адаптування прецедентної практики до реальних випадків вчинення правосуддя – це справа національного судівництва.

У статті доведено, що національне судочинство нині чи не найбільше страждає від непомірного та невиправданого затягування розглядів судових справ, ставлячи результат поза часові межі розумності та зводячи нанівець ефективність судового захисту взагалі. Вивчено низку чинників, які сприяють такому стану речей, зокрема неналежну кваліфікацію наших суддів та їхнє мислення застарілими парадигмами під час вирішення спору по суті. Ще одним чинником, який, на думку автора, має бути відкоригований, є недосконаліть чинного українського процесуального законодавства у сфері темпорального регулювання відносин. Нарешті, в роботі піднімається та обстоюється питання про нормативне запровадження відповідальності за невиправдане й необґрунтоване затягування розгляду справи. Така відповідальність має бути запроваджена для всіх учасників справи, але особливо для судових органів.

Ключові слова: *розумний строк, затягування процесу, справедливий суд.*

Guyvan P. D. Justice of the trial: temporal aspects in the light of European approaches

This scholarly article is devoted to the study of the urgent issue of the timeliness of national justice as one of the main principles of fair justice. The thesis argues that the case law of the European Court of Human Rights is being implemented in

a practical way, according to which a fair and impartial decision rendering the rules of openness and publicity will not be considered fair if it is unjustified and unjustified a delay in the case. The author analyzes the legal concept of "reasonable term", which is used by both international and Ukrainian legislation. At the same time, fundamental differences between the national and the conventional meaning of the term are established. It has been established that European legal doctrine does not set clear limits to the period of court proceedings that could be recognized as unambiguously reasonable. In fact, a reasonable term cannot be the same for all cases, and it would be unnatural to set one term in a specific digital expression for all cases. The ECtHR's legal position is that every national court hearing the case must take all the necessary steps in the process, but not committing it should not lead to a breach of the person's right to a fair trial. Thus, adapting the case-law to the actual cases of justice is a matter for national judiciary.

In this work, it is argued that national litigation is currently suffering most of the undue and unjustified delays in court proceedings, putting the result beyond the time limits of reasonableness and thus undermining the effectiveness of judicial protection in general. A number of factors have been investigated that contribute to this situation, such as the inappropriate qualifications of our judges and their thinking with outdated paradigms in resolving the dispute on the merits. Another factor which, according to the author, should be corrected is the imperfection of the current Ukrainian procedural legislation in the sphere of temporal regulation of relations. Finally, the issue raises and defends the issue of regulatory imposition of liability for unjustified and unreasonable delay in the consideration of a case. Such responsibility should be imposed on all parties involved, but especially on the judiciary.

Key words: *reasonable time, protracted trial, fair trial.*

Вступ. Конституційний Суд України у Рішенні від 30 січня 2003 року (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого та прокурора) наголошує на тому, що правосуддя фактично визнається таким лише за умови, якщо воно відповідає вимогам справедливості та забезпечує ефективне поновлення в правах [1]. Загальні ознаки справедливого судового процесу встановлені у статті 6 головного правозахисного міжнародного документа, а саме Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який є також джерелом українського національного права. Серед кваліфікаційних ознак, які надає поняттю справедливого суду Конвенція, одним із головних є здійснення правосуддя впродовж розумного процесуального періоду, адже, за конвенційними приписами, що реалізуються в практичній площині через ухвалення конкретних правозастосовних рішень Європейським судом з прав людини, винесення чесним та неупередженим судом рішення з дотриманням правил про відкритість і публічність розгляду все ж таки не буде вважатися справедливим, якщо при цьому здійснене безпідставне та невиправдане зволікання в процесі розгляду справи. Отже, недотримання часових параметрів розгляду судового спору є окремим порушенням конвенційного права особи на справедливий суд, що охороняється за правилом статті 6 цього міжнародного акта.

Отже, потребує визначеності правове поняття розумного строку розгляду справи. Передусім маємо відзначити, що це визначення має тлумачитись як найкоротший строк розгляду й вирішення справи, достатній для надання своєчасного (без невиправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів особи. При цьому зазначений термін не може ототожнюватися із сукупністю періодів для вчинення окремих процесуальних вчинків судом або учасниками справи, як часто тлумачиться у вітчизняній цивілістиці. Міжнародно-правове розуміння цього темпорального виміру є набагато ширшим, отже, не лише охоплює своїм смисловим навантаженням окремі відрізки часу для вчинення певних дій у межах розгляду справи, але й встановлює часові границі для всього процесу: від моменту порушення провадження до його повного закінчення. Важливо, що європейське

законодавство в цій царині вважає терміном закінчення провадження не лише постановлення остаточного судового рішення, але й реальне його виконання.

Постановка завдання. Проблема дотримання розумних строків під час розгляду судових справ є актуальною не лише для нашої держави, але й для багатьох інших. Порушення темпоральних принципів, що запроваджені у статті 6 Конвенції державами-учасницями становить близько 40% від загальної кількості порушень. Науковому вивченню проблематики дотримання розумних періодів часу під час здійснення правосуддя присвячені праці таких науковців, як В.І. Тертишніков, М.В. Буроменський, Н.С. Кузнєцова, В.Н. Денисов, Н.Ю. Сакара, Е.Л. Трегубов, Д.М. Супрун, В.П. Паліюк, П.М. Рабінович, О.М. Толочко, О.О. Штефан, Р.О. Куйбіда. Водночас питання дотримання розумних строків розгляду судової справи, як показує практика, є вельми важливим. Нині цивілістичній доктрині бракує аналізу ефективності та дієвості оновленого темпорального законодавства. Відсутнє серйозне з'ясування питань щодо строків розгляду справ і виконання судових рішень, які б відповідали критерію розумності у конкретних випадках. Проведення подібної роботи дасть можливість здійснити напрацювання концепцій щодо ефективності своєчасності правозастосування, Дослідження юридичних підходів до ефективності правозастосування європейського принципу своєчасного судівництва як однієї з головних засад справедливого процесу є метою статті.

Результати дослідження. Конкретні межі розумності строку розгляду справи не визначені у Конвенції. Відсутні вони також у прецедентних рішеннях ЄСПЛ. У них за наслідками розгляду того чи іншого фактичного спору Суд встановлює тільки те, чи була адекватною тривалість провадження певним обставинам справи, які впливали на протяжність у часі окремих елементів процесу. Це такі кваліфікуючі обставини, як складність справи, кількість учасників, матеріальна зацікавленість сторін, число необхідних процесуальних вчинків [2, с. 173]. Таким чином, практика ЄСПЛ щодо тлумачення розумного строку наочно підтверджує, що строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ, тому було би неприродньо встановлювати один строк у конкретному цифровому виразі для всіх випадків, тому, як правильно зазначають окремі дослідники питання, розумність тривалості судового провадження треба оцінювати у зв'язку з обставинами конкретної справи [3, с. 56].

Окремі процесуальні питання щодо розгляду справи, звісно, повинні розв'язуватися конкретним судовим органом. Так, лише суд вправі вирішити, які процесуальні дії необхідно вчинити, щоб отримати докази, яким є механізм допиту свідків, чи є необхідність призначення експертизи, залучення третіх осіб до справи тощо. Суд у цьому відношенні проявляє свою дискрецію у межах, визначених законом, але всі зазначені вчинки мають відбуватися в часових рамках, також установлених законом, тому відповідальність за несвоєчасне виконання процесуальних дій покладається на суд. Щодо цього позиція ЄСПЛ є усталеною та однозначною: відкладення розгляду справи, призначення й проведення експертизи, участь судді в розгляді інших справ та інші необхідні дії самі по собі не суперечать чинному законодавству, але не можуть приводити до порушення права особи на судочинство в розумний строк. Конвенційна стаття 13 гарантує наявність ефективного засобу юридичного захисту у відповідному національному органі у зв'язку з порушенням вимоги пункту 1 статті 6 стосовно розгляду справи впродовж розумного строку [4].

Як бачимо, Суд, не надаючи чіткого визначення розумного процесуального строку розгляду судового спору, може лише запровадити певні критерії оцінювання таких істотних для кожної справи факторів, що він практично й робить, а адаптування подібної прецедентної практики до реальних випадків вчинення правосуддя – це справа національного судівництва. Це є важливим чинником насамперед для української судової системи, бо не є таємницею, що національне судочинство нині чи не найбільше страждає від непомірного та невиправданого затягування розглядів судових справ, ставлячи результат поза часові межі розумності та зводячи нанівець ефективність судового захисту взагалі. Річ у тім, що, попри вказівку у статті 210 ЦПК України про присічний період вирішення судової справи,

як правило, упродовж одного місяця після початку розгляду по суті, по-перше, цей строк, як зазначалося, не може розглядатися як розумний у розумінні конвенційних приписів, а по-друге, навіть така імперативна вказівка закону щодо темпоральних вимірів судочинства відверто нехтується практично всіма українськими судами на місцях [5, с. 22].

Подібному стану речей досить часто сприяють неналежна кваліфікація наших суддів та їхнє мислення застарілими парадигмами під час вирішення спору по суті. Так, нібито переймаючись необхідністю більш всебічно та об'єктивно оцінити матеріал справи, суди часто абсолютно невиправдано потакають окремим учасникам справи у незаконному затягуванні її розгляду. Як наслідок, досить поширеними є випадки, коли особи, будучи належно повідомленими про час та місце судового засідання, не з'являються без поважної причини. При цьому неправомірним діянням правозастосовного органу є неодноразові відкладення засідань на значний термін. Особливо слід відзначити нереагування українських судів на процесуальні зловживання учасників, пов'язані з ненаданням відзивів на позови та інших доказів у встановлений законом строк. Новий Цивільний процесуальний кодекс України щодо цього займає досить категоричну позицію, яка цілком узгоджується з цивілізаційними засадами швидкого та якісного судочинства, викладеними у Конвенції, а саме закон зазначає, що докази, не подані у встановлений законом або судом строк, до розгляду судом не приймаються, крім випадку, коли особа, яка їх подає, обґрунтувала неможливість їх подання у вказаний строк з причин, що не залежали від неї. Однак, на жаль, національний суддівський корпус нині ще перебуває в тенетах застарілих переконань, за якими чим довше збираються докази, тим більше обґрунтоване судове рішення. В тому, що це є помилковим підходом, нас переконує не лише поступ чинного процесуального законодавства, але й міжнародна правозастосовна практика. Однак свідомість українських суддів змінюється дуже повільно. Про це свідчать численні випадки залучення додаткових доказів до матеріалів справи без будь-яких обґрунтувань поважності подібної дії навіть на етапі апеляційного чи касаційного перегляду [6]. Як негативний наслідок подібних порушень маємо незаконне збільшення тривалості розгляду справи.

Також дуже часто причинами істотного затягування судового розгляду де-факто є порушення строків відкриття провадження, призначення й проведення розгляду, безпідставні численні відкладення розгляду справи, перерви в судових засіданнях у зв'язку з причинами, які за законом не можуть слугувати підставою для цього. Наприклад, уже стало недоброю традицією суттєве порушення установленого у статті 187 ЦПКУ п'ятиденного строку відкриття провадження у справі. Причина цього дуже проста й криється в умисному нехтуванні процесуальними деталями щодо процедури початку провадження. Річ у тім, що в новому Кодексі чомусь зникли нормативні приписи щодо строків направлення ухвал про відкриття провадження. Скажімо, у статті 187 Кодексу зазначено, що суддя повинен не пізніше п'яти днів з моменту отримання позову за відсутності підстав для залишення заяви без руху відкрити провадження, але нічогісінько не зазначено про термін направлення цієї ухвали сторонам. Здавалося б, нічого суттєвого, адже нинішній закон зазначає, що розгляд справи має початися не пізніше, ніж через шістдесят днів після відкриття справи, отже, все нібито врегульовано в темпоральному плані і не потрібно вводити додаткового правового часового регулятора для визначення моменту направлення ухвали про відкриття справи. Однак це лише в теорії, практика ж в українських судах разюче відрізняється.

Насправді практично в усіх судах є численні випадки, коли ухвалу про відкриття провадження у справі, датовану упродовж п'ятиденного строку від подачі позову з призначенням справи до першого розгляду, сторони отримують через півроку, а в окремих випадках і значно пізніше. В результаті подібної махінації суддю можна звинуватити лише у відсутності контролю за несвоєчасним направленням ухвали. Сам же зміст ухвали у часовому сенсі зауважень не викликає, хоча всі притомні учасники процесу прекрасно розуміють сутність подібного суддівського зловживання. Отже, маємо значну кількість випадків, коли, наприклад, незначний за складністю трудовий спір, який зрештою потребував аж одного судового засідання, аби його вирішити по суті, був вирішений у першій інстанції (тобто рішення не набрало законної сили) [7] лише через 2 роки і 2 місяці.

Такий неквапливий підхід суддів цього суду до вирішення трудового спору фактично призвів до істотного порушення права особи на отримання справедливого правосуддя шляхом розгляду справи у розумний строк, як про це каже Конвенція, адже затягування процесу призвело до фактичного унеможливлення вирішення справи по суті, тобто постановки справедливого рішення. Посудіть самі. Роботодавець свого часу своїм наказом змінив умови праці робітника, зменшивши його повноваження та заробітну плату. Працівник, відповідно, негайно оскаржив цей наказ до суду. Він мотивував свої вимоги тим, що роботодавець не ознайомив його з цим наказом не просто за 2 місяці, як того в імперативному порядку вимагає стаття 32 КЗпП України (у разі зміни умов праці робітник повинен бути попереджений письмово під розпис принаймні за 2 місяці), а взагалі не ознайомив у письмовому вигляді. При цьому власник у судовому засіданні, яке відбулося 28 лютого 2020 року, абсолютно не заперечував факту неповідомлення працівника про виданий стосовно нього наказ, зазначивши, що він не міг здійснити повідомлення з огляду на перебування особи на лікарняному. Якщо б суд своєчасно ще у січні 2018 року розглянув цей спір, він би вчасно визнав факт порушення трудового законодавства. Тоді б роботодавець, виплативши працівникові певну суму незаконного зменшення заробітку, міг би негайно виправити свою помилку, винісши у відповідний строк (за два місяці) аналогічний наказ та повідомивши працівника. Конфлікт би був вичерпаний.

Однак уже через два з лишнім роки ситуація виглядала абсолютно не такою виваженою. У разі визнання незаконності діяння роботодавця він уже мусить виплатити працівникові понад дворічну різницю у заробітній платі з урахуванням компенсації, можливу моральну шкоду за тривале незаконне усунення працівника від роботи та здійснити серйозні зворотні кадрові перегрупування за значний період. Ось у такій ситуації вже зовсім інша відповідальність роботодавця. Отже, не дивно, що за подібних обставин за умови грубого порушення судом темпоральних засад судочинства не доводилося говорити взагалі про справедливість судового розгляду, адже добре відомо, що національні суди не лише нехтують конвенційними вимогами щодо своєчасності судочинства, але й відзначаються серйозними проблемами щодо упередженості та вибірковості під час розгляду справи по суті, особливо коли результат має істотне матеріальне значення для економічно більш сильної сторони. Про це свідчать численні рішення ЄСПЛ та значне падіння авторитету й престижу судової системи, які нині досягли найнижчого за всю історію рівня.

Між тим окремі категорії справ з огляду на їхню підвищену соціальну значимість потребують підвищеної уваги національного судівництва. Скажімо, Європейський суд з прав людини чітко зазначає, що трудові спори разом зі справами про піклування про дітей та пов'язані з травматизмом потребують особливої уваги й мають розглядатися без зволікань. Під час розгляду подібних справ вимагається особлива сумлінність у темпоральному відношенні (справа «Хурава проти України») [8].

Значними чинниками, що обумовлюють невиправдане затягування розгляду справи, на практиці є затримки, пов'язані з доведенням рішень суду до відома сторін. У цьому питанні також недобросовісні судді користуються прогалинами у чинному процесуальному законодавстві України. В останній редакції, на відміну від попередньої, відсутній чіткий припис стосовно часу, упродовж якого рішення суду першої інстанції, якщо воно у судовому засіданні не було проголошене в повному обсязі, має бути складене в повному вигляді. Відомо, що більшість вердиктів оголошується правозастосовними органами у вигляді неповного тексту, тобто вступної та резолютивної частин. Між тим саме мотивувальна та регулятивна частини рішення, які зазвичай формуються додатково, дають можливість виявити як сутність оцінок судового органу під час розгляду справи, так і помилки суду та порушення ним вимог чинного матеріального та процесуального закону. Отже, повний текст рішення суду, який є єдиною правовою підставою для його оскарження, є надзвичайно важливим. Його відсутність просто унеможливлює вирішення спору на подальших стадіях процесу.

Здавалося б, такий незначний нюанс, як невизначеність у часі доопрацювання судового рішення, не повинен приводити до значних затримок з отриманням остаточного тексту

судового рішення й зволікань з його оскарженням. Однак насправді такі вади чинного законодавства мають суттєвий негативний темпоральний ефект: сьогодні типовою стає ситуація, коли повний текст рішення суду надсилається стороні через багато місяців, а також коли подібне рішення взагалі не надсилається учаснику справи. Це істотно затягує або навіть унеможливлює ініціювання, підготовку та проведення перегляду справ.

Відповідно до статті 13 Конвенції кожен, чиї права та свободи порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі. При цьому за конвенційними приписами подібне право має особливо ретельно забезпечуватися особі, щодо якої порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження, зокрема органами судівництва. На жаль, мусимо констатувати, що у сфері недотримання темпоральних вимірів справедливого судочинства проблема не лише залишається актуальною, але й поглиблюється. Водночас законодавець ніяк не реагує на зазначену проблему: відсутність юридичних гарантій захисту права особи на своєчасне судочинство становить велику небезпеку для верховенства права, коли в межах національних правових систем трапляються надмірні затримки у здійсненні правосуддя, щодо яких сторони у провадженні не мають ніяких національних засобів захисту порушеного права [9, с. 32]. Дійсно, порушення права на додержання розумних строків розгляду цивільних справ в Україні має хронічний характер. На цей аспект неодноразово звертали увагу міжнародні судові установи, які констатували подібні правопорушення, пропонуючи українській владі вирішити це питання передусім у нормативно-правовій площині. Поки законодавець ніяк не реагує на зазначені застереження, заслуговують на серйозну увагу висловлені науковцями доктринальні пропозиції. Зокрема, слід підтримати зроблену в літературі пропозицію стосовно запровадження у Цивільному кодексі України відповідальності держави за шкоду, нанесену особі внаслідок порушення права на справедливий судовий розгляд, зокрема щодо строків процесу [10, с. 68].

Однак це лише частина проблеми. Як ми вже неодноразово зазначали у своїх працях, питання не буде ніколи вирішене, поки не буде запроваджений ефективний та дієвий механізм жорсткої відповідальності за порушення розумного строку розгляду спору [11, с. 147–148]. У багатьох європейських країнах уже розпочалось формування механізмів захисту прав осіб від надмірної тривалості розгляду справ у національних судах задля узгодження внутрішнього законодавства з вимогами ЄКПЛ. Так, на виконання рішення ЄСПЛ у справі «Кудла проти Польщі» в Польській Республіці прийнято Закон «Про порушення права сторони на розгляд справи без необґрунтованої затримки судового розгляду». Відповідно до цього Закону особа має право подати скаргу про порушення її права на своєчасний розгляд справи, якщо провадження в цій справі тривало довше, ніж це необхідно для встановлення юридичних і фактичних обставин справи, необхідних для розгляду справи. В Італії також діє так званий Закон Пінто, що передбачає національні засоби правового захисту в разі порушення розумної тривалості судового розгляду.

Висновки. З дослідження можемо зробити певні висновки. Як встановлено в роботі, європейські правові інституції напрацювали не саму дефініцію розумного строку, а конкретні критерії відповідності періоду провадження поняттю розумності. Таким чином, у кожній справі виникає проблема оцінювання розумності строку, яка залежить від певних критеріїв, вироблених практикою ЄСПЛ, зокрема ступеня складності справи, поведінки заявника, поведінки державних органів, вагомості питань для заявника. Хоча відсутність формалізації в часі поняття «розумний строк» іноді призводить до зволікання з прийняттям рішень, загалом чітко визначені критерії розумності дають змогу судочинству працювати досить ефективно.

В Україні питання своєчасності розгляду судових справ є чи найбільш болючими проблемами здійснення справедливого судочинства. Це переважно пов'язане з неналежним забезпеченням судом організації провадження, зокрема стосовно явки учасників; невиправданим затягуванням процесу, включаючи надто тривалі перерви між судовими засіданнями та їхнє перенесення без поважної причини; немотивованим призначенням судових експертиз, їхньою надмірною тривалістю та відсутністю судового контролю; необґрунтова-

ним затягуванням вищими судовими інстанціями переглядів справ тощо. Для виправлення зазначеної ситуації пропонуються заходи нормативно-правового порядку. Крім більшої деталізації та конкретизації саме темпоральних аспектів відповідних норм кодексів, слід також підвищити відповідальність учасників процесу за своєчасність його проведення. Так, конкретні санкції мають бути запроваджені для сторін справи, адже учасники зобов'язані добросовісно користуватися своїми процесуальними правами й неухильно виконувати процесуальні обов'язки. Отже, запровадження матеріальної відповідальності за необґрунтоване затягування провадження внаслідок заявлення стороною численних безпідставних клопотань, оскаржень будь-яких процесуальних рішень, що значно затримує розв'язання справи в найкоротший строк, сприятиме справедливості та дисциплінуватиме учасників процесу. Однак все ж таки головним є введення відповідальності за конкретні дії, що приводять до незаконної затримки розгляду справи, для юрисдикційного органу.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03.

2. Сакара Н.Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Харків : Право, 2010. 256 с.

3. Писаренко Н.Б., Сьоміна В.А. Адміністративно-правові спори (удосконалення порядку вирішення) : монографія. Харків : Право, 2012. 136 с.

4. Рішення ЄСПЛ від 12 березня 2009 року у справі «Вергельський проти України», заява № 19312/06. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_460.

5. Гуйван П.Д. Окремі практичні питання щодо чинників, які обумовлюють недотримання розумних строків розгляду справи. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 20–25.

6. Справа № 553/3755/15-ц. Архів Ленінського райсуду м. Полтави за 2015 рік.

7. Справа № 760/1887/18. Архів Солом'янського райсуду м. Києва за 2018 рік.

8. Рішення ЄСПЛ від 8 квітня 2010 року, остаточне 8 липня 2010 року у справі «Хурава проти України», заява № 8503/05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_761.

9. Шевчук С.В. Захист права на додержання розумних строків судового провадження: європейський досвід та українські реалії. *Вісник Верховного Суду України*. 2006. № 8. С. 31–36.

10. Сакара Н.Ю. Розумний строк судового розгляду як елемент доступності правосуддя у цивільних справах. *Актуальні проблеми правознавства* : матеріали конференції молодих учених до 200-річчя Національної юридичної академії ім. Я. Мудрого. Харків : Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2004. С. 66–68.

11. Гуйван П.Д. Розумний строк розгляду справи. *Українські законодавчі та правозастосовні реалії. Часопис Київського університету права*. 2019. № 3. С. 144–149.

ДЮКАРЄВА-БЕРЖАНІНА К. Ю.,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
*(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

УДК 347.788
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.27

ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ: НАЦІОНАЛЬНІ ПІДХОДИ ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД

Стаття присвячена аналізу проблем захисту в Україні прав на комерційну таємницю, а також дослідженню міжнародного досвіду у сфері наведеної проблематики. Проведено аналіз норм чинного вітчизняного законодавства, які спрямовані на захист відомостей, що становлять комерційну таємницю. Досліджено судову практику, а також практику відповідних уповноважених органів державної влади України. Встановлено, що країни із сильними правовими системами, зокрема країни Європи, активно сьогодні створюють та приймають нормативно-правові акти, спрямовані на захист комерційної таємниці. У цьому контексті досліджено Директиву 2016/943 Європейського Парламенту та Ради від 8 червня 2016 року про захист нерозкритих ноу-хау і комерційної інформації (комерційної таємниці) від їх незаконного придбання, використання та розкриття. Проаналізовано правовий досвід щодо захисту прав на комерційну таємницю таких країн, як Бельгія, Китай, Швеція. З огляду на специфіку досліджуваного об'єкта прав інтелектуальної власності та на підставі аналізу міжнародного досвіду виявлено, що національні підходи до способів захисту прав інтелектуальної власності на комерційну таємницю є недостатньо ефективними, оскільки не передбачають та не забезпечують максимальної матеріальної сатисфакції для особи, права якої порушені, та досить суворих наслідків для особи-порушника. Запропоновано доповнити чинне законодавство України нормами, які би передбачали такі способи цивільного захисту прав на комерційну таємницю, як заборона виробництва, пропозиції, розміщення на ринку або використання контрафактних товарів чи імпорту, експорту або зберігання контрафактних товарів для досягнення цих цілей; відкликання контрафактної продукції з ринку; зміна контрафактних товарів задля позбавлення їх відповідної якості; знищення контрафактних товарів або у відповідних випадках їх виведення з ринку за умови, що таке рішення не порушує захисту відповідної комерційної таємниці; знищення всього або частини будь-якого документа, об'єкта, матеріалу, речовини або електронного файлу, що містить комерційну таємницю або у відповідних випадках доставку заявнику всіх або частини цих документів, предметів, матеріалів, речовин або електронних файлів; кримінальну відповідальність будь-якої фізичної особи, яка використовує та/або поширює незаконно одержану комерційну таємницю.

Ключові слова: *комерційна таємниця, об'єкт прав інтелектуальної власності, права інтелектуальної власності на комерційну таємницю, збереження секретності, незаконне заволодіння, розголошення та поширення, способи захисту.*

Diukarieva-Berzhanina K. Yu. Protection of rights to trade secrets: national approaches and international experience

The article has been devoted to the analysis of problems of protection of trade secrets rights in Ukraine, and also to the research of international experience in the field of the mentioned problem. The analysis of the rules of the current domestic legislation, which are aimed at the protection of trade secrets, has been conducted. The judicial court practice and as well as the practice of relevant authorized bodies of state power of Ukraine have been investigated. It has been found that countries with strong legal systems, in particular European countries, are actively creating and adopting legal acts aimed at protecting trade secrets. In this context, Directive 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure has been investigated. Legal experience in the protection of trade secrets of countries such as Belgium, China, and Sweden has been analyzed. Based on the specifics of the investigated object of intellectual property rights and on the basis of the analysis of international experience, it has been found that national approaches to the methods of protection of intellectual property rights to trade secrets are not effective enough because they do not provide maximum material satisfaction for the person whose rights are violated and sufficiently severe consequences for the offender. It has been proposed to supplement the current legislation of Ukraine with provisions that would provide with: 1) such civil protection of trade secrets as prohibiting the production, supply, placing on the market or use of counterfeit goods or the import, export or storage of counterfeit goods for these purposes; recalling of counterfeit products from the market; alteration of counterfeit goods in order to deprive them of their corresponding quality; the destruction of counterfeit goods or, where appropriate, their removal from the market, provided that such decision does not violate the protection of the relevant trade secrets; destruction of all or part of any document, object, material, substance or electronic file containing a trade secret or, where appropriate, delivery to the applicant of all or part of these documents, objects, materials, substances or electronic files; 2) criminal liability of any natural person who uses and / or disseminates illegally obtained trade secrets.

Key words: *trade secrets, object of intellectual property rights, intellectual property rights to trade secrets, secrecy, unlawful possession, disclosure and distribution, methods of protection.*

Вступ. В умовах нової інформаційної ери Україна прагне стати конкурентоспроможним учасником міжнародних ринкових відносин, що видається неможливим без належної національної правової охорони особливо цінних для суб'єкта бізнесу відомостей, що становлять комерційну таємницю. Виходячи з виробничого та економічного ефекту використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, зарубіжні країни ведуть інтенсивну законотворчу роботу у сфері охорони та захисту прав на такий об'єкт інтелектуальної власності. Водночас уже довгий час така сфера залишається поза увагою вітчизняного законодавця.

Питання правової охорони та захисту комерційної таємниці досліджували та аналізували такі вітчизняні вчені, як А.Г. Дідук, Ю.О. Гелич, Т.В. Івченко, С.М. Ільяшенко, Ю.М. Капіца, О.О. Кулініч, В.М. Коссак, Ю.В. Носік, О.О. Підопригора, О.А. Підопригора, Н.О. Попова, Є.О. Харитонова, Р.Б. Шишка, О.С. Яворська. Проте, віддаючи належне науковим напрацюванням із наведеної проблематики, визнаємо, що триваюча євроінтеграційна спрямованість України, постійний розвиток сильних правових систем зарубіжних країн та спроби вдосконалення українського законодавства з урахуванням міжнародного досвіду зумовлюють потребу додаткового та окремого дослідження дійсного стану захисту прав на комерційну таємницю в Україні та країнах світу.

Постановка завдання. Метою статті є розкриття національних підходів до захисту прав інтелектуальної власності на комерційну таємницю, дослідження міжнародного досвіду, виявлення недоліків у національному правовому регулюванні та пропозиція можливих шляхів удосконалення чинного законодавства.

Результати дослідження. Сьогодні для досить конкурентного бізнес-середовища України, яке особливо зацікавлене в залученні іноземних інвестицій, питання захисту комерційної таємниці стає дедалі актуальнішим. Комерційною таємницею є відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру (ч. 2 ст. 505 ЦК України [1]), які можуть становити особливу цінність для суб'єкта бізнесу, оскільки їх використання робить його виключно та неповторно привабливим на ринку порівняно з іншими суб'єктами. У зв'язку з незаконним заволодінням, використанням, розголошенням комерційної таємниці суб'єкт бізнесу завжди ризикує втратити інвестора, який у будь-який момент може зацікавитись конкурентом, що отримав, використовує такі комерційні відомості у своїй діяльності та надав більш вигідну пропозицію.

Незважаючи на те, що правоволоділець комерційної таємниці може вжити всіх необхідних та адекватних наявним обставинам технічних, організаційних та інших заходів щодо збереження її секретності, ризик неправомірного заволодіння та поширення комерційної таємниці існує завжди. Варто зазначити, що повною мірою захистити та відновити порушені права інтелектуальної власності на комерційну таємницю неможливо. Вдаючись до відомого прислів'я «Слово – не горобець, вилетить – не спіймаєш», можемо сміливо сказати, що комерційні відомості теж не горобець, і після їхнього поширення навіть після реалізації відповідного способу захисту останні в тій чи іншій частині залишаються в пам'яті людей та в подальшому можуть бути використані.

В такому разі, виходячи із зазначених особливостей комерційної таємниці, вважаємо, що способи захисту прав інтелектуальної власності на останню повинні бути принаймні такими, що принесуть максимальну сатисфакцію для особи, права якої порушені, й матимуть найбільш суворі наслідки для правопорушника після їх застосування.

Сьогодні в Україні правове регулювання відносин щодо комерційної таємниці є різнопланoвим. Для визначення правового режиму охорони та захисту комерційної таємниці необхідно звертатись до багатьох законодавчих актів, зокрема Конституції України [2], ЦК України [1], ГК України [3], Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) [4], Кримінального кодексу України (КК України) [5], Законів України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [6], «Про захист економічної конкуренції» [7], «Про захист від недобросовісної конкуренції» [8], «Про інформацію» [9], «Про науково-технічну інформацію» [10]. Звичайно, оптимальним варіантом було би прийняття спеціального Закону, норми якого врегульовували б відносини щодо використання та охорони комерційної таємниці.

Варто згадати, що свого часу Розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції проекту Закону України «Про охорону прав на комерційну таємницю»» від 5 листопада 2008 року № 1404-р [11] окреслене питання було визначено проблемою, на вирішення якої мав бути спрямований розроблений законопроєкт. Однак уніфікованого закону так і не прийнято.

Особливістю правового режиму комерційної таємниці є те, що, будучи інформацією комерційного характеру, вона одночасно є об'єктом інтелектуальної власності (гл. 46 ЦК України [1]).

Сьогодні питанню захисту прав на комерційну таємницю присвячені, зокрема, такі правові норми. Згідно зі ст. 164-3 КУпАП [4] отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також іншої конфіденційної інформації задля заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця тягне за собою накладення штрафу від дев'яти до вісімнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Задля захисту прав на комерційну таємницю можна застосувати більш загальну норму, передбачену ст. 51-2 КУпАП [4], яка встановлює, що незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт інтелектуальної

власності, що охороняється законом, тягне за собою накладення штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання й матеріалів, які призначені для її виготовлення.

Згідно зі ст. 231 КК України [5] умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, задля розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності, караються штрафом від трьох тисяч до восьми тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Відповідно до приписів ст. 232 КК України [5] умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності, карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

З наведених у проєкті Національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період 2020–2025 років від 6 листопада 2019 року [12] статистичних показників реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, передбачені ст. ст. 231, 232 КК України [5], вбачається така статистика (табл. 1).

Таблиця 1

Статистика кримінальних правопорушень

Стаття КК України	2015 рік	2016 рік	2017 рік	2018 рік	2019 рік (січень-травень)
231	27	30	68	275	7
232	12	16	9	15	8

Також з огляду на статистичні дані, наведені у Стратегії, за ці 5 років, зокрема за ст. 231 КК України, судом розглянуто 201 справу.

Варто відзначити, що цивільним законодавством не передбачено спеціальних правових норм, спрямованих виключно на захист прав на комерційну таємницю. Попри приписи Законів України «Про захист економічної конкуренції» [7] та «Про захист від недобросовісної конкуренції» [8], особи, яким завдано шкоду внаслідок неправомірного збирання, розголошення, схилення до розголошення та неправомірного використання комерційної таємниці, мають право звернутись із заявою до Антимонопольного комітету України, який своїм рішенням може накласти штраф у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Однак варто зауважити, що юристи-практики категорію порушень законодавства про недобросовісну конкуренцію у вигляді неправомірного збирання, розголошення та використання комерційної таємниці вважають майже мертвою [13]. Вперше рішення про визнання неправомірним використання суб'єктом господарювання комерційної таємниці та накладення на нього штрафу було винесено Антимонопольним комітетом України 13 грудня 2018 року [14]. Відповідно до цього рішення ТзОВ "X" звернулось із заявою проти ТзОВ "Y" про неправомірне використання останнім під час планування та здійснення своєї господарської діяльності протягом близько чотирьох років комерційної таємниці заявника, а саме інформації заявника про постачальників та клієнтів-покупців, а також про укладені між ними договори купівлі-продажу електротехніки. Ця комерційна таємниця заявника потрапила до відповідача таким чином. Колишні посадові особи ТзОВ "X", яким була доступна комерційна таємниця та які підписали договір про її нерозголошення, перед своїм звільненням одержали комерційну таємницю. В подальшому зазначені посадові особи створили компанію-конкурента, а саме ТзОВ "Y", і за допомогою одержаної комерційної таємниці пропонували контрагентам

ТзОВ “Х” вигідніші умови співпраці, що призвело до втрати заявником своїх клієнтів. За результатами розгляду зазначеної справи визнано, що ТзОВ “Y” вчинило порушення у вигляді неправомірного використання комерційної таємниці ТзОВ “Х”; накладено на ТзОВ “Y” штраф у розмірі 360 000 (триста шістдесят тисяч) гривень; зобов’язано ТзОВ “Y” припинити порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

Комплексний аналіз приписів Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [8] також дає змогу дійти висновку, що особи, яким завдано шкоду внаслідок вчинення дій, визначених законом як недобросовісна конкуренція (зокрема, неправомірне збирання, розголошення, схилення до розголошення та неправомірне використання комерційної таємниці), згідно зі ст. 24 зазначеного Закону, можуть звернутися до суду з позовом про її відшкодування.

Правомірний володілець комерційної таємниці, права якого порушені, може звернутись до суду з цивільним позовом, вибравши один із загальних способів захисту, які передбачені ст. 16 ЦК України [1].

На підставі аналізу з Єдиного державного реєстру 50 вибіркових судових рішень щодо захисту прав на комерційну таємницю встановлено, що:

– потерпілі від розголошення відомостей, що складають комерційну таємницю, найчастіше вибирають такий цивільно-правовий спосіб захисту, як відшкодування завданих збитків (п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України) та /або компенсація моральної шкоди (п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України) (42 випадки з 50 аналізованих судових справ, деякі приклади з яких наведені в переліку використаних джерел [15–21]).

– рідше звертаються з позовами про визнання незаконним розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (8 випадків з 50 аналізованих судових рішень, один із прикладів яких наведений у переліку використаних джерел [22]).

Фактично захист прав на комерційну таємницю обмежується лише одноразовою матеріальною сатисфакцією особі, права якої порушені, чи одноразовим грошовим покаранням особи-порушника, а конфіскація незаконно виготовленої продукції передбачена лише як санкція за незаконне використання об’єкта права інтелектуальної власності, а саме адміністративного правопорушення, адже в разі неправомірного розголошення комерційної таємниці неможливо в жоден спосіб добитися повної майнової сатисфакції для її володільця. Неможливо реально оцінити втрати, яких він зазнав через розголошення. Його становище на ринку неможливо відновити до того стану, що існував до розголошення. Володіючи комерційною таємницею, суб’єкт повинен насамперед сам обачно та розумно дозволяти її використання іншим особам. Завдання публічного правопорядку полягає в тому, щоби створити такі умови, які б запобігали неправомірному використанню комерційної таємниці. Відповідальність правопорушника не може обмежуватися засобами приватноправового порядку (відшкодуванням збитків, компенсацією моральної шкоди перед потерпілим). Він має нести також публічно-правову відповідальність за порушення правил ведення бізнесу.

Виходячи з можливих негативних економічних наслідків неправомірного заволодіння й розголошення комерційної таємниці для особи-правоволоділець, для ринкового середовища загалом через порушення принципів добросовісного ведення бізнесу, оцінюючи реальний стан речей щодо захисту порушених прав на комерційну таємницю, доходимо висновку про необхідність оптимізації як законодавчих підходів, так і практики застосування в цьому сегменті суспільних відносин.

Зважаючи на економічний ефект використання комерційної таємниці в усіх сферах виробництва («Хто володіє інформацією, той володіє світом»), специфіку використання майнових прав інтелектуальної власності, особливості захисту порушених прав, економічно розвинуті країни світу інтенсивно ведуть законотворчу роботу в цій сфері.

Так, у 2016 році Європейським Парламентом та Радою прийнято Директиву 2016/943 від 8 червня 2016 року про захист нерозкритих ноу-хау і комерційної інформації (комерційної таємниці) від їх незаконного придбання, використання та розкриття (далі – Директива) [23].

Як зазначають юристи-практики з Люксембургу, бізнес-секрети довгий час були погано захищені, а порівняно з іншими правами інтелектуальної власності (зокрема, авторськими правами, правами, що випливають з патенту, правами на товарний знак) права на комерційну таємницю було захистити тяжче. Для компаній всередині ЄС стратегічна інформація, що не охоплюється іншими правами інтелектуальної власності, залишалась до певного часу захищеною «неадекватно». Однак з прийняттям Директиви рівень захисту комерційних таємниць в ЄС має стати задовільним та узгодженим, оскільки остання зобов'язує держав-членів передбачити достатні цивільні способи захисту прав на комерційну таємницю у разі незаконного отримання, використання та розкриття комерційної таємниці [24].

Частиною 1 ст. 12 Директиви [23] встановлено, що державам-членам слід забезпечити, щоб у тих випадках, коли суд встановить, що мало місце незаконне придбання, використання або розкриття комерційної таємниці, суд на прохання заявника міг вжити один або декілька таких заходів проти порушника:

− припинення або залежно від обставин заборона використання чи розголошення комерційної таємниці;

− заборона виробництва, пропозиції, розміщення на ринку або використання контрафактних товарів; ввезення, вивезення або зберігання контрафактних товарів для досягнення цих цілей;

− вжиття належних заходів щодо виправлення становища стосовно контрафактних товарів;

− знищення всього або частини будь-якого документа, об'єкта, матеріалу, речовини або електронного файлу, що містить комерційну таємницю, або у відповідних випадках доставку заявнику всіх або частини цих документів, предметів, матеріалів, речовин чи електронних документів.

Відповідно до ч. 2 ст. 12 Директиви [23] заходи щодо виправлення становища, згадані в пункті (c) пункту 1, включають відкликання контрафактних товарів з ринку; позбавлення товарів їх якості; знищення контрафактних товарів або у відповідних випадках їх виведення з ринку за умови, що таке рішення не перешкоджає захисту відповідної комерційної таємниці.

У ч. 3 ст. 12 Директиви [23] зазначено, що держави-члени можуть передбачити, що під час винесення рішення про виведення з ринку товарів судові органи можуть на прохання власника комерційної таємниці зобов'язати доставити товари власнику або благодійним організаціям.

У 2018 році Бельгія з урахуванням Директиви прийняла Закон, який спрямований на захист нерозкритих ноу-хау та комерційної інформації (комерційної таємниці) від їх незаконного заволодіння, використання та розкриття. Згідно з цим Законом уповноважений суд Бельгії має право прийняти рішення про припинення або заборону використання чи розголошення комерційної таємниці; заборону виробництва, пропозиції, розміщення на ринку або використання контрафактних товарів або імпорту, експорту чи зберігання контрафактних товарів для досягнення цих цілей; відкликання контрафактної продукції з ринку; зміну контрафактних товарів задля позбавлення їх відповідної якості; знищення контрафактних товарів або у відповідних випадках їх виведення з ринку за умови, що таке рішення не порушує захисту відповідної комерційної таємниці; знищення всього або частини будь-якого документа, об'єкта, матеріалу, речовини або електронного файлу, що містить комерційну таємницю або у відповідних випадках доставку заявнику всіх або частини цих документів, предметів, матеріалів, речовин чи електронних файлів; публікацію рішення суду в пресі та його показ у засобах масової інформації [25].

Схожий, однак значно обмеженіший цивільно-правовий захист прав на комерційну таємницю передбачає законодавство Китаю. Так, у разі незаконного заволодіння комерційною таємницею цивільний суд у Китаї може застосувати такі цивільні способи захисту, як зобов'язання відповідача перестати порушувати права позивача на комерційну таємницю шляхом знищення копій документів, що містять відомості, які становлять комерційну таємницю; припинення використання комерційної таємниці, що належить позивачу. Також,

як і в більшості країн, відповідний цивільний суд у Китаї може зобов'язати відповідача відшкодувати позивачеві збитки [26].

Варто зазначити, що зарубіжні країни в питаннях захисту прав на комерційну таємницю не обмежуються лише цивільно-правовими способами. У Швеції ще у 1990-х роках був прийнятий Закон про захист комерційної таємниці, приписи якого передбачали як цивільну, так і сувору кримінальну відповідальність за порушення прав на комерційну таємницю [27, с. 1]. Згідно з цим Законом будь-яка особа, що вчинила комерційний шпіонаж (тобто незаконно заволоділа комерційною таємницею), могла бути засуджена до сплати штрафу або позбавлення волі до двох років, а в разі вчинення правопорушення серйозної тяжкості – до позбавлення волі до шести років [27, с. 10].

1 липня 2018 року зазначений Закон Швеції від 1990 року про захист комерційної таємниці втратив чинність, а в дію вступив новий Закон про комерційну таємницю, який був прийнятий з урахуванням вищенаведеної Директиви [28]. Чинний закон Швеції за вчинення шпіонажу також передбачає кримінальну відповідальність у вигляді сплати штрафу або позбавлення волі до двох років, а в разі вчинення правопорушення серйозної тяжкості – у вигляді позбавлення волі в діапазоні від шести місяців до шести років [29].

З огляду на ефективні правові підходи до захисту прав на комерційну таємницю зарубіжних країн Україні варто врахувати такий досвід. З урахуванням відсутності в Україні на законодавчому рівні спеціальних норм, які б встановлювали способи та засоби захисту у разі порушення прав на комерційну таємницю, варто принаймні внести відповідні зміни до ЦК України, хоча оптимальним видається прийняття спеціального Закону для комплексного та систематизованого врегулювання відносин щодо захисту прав на комерційну таємницю.

Якщо контрафактний товар особи-конкурента був виготовлений з використанням незаконно одержаної комерційної таємниці, жодне відшкодування збитків чи накладення штрафу навіть у великих розмірах не перешкодить подальшому поширенню та виробництву таких товарів і достатнім чином не провчить порушника. Для того щоби конкурент припинив виробляти та використовувати контрафактний товар, останнє необхідно йому заборонити. Водночас така заборона, що має суто зобов'язальний характер для особи-порушника, повинна супроводжуватись певними активними діями щодо вже виробленого контрафактного товару. Слід зауважити, що конкурент-порушник, навіть виконавши таку заборону, завжди має можливість діяти «руками» третіх осіб, а тому ризик подальшого поширення виготовленого товару існуватиме надалі. Однак знищення чи позбавлення такого товару відповідної якості, що робить його таким особливим на ринку та виділяє конкурента, матиме інший ефект та певно мірою зупинить порушення прав законного володільця комерційної таємниці, завдяки якій був створений контрафактний товар.

Варто зазначити, що в таких випадках слід зважати не лише на продукти виробництва, але й на наявне у конкурента матеріальне джерело, яке містить особливі відомості, що становлять комерційну таємницю та забезпечують останньому певні знання у виготовленні продукції. Для того щоби конкурент припинив черпати такі знання, останнього необхідно позбавити речового джерела. У цьому разі ефективними способом захисту видається знищення всього або частини будь-якого документа, об'єкта, матеріалу, речовини або електронного файлу, що містить комерційну таємницю або у відповідних випадках доставку правоволодільцю всіх або частини цих документів, предметів, матеріалів, речовин чи електронних файлів.

Однак навіть після реалізації таких максимально ефективних у наведених випадках способів захисту відомості, які становлять комерційну таємницю, не щезнуть з пам'яті людей, що отримали до них доступ. Отже, надалі існуватиме ризик відтворення такої комерційної інформації та подальшого її застосування, тому має існувати такий спосіб захисту, який максимально суворо впливає на свідомість людини та відбиває в останньої бажання порушувати права на комерційну таємницю. Справедливим у цьому разі вважаємо накладення на будь-яку особу, яка незаконно використовує та поширює незаконно одержану комерційну таємницю, кримінальної відповідальності у вигляді позбавлення волі залежно від тяжкості правопорушення.

Висновки. На підставі проведеного аналізу пропонуємо доповнити чинне законодавство України нормами, які б передбачали такі способи цивільного захисту прав на комерційну таємницю, як заборона виробництва, пропозиції, розміщення на ринку або використання контрафактних товарів чи імпорту, експорту або зберігання контрафактних товарів для досягнення цих цілей; відкликання контрафактної продукції з ринку; зміну контрафактних товарів задля позбавлення їх відповідної якості; знищення контрафактних товарів або у відповідних випадках їх виведення з ринку за умови, що таке рішення не порушує захисту відповідної комерційної таємниці; знищення всього або частини будь-якого документа, об'єкта, матеріалу, речовини чи електронного файлу, що містить комерційну таємницю або у відповідних випадках доставку заявнику всіх або частини цих документів, предметів, матеріалів, речовин чи електронних файлів; кримінальну відповідальність будь-якої фізичної особи, яка використовує та/або поширює незаконно одержану комерційну таємницю.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. Дата оновлення: 16 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 16.03.2020).
2. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 1 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 16.03.2020).
3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. Дата оновлення: 1 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 16.03.2020).
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X. Дата оновлення: 19 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення: 16.03.2020).
5. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. Дата оновлення: 16 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 16.03.2020).
6. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 року № 959-XII. Дата оновлення: 7 лютого 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12 (дата звернення: 16.03.2020).
7. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III. Дата оновлення: 25 вересня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14 (дата звернення: 16.03.2020).
8. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР. Дата оновлення: 11 грудня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 16.03.2020).
9. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року № 2657-XII. Дата оновлення: 21 грудня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12 (дата звернення: 16.03.2020).
10. Про науково-технічну інформацію : Закон України від 25 червня 1993 року № 3322-XII. Дата оновлення: 19 квітня 2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3322-12 (дата звернення: 16.03.2020).
11. Про схвалення Концепції проекту Закону України «Про охорону прав на комерційну таємницю» : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 року № 1404-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1404-2008-%D1%80 (дата звернення: 16.03.2020).
12. Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на 2020–2025 роки : Проект від 6 листопада 2019 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1oqjabxZiTempwJjaZsO1NoLt7fvP_qxj/view (дата звернення: 16.03.2020).
13. Дякулич О., Бек М., Менсітов Е. Комерційна таємниця від АМКУ. *Юридична газета*. Дата публікації: 23 січня 2019 року. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/

antimonopolne-konkurentne-pravo/yakshcho-zirki-zasvichuyut-abo-komerciyna-taemnicya-vid-amku.html (дата звернення: 16.03.2020).

14. Рішення Антимонопольного комітету України від 13 грудня 2018 року у справі № 30-р/тк. URL: http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=146643&schema=main (дата звернення: 16.03.2020).

15. Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 21 травня 2019 року у справі № 759/19488/18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81865324 (дата звернення: 16.03.2020).

16. Рішення Дзержинського районного суду міста Харкова від 28 вересня 2018 року у справі № 638/6111/17 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76955989 (дата звернення: 16.03.2020).

17. Рішення Звенигородського районного суду Черкаської області від 12 квітня 2016 року у справі № 694/1232/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57262523 (дата звернення: 16.03.2020).

18. Рішення Чаплинського районного суду Херсонської області від 31 березня 2014 року у справі № 665/2576/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38143783 (дата звернення: 16.03.2020).

19. Рішення Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 23 березня 2012 року у справі № 2-3827/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/25005072 (дата звернення: 16.03.2020).

20. Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області від 29 березня 2011 року у справі № № 2-2668/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/15262408 (дата звернення: 16.03.2020).

21. Рішення господарського суду Харківської області від 5 березня 2008 року у справі № 37/402-07 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/1448788 (дата звернення: 16.03.2020).

22. Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 20 лютого 2019 року у справі № 755/898/18 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80282745 (дата звернення: 16.03.2020).

23. Directive (EU) 2016/943 of the European parliament and of the council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure. Official Journal of the European Union. URL: https://wipolex.wipo.int/en/text/474499 (дата звернення: 16.03.2020).

24. Update on the implementation of Directive on trade secrets. Wildgen. Дата публікації: 16 січня 2019 року. URL: https://www.wildgen.lu/our-insights/article/update-implementation-directive-trade-secrets (дата звернення: 16.03.2020).

25. Adoption of the Belgian Act on the Protection of Trade Secrets. Linklaters. Дата публікації: 25 липня 2018 року. URL: https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2018/july/adoption-of-the-belgian-act-on-the-protection-of-trade-secrets (дата звернення: 16.03.2020).

26. Trade secrets: Global guide. Hogan Lovells. URL: https://www.limegreenipnews.com/files/2018/06/Global-Trade-Secrets-Guide.pdf (дата звернення: 16.03.2020).

27. Magnus Tonell. The protection of trade secrets and know-how in Sweden: Swedish report. URL: http://www.ligue.org/uploads/documents/cycle%202015/Cycle%202015/Rapports%20B/2015rapportsuedoisBnovembre2015.pdf (дата звернення: 16.03.2020).

28. Sweden: Act on trade Secrets. World Intellectual Property Organization. Дата публікації: 1 липня 2018 року. URL: https://www.wipo.int/news/en/wipolex/2018/article_0013.html (дата звернення: 16.03.2020).

29. Sweden Act (2018: 558) on trade secrets, issued: 25.05.2018. URL: https://wipolex.wipo.int/en/text/479011 (дата звернення: 16.03.2020).

КОЧИНА О. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного,
господарського права та процесу
(Навчально-науковий інститут права
і соціальних технологій
Чернігівського національного
технологічного університету)

УДК 347.78
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.28

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ВІДНОСИН

Стаття присвячена дослідженню основних видів договорів у сфері авторського права та суміжних прав. Звертається увага на те, що договори, пов'язані зі створенням і використанням інтелектуальних творів, становлять окрему групу цивільно-правових договорів. Тобто, укладаючи договір, спрямований на регулювання авторських і суміжних прав, сторони мають дотримуватися загальних положень ЦК у частині правового регулювання правочинів, зобов'язального, договірного права тощо.

Встановлено, що найбільш поширеними договорами у сфері авторського права та суміжних прав є ті, що спрямовані на передачу майнових прав. У свою чергу, основними видами авторських договорів є договір замовлення (на створення об'єктів авторського права) та про передачу права на використання твору.

Досліджуючи форму договору, автор з метою захисту особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав пропонує ч. 6 ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права» доповнити наступним: «Договір замовлення укладається в письмовій формі». Оскільки договори про створення за замовленням і використання об'єкта суміжних прав не знайшли свого правового регулювання, норми до цих договорів мають застосовуватися за принципом аналогії права, тобто будуть мати силу норми, що регулюють договори авторського замовлення, якщо вони не суперечать юридичній природі відносин і сутності об'єкта, що створюється.

Звертається увага на важливість розмежування авторських договорів про передачу виключних прав та авторських договорів про передачу невиключних прав. Адже автор має чітко усвідомлювати, що укладаючи договір, за умовами якого він передає набувачеві свої виключні майнові права на твір, останній отримує право здійснювати усі можливі дії щодо використання твору у будь-якій формі та спосіб, що передбачені законодавством, у т. ч. надавати дозвіл на його використання третім особам без додаткового погодження з автором. У свою чергу, на строк дії договору за автором залишаються лише особисті немайнові права на твір, і без попередньої згоди набувача він не зможе передавати третім особам права, визначені укладеним договором.

Ключові слова: *авторський договір, договір про передачу майнових прав, договір про створення на замовлення, договорів про передачу суміжних прав, форма договору.*

Kochyna O. S. Contractual regulation of copyright and related relations

The article is devoted to the study of the basic types of contracts in the field of copyright and related rights. Attention is drawn to the fact that contracts related to the creation and use of intellectual works constitute a separate group of civil contracts. That is, when concluding a contract aimed at regulating copyright and related rights, the parties must comply with the general provisions of the CC regarding the legal regulation of transactions, obligations, contractual rights, etc.

It is established that the most common agreements in the field of copyright and related rights are those aimed at transferring property rights. In turn, the main types of copyright contracts are the contract of the contract (for the creation of copyright objects) and the transfer of the right to use the work.

In examining the form of the contract, the author proposes Part 6 of Article 6 in order to protect the personal property and property rights of the subjects of copyright and related rights. 33 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" shall be supplemented with the following: "The contract of contract shall be concluded in writing". As the contracts for the creation of a custom and the use of an object of related rights have not been found legal regulation, the rules to these contracts should be applied on the principle of analogy of law, that is, the rules governing copyright contracts, if they do not contradict the legal nature of the relationship and the essence of the object being created.

Attention is drawn to the importance of distinguishing between copyright agreements on the transfer of exclusive rights and copyright agreements on the transfer of non-exclusive rights. After all, the author must be clearly aware that by entering into a contract under the terms of which he conveys to the acquirer his exclusive property rights to the work, the latter is entitled to take all possible steps to use the work in any form and manner provided by law, including the authorization for its use to third parties without further consent from the author. In turn, only the personal non-proprietary rights to the work remain for the term of the contract under the author, and without the prior consent of the acquirer he will not be able to transfer to the third parties the rights specified in the concluded contract.

Key words: *copyright contract, contract for transfer of property rights, contract for creation on request, contracts for transfer of related rights, form of contract.*

Вступ. В умовах ринкової економіки договірне регулювання відіграє роль головного інструменту організації економічних відносин. Договір є найпоширенішим засобом регулювання майнових відносин, в рамках якого шляхом переговорів сторони можуть досягнути поставленої мети, задовольнивши інтереси кожного з них. Договір, заснований на взаємній домовленості сторін, здатний забезпечити таку організованість, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягти за допомогою самих жорстких адміністративно-правових засобів.

За таких умов договір має свою актуальність і в регулюванні відносин у сфері авторських і суміжних прав. Договірна форма більш, ніж будь-яка інша, здатна забезпечити реалізацію й охорону як особистих немайнових, так і майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав. Відповідає вона й інтересам іншої сторони, яка зацікавлена, наприклад, у гарантіях створення твору, зумовленого в замовленні, або в отриманні прибутку від реалізації права на використання твору, якого не мають інші особи. Крім того, у договірному регулюванні інтелектуальних відносин зацікавлене і суспільство, оскільки такий порядок стимулює творчу активність його членів і сприяє розвитку духовного багатства суспільства.

Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися у працях таких науковців, як В.О. Бажанов, Т.М. Вахонєва, О.П. Сергєєв, Є.О. Суханов та ін. Варто відзначити, що переважно предметом уваги стає лише авторський договір, порядок його укладення й умови, але

комплексного дослідження системи договорів у сфері авторського права і суміжних прав ще проведено не було.

Постановка завдання. Виходячи з цих міркувань, мета статті полягає у комплексному дослідженні системи договорів у сфері авторського права та суміжних прав, з'ясуванні проблем правового регулювання найбільш поширених договорів в означеній сфері та шляхів їх вирішення.

Результати дослідження. Ч. 1 ст. 1107 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України передбачає основні види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, до яких належать: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності [1].

Таким чином договори, пов'язані зі створенням і використанням творів інтелектуальної діяльності, утворюють самостійну групу цивільно-правових договорів. Тобто укладаючи договір, спрямований на регулювання авторських і суміжних прав, сторони мають дотримуватися загальних положень ЦК у частині правового регулювання правочинів, зобов'язального, договірного права тощо.

Закон України «Про авторське право та суміжні права» не містить окремого переліку договорів, які можуть застосуватися у зазначеній сфері, проте аналіз цього закону дає можливість виділити такі види: договір між співавторами твору (ст. 13); договір про розподіл майнових прав на службовий твір (ст. 16); договір про передачу (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав (ст. 31, 39–41); договір про передачу виключного (невиключного) права на використання об'єктів авторського права і суміжних прав (ст. 32, 39–41); договір замовлення (ст. 33); договір про колективне управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав (ст. 48); договір між організацією колективного управління та особою, яка використовує об'єкти авторського права і суміжних прав (ст. 32, 48); договір про виплату винагороди за використання опублікованих зі комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників і зафіксованих у них виконань (ст. 43); інші договори у сфері авторського права і суміжних прав [2].

Крім того, у зв'язку з тим, що об'єкт авторського права може бути створений у порядку виконання трудового або цивільно-правового договору, то з урахуванням ст. 16 Закону України «Про авторське право та суміжні права» їх також можна віднести до договорів, спрямованих на регулювання відносин у сфері авторських і суміжних прав.

Найбільш поширеними договорами у сфері авторського права та суміжних прав є ті, що спрямовані на передачу майнових прав. Ч. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право та суміжні права» передбачено, що автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю чи частково, що оформляється авторським договором. Положення ч. 2 ст. 39, ч. 2 ст. 40, ч. 2 ст. 41 Закону України «Про авторське право та суміжні права» так само дозволяють виконавцям, виробникам фонограм, відеограм, організаціям мовлення відповідно передавати (відчужувати) свої права на підставі договору.

Закон України «Про авторське право та суміжні права» не надає визначення поняттю «авторський договір», що спричинило неодноразові спроби науковців надати його доктринальне тлумачення. Вважаємо, що найбільш вдалими дефініціями є такі. О.П. Сергеєв сформулював таке визначення: відповідно до авторського договору автор передає або зобов'язується передати набувачу свої права на використання твору в межах і на умовах, узгоджених сторонами [3, с. 260]. Достатньо схоже визначення надав український сучасний науковець В.О. Бажанов, який пропонує під авторським договором розуміти цивільно-правовий договір, що укладається щодо майнових авторських прав, які автор (або інший правоволоділець) передає чи надає або зобов'язується передати чи надати іншій стороні договору на умовах, визначених у договорі [4, с. 157].

Аналіз наданих визначень дозволяє виділити два основні види авторських договорів: про створення об'єктів авторського права (договір замовлення) та про передачу права на використання твору.

З огляду на те, що відповідно до законодавства про авторське право та суміжні права власником особистих немайнових прав на об'єкт авторського права є його автор, а майнові права можуть належати як автору, так і іншим особам (зокрема роботодавцю чи замовнику), тому доцільно в договорі замовлення вказати, кому саме належатимуть майнові права: автору, замовнику чи спільно. Залежно від цього необхідно визначити порядок передання майнових прав на створений у майбутньому об'єкт авторського права або надання дозволу на використання твору замовником.

Що стосується форми договору замовлення, то вона, на відміну від договорів про передачу прав на використання творів (обов'язкова письмова форма, крім договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях), Законом України «Про авторське право та суміжні права» не встановлена. На нашу думку, вимога щодо обов'язкової письмової форми має поширюватися і на договори замовлення. Адже наявність письмового договору буде гарантією як для замовника щодо створення твору з дотриманням всіх передбачених в договорі вимог, а в разі самовільного відхилення автора від них, можливості відмови від його прийняття, так і для автора щодо гарантій прийняття замовником належним чином створеного твору та виплати передбаченої договором винагороди. А це убезпечить сторони від судової тяганини з метою захисту своїх порушених прав.

Необхідність законодавчого закріплення вимоги щодо обов'язкової письмової форми договору про створення на замовлення та використання твору підтверджується судовою практикою. 30 серпня 2013 р. Керченський міський суд Автономної Республіки Крим виніс рішення по справі № 107/870/13-ц, яким відмовив у задоволенні вимоги позивача про захист авторських прав, стягнення збитків і моральної шкоди. Суть справи полягала в тому, що позивачем (скульптор, заслужений діяч мистецтв АР Крим) був створений ескіз пам'ятника морякам-десантникам, який був переданий заступникові Керченського міського голови. Без укладення авторського договору, таємно від нього, посадові особи Керченської міської ради передали його ескіз скульптору, який використовував його при установці пам'ятника морякам-десантникам, що привело до неможливості здійснення авторського нагляду по реалізації проекту і неотриманню авторської винагороди. У зв'язку з тим, що між міською радою і позивачем не було укладено авторського договору позивач не зміг довести факт порушення своїх авторських прав [5].

Вважаємо, що договори замовлення можуть використовуватися і в сфері суміжних прав, але не щодо всіх видів діяльності, що підпадають під регулювання суміжного права, а тільки з приводу діяльності виконавців. Адже за ч. 1 ст. 1112 ЦК України договором про створення за замовленням об'єкта права інтелектуальної власності можуть охоплюватися тільки ті об'єкти, які створюються творчою працею людини, у цьому випадку – виконавця.

Оскільки договори про створення за замовленням і використання об'єкта суміжних прав не знайшли свого правового регулювання в Законі України «Про авторське право та суміжні права», норми до цих договорів мають застосовуватися за принципом аналогії права, тобто будуть мати силу норми, що регулюють договори авторського замовлення, якщо вони не протирічать юридичній природі відносин та сутності об'єкту, що створюється.

Авторський договір про передачу прав на використання твору стосується вже готового твору й особа, що отримує право на використання твору, має можливість оцінити твір та основні його якості ще до укладення договору. Цей вид договору поділяється на два підвиди: 1) авторський договір про передачу виключних прав, дозволяє використання твору певним способом і у встановлених договором межах тільки особі, якій ці права передаються, і надає такій особі право забороняти подібне використання твору іншими особами; 2) авторський договір про передачу невиключних прав, за яким користувачу дозволяється використання твору поряд з автором та іншими особами, які отримали від автора дозвіл на використання твору аналогічним способом.

Поділ авторського договору про передачу прав на використання твору на зазначені види має важливе практичне значення. Адже автор має чітко усвідомлювати, що укладаючи договір, за умовами якого він передає набувачеві свої виключні майнові права на твір, останній отримує право здійснювати усі можливі дії щодо використання твору у будь-якій формі та спосіб, що передбачені законодавством, у т. ч. надавати дозвіл на його використання третім особам без додаткового погодження з автором. У свою чергу, на строк дії договору за автором залишаються лише особисті немайнові права на твір, і без попередньої згоди набувача він не зможе передавати третім особам права, визначені укладеним договором.

Якщо ж автор бажає залишити за собою майнові права, то він може укласти договір про передачу невиключних прав, за яким до набувача перейде лише конкретно визначене право на використання твору у передбачений договором спосіб.

У зв'язку з тим, що інколи автори не розуміють всієї суті передачі виключних прав, до судів подаються позовні заяви про захист начебто порушених авторських прав. Як, наприклад, у судовій справі № 2-749/2011, відповідно до якої позивач звернувся до суду з метою захисту порушеного авторського права. Свої вимоги він обґрунтував тим, що між ним і відповідачем було укладено договір № 29/12, предметом якого була розробка знаку для товарів і послуг та логотипу ТОВ «Інтелпол». Проте, крім використання цього логотипу як знаку для товарів і послуг, відповідач використовує твір образотворчого мистецтва «INTELPOL» у своїй комерційній діяльності, шляхом його відтворення, оприлюднення та демонстрацію тощо, без згоди позивача. Рішенням Солом'янського районного суду м. Києва від 02 листопада 2010 р. в задоволенні зазначених позовних вимог було відмовлено, оскільки позивач не врахував, що в рамках цього договору ним було передано виключні майнові права на використання матеріалів, створених за цим договором, що зазначені в Додатку № 2, 3. Отже суд прийшов до висновку про безпідставність вимог позивача про порушення його майнових прав [6].

Що ж стосується договорів про передачу суміжних прав, то цивілісти звертають увагу на їх особливий характер. Є.О. Суханов справедливо відзначає, що на відміну від авторських правовідносин договірні відносини у сфері суміжних прав мають більш складний характер. Вони органічно пов'язані один з одним та з авторськими правовідносинами. Тому в цій сфері за договором має одночасно надаватися дозвіл на використання як об'єктів суміжних прав, так і охоронюваних авторським правом творів, що виконуються, записуються чи транслюються. Вчений вказує, що виробники фонограм, організації ефірного або кабельного мовлення здійснюють свої суміжні права лише в межах прав, отриманих за договором із виконавцем і автором твору [7, с. 29].

Т.М. Вахонєва також вказує на специфіку суміжних прав, яка полягає у тому, що вони є залежними та в деяких випадках похідними від авторських прав, у зв'язку з цим для розпорядження суміжними правами шляхом їх відчуження в деяких випадках необхідно попередньо укласти договір про набуття відповідних авторських прав [8, с. 416].

Отже, характерною особливістю договорів про передачу суміжних майнових прав є те, що коло повноважень суб'єкта суміжних прав щодо розпорядження своїми майновими правами, як правило, залежить або від обсягу прав, переданих йому автором за попередньо укладеним авторським договором, або від обсягу прав, переданих за попереднім договором про передачу майнових суміжних прав.

Висновки. З метою захисту особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав пропонуємо ч. 6 ст. 33 Закону України «Про авторське право та суміжні права» доповнити таким: «Договір замовлення укладається в письмовій формі».

Недостатність правового регулювання договірних відносин у сфері авторського права та суміжних прав породжують порушення прав авторів і суб'єктів суміжних прав. Вважаємо за актуальне подальше дослідження означених питань із метою запровадження відповідних змін до Закону України «Про авторське право та суміжні права».

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40–44. Ст. 35.
2. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
3. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. Москва : ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001. 752 с.
4. Бажанов В.О. Договір в авторському праві як цивільно-правова категорія. *Наше право*. 2013. № 11. С. 153–158.
5. Рішення Керченського міського суду Автономної Республіки Крим по справі № 107/870/13-ц від 30 серпня 2013 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33608140.
6. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва по справі № 2-749/2011 від 02 листопада 2010 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/54924452.
7. Гражданское право : в 4 т. Т. 4 : Обязательственное право : учебник / Витрянский В.В. и др. ; отв. ред. Е.А. Суханов. Москва : Волтерс Клувер, 2006. 816 с.
8. Вахонєва Т.М. Автрське право і суміжні права в Україні : навчальний посібник. Київ : ВД «Дакор», 2016. 564 с.

КРИВОРУЧКО В. О.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри філософії,
політології, психології та права
(Одеська державна академія будівництва та архітектури)

ОГОРОДНІЙЧУК І. А.,
кандидат педагогічних наук,
доцент кафедри філософії, політології,
психології та права
(Одеська державна академія будівництва та архітектури)

УДК 347.44:621.311
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.29

ЗМІСТ ДОГОВОРУ ЕНЕРГОПОСТАЧАННЯ

У статті розглядаються відмінності умов договору енергопостачання від інших видів договорів. Авторами зроблено порівняльне дослідження змісту договору енергопостачання з іншими видами договорів за законодавством України. Також проаналізовано істотні умови договорів енергопостачання порівняно з умовами інших видів договорів, розкрито специфіку змісту договорів енергопостачання. У зв'язку з тим, що цивільним законодавством передбачений такий вид договору, як договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, надано пропозиції щодо розмежування понять «енергетичні ресурси», «енергоносії» та «інші ресурси».

У статті акцент робиться саме на договорі енергопостачання, істотні умови якого значно відрізняються від інших суміжних видів договорів, а також формулюються пропозиції щодо включення певних умов як істотних саме для цієї категорій договорів. Автори розрізняють предмет договору енергопостачання від предмету договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Окрім того, автори розглядають дискусійні питання щодо особливих фізичних властивостей енергії, що виходять за межі традиційного розуміння речі, обґрунтовують свою позицію щодо відмінності змісту договорів енергопостачання від умов інших видів договорів і надають свої пропозиції стосовно відображення певних умов договорів енергопостачання в окремих статтях цивільного кодексу.

Окремо звертається увага авторів на додаткові вимоги законодавства щодо споживання специфічного продукту, внаслідок чого формуються саме притримані договору енергопостачання умови. Також розкривається сутність додаткової відповідальності за Порушення споживачами правил експлуатації своїх електроприймачів і режиму споживання електроенергії, яка передбачена законодавством. Специфіка товару за договором енергопостачання впливає на вимоги щодо якості поставки енергії, що відрізняються від інших видів договорів. З огляду на вказане автори у статті аналізують саме зміст договору енергопостачання, використовуючи порівняльно-правовий метод дослідження.

Ключові слова: *договір енергопостачання, договір поставки, договір купівлі-продажу, теплова енергія, електроенергія.*

Kryvoruchko V. O., Ohorodniichuk I. A. Contents of energy supply contract

This article is focused on the fundamental differences between the energy supply contracts and any other type of contract. The research and comparative analysis of energy supply contract and any other type of contract has been conducted according to the Ukrainian legislation. The analysis also includes conditions and foundation of energy supply contracts, comparative analysis of basic conditions of energy supply contracts and any other type of contracts, unique traits and features of energy supply contracts. Due to the fact that the Civil Law of Ukraine includes such a contract as "Common energy network supply with energy and other types of resources", this article also proposes to outline differences between "energy resources", "power supplies" and "other resources".

The main subject of this research is the energy supply contract and its conditions, which heavily differ from other related contracts. Therefore it also includes specific conditions that are important for such category of a contract. The article is outlining the differences between the object of the energy supply contract and the contract of common energy network supply with energy and other types of resources.

Moreover, the article also provoke discussion about unique physical properties of energy beyond the traditional attitude. According to this, this research differs the foundations of energy supply contracts and other types of contracts. Therefore proposes unique conditions for the energy supply contracts as a supplement to the Civil Law of Ukraine.

The research also emphasize the additional conditions of specific resource consumption legislation which forms the contents of energy resource supply contract. It also includes question of liability for consumers violation of power receiver service regulations and conditions of power consumption which is stipulated by the Law of Ukraine. The specific trait of goods, included by the energy supply contract, also regulate the quality of the provided goods. Therefore this article is highlighting the contents of the energy supply contract with the help of comparative legal research method.

Key words: *energy supply contact (treaty), supply contact (treaty), sale contract, thermal energy, electric power.*

Вступ. Сьогодні в юридичній літературі широко обговорюються проблеми та перспективи розвитку правового інституту постачання енергетичними та іншими ресурсами. Правовою формою, яка опосередковує споживання енергетичних та інших ресурсів, є договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу [10, с. 211].

У зв'язку з істотними змінами у правовому регулюванні енергопостачання, які привнесла реформа енергетичної галузі, ця тема викликає підвищений інтерес.

Останнім часом питання регулювання договірних зв'язків у цій сфері стали предметом наукового дослідження. Саме особливість об'єкта передбачає необхідність спеціальних норм, що регулюють правовідносини, пов'язані з постачанням енергією.

Однак чинне законодавство недосконале, і науковці висвітлюють багато питань, у т. ч. і визначення договору енергопостачання як договору окремого виду, враховуючи його зміст.

Дослідженню підлягає питання відмінності умов договору енергопостачання від інших видів договорів, чому присвячені роботи багатьох авторів, зокрема таких, як С.М. Корнєєв, Б.М. Сейнароєв, В.А. Єгіазаров, М.С. Лібкінд, А.М. Шафір та ін. Водночас порівняльне дослідження змісту договору енергопостачання з іншими видами договорів за законодавством України не здійснювалося, тому сьогодні це питання все ж таки слід визначити як малодосліджене, що зумовлює актуальність цієї статті як у теоретичному, так і в практичному аспектах.

Постановка завдання – провести детальний аналіз змісту договору енергопостачання й окреслити коло значущих питань, які сьогодні є найбільш актуальними і вимагають пильної уваги.

Результати дослідження. Змішуючи різні по суті зобов'язання, що застосовуються в енергопостачанні, законодавець вносить плутанину у правозастосовчу діяльність і призводить до прийняття незаконних і необґрунтованих рішень, оскільки правозастосовні органи повинні керуватися насамперед буквальним значенням слів і виразів, які містяться у законі. Так, за договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу одна сторона (постачальник) зобов'язується надавати другій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів і дотримуватися передбаченого договором режиму їх використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання (ст. 714 ЦК України).

Законодавець визначає зміст договору як умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, й умови, що є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства (ст. 628 ЦК України).

Переважна більшість цивільно-правових норм, які визначають умови договорів, мають диспозитивний характер, тобто сторони в договорі можуть відступити від положень закону і врегулювати свої відносини на власний розсуд, але умови щодо предмету договору є обов'язковими для укладення будь-якого договору.

Предметом договору енергопостачання є енергетичні та інші ресурси, що поставляються через приєднану мережу. Поняття «енергетичні ресурси» охоплюється іншим поняттям, яке вживається частіше – «енергоносії», до яких традиційно належать електроенергія, нафта сира, нафтопродукти, газ природний, а також продукти їх переробки. До «інших ресурсів» належать, зокрема, теплоносії – рідка або газоподібна речовина, що циркулює у трубах або каналах і передає теплову енергію в системах теплопостачання, опалення, вентиляції та технологічних установках, питна вода та інші ресурси.

Раніше в юридичній літературі предметом договору енергопостачання зазвичай визнавалася власне енергія як цінність, самостійне економічне благо. На думку Б.М. Сейнароєва: «Предметом договору на постачання електроенергією є електрична енергія, а дії щодо її вироблення та відпуску служать необхідним засобом для виконання енергопостачальною організацією своїх договірних зобов'язань» [7, с. 132]

Енергія, на відміну від речей, є певною властивістю матерії – здатністю робити корисну роботу, забезпечувати виконання різних технологічних операцій, створювати необхідні умови для підприємницької та будь-якої іншої діяльності [5, с. 309].

Можливість залучення в економічний оборот енергії видалася тільки з появою відповідних технічних пристроїв для її виробництва, транспортування та споживання. Специфічна особливість відносин з енергопостачання полягає в тому, що зв'язки виробників цієї продукції та споживачів не передбачають зазвичай накопичення (складування) продукції через обмежену можливість цього на нинішньому етапі розвитку техніки.

Як було зазначено раніше, енергетичні та інші ресурси поставляються через приєднану мережу, точніше, через мережу, до якої безпосередньо приєднаний споживач (абонент). Якщо енергетичний ресурс постачається не через приєднану мережу (наприклад, газ у балонах), відповідні відносини опосередковуються не договором постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу, а договорами купівлі-продажу, поставки. Тому саме предметом договору енергопостачання буде енергія.

Тому специфіка предмета договору енергопостачання, що відрізняє його від предмета зобов'язань, які випливають з інших видів договору, полягає в такому:

– По-перше, передача товару споживачеві здійснюється шляхом подачі енергії через приєднану мережу на енергоустановку цього споживача (абонента).

– По-друге, на абонента покладаються додаткові обов'язки у зв'язку з використанням такого товару, як енергія: забезпечити дотримання режиму її споживання, безпеку експлуатації енергетичних мереж, які перебувають у його веденні, і справність використовуваних ним відповідних приладів і обладнання.

– По-третє, енергопостачальна організація наділяється додатковими правами щодо контролю за технічним станом приладів обліку.

– По-четверте, правове регулювання договору енергопостачання не вичерпується нормами, що містяться у Цивільному кодексі. Навпаки, детальне регулювання зазначених відносин забезпечується законами та іншими правовими актами про енергопостачання, а також прийнятими відповідно до них обов'язковими правилами [12, с. 249].

Таким чином, за договором енергопостачання енергопостачальна організація зобов'язана надати споживачеві можливість використовувати енергію з її мережі в зумовлених договором межах. Саме в цьому полягає суть зобов'язання на стороні енергопостачальної організації [4, с. 79].

Слід також зазначити, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (ст. 638 ЦК України).

Істотними умовами договору енергопостачання, окрім умови про предмет, є кількість енергетичних та інших ресурсів, їхню якість, режим використання, обов'язок забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання, а також про оплату та про відкриття поточного рахунку зі спеціальним режимом використання [10, с. 217].

Законодавець по-різному визначає умови договору енергопостачання про кількість поданої абоненту енергії залежно від того, хто виступає останнім: фізична особа або організація. У разі, коли абонентом за договором енергопостачання виступає громадянин, котрий використовує енергію для задоволення побутових потреб, він має право використовувати енергію у будь-якій необхідній йому кількості. Тобто для такого договору умова про кількість не є істотною.

Що стосується договорів енергопостачання, які укладаються з абонентами-організаціями, то їм енергопостачальна організація зобов'язана подавати енергію через приєднану мережу у кількості, передбаченій договором.

Для визнання умови про кількість поданої енергії, що узгоджується сторонами, недостатньо визначити лише річний обсяг енергії, яка відпускається. На цю обставину вже звертав увагу Б.М. Сейнароєв. Полемізуючи з висловленою в юридичній літературі думкою, згідно з якою договором на енергопостачання визначається лише загальнорічна кількість енергії, що відпускається, і встановлювати додатково приватні терміни виконання немає необхідності, Б.М. Сейнароєв підкреслив, що «кількість електроенергії в ліміті визначалася і визначається не тільки за квартал і місяць, а й за добу. Тому в договорі, що укладається на підставі ліміту, кількість електроенергії, котра підлягає відпуску, визначається і за приватними термінами, якими є доба» [8, с. 81].

Умова договору електропостачання про кількість поданої енергії вважається узгодженою за дотримання двох обов'язкових умов: у договорі повинні бути передбачені, по-перше, кількість кіловат – годин електроенергії, що підлягає відпуску абонентові, і, по-друге, величина приєднаної або заявленої потужності електроустановки абонента. Справа в тому, що сумарні договірні величини споживання електричної енергії та потужності не повинні перевищувати виробничих можливостей енергопостачальних організацій із відпуску електроенергії всім споживачам енергосистеми [11, с. 49].

Крім того, необхідно враховувати, що енергопостачальні організації є суб'єктами природних монополій, щодо яких може застосовуватися метод регулювання їх діяльності, суть якого полягає у визначенні категорій споживачів, котрі підлягають обов'язковому обслуговуванню, або визначенні мінімального рівня їх забезпечення (ст. 9 Закону України «Про природні монополії»). Таке регулювання, на думку Н.І. Клейн, може застосовуватися за неможливості задовольнити потреби відповідного споживача в енергії в повному обсязі. У цьому разі кількість поданої енергії встановлюється відповідно до замовлення споживача, але не менш того рівня, який визначений органом регулювання природних монополій [2, с. 64].

Виконання умови договору енергопостачання про кількість поданої енергії на стороні енергопостачальної організації полягає в тому, що вона зобов'язана забезпечити отримання абонентом відповідної кількості енергії на його енергоустановку шляхом її підключення (доступу) через приєднану мережу до потужностей енергосистеми. Належне виконання зобов'язання енергопостачальною організацією передбачає також надання абоненту можливості отримувати енергію безперервно, шляхом підтримання напруги і струму в мережі, незалежно від кількості фактично отриманої абонентом енергії [1, с. 118].

Природно, в такому разі виключається можливість приймання енергії як звичайного товару, тобто шляхом візуального огляду, підрахунку одиниць товару і т. п. Тому кількість фактично прийнятої енергії може визначатися виключно за показниками приладів обліку. Ця обставина особливо відзначена А.М. Шафіром, який підкреслює, що суперечки між енергопостачальною організацією й абонентом за кількістю відпущеної енергії виникають зазвичай у вигляді заперечування правильності показань приладів обліку. На його думку, процедура визначення кількості поданої енергії й оспорювання правильності показань приладів обліку є, по суті, особливою формою прийняття енергії за кількістю [11, с. 88].

Енергія, що відпускається енергопостачальною організацією абоненту, за своєю якістю повинна відповідати вимогам, встановленим технічними регламентами та іншими обов'язковими правилами або передбаченим договором енергопостачання. Коли йдеться про якість електричної енергії, маються на увазі такі її параметри, як напруга і частота струму. Якість теплової енергії характеризується температурою і тиском пари, температурою гарячої води тощо [10, с. 218]. Величина напруги струму визначається сторонами при укладенні договору енергопостачання.

Надання самим сторонам права встановлювати в договорі необхідну напругу струму зумовлене тим, що електрообладнання у різних споживачів розраховане на роботу за певної напруги. Тому при виборі величини напруги сторони повинні виходити з технічної характеристики енергогосподарства споживача і режиму його роботи [9, с. 214].

Інший параметр якості електроенергії – частота струму – визначається державними стандартами та іншими обов'язковими правилами і не належить до умов договору, вироблюваних за згодою сторін.

При відпуску теплової енергії енергопостачальна організація повинна забезпечити відповідність температури і тиску пари або температури гарячої води (теплоносія) умовам укладеного договору енергопостачання.

Суттєвою особливістю відносин, пов'язаних із постачанням електричної енергії, є те, що дотримання вимог, що пред'являються до якості електроенергії, безпосередньо залежить від дій не тільки енергопостачальної організації, а й самих споживачів. Порушення споживачами правил експлуатації своїх електроприймачів і режиму споживання електроенергії може призвести до зниження якісних показників електроенергії, у т. ч. поданого з енергосистеми

іншим споживачам. Причому енергопостачальні організації часто не мають у своєму розпорядженні технічних можливостей для усунення подібних порушень [6, с. 32] Сторона, дії якої призвели до зниження показників якості електроенергії (крім частоти струму), визначається за реєструючим приладам споживача, а за їх відсутності – за актами, складеними представниками енергопостачальної організації, споживача і органу Держенергонагляду.

У разі порушення енергопостачальною організацією вимог, що пред'являються до якості енергії, абонент має право застосувати до неї відповідальність у порядку та розмірі, передбачених ст. 24 Закону України «Про електроенергетику». Тобто у разі відпуску електричної енергії параметри якості якої внаслідок дій або бездіяльності енергопостачальника виходять за межі показників, визначених у договорі на постачання електричної енергії, енергопостачальник несе відповідальність у вигляді штрафу в розмірі 25% вартості такої електроенергії. При теплопостачанні така відповідальність теплопостачальної організації взагалі відсутня.

На думку Н.І. Клейн, у разі порушення енергопостачальною організацією вимог, які пред'являються до якості, абонент має право відмовитися від оплати такої енергії [3, с. 317].

Твердження про те, що абонент користується усіма правомочностями покупця, наданими останньому на випадок передачі продавцем товару з недоліками, викликає серйозні сумніви. Нагадаємо, що йдеться про такі права, як вимоги щодо: пропорційного зменшення ціни; безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк; відшкодування своїх витрат на усунення недоліків товару; заміни товару неналежної якості товаром, відповідним договором (за істотних недоліків).

Стосовно договору енергопостачання, враховуючи особливі властивості електричної та теплової енергії (нерозривність процесу виробництва і споживання, неможливість накопичення і т. п.), неможливо уявити ні усунення недоліків неякісної енергії, ні її заміну енергією, яка відповідає умовам договору.

На наш погляд, можливість застосування до відносин, пов'язаних з енергопостачанням, норм законодавства покупцем, котрому продавцем переданий товар із недоліками, виключається, тому унеможливлюється застосування Закону України «Про захист прав споживачів», як це передбачено ст. 24 Закону України «Про теплопостачання».

З цього приводу доцільно ввести норму, за якою споживача було б наділено правом відмовитися від оплати неякісної енергії, що є спеціальним правилом, яке би встановлювало інше право абонента порівняно з тими правами, якими володіє покупець, котрий отримав від продавця товари з недоліками, за договором купівлі – продажу.

Виконання споживачами своїх зобов'язань щодо належного утримання й експлуатації технічних пристроїв на практиці означає, що споживачі повинні підтримувати у справному технічному стані електро- та теплоспоживаюче обладнання, електромережі та теплопроводи, контрольно-вимірювальні прилади, ізоляцію трубопроводів; своєчасно проводити планово-попереджувальний ремонт і випробування належних їм електро- і теплоустановок в обсягах і у строки, передбачені діючими нормами і правилами та погоджені з енергопостачальною організацією; виконувати у встановлені терміни приписи енергопостачальної організації та інспекторів Держенергонагляду про усунення недоліків у пристрої, експлуатацію та обслуговування електроустановок, систем теплоспоживання і т. п.

Названі обов'язки споживачів значною мірою мають технічний характер і визначаються нормативними актами. Тому в юридичній літературі зазначені правила нерідко іменуються технічними нормами, яким надано загальнообов'язковий характер [4, с. 189].

Дотримання споживачами зобов'язань щодо належного утримання й експлуатації технічних пристроїв і забезпечення їх безпеки є не тільки обов'язком за договором енергопостачання, але і публічно-правовим обов'язком. На цю обставину раніше зверталася увага в юридичній літературі. Наприклад, Б.М. Сейнароєв підкреслює, що дотримання технічних норм, за порушення яких споживач несе відповідальність за договором перед енергопостачальною організацією, водночас є обов'язком всіх споживачів енергії незалежно від їх відомчої належності перед державою [9, с. 215].

Один із основних обов'язків споживача за договором енергопостачання – здійснювати оплату прийнятої ним енергії. Через те, що договір енергопостачання є публічним, передбачається встановлення однакових цін для всіх категорій споживачів. Виняток можуть складати лише випадки, коли законом або іншими правовими актами допускається надання пільг для окремих категорій споживачів. Ці обставини роблять необхідним державне регулювання цін на електричну та теплову енергію.

Порядок розрахунків за енергію, що здійснюється за договором енергопостачання, визначається законом, іншими правовими актами або договором. Сторона вправі використовувати будь-яку форму розрахунків, передбачених законами, встановленими відповідно до них банківськими правилами, застосовуваними в банківській практиці звичаями ділового обороту.

Договір укладають на строк, що визначається безпосередньо за домовленістю між сторонами, незалежно від суб'єктного складу (чи укладається він із фізичною особою для задоволення побутових потреб, чи із юридичною особою або фізичною особою-підприємцем для здійснення підприємницької діяльності). За цим договором постачальник зобов'язаний забезпечити безперервність постачання енергетичними та іншими ресурсами споживача. У зв'язку з цим, якщо немає заяви про припинення договору, договір вважається продовженим на той самий строк.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти висновку, що фактично зміст договору енергопостачання становлять предмет договору, права й обов'язки сторін. Зокрема, основним обов'язком енергопостачальника є надання енергетичних та інших ресурсів споживачеві (абоненту) за допомогою технічних засобів передачі: а) у визначеній кількості; б) із дотриманням погодженого режиму постачання; в) встановленої якості. До обов'язків споживача належить: а) оплатити вартість прийнятих ресурсів; б) дотримуватися передбаченого договором режиму їх використання; в) забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання.

Відповідні умови договору енергопостачання належать до категорії істотних і повинні бути в обов'язковому порядку включені до договору енергопостачання, інакше він буде визнаний неукладеним.

Список використаних джерел:

1. Егиазаров В.А. Договор энергоснабжения : учебное пособие / под ред. Н.А. Игнатюк. Москва : Право и экономика, 2001. 287 с.

2. Клейн Н.И. Организация договорно-хозяйственных связей. Москва : Юридическая литература, 1976. 192 с.

3. Клейн Н.И. Предпринимательское право. Курс лекций. Москва : Юридическая литература, 1993. 478 с.

4. Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. Москва, 1956. 211 с.

5. Российское гражданское право : учебник / Гаврилов Э.П., Гуреев В.И., Зайцев И.Ф., Крылова З.Г. и др. ; под ред. Гаврилов Э.П., Крылова З.Г. Москва : Центр ЮрИнфо, 2001. 439 с.

6. Либкинд М.С. О качестве электрической энергии. *Стандарты и качество*. 1979. № 10. С. 30–34.

7. Сейнароев Б.М. Договор энергоснабжения. *Вестник ВАС РФ.* 2000. № 6–7. С. 131–134.

8. Сейнароев Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата : «Казахстан», 1975. 120 с.

9. Сейнароев Б.М. Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций. Москва : Статут, 1971. 330 с.

10. Стефанчук Р.О. Цивільне право України : навчальний посібник. Київ : Прецедент, 2005. 361 с.

11. Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий: (правовые вопросы) : монография. Москва : ЮРКОМПАНИ, 1990. 144 с.

12. Шешенин Е.Д. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношение с договором хозяйственных услуг. *Сборник ученых трудов.* 1964. Вып. 4. С. 228–261.

КРИВОШЕЇНА І. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри інтелектуальної власності
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

УДК 342.9:347.211:347.23
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.30

ОСОБЛИВОСТІ ВНЕСЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ДО СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ

У статті проаналізовано особливості внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу юридичної особи на стадії її створення, а також під час збільшення статутного капіталу.

На етапі сучасного розвитку кожної країни, і України в т. ч., прослідковується тенденція до зростання значущості нематеріальних активів, в діяльності різних суб'єктів господарювання. В умовах розвиненої ринкової економіки інтелектуальна власність є цінним нематеріальним активом.

Одним зі способів комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності є внесення прав на них до статутного капіталу. Сьогодні наявні прогалини правового регулювання процедури внесення зазначених прав до статутного капіталу. Така неврегульованість призводить до низки практичних проблем, щодо реалізації наданого законодавчого права правоволодільцям.

Зазначена можливість надана володільцям майнових прав інтелектуальної власності Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, Законом України «Про господарські товариства», Законом України «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю» та рядом інших спеціальних нормативно-правових актів.

Відповідно до ст. 115 Цивільного кодексу України вкладом до статутного капіталу господарського товариства можуть бути гроші, цінні папери, інші речи або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку. Водночас, незважаючи на дозвільні положення законодавства існує низка практичних проблем пов'язаних із процедурою внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу.

Внаслідок розгляду визначеної проблематики, можна дійти до ряду висновків. По-перше, внеском до статутного капіталу можуть бути майнові права лише на ті об'єкти, що відповідно до чинного законодавства є відчужуваними. По-друге, майнові права інтелектуальної власності можуть бути внесені до статутного капіталу на підставі спеціального правочину, а саме договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, який залежно від об'єкта права може підлягати державній реєстрації. По-третє, відсутність належного правового регулювання щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу призводить до невикористання наданої законодавством можливості правоволодільцями.

Ключові слова: *майнові права інтелектуальної власності, інтелектуальна власність, статутний капітал, юридична особа, розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.*

Kryvosheina I. V. Features of entering intellectual property rights to the charter capital

The article is dedicated to the features of entering of intellectual property rights to the charter capital on the stage of registration of legal entity or in case of increasing of the charter capital.

Intellectual property is the property that can be owned and dealt with. Intellectual property gives rise to rights and duties. It establishes property rights, which give the owner the right to do certain things in relation to the subject matter. Also, the owner has the negative right to prevent others from doing such things.

Intellectual property is a valuable asset which may be exploited in a number of ways. It may be commercialized by transferring rights by license agreement or alienation agreement. Other forms of exploiting intellectual property include using it as security for loan, such as by the way of a mortgage or other charge. Alternatively, intellectual property rights can be entered to the charter capital of legal entity.

Nowadays, there are some gaps in legislation about entering intellectual property rights to the charter capital. Such gaps cause practical problems relatively realization of the rights given to the intellectual property owner by legislation.

According to the Civil Code of Ukraine, Economic Code of Ukraine, Law of Ukraine "About economic society" and other special regulations intellectual property rights can be an investment in the charter capital of legal entity.

Article 115 of the Civil Code of Ukraine defines, that investments to the charter capital of legal entity are: money, securities, other objects or property and other inalienable rights, that have economical valuation.

Summarizing, we can make some conclusions. Firstly, there is a possibility to enter intellectual property rights to the charter capital on the objects, which are excluded and are the objects of civil circulation. Secondary, intellectual property rights can be entered to the charter capital on the basis of special agreement – intellectual property rights disposition agreement, which, depending on the intellectual property object, must be registered in some cases. Thirdly, the absence of proper legislation of entering intellectual property rights to the legal entity cause the failure to use the option that is given to the owner by legislation.

Key words: *intellectual property rights, intellectual property, charter capital, legal entity, commercialization of intellectual property rights.*

Вступ. В умовах розвитку економічних відносин інтелектуальна власність є одним із найцінніших нематеріальних активів, що можуть бути предметом низки цивільно-правових договорів. Можливість внесення прав на результати творчої діяльності у статутний капітал юридичної особи передбачена Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України та рядом спеціальних нормативно-правових актів, проте сьогодні практично відсутній механізм реалізації цих положень законодавства.

Саме завдяки об'єктам інтелектуальної власності господарюючі суб'єкти мають можливість підвищувати свою ринкову вартість, тому дослідження особливостей внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу є вкрай важливим як із погляду науки, так і з погляду практики. Передання майнових прав інтелектуальної власності як внесок до статутного капіталу суб'єкта господарювання є одним із способів комерціалізації результатів творчої діяльності. Наведені фактори зумовлюють актуальність розгляду особливостей законодавчого регулювання використання майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності у корпоративних відносинах з урахуванням вимог законодавства щодо порядку створення суб'єктів господарювання, оцінки майнових прав, спеціальних правочинів спрямованих на розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Одним із основних завдань дослідження є визначення правового регулювання та механізму передачі майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу.

Окремим питання щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу присвячено роботи таких науковців: О. Тверезенко, А. Кодинця, І. Коваль, С. Пермінової, К. Оверковського, Ф. Ханієвої, Я. Ващук, І. Якубівського та ін. Проте недостатньо дослідженими залишаються питання щодо порядку дій при внесенні майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу, необхідності проведення оцінки таких прав, видів правочинів, що мають бути укладенні при передачі таких прав до статутного капіталу.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз правового регулювання щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу, виявлення прогалин законодавства та розробка пропозицій щодо вдосконалення окремих норм.

Результати дослідження. Сьогодні одним із способів розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності є можливість внесення таких прав до статутного капіталу юридичної особи, що передбачено ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 424 Цивільного кодексу України [1]. Крім того, відповідно до ч. 5 ст. 156 Господарського кодексу України [2] володілець патенту може передавати свої права щодо використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка як вклад у статутний капітал підприємства. Виходячи із змісту ч. 6 ст. 156 ГКУ відповідно до якої правила цієї статті застосовуються також до регулювання відносин, що виникають у зв'язку з реалізацією у сфері господарювання прав на сорти рослин і породи тварин, дає підстави зробити висновок про можливість внесення майнових прав на селекційні досягнення до статутного капіталу. Згідно з ч. 6 ст. 157 ГКУ право інтелектуальної власності на торговельну марку може бути передано як вклад до статутного капіталу суб'єкта господарювання.

Однією із умов створення юридичних осіб є наявність у них статутного капіталу, який може створюватися за рахунок грошей, цінних паперів, інших речей, а також майнових і інших відчужуваних прав, що мають грошову оцінку. Отже, майнові права інтелектуальної власності на рівні з матеріальними та фінансовими ресурсами можуть бути внеском при формуванні статутного капіталу. Водночас необхідно зауважити, що на законодавчому рівні практично відсутній механізм реалізації права на внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу.

На етапі сучасного розвитку кожної країни, і України в т. ч., простежується тенденція до зростання значущості нематеріальних активів у діяльності різних суб'єктів господарювання. В умовах розвиненої ринкової економіки інтелектуальна власність є цінним нематеріальним активом. Сучасне законодавство надає можливість передачі майнових прав інтелектуальної власності на підставі різних цивільно-правових договорів, а також передбачає один зі способів формування активів юридичних осіб шляхом внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу. Так, наприклад, відповідно до ст. 13 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [3] вклад у негрошовій формі повинен мати грошову оцінку, що затверджується одностайним рішенням загальних зборів учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства. При створенні товариства така оцінка визначається рішенням засновників про створення товариства. Ця норма дає можливість зробити висновок про законодавчий дозвіл внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Досить часто у осіб, що є засновниками господарських товариств, не вистачає грошових коштів для формування статутного капіталу такого товариства. Можливість формування статутного капіталу шляхом внесення нематеріальних активів дозволяє створити юридичну особу без залучення додаткових грошових коштів. Як нематеріальні активи можуть виступати майнові права на об'єкти інтелектуальної власності [4, с. 51].

При внесенні майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу можна виділити ряд переваг: можливість сформувати значний за своїми розмірами статутний капітал без відволікання коштів й забезпечити доступ до банківських кредитів і інвестицій, використовуючи інтелектуальну власність як об'єкт застави нарівні з іншими видами майна;

можливість капіталізувати інтелектуальну власність; право на отримання частки прибутку; право на участь в управлінні юридичною особою [5, с. 97–98]. Безперечно, для того щоб майнові права інтелектуальної власності могли бути внеском до статутного капіталу вони повинні мати економічну привабливість і певну грошову оцінку, крім того, це мають бути права на об'єкти інтелектуальної власності, що відповідно до чинного цивільного законодавства є відчужуваними. Таким чином, необхідно враховувати законодавчі обмеження оборотоздатності майнових прав інтелектуальної власності, щодо окремих об'єктів.

Одночасно необхідно зауважити, що формування статутного капіталу за рахунок внесення майнових прав інтелектуальної власності допускається не щодо всіх юридичних осіб. Законодавством встановлено обмеження для окремих юридичних осіб, статутний капітал яких не може створюватися за рахунок прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема такі обмеження стосуються, наприклад, фінансових установ, якими відповідно до ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [6] є банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, – інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг.

Так, відповідно до ст. 32 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [7] статутний капітал банку формується відповідно до вимог закону, а формування та капіталізація банку здійснюється шляхом грошових внесків. Закон України «Про страхування» [8] у ст. 2 визначає, що при створенні страховика-резидента або збільшенні зареєстрованого статутного капіталу останній має бути сплачений виключно в грошовій формі. Крім того, відповідно до Закону забороняється використовувати для формування статутного капіталу нематеріальні активи, до числа яких входять і майнові права інтелектуальної власності. У ст. 9 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [6] при створенні фінансової установи, або у разі збільшення розміру зареєстрованого статутного (складеного) капіталу, статутний (складений) капітал повинен бути сплачений у грошовій формі та розміщений на банківських рахунках комерційних банків, які є юридичними особами за законодавством України, якщо інше не передбачено законами України з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг.

Основною проблемою сьогодні залишається законодавча неврегульованість внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу. Майнові права інтелектуальної власності можуть використовуватись як внески до статутного капіталу юридичних осіб, якщо інше не встановлено законодавством. Водночас ні в Цивільному кодексі України, ні в положеннях інших нормативно-правових актів не визначено юридичних підстав передання засновниками їх майнових прав на результати інтелектуальної діяльності для формування статутного капіталу господарюючого суб'єкта [9, с. 426].

У разі внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу господарського товариства насамперед здійснюється ідентифікація об'єкта та перевіряється: хто є власником прав на відповідний об'єкт; чи існують права третіх осіб стосовно відповідного об'єкта; можливість використання об'єкта інтелектуальної власності господарським товариством, до статутного капіталу якого вносяться майнові права на такий об'єкт; чи є чинними майнові права на такий об'єкт інтелектуальної власності; строк чинності майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності [5, с. 99].

Передача майнових прав інтелектуальної власності, як внесок до статутного капіталу, по суті є процесом відчуження таких прав на користь відповідної юридичної особи, оскільки після їх передачі суб'єкт господарювання стає повноцінним володільцем відповідного права. Таким чином, правоволоділець після передачі майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу товариства, позбавляється права використовувати такі права на власний розсуд. Водночас не можна виключати можливість укладення ліцензійного договору між господарюючим суб'єктом і колишнім володільцем майнових прав, щодо надання дозволу на використання об'єкта інтелектуальної власності.

Одним із варіантів внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу, із практичного погляду, зазвичай є збільшення такого капіталу. Пов'язана така ситуація з тим, що відповідно до законодавства, що регулює порядок створення і діяльності господарських товариств, установчі документи таких товариств повинні містити, окрім іншої, також інформацію про розмір і порядок утворення статутного капіталу. До реєстрації самого товариства немає фізичного набувача майнових прав інтелектуальної власності, а отже передати майнові права можна лише після створення такої юридичної особи. Підтвердженням даної позиції є ст. 1107 ЦКУ, яка визначає види договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, а також ст. 1113 ЦКУ відповідно до якої за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах. У такому разі для того, щоб товариство стало повноцінним правоволодільцем відповідних майнових прав інтелектуальної власності, воно повинно бути створено відповідно до вимог законодавства, а саме з моменту його державної реєстрації.

Також слід мати на увазі, що різні об'єкти інтелектуальної власності мають різні особливості правової охорони, які необхідно враховувати під час вибору об'єктів, майнові права на які будуть внесені до статутного капіталу підприємства. Однією з таких особливостей є той факт, що патент на корисну модель і патент на промисловий зразок можуть визнаватися недійсними, що може бути пов'язано з їх невідповідністю умовам патентоздатності. Отже, засновники повинні брати до уваги ризиковість формування статутного фонду юридичної особи за рахунок таких об'єктів інтелектуальної власності [10, с. 90].

Сьогодні існує позиція, щодо наявності різних варіантів передачі майнових прав на торговельні марки до статутного капіталу. Варіант 1. Вклад торгової марки до статутного капіталу в межах всіх майнових прав (по суті на правах власності). Варіант 2. Вклад торгової марки до статутного капіталу в межах одного права – це права на використання торгової марки (по суті відповідає ліцензійній угоді) [11]. Однак можливість внесення майнових прав до статутного капіталу на підставі ліцензійного договору викликає певні заперечення, адже відповідно до ст. 1109 ЦКУ за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін. Відповідно до цивільного законодавства майновими правами інтелектуальної власності є: право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право дозволяти використання об'єкта інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Питання полягає в тому, чи може бути вкладом до статутного капіталу лише одне з перелічених прав? На наш погляд, відповіддю є ст. 85 ГКУ відповідно до якої товариство є власником, окрім іншого, майна переданого йому у власність засновниками і учасниками як внески. Передання виключних майнових прав інтелектуальної власності можливо на підставі спеціального правочину передбаченого ст. 1113 ЦКУ, а саме договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Безумовно, не має сенсу передання лише одного права використання об'єкта інтелектуальної власності, а тому вважаємо, що вкладом до статутного капіталу мають бути всі майнові права на об'єкти інтелектуальної власності одночасно. Варто зауважити, що на підставі ліцензійного договору надаються права на використання об'єкта інтелектуальної власності, але не відбувається їх відчуження. Отже, можна дійти до висновку, що вкладом до статутного капіталу товариства майнові права можуть бути лише на підставі правочину щодо передання виключних майнових прав, але не ліцензійного договору. Зазначене підтверджується і ст. 115 ЦКУ, згідно з якою товариство є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного капіталу. Враховуючу наявність спеціальної договірної конструкції щодо передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, це виключає можливість включення таких прав до статутного капіталу на підставі ліцензійного договору, оскільки ліцензіат

не стає власником прав на об'єкт інтелектуальної власності; крім того, ліцензіату не відчужуються майнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт.

Даний висновок підтверджується і позицією органів судової влади. Так, відповідно до п. 5.1. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 12 від 17 жовтня 2012 р. [12] у разі внесення майнового права до статутного капіталу юридичної особи, окрім зазначення про це в установчому договорі, необхідне укладення окремого договору про передання виключного права, а у випадках, передбачених законом, – також і державна реєстрація такого окремого договору.

Враховуючи вищезазначене, внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу можливе лише шляхом укладення договору про передання майнових прав інтелектуальної власності. Необхідно враховувати положення ст. 1114 ЦКУ відповідно до якої факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до законодавства є чинними після їх державної реєстрації (а саме, це стосується винаходів, корисних моделей, промислових зразків, торговельних марок, компонувань напівпровідникових виробів, селекційних досягнень), підлягає державній реєстрації.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене та на підставі аналізу норм чинного законодавства можна зробити ряд висновків.

По-перше, внеском до статутного капіталу можуть бути майнові права лише на ті об'єкти, які відповідно до чинного законодавства є відчужуваними. По-друге, майнові права інтелектуальної власності можуть бути внесені до статутного капіталу на підставі спеціального правочину, а саме договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, який залежно від об'єкта права на який передаються може підлягати державній реєстрації. По-третє, відсутність належного правового регулювання щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу призводить до невикористання наданої законодавством можливості правоволодільцями.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/ main/435-15.
2. Господарський кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/ laws/main/436-15.
3. Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2275-19.
4. Тверезенко О. Майнові права інтелектуальної власності як внесок до статутного капіталу господарського товариства. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2009. № 6. С. 50–59.
5. Ходаківський Є.І., Якобчук В.П., Литвинчук І.Л. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навчальний посібник. 2014. 276 с.
6. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2664-14.
7. Закону України «Про банки і банківську діяльність». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2121-14.
8. Закон України «Про страхування». URL: https://zakon.rada.gov.ua/ laws/ main/85/96-вр.
9. Кодинець А.О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин : монографія. 2016. 582 с.
10. Пермінова С.О., Глушко Ю.С. Особливості внесення майнових прав інтелектуальної власності до статутного капіталу акціонерного товариства. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2016. Вип. 21. Ч. 2. С. 89–91.
11. Бондаренко С. Права торгової марки в Україні як внесок до статутного капіталу. URL: http://www.tm24.com.ua/ua/details/page_20/.
12. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ v0012600-12.

КРОЙТОР В. А.,
кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права
та процесу
*(Харківський національний університет
внутрішніх справ)*

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.31

ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОСУДОВОГО ПОРЯДКУ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ В СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

У статті проаналізовано сутність інституту досудового порядку врегулювання спору в судовому процесі. Зокрема відзначається, що норми ГПК України, ЦПК України та КАС України щодо визначення порядку досудового врегулювання спору в судовому процесі були прийняті на виконання положення Конституції України, яке міститься в ч. 3 ст. 124 – «законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору».

Автор вважає за можливе позитивно оцінити зазначені зміни, але, на його думку, лише вказівки на досудове врегулювання спорів, яке законодавець закріпив у Конституції України, для вирішення конфлікту є недостатнім, а існує необхідність деталізації цього положення з метою створення ефективного механізму вирішення спорів. Такі механізми вже давно успішно та достатньо ефективно працюють у західних правових системах. Закріплення на рівні закону можливості вжиття заходів до врегулювання спору перед зверненням до суду слід розглядати як важливий елемент у правовому регулюванні відносин фізичних і юридичних осіб, держави.

У праці констатовано, що можливість звернення особи до сторони, яка є порушником прав, свобод чи інтересів, з метою вирішити претензії, що виникли у неї до кредитора, і становить найголовніше значення обов'язкового досудового врегулювання спорів. Вирішуючи таким чином спір, позивач охороняє й інтереси відповідача. Отже, якщо вони внаслідок обов'язкового досудового врегулювання у добровільному порядку вирішать розбіжності, то відповідача буде позбавлено непередбачених додаткових судових витрат – у разі, якщо спір буде передано на розгляд суду.

***Ключові слова*:** *досудовий порядок врегулювання спору, претензійний порядок врегулювання спору, альтернативне вирішення спору, юридичний спір, цивільний процес, господарський процес, адміністративний процес.*

Kroitor V. A. Main provisions of pre-trial procedure of dispute resolution within court proceedings

The author of the article has analyzed the essence of the institution of pre-trial dispute resolution within court proceedings. In particular, the author has noted that the norms of the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine and the Code of Administrative Proceedings of Ukraine regarding the determination of the procedure for pre-trial dispute resolution within court proceedings were adopted in compliance with the provision of the Constitution of Ukraine, contained in Part 3 of the Art. 124 – "the law may determine the mandatory pre-trial procedure for dispute resolution".

The author considers it possible to positively evaluate these changes, but according to the author, the instruction for pre-trial disputes resolution, in this case, which the legislator enshrined in the Constitution of Ukraine, is insufficient to resolve the conflict, but there is the need to further elaborate this provision in order to create an effective dispute resolution mechanism. Such mechanisms have long been successful and sufficiently effective in Western legal systems. Consolidation of the possibility of taking measures to settle a dispute at the law level before going to court, should be considered as an important element in the legal regulation of relations of individuals and legal entities, the state.

The author of the paper has stated that the possibility to address the party who is an offender and violated the rights, freedoms or interests in order to resolve the claims that have arisen against a creditor, and is of paramount importance to a mandatory pre-trial dispute resolution. At the same time, resolving the dispute in this manner, the plaintiff also protects the defendant's interests. Therefore, if they resolve the dispute by a mandatory pre-trial settlement on a voluntary basis, then the defendant will be deprived of unforeseen additional court costs – if the dispute is referred to the court.

Key words: *pre-trial procedure for dispute resolution, claim procedure for dispute resolution, alternative dispute resolution, legal dispute, civil procedure, economic process, administrative process.*

Вступ. На сучасному етапі формування в Україні правової держави, прагнення суспільства до високих стандартів захисту прав людини, приведення вітчизняного законодавства до Європейських стандартів, у т. ч. й у правосудді, виникає необхідність вдосконалення вітчизняної моделі судочинства.

Вдосконалення судових процедур у сфері здійснення правосуддя з цивільних справ та моделі судочинства детерміновано тією обставиною, що Україною 17 липня 1997 р. ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основних свобод від 04 листопада 1950 р. [1] Факт такої ратифікації покладає на Україну обов'язок дотримання тих вимог щодо захисту прав людини, які визначені європейською спільнотою, а насамперед вимог щодо доступності правосуддя та права людини на справедливий судовий розгляд. Цими процесами обумовлено проведення в Україні низки судових реформ. Чергову реформу в частині правосуддя було проведено в 2016 р., зокрема, було переглянуто низку положень, що стосуються такої категорії, як «досудовий порядок урегулювання спору». Відповідні зміни були внесені до Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Відповідно, з дня набуття чинності Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [2] минуло кілька років. Наукова спільнота, юристи-практики, судді єдині в тому, що інститут досудового порядку врегулювання спору в аспекті реалізації конституційного права на судовий захист прав фізичних та юридичних осіб є необхідним у судовому процесі. Водночас вони єдині і в тому, що з метою дотримання принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України) норми ГПК України, ЦПК України та КАС України щодо визначення порядку досудового врегулювання спору в судовому процесі потребують удосконалення.

Слід відзначити, що норми ГПК України, ЦПК України та КАС України щодо визначення порядку досудового врегулювання спору в судовому процесі були прийняті на виконання положення Конституції України, яке міститься в ч. 3 ст. 124 – «законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору» [3]. Конституційна норма зобов'язує законодавчий орган розробити й закріпити в ГПК України, ЦПК України та КАС України сам порядок досудового врегулювання спору. Проте в процесуальних

кодексах не міститься конкретизуючого порядку досудового врегулювання спору. Так, згідно зі ст. 19 ГПК України «Основні положення досудового врегулювання спору» сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Особи, які порушили права і законні інтереси інших осіб, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення претензії чи позову. Аналогічні норми містяться в ст. 16 ЦПК України та ст. 17 КАС України. Тобто положення ГПК України, ЦПК України та КАС України спонукають до подальших наукових дискусій.

Проблемам інституту досудового порядку врегулювання спору в судовому процесі присвячено багато досліджень. Звертаємо увагу на те, що більшість досліджень здійснювалися ще до прийняття вищезазначеного Закону. Здебільшого такі дослідження стосувалися проблем досудового врегулювання саме господарських спорів. Так, цій проблемі приділяли увагу вчені-юристи: С.Ф. Домбровський [4], В.В. Рєзнікова [5], В.Д. Чернадчук [6], В.С. Щербина [7] та ін. Розкриттю окремих аспектів цієї проблеми присвятив увагу і автор цієї праці [8–12].

Однак варто констатувати, що з набуттям чинності нових редакцій ЦПК України, ГПК України та КАС України кількість наукових публікацій є незначною. Так, Р. Ханик-Посполітак і В. Посполітак стверджують, що «досудове» врегулювання спорів у законодавстві західних держав майже не застосовується і не визначається. Дещо можна знайти у наших сусідів, у РФ, де «досудове» врегулювання спору становить претензійний порядок [13, с. 93]. Автор цієї роботи також виступив із науковою доповіддю на одній із останніх міжнародних науково-практичних конференцій [14]. Водночас, враховуючи важливість зазначених праць, на наш погляд, дослідження сучасного розуміння інституту досудового порядку врегулювання спору, з урахуванням останніх законодавчих змін, є актуальним і потребує більш ґрунтовного вивчення.

Постановка завдання. Метою цієї статті є науково-практичний аналіз норм ГПК, ЦПК і КАС щодо сутності інституту досудового порядку врегулювання спору в судовому процесі України крізь призму теорії процесуальної науки та судової практики.

Результати дослідження. Відповідні статті Конституції України, а також Закону України «Про судоустрій та статус суддів» зазнали істотних змін. Зокрема, уперше на рівні Конституції України в ч. 3 ст. 124 закріплено положення, що «законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору» [3]. У всіх попередніх редакціях такого положення не було. Однак досудове врегулювання приватноправових спорів, як слушно зазначається в юридичній літературі, не є чимось абсолютно новим в юридичній практиці України [13, с. 91]. Слід зазначити, що до прийняття Конституції України законодавство передбачало цілу низку ситуацій, коли закріплювались випадки обов'язкового досудового порядку урегулювання спору. Так, більшість індивідуальних трудових спорів розглядалась комісіями по трудових спорах (КТС) і районними (міськими) судами, при цьому КТС були первинними органом розгляду трудових спорів, що виникають на підприємствах, в установах, організаціях за незначними винятками [15, с. 6]. Після прийняття Конституції України підхід в цьому питанні було змінено. Цьому сприяло прийняття Пленумом Верховного Суду України постанови «Про застосування судами Конституції України» № 9 від 01 листопада 1996 р., де у п. 8 з посиланням на ч. 2 ст. 124 Конституції України зазначалось: «Суд не вправі відмовити особі у прийнятті позовної заяви чи скарги лише з тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті в передбаченому законом досудовому порядку».

В історичній ретроспективі як обов'язкове досудове врегулювання спору трактувалися положення ст. 5–11 Розділу II «Досудове врегулювання господарських спорів» ГПК України, поки у 2002 р. Конституційним Судом України не було прийнято рішення, у резолютивній частині якого прямо вказувалося, що навіть у законі не може бути обмежено право особи звертатися до суду за вирішенням спору. Таким чином, вирішальним для розвитку інституту досудового врегулювання стало рішення Конституційного Суду України. Конституційний Суд України в рішенні від 09 липня 2002 р. № 15-рп/2002 у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб»

щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) зазначив, що положення ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, які виникають у державі, в аспекті конституційного звернення необхідно розуміти так, що право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежено законом, іншими нормативно-правовими актами. Конституційний Суд України вказав, що встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів): від 09 липня 2002 р. № 15-рп/2002) [16, с. 40–41].

Вказана норма розвантажила суди від частини справ, які вирішувалися сторонами спору раніше в претензійному порядку. Нині важливим фактором досудового врегулювання спору є можливість застосування цього порядку лише за бажанням сторін. Водночас закріплення у договорі обов'язкового досудового порядку врегулювання спору не позбавляє права будь-яку сторону одразу звернутися до суду, не врегулювавши свої суперечки в досудовому порядку.

Безумовно, суди постійно перевантажені справами, тому створення дієвої та ефективної системи, яка б сприяла або спонукала сторони мирно вирішити спір без звернення до суду, сьогодні в Україні є вкрай необхідною. Якраз нова редакція ст. 124 Конституції України викликана великою кількістю справ у судах і потребою зменшити фінансові затрати на вирішення спорів, які сторони можуть залагодити самостійно [13, с. 91].

Вважаю за доцільне позитивно оцінити зазначені зміни, але, на мою думку, лише вказівки на досудове врегулювання спорів, яке законодавець закріпив у Конституції України, для вирішення конфлікту недостатньо. Є необхідність деталізації цього положення з метою створення ефективного механізму вирішення спорів, які вже давно успішно та достатньо ефективно функціонують у західних правових системах. Закріплення на рівні закону можливості вжиття заходів до врегулювання спору перед зверненням до суду слід розглядати як важливий елемент у правовому регулюванні відносин фізичних та юридичних осіб, держави [17, с. 39].

Хоча Конституція України передбачила саме «досудове» врегулювання спорів, проте на даний період сама процедура «досудового» врегулювання спору в законах майже не прописана. Незважаючи на те, що, наприклад, у Законі України «Про житлово-комунальні послуги» у ч. 5 ст. 18 зазначено, що «Споживач має право на досудове вирішення спору шляхом задоволення пред'явленої претензії», проте чіткої процедури, строки тощо в законі не вказані [18]. І доки такої процедури не буде прописано, то й реалізувати відповідну норму Конституції України майже неможливо. Частково положення ст. 124 Конституції України нині реалізовано в процесуальному законодавстві. Так, ч. 1 ст. 16 ГПК України (аналогічна норма – ч. 1 ст. 16 ЦПК України, ч. 1 ст. 17 КАС України) встановлено, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Досудове врегулювання спору є сукупністю заходів, які можуть здійснюватись стороною, права якої порушено, для безпосереднього вирішення спору, що виник, зі стороною, яка є порушником прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Вимоги ст. 124 Конституції України про те, що: «Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається. Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір і будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору», слід розуміти як припис, яким реалізуються принципи поділу державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу, судову й виняткові повноваження судів зі здійснення правосуддя [19, с. 38]. Що стосується судового розгляду вимоги

про право, то обов'язковий досудовий порядок жодним чином не порушує згаданої норми Конституції України, оскільки зберігається можливість судового захисту в разі відхилення вимоги в межах процедури обов'язкового досудового розгляду [20, с. 27].

Розглядаючи проблему досудового порядку врегулювання спору, хотілось б нагадати про дуже послідовний цікавий інститут, уведений у Великій Британії, оскільки він не новий, і вже неодноразово обговорювався на різних науково-практичних конференціях. Відповідно до Правил цивільного судочинства 1998 р. у Великій Британії було закріплено вимогу про дотримання сторонами так званого досудового протоколу (pre-action protocol) [21]. Суть цього інституту зводиться до того, що суддя у процесі розгляду справи, включаючи винесення рішення та розподіл процесуальних витрат, має враховувати поведінку учасників конфлікту до порушення судочинства у справі. У згаданому протоколі відбито інформацію про досудову поведінку осіб з питань, пов'язаних із правовим конфліктом, що виник, і належить до майбутнього судового процесу. Якщо суд досягне обґрунтованого висновку щодо того, що своїми несумлінними діями сторони спровокували судовий процес або необґрунтоване збільшення судових витрат, то суд шляхом винесення відповідного акта може покласти зобов'язання сплати судових витрат, приміром, визначення про сплату винною стороною, повністю або в частині витрат, іншій стороні.

Таким чином, законодавець дуже послідовний, оскільки процесуальні норми покладають на суд обов'язок при розгляді справи аналізувати й брати до уваги поведінку сторін до процесу. Саме в цьому випадку є стимул для сторін до участі в досудових процедурах примирення. Підтвердження ефективності досудового протоколу можна знайти у висновках Консультативної ради європейських суддів Ради Європи від 24 листопада 2004 р. № 6 «Про справедливий судовий розгляд у розумні терміни та ролі судді в судових процесах з урахуванням альтернативних способів вирішення спорів» [22]. Як бачимо, ефективність досудового порядку урегулювання спорів підтверджується й європейськими інституціями.

Безумовно, ми не маємо використовувати досудовий порядок урегулювання спору як панацею, і обов'язково вводити по всіх категоріях справ, без урахування специфіки матеріальних вимог, у деяких випадках справи мають розглядатися безпосередньо в суді, має бути винесено судовий акт, який є, по суті, юридичним фактом для наступних дій державних органів.

Висновки. Можливість звернення особи до сторони, яка є порушником прав, свобод чи інтересів, з метою вирішити претензії, що виникли у неї до кредитора, і становить найголовніше значення обов'язкового досудового врегулювання спорів. Вирішуючи таким чином спір, позивач охороняє й інтереси відповідача. Отже, якщо вони внаслідок обов'язкового досудового врегулювання у добровільному порядку вирішать розбіжності, то відповідача буде позбавлено від непередбачених додаткових судових витрат, у разі, якщо спір буде передано на розгляд суду.

Список використаних джерел:

1. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1997. № 40. Ст. 263.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03 жовтня 2017 р. *Голос України.* № 221–222 від 28 листопада 2017 р.

3. Конституція України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2% D1%80#n4761 (дата звернення: 01.01.2020).

4. Домбровський С.Ф. Організація правової роботи та юридичного обслуговування підприємств : навчальний посібник. Харків : Консум, 2005. 396 с.

5. Рєзнікова В.В. Досудове врегулювання господарських спорів: необхідність та шляхи реформування. *Вісник господарського судочинства*. 2012. № 5. С. 101–111.

6. Господарське процесуальне право України : підручник / за заг. ред. В.Д. Чернадчука. Суми : Університетська книга, 2006. 331 с.

7. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 720 с.

8. Кройтор В. Доарбитражное регулирование хозяйственных споров. *Бизнес Информ.* 1994. № 26–27. С. 9–12.

9. Кройтор В. Как составить претензию. *Бизнес Информ*. 1994. № 38–39. С. 18–19.

10. Кройтор В.А. Защита прав и интересов в суде : научно-практическое пособие. Харьков : Эспада, 1999. 416 с.

11. Кройтор В.А. Претензии и иски в практике разрешения хозяйственных споров : научно-практическое пособие. Харьков : Эспада, 2001. 352 с.

12. Господарський процес : навчальний посібник / за ред. В.А. Кройтора. Харків : Золота миля, ХНУВС, 2014. 318 с.

13. Ханик-Посполітак Р., Посполітак В. «Досудове», «альтернативне», «позасудове» врегулювання/вирішення приватноправових спорів: співвідношення понять. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки.* 2018. № 2 (107). С. 91–94.

14. Кройтор В.А. Основні положення досудового порядку врегулювання спору. *Цивільне право України: нові виклики і перспективи розвитку* : матеріали XVIII міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 98-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 28.02.2020). Харків, 2020. С. 88–92.

15. Штефан М.Й. Цивільний процес : підручник. Київ : Ін Юре, 1997. 608 с.

16. Господарський процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар / за заг. ред. М.М. Ясинка. Київ : Алерта, 2018. 522 с.

17. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. М. М. Ясинка. Київ : Алерта, 2018. 604 с.

18. Закон України «Про житлово-комунальні послуги». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-15 (дата звернення: 01.02.2020).

19. Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. М.М. Ясинка. Київ : Алерта, 2018. 522 с.

20. Господарський процес : навчальний посібник / В.А. Кройтор, О.В. Синєгубов, О.Г. Бортнік та ін. ; за заг. ред. В.А. Кройтора ; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2020. 328 с.

21. Здрок О.Н. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь). *Вестник гражданского процесса.* 2012. № 1. С. 180–223.

22. Афонина М.А., Нешатаева Т.Н. Краткий обзор основных положений Заключения Консультативного совета европейских судей Совета Европы № 6 «О справедливом судебном разбирательстве в разумные сроки и роли судьи в судебных процессах с учетом альтернативных способов разрешения споров». СПС «Консультант Плюс».

ЛУБЧУК О. Д.,
аспірантка кафедри інтелектуальної
власності, інформаційного
та корпоративного права
*(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

УДК 347.77/.78:791
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.32

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КІНЕМАТОГРАФІЧНИЙ ТВІР

Статтю присвячено дослідженню правової природи особистих немайнових прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір. У ній розглянуто поняття та ключові ознаки особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Проаналізовано законодавчо визначений перелік останніх і з'ясовано зміст особистих немайнових прав інтелектуальної власності у кінематографічній сфері. До того ж розглянуто особисті немайнові права інтелектуальної власності, доцільність законодавчого закріплення яких обґрунтовується в науковій літературі.

Визначено особливості особистих немайнових прав інтелектуальної власності у кінематографічній сфері. Зазначено, що специфіка останніх зумовлена правовою природою кінотвору, який слугує результатом багатоетапної колективної творчої праці. Тому у разі його створення йдеться про наділення особистими немайновими правами інтелектуальної власності цілої низки авторів, кожен із яких здійснює зазначені права самостійно й незалежно від інших. До того ж відзначено, що особистими немайновими правами інтелектуальної власності в кінематографічній сфері наділяються не лише автори, але й інші суб'єкти, що беруть участь у процесі створення кінотвору, зокрема виконавці. Адже кінематографічний твір належить до синтетичних видів мистецтва, поєднуючи в собі низку цивільно-правових інститутів: об'єктів авторського права (сценарій, музичні твори, декорації, костюми, малюнки, фотографії тощо), об'єктів суміжних прав (виконання кіноакторів, каскадерів) тощо.

Наголошується, що кінотвір характеризується поєднанням як об'єктів-елементів, що не можуть об'єктивно існувати окремо від нього (гри акторів, творчого керівництва режисера), так і елементів, які мають самостійний характер і можуть використовуватися окремо від кінотвору загалом (кіносценарію, музичного твору, малюнків тощо). Враховуючи зазначене, такі автори поруч з особистими немайновими правами інтелектуальної власності на кінематографічний твір загалом набувають особистих немайнових прав інтелектуальної власності на твір, який увійшов до нього як складова частина.

Ключові слова: *особисті немайнові права інтелектуальної власності, кінематографічний твір, право авторства, право на недоторканність твору.*

Lubchuk O. D. Personal non-proprietary intellectual property rights to a cinematographic work

The article is devoted to the study of the legal nature of personal non-property intellectual property rights to a cinematographic work. The article deals with the concepts and key features of personal non-proprietary intellectual property rights.

The legislative list of the latter is analyzed and the content of personal non-proprietary intellectual property rights in the cinematographic sphere is determined. In addition, personal non-property intellectual property rights, the expediency of legislative consolidation of which is substantiated in the scientific literature, are considered.

The peculiarities of personal non-property intellectual property rights in the cinematographic sphere are determined. It is stated that the specificity of the latter is due to the legal nature of a film, which is the result of multi-stage collective creative work. Therefore, in the case of its creation, it is a matter of conferring personal non-proprietary intellectual property rights on a number of authors, each of which exercises these rights independently from others. In addition, it is noted that not only the authors but also other subjects involved in the film-making process, in particular, the performers, are granted personal non-proprietary intellectual property rights in the cinematographic sphere. Because a cinematographic work belongs to synthesized kinds of art, combining a number of civil law institutions: objects of copyright (script, musical works, scenery, costumes, drawings, photographs, etc.), objects of related rights (performance of actors, stuntmen) etc.

It is also emphasized that a cinematographic work is characterized by the combination of both objects-elements that cannot objectively exist separately from it (the play of actors, creative direction of the director), and elements that are independent and can be used separately (screenplay, music, drawings, etc.). Taking into consideration the above-mentioned facts, such authors in addition to personal non-proprietary intellectual property rights to a cinematographic work, generally acquire personal non-proprietary intellectual property rights to a work which is included in a cinematographic work as an integral part.

Key words: *personal non-proprietary intellectual property rights, cinematographic work, copyright, right to the integrity of the work.*

Вступ. Особисті немайнові права інтелектуальної власності слугують важливою гарантією охорони інтелектуальної праці творця, у зв'язку з чим вбачається доцільним з'ясування їхньої правової природи, особливостей набуття та здійснення, зокрема у кінематографічній сфері. Специфіка останньої зумовлена правовою природою кінематографічного твору як об'єкта авторського права, який слугує результатом колективної творчої праці, а також поєднує в собі низку цивільно-правових інститутів (об'єктів авторського права, суміжних прав тощо). Тому дослідження особистих немайнових прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір вимагає врахування особливостей процесу створення останнього.

Проблеми набуття, здійснення, правової охорони та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності розкрито у працях таких вчених, як: К.О. Афанасьєва, В.В. Луць, Р.О. Стефанчук, Р.Б. Шишка, О.О. Штефан, О.С. Яворська. Водночас відсутні комплексні дослідження особистих немайнових прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір.

Постановка завдання. Метою статті є розкриття особливостей набуття, реалізації та охорони особистих немайнових прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір.

Результати дослідження. Розгляд особистих немайнових прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір доцільно розпочати з аналізу поняття особистих немайнових прав. Вичерпне трактування останніх, запропоноване Р.О. Стефанчуком, полягає в тому, щоб визначати особисті немайнові права як суб'єктивні цивільні права, які за своїм змістом є тісно та нерозривно пов'язані з особою-носієм, не мають економічної природи походження й економічного змісту, а також спрямовані на задоволення фізичних (біологічних), духовних, моральних, культурних, соціальних чи інших нематеріальних потреб (інтересів) та об'єктом яких є особисте немайнове благо, а у визначених законом випадках – й інше нематеріальне благо [1, с. 131].

Очевидним позитивом вищезазначеної дефініції вбачається той факт, що на її підставі можна сформулювати ключові характеристики особистих немайнових прав інтелектуальної власності, зокрема такі, як: 1) тісний і нерозривний зв'язок з особою-носієм; 2) відсутність економічного змісту; 3) спрямованість на задоволення нематеріальних потреб (інтересів); 4) наявність у якості об'єкта відповідного права особистого немайнового, а у визначених законом випадках – й іншого нематеріального блага.

Що ж стосується особистих немайнових прав інтелектуальної власності, то їм насамперед властиві ті ж ознаки, що й особистим немайновим правам загалом. Тому необхідно відзначити особистісний характер розглядуваних прав, який виявляється у тісному зв'язку останніх із їх носіями. Крім того, як і особисті немайнові права загалом, вони не мають економічного змісту, а отже, з урахуванням їх невідчужуваності та невід'ємності від носія не можуть бути об'єктом цивільних правочинів [2, с. 142]. Спільною є спрямованість розглядуваних прав на задоволення нематеріальних потреб та об'єкт – особисте немайнове благо.

Водночас, враховуючи специфіку сфери їх існування, особисті немайнові права інтелектуальної власності наділені низкою ознак, що уможливлюють виокремлення останніх у самостійну категорію особистих немайнових прав. До них Р.О. Стефанчук відносить: 1) специфічну сферу їх існування (вони тісно пов'язані зі сферою інтелектуальної діяльності (переважно авторства) й існувати поза нею не можуть); 2) належність цих прав не всім фізичним особам, на відміну від загальних особистих немайнових прав, а лише тим, які займаються інтелектуальною діяльністю і є творцями об'єктів інтелектуальної власності; 3) особливість моменту їх виникнення, який визначається не з часу народження, а з моменту, що чітко пов'язується зі створенням об'єкта інтелектуальної власності (авторського права) чи іншим юридичним фактом щодо цього об'єкта; 4) особливість моменту їх припинення, оскільки внаслідок того, що вони існують безстроково, можуть перероджуватися у порядку «посттанативних» особистих немайнових прав (тобто тих особистих немайнових прав, що виникають внаслідок і в момент смерті фізичної особи в інших осіб, які визначені законом чи встановлені померлим і зазвичай спрямовані на захист доброго імені померлого) [1, с. 481].

Перелік особистих немайнових прав автора визначений у ст. 438 Цивільного кодексу України та ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так, в ч. 1 ст. 438 Цивільного кодексу України зазначено, що автору твору належать особисті немайнові права, встановлені ст. 423 цього Кодексу, а також право: 1) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо; 2) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; 3) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору; 4) на недоторканність твору [3].

Дещо по-іншому особисті немайнові права автора сформульовані в ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», згідно з якою автору належать такі особисті немайнові права: 1) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі та його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо; 2) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитися анонімом; 3) вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі та його примірниках і під час будь-якого його публічного використання; 4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора [4].

Ключова роль серед особистих немайнових прав інтелектуальної власності належить праву авторства. Аналізуючи стан нормативно-правового регулювання останнього, необхідно звернутися насамперед до ст. 6 bis Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, згідно з якою незалежно від майнових прав автора і навіть після відступлення цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір [5]. Що ж стосується врегулювання права авторства національним законодавством, то відповідні положення містяться у ст. 423 й 438 Цивільного кодексу України, а також у ст. 14 Закону України

«Про авторське право і суміжні права». Щоправда, жодне з наведених положень не надає вичерпного розуміння змісту права авторства.

Натомість у науковій літературі сформувалася низка позицій щодо доцільності виокремлення права авторства як особистого немайнового права автора та розуміння сутності останнього. Насамперед, заслуговує на увагу той факт, що протягом тривалого часу право авторства не розглядалося як самостійне, а в єдності з правом автора на ім'я. Серед прихильників такого підходу варто відзначити В.І. Серебровського, який вважав, що відсутні підстави для встановлення двох самостійних видів прав автора, оскільки доцільно поєднувати їх у єдиному праві – праві на авторство [6, с. 111]. Водночас сформувався підхід, відповідно до якого ключова роль відводилася праву автора на ім'я. Так, зокрема, М.В. Гордон пропонував визначати авторство лише як один із елементів права на авторське ім'я [7, с. 120]. Сьогодні ж вважаємо за необхідне погодитися із позицією В.В. Луця, котрий наполягає на необхідності розрізнення розглядуваних прав. Адже, як відзначає вчений, із визнанням права авторства пов'язана вся сукупність особистих немайнових і майнових прав творця. Натомість право на ім'я є більш вузьким за змістом та означає вибір способу ідентифікації особи [8, с. 80].

Що ж стосується визначення змісту поняття авторства, то заслуговує на увагу підхід Р.Б. Шишки, що розглядає авторство у кількох аспектах: як юридичний факт, на основі якого виникають певні цивільні права й обов'язки; як елемент правової характеристики фізичної особи; як суб'єктивне цивільне право – юридично забезпечену можливість вимагати визнання свого авторства, мати права автора; як спосіб визнання досягнень творчої особистості у певному виді творчої діяльності; як передумову визнання за фізичною особою інших правових можливостей: участі у конкурсах, заняття певних посад, пов'язаних із творчою діяльністю, висунення на здобуття премій, лауреатства, почесних звань, нагород тощо [9, с. 332]. Очевидним позитивом запропонованого підходу вбачається те, що він розкриває багатоаспектність розглядуваного поняття. Однак у контексті дослідження особливостей охорони особистих немайнових прав автора вважаємо за доцільне зосередитися на характеристиці поняття авторства як суб'єктивного цивільного права особи.

Варто зазначити, що найбільш поширеним у науковій літературі залишається підхід, відповідно до якого право авторства розглядають крізь призму наділення автора відповідними правомочностями. Водночас відсутній єдиний підхід щодо визначення переліку таких правомочностей. Так, на думку О.П. Сергєєва, право авторства становить юридично забезпечену можливість особи вважати себе автором твору та можливість вимагати визнання цього факту від інших осіб [10, с. 200]. В.В. Луць пропонує визначати право авторства як право визнаватися автором твору шляхом будь-якого ознайомлення з твором інших осіб незалежно від використання чи оприлюднення твору або його частин [9, с. 81]. Водночас, як зауважує Р.О. Стефанчук, без можливості автора звернутися до засобів захисту розглядуваного особистого немайнового права у разі його порушення, оспорення чи невизнання таке право не може вважатися достатньою юридичною можливістю [1, с. 485]. Підсумовуючи вищезазначене, вбачаємо за доцільне трактувати право авторства як гарантоване законом право особи визнаватися автором твору, а також захищати останнє у разі його порушення, оспорювання чи невизнання.

У науковій літературі право авторства нерідко розглядають як синонім права на визнання творцем. Щоправда, аналіз законодавчих положень, які регулюють авторство у кінематографічній сфері, ускладнює вживання зазначених понять як синонімічних. Так, згідно із ч. 1 ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права» авторами аудіовізуального твору, до різновидів якого належить, зокрема, кінематографічний твір, є: 1) режисер-постановник; 2) автор сценарію і (або) текстів, діалогів; 3) автор спеціально створеного для аудіовізуального твору музичного твору з текстом або без нього; 4) художник-постановник; 5) оператор-постановник [4]. Водночас у ч. 1 ст. 7 Закону України «Про кінематографію» зазначено, що за спрямуванням діяльності суб'єкти кінематографії поділяються щодо створення фільмів на авторів і виконавців. Тому законодавець розмежував творців кінематографічного твору на дві категорії – авторів і виконавців. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 11 цього

ж Закону фільм створюється колективом, який складається з авторів, виконавців фільму та виробників. Таким чином, творець і автор у наведеному випадку не є синонімічними поняттями. Щоправда, варто погодитися із позицією В.В. Луця, що не зовсім вдалим є віднесення до колективу, який створює фільм, виробників, адже тоді їх необхідно вважати творцями. Натомість виробниками, як зауважує вчений, можуть бути і юридичні особи, що творцями не визнаються [8, с. 83].

Крім того, невирішеним залишається питання належності авторських прав на кінематографічні твори, створені до введення в дію Закону України «Про авторське право і суміжні права», тобто до 23 лютого 1994 р. [11, с. 22]. Адже відповідно до ч. 1 ст. 483 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. авторське право на кінофільм або телевізійний фільм належало підприємству, яке здійснило зйомку [12]. Тому необхідно звернути увагу на той факт, що в Україні існують юридичні особи, створені в УРСР, котрі відповідно до тогочасного законодавства набули права авторства на певні об'єкти [8, с. 83]. Оскільки сьогодні творцем визнається лише фізична особа, питання авторства відповідних кінофільмів потребує належного законодавчого врегулювання.

Що ж стосується моменту виникнення права авторства, то за загальним правилом автором твору особа є з моменту створення об'єкта. Водночас створення об'єкта іноді є тривалим процесом. Так, наприклад, продюсер і режисер О. Зирін зазначає, що особливістю аудіовізуальних творів є певна періодичність створення останніх у чітко визначеній послідовності. Так, у підготовчому періоді до зйомок створюються сценарій, ескізи декорацій, режисерська розробка, розкадрування. Враховуючи наведене, О. Зирін наголошує, що саме у підготовчому періоді виникає авторство аудіовізуального твору [13, с. 16].

Щоправда, така позиція вбачається доволі суперечливою, адже, як зазначає В.В. Луць, аудіовізуальний твір становить складний твір, певні частини якого є самостійними творами, а тому право авторства на частину твору виникає раніше, ніж право авторства на аудіовізуальний твір загалом. Тому у підготовчому періоді виникає авторство лише на окремі частини аудіовізуального твору [8, с. 89]. Відповідний підхід вбачається обґрунтованим і тоді, коли йдеться про кінематографічний твір. Адже останній як один із різновидів аудіовізуального твору складається з низки різнорідних результатів творчої діяльності, частина з яких може використовуватися окремо від кінотвору.

До переліку особистих немайнових прав, якими наділяються автори кінематографічного твору, належить також право автора на ім'я. Відповідно до ст. 438 Цивільного кодексу України та ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» розглядуване право включає в себе можливість: 1) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо; 2) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; 3) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору. Аналізуючи перший з елементів, варто зазначити, що автор має право вимагати зазначення свого імені при кожному використанні твору, тобто на кожному примірнику, при кожному публічному виконанні тощо. Його ім'я може зазначатися прізвищем та ініціалами або іменем і прізвищем [14, с. 34]. Спосіб повідомлення про своє авторство відрізнятиметься залежно від виду об'єкта права інтелектуальної власності. Так, у випадку із кінематографічним твором відповідне повідомлення здійснюється зазвичай шляхом зазначення імен авторів твору (режисера, сценариста, композитора, художника-постановника, оператора-постановника) у титрах.

Про значимість зазначення імені автора свідчить закріплення у ст. 435 Цивільного кодексу України т. зв. презумпції авторства. Згідно з останньою за відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або примірнику твору [3]. Як наголошує Р.О. Стефанчук, саме в цьому проявляється тісний зв'язок між правом на авторське ім'я та використання інших способів індивідуалізації автора та правом авторства [1, с. 489].

Правомочністю, яка входить до змісту права автора на ім'я, є також можливість зазначати на об'єкті права інтелектуальної власності вигадане ім'я – псевдонім. Так, у п. 3 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що

автору належить особисте немайнове право вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі та його примірниках і під час будь-якого його публічного використання [4]. Хоч законодавство не встановлює обмежень у виборі автором псевдоніму, у науковій літературі сформульовано низку умов, які повинні бути дотримані при виборі останнього. Так, право на обрання псевдоніма може бути обмежено у разі, якщо обраний псевдонім порушує норми моралі, має образливий характер чи вводить в оману споживача [15, с. 27]. Крім того, як наголошує Р.О. Стефанчук, псевдонім не повинен збігатися з офіційним ім'ям третьої особи, якщо ця особа займатиметься тим самим видом діяльності, що і носій псевдоніма [1, с. 491].

Аналізуючи право автора на ім'я в кінематографічній сфері, необхідно також звернути увагу на проблему найменування творчого доробку колективу кіностудії. Як зазначає В.В. Луць, хоч відповідно до положень сучасного законодавства про інтелектуальну власність юридична особа визнаватися творцем не може, якщо об'єкт створено за її сприяння чи її працівником, то така юридична особа має право зазначати на відповідних об'єктах своє найменування. Водночас ім'я творця та найменування юридичної особи, вказані на об'єктах інтелектуальної власності, різняться за змістом і призначенням. Адже перше ідентифікує творця, а друге – виробника чи іншого суб'єкта, який представляє об'єкт у цивільному товарообороті [8, с. 124]. Тому зазначене питання потребує вирішення на законодавчому рівні.

Важливе місце в системі особистих немайнових прав авторів кінематографічного твору займає також особисте немайнове право автора на збереження недоторканності твору, закріплене в п. 4 ч. 1 ст. 438 Цивільного кодексу України. Зміст розглядуваного права конкретизований у ст. 439 Цивільного кодексу України, згідно з якою автор має право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо [3]. Водночас заслуговує на увагу той факт, що поруч із правом автора на недоторканність твору, закріпленим Цивільним кодексом України, в п. 4 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» йдеться про право автора на збереження цілісності твору. Що ж стосується доцільності вживання того чи іншого поняття, то варто погодитися з позицією Р.О. Стефанчука, за якою використання поняття «недоторканність» у назві розглядуваного права автора є більш виправданим, адже не тільки свідчить про неможливість нікого порушувати певну цілісність твору, але й вказує на можливість володільця певної цілісності визначати своє панування над нею, а також встановлювати режим доступу до неї інших [1, с. 496].

Згідно з положеннями Цивільного кодексу України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» визнаються порушенням цілісності твору лише такі дії, що здатні завдати шкоди честі або репутації автора. Щоправда, в науковій літературі сформувалися різні позиції щодо обґрунтованості такого підходу. Так, заслуговує на увагу зауваження К.О. Афанасьєвої, котра вважає, що не у всіх випадках порушення цілісності твору завдає шкоди честі автора або його репутації. Як приклад вона наводить рекламні вставки. Останні, на думку вченої, самі по собі навряд чи можуть становити загрозу для честі та репутації автора, тоді як переривання фільму зазвичай на найбільш цікавому або психологічно напруженому моменті змінює його сприйняття загалом, спотворює задум автора, переміщуючи емоційні акценти, чим, безумовно, порушує його цілісність [16, с. 18–21].

Однак вирішення зазначеного питання ускладнюється тим, що сьогодні законодавство містить доволі сприятливі умови для порушення цілісності кінематографічних творів. Так, в абз. 5, 6 ч. 5 ст. 13 Закон України «Про рекламу» зазначено, що трансляція кіно- і телефільмів може перериватися рекламою не частіше одного разу протягом кожних 30 хвилин мовлення. Трансляція інших фільмів, у т. ч. окремих серій, серіалів, документальних фільмів тощо, може перериватися рекламою не частіше одного разу кожні 20 хвилин мовлення [17]. Крім того, організації мовлення, маючи намір включати до демонстрації фільмів рекламні вставки, звертаються по відповідну згоду до авторів. У разі ж, якщо автор відмовив у такому дозволі, від показу його твору утримуються. Це означає, що з економічного погляду автори,

які борються за свої немайнові права, залишаються у програші та фактично в ізоляції, не маючи змоги демонструвати своє мистецтво [16, с. 20].

Що ж стосується питання захисту автором своєї репутації, то в науковій літературі сформувалося кілька підходів до доцільності розгляду останнього виключно в контексті права автора на недоторканність твору. Так, зокрема, А.Г. Матвєєв зазначає, що сьогодні не можна стверджувати, ніби право на захист репутації автора та право на недоторканність твору є принципово різними за своєю природою і що кожному з цих прав відповідає певний специфічний зміст. Крім того, вчений відзначає, що серйозний вплив на національні закони про авторське право в контексті врегулювання зазначеного питання справила Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів [18, с. 314]. Йдеться, зокрема, про положення ст. 6 bis Бернської конвенції, у якому зазначено, що незалежно від майнових прав автора і навіть після відступлення цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, здатному завдати шкоди честі або репутації автора [5].

Натомість Р.О. Стефанчук наполягає на відмежуванні права на авторську репутацію від права автора на недоторканність твору. Свою позицію він аргументує насамперед тим, що зазначені права різняться за своїм об'єктним складом. Так, об'єктом права на недоторканність твору є цілісність самого твору, тоді як об'єктом права на репутацію автора – власне його репутація. Крім того, зазначені права відрізняються за своєю метою, адже якщо при здійсненні права на недоторканність твору основною метою є довершеність твору та забезпечення його цілісності від змін і посягань зовні, то у випадку з правом на авторську репутацію метою слугує формування певної фахової репутації у сфері авторства та її захист. Вчений пропонує розглядати репутацію автора як самостійне право творця об'єкта інтелектуальної власності на об'єктивну, повну та своєчасну оцінку його як особи, що відіграє певну соціальну роль у суспільному житті, як фахівця у сфері інтелектуальної діяльності та його діянь (поведінки) щодо створення об'єктів інтелектуальної власності з боку суспільства, певної соціальної групи й окремих фізичних осіб, а також право на формування цієї оцінки та її використання [19, с. 64–65].

Щоправда, попри обґрунтованість обраних вченим критеріїв, варто відзначити тісний правовий зв'язок між збереженням цілісності твору та репутацією автора, оскільки оцінка останнього як фахівця у сфері інтелектуальної власності безпосередньо залежить від сприйняття його твору суспільством у тому вигляді, в якому він був задуманий і створений автором.

Із правами автора на недоторканність твору та захист своєї репутації також тісно пов'язане право автора на переробку твору, яке віднесено законодавцем до майнових прав автора. Як зазначає О.О. Штефан, коли автор передав одне зі своїх майнових прав інтелектуальної власності на твір, наприклад, право на переробку твору, іншій особі, за автором залишається особисте немайнове право контролювати процес переробки з метою запобігання спотворенню та перекрученню змісту його твору. Автор сам вирішує, чи зашкоджує його честі та репутації зроблена іншими особами переробка твору, чи ні [20, с. 166]. На тісному взаємозв'язку розглядуваних прав наголошує і С. Бутнік-Сіверський, на думку якого, особисте немайнове право на недоторканність твору обмежує майнове право на переробку, адаптацію, аранжування та інші подібні зміни твору [21, с. 6].

На підставі наведеного можна зробити висновок про існування тісного правового зв'язку між особистими немайновими правами інтелектуальної власності, які належать лише творцю, та майновими правами інтелектуальної власності, що можуть передаватися іншим особам в договірному порядку або ж у порядку спадкування. Цей зв'язок проявляється насамперед у необхідності дотримання особистих немайнових прав інтелектуальної власності автора при реалізації того чи іншого майнового права інтелектуальної власності та свідчить про залежний характер останніх.

Поруч із вищерозглянутими в науковій літературі обґрунтовується необхідність законодавчого закріплення низки інших особистих немайнових прав інтелектуальної власності автора. Так, зокрема, в багатьох країнах авторам належить право на оприлюднення твору.

Натомість згідно зі ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» оприлюднення (розкриття публіці) твору становить здійснену за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав дію, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо [4]. Тож, закріпивши поняття «оприлюднення твору», законодавець водночас відмовився визнати право на оприлюднення як одне з особистих немайнових прав інтелектуальної власності автора, закріпивши лише право на опублікування твору (випуск твору у світ) й віднісши його до майнових прав. Такий підхід, на думку В.В. Луць, є значним недоліком законодавства [8, с. 49–50].

Водночас заслуговує на увагу позиція О. Верейці, яка відзначає особливу правову природу права на оприлюднення твору, в якому поруч із моральним наявний і матеріальний аспект. Так, з одного боку, лише автор приймає рішення про оприлюднення твору, а тому право на оприлюднення можна було б віднести до особистих немайнових прав автора. Натомість, з іншого боку, немайнові права не можуть успадковуватися, передаватися за договором, а оприлюднення твору, наприклад, не оприлюдненого за життя автора, може бути здійснено спадкоємцями. До того ж доречним вбачається зауваження вченої, що без оприлюднення неможлива реалізація майнових прав автора [22, с. 179]. У науковій літературі відсутній єдиний підхід щодо правової природи розглядуваного права, що зайвий раз підкреслює необхідність врегулювання зазначеного питання на законодавчому рівні.

До особистих немайнових прав автора, доцільність законодавчого закріплення яких обґрунтовується в науковій літературі, належить також право на титулізацію та сакрарезацію твору. Так, зокрема, на думку Р.О. Стефанчука, відповідні права неодмінно притаманні правовій природі авторського права. Право на титулізацію означає можливість автора дати назву своєму твору або створити його без назви. Важливість цього права, як зазначає вчений, полягає в тому, що авторський твір як об'єкт авторського права повинен бути наділений розрізняльною здатністю з-поміж інших подібних авторських творів. Саме цьому і слугує його назва, яка дає можливість індивідуалізувати твір і забезпечити його автономність [19, с. 63].

Що ж стосується права на сакрарезацію твору, тобто права присвятити відповідний твір особі (особам), події чи даті, то, як зазначає Р.О. Стефанчук, його також не можна ототожнювати із правом на недоторканність твору або ж із правом на авторське ім'я, оскільки присвята здебільшого опосередковується прагненням автора відзначити своє особливе ставлення до особи чи дати (події), якій присвячується цей твір, розглядуване право потрібно розглядати як окреме особисте немайнове право [19, с. 64].

Ще одним правом автора, доцільність законодавчого закріплення якого обґрунтовується в науковій літературі, слугує право на відкликання власного твору. Останнє розглядається як одне з особистих немайнових прав, через яке автор зберігає можливість відмовитися від обнародування твору з наступним відшкодуванням заподіяних користувачеві збитків, у т. ч. й упущеної вигоди, у разі обнародування твору за автором зберігається право вилучити його екземпляри за умови повної оплати їхньої вартості [23, с. 9].

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити, що специфіка охорони особистих немайнових прав інтелектуальної власності у кінематографічній сфері зумовлена, насамперед, тим, що кінотвір слугує результатом багатоетапної колективної творчої праці. Тож у разі створення останнього йдеться про наділення особистими немайновими правами інтелектуальної власності не одного автора, а низки авторів. До того ж, кожен із них здійснює їх самостійно, незалежно від інших, що зумовлено особистісним характером розглядуваних прав.

Водночас кінематографічний твір належить до синтетичних видів мистецтва, оскільки в ньому поєднані не лише різні види творчості, але й різні цивільно-правові інститути: об'єкти авторського права (сценарій, музичні твори, декорації, костюми, малюнки, фотографії тощо), об'єкти суміжних прав (виконання кіноакторів, каскадерів) тощо. Як наслідок, особистими немайновими правами інтелектуальної власності наділяються не лише автори, але й інші суб'єкти, що беруть участь у процесі створення останнього, зокрема виконавці. До особистих немайнових прав інтелектуальної власності останніх, враховуючи положення

ст. 38 Закону України «Про авторське право і суміжні права», належатимуть права: 1) вимагати визнання того, що вони є виконавцями ролей у відповідному фільмі; 2) вимагати, щоб їх імена чи псевдоніми зазначалися у титрах відповідного фільму; 3) вимагати забезпечення належної якості запису їхнього виконання і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій суттєвій зміні, що може завдати шкоди їх честі та репутації [4].

До того ж, варто відзначити також той факт, що кінотвір характеризується поєднанням як об'єктів-елементів, що не можуть об'єктивно існувати окремо від нього (гри акторів, творчого керівництва режисера), так і елементів, які мають самостійний характер і можуть використовуватися окремо від кінотвору загалом (кіносценарію, режисерського сценарію, музичного твору, малюнків тощо).

У цьому контексті заслуговує на увагу положення ч. 3 ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права», згідно з яким автори, твори яких увійшли як складова частина до аудіовізуального твору (як тих, що існували раніше, так і створених у процесі роботи над аудіовізуальним твором), зберігають авторське право кожний на свій твір і можуть самостійно використовувати його незалежно від аудіовізуального твору загалом, якщо договором з організацією, котра здійснює виробництво аудіовізуального твору, чи з продюсером аудіовізуального твору не передбачено інше [4]. На підставі аналізу наведеного законодавчого положення можемо зробити висновок, що такі автори поряд із особистими немайновими правами інтелектуальної власності на кінотвір наділені відповідними правами на твір, який увійшов як складова частина до твору кінематографічного.

Список використаних джерел:

1. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / відп. ред. Я.М. Шевченко. Київ : КНТ, 2007. 626 с.
2. Інтелектуальне право України / за заг. ред. О.С. Яворської. Тернопіль : Підручники і посібники, 2016. 608 с.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 345-IV. *Відомості Верховної ради України.* 2003. № 40–44. Ст. 356.
4. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 43. Ст. 214.
5. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051.
6. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. Москва : Изд-во Академии Наук СССР, 1956. 283 с.
7. Гордон М.В. Советское авторское право. Москва : Госюриздат, 1955. 232 с.
8. Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : монографія / за заг. ред. В. Луця. Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. 256 с.
9. Шишка Р.Б. Охорона прав інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект / Нац. ун-т внутр. справ. Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. 368 с.
10. Сергеев А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. Москва : ТК Велби, 2004. 752 с.
11. Дроб'язко В. Охорона аудіовізуальних творів в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2009. Вип. 6. С. 20–24.
12. Цивільний кодекс УРСР 1963 р. Офіційний портал Верховної Ради України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06
13. Зирін О. Авторське право в аудіовізуальних мистецтвах. Судова практика. *Інтелектуальний капітал*. 2003. № 1. С. 15–23.
14. Підопригора О.А. Поняття авторського права *Часопис цивілістики*. 2012. Вип. 13. С. 28–38.
15. Афанасьєва К. Реалізація права на ім'я у друкованих виданнях. *Теорія і практика інтелектуальної власності.* 2011. № 6. С. 26–31.

16. Афанасьєва К.О. Авторське право на збереження цілісності аудіовізуальних творів на телебаченні. *Інтелектуальна власність*. 2003. № 10. С. 18–22.

17. Про рекламу : Закон України від 3 липня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 39. Ст. 181.

18. Матвеев А.Г. Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства : учебное пособие / Перм. гос. нац. исслед. ун-т. Пермь, 2015. 444 с.

19. Стефанчук Р.О. Система особистих немайнових прав у сфері авторства. *Університетські наукові записки.* 2005. № 3. С. 60–65.

20. Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підручник / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Ін Юре, 2007. 696 с.

21. Бутнік-Сіверський С.О. Майнові авторські права як об'єкт спадкування. *Теорія і практика інтелектуальної власності.* 2008. № 3. С. 3–12.

22. Верейці О. Авторські повноваження з невизначеною правовою природою. *Журнал «МЕН».* 2017. № 1 (91). С. 174–182.

23. Басай О.В. Спадкування авторських прав. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія : Право*. 2014. № 2. С. 1–13.

ПЕКАР А. О.,
здобувач
(Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України)

УДК 347.7
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.33

НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ТОВАРУ ІНШОГО ВИРОБНИКА: ЗМІСТ І СКЛАД ДЕЛІКТУ

У статті розглядається зміст і склад делікту, передбаченого ст. 5 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції»: неправомірне використання товару іншого виробника. Встановлено, що об'єктом неправомірного використання товару іншого виробника є ділова репутація суб'єкта господарювання, недоторканність якої захищається законом. Безпосереднім предметом правопорушення виступають об'єкти матеріального світу, права на них чи на інші нематеріальні об'єкти, в яких індивідуалізується господарська діяльність та власне господарюючий суб'єкт. Об'єктивна сторона полягає у введенні у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Наслідки можуть бути у вигляді заподіяння моральної або матеріальної шкоди виробнику. Суб'єктом є особа (юридична особа або фізична особа-підприємець), яка ввела у господарський обіг під своїм позначенням товар іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Суб'єктивна сторона правопорушення визначає вину особи, яка може бути у формі як умислу, так і необережності. Умисел буде проявлятися в тому, що особа усвідомлює протиправність своїх дій, але все ж таки їх вчиняє, тобто особа розуміє, що знімати або змінювати позначення з товару іншого виробника та введення

його в господарський обіг під своїм позначенням є незаконним, але все ж таки здійснює такі дії. Необережність може проявлятися у тому, що особа не передбачала та не могла передбачити, що її дії порушують чужі права та інтереси.

У статті присвячено увагу розгляду питання неправомірного використання товару іншого виробника в системі актів неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання. Встановлено, що за такими критерієм, як статус потерпілого, неправомірне використання товару іншого виробника відноситься до класифікаційної групи актів, що мають своєю метою не лише порушення прав конкретного виробника, а й уведення споживача в оману. За поділом актів недобросовісної конкуренції в залежності від порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, неправомірне використання товару іншого виробника відноситься до актів неправомірної конкуренції, що одночасно являють собою порушення у сфері інтелектуальної власності і є проявом недобросовісної конкуренції. Також неправомірне використання товару іншого виробника порушує законодавство у сфері захисту прав споживачів.

Ключові слова: *неправомірне використання товару іншого виробника, делікт, цивільне правопорушення, введення в обіг, господарська діяльність.*

Pekar A. O. Unauthorized use of other manfucturer's products: content and components of the delict

The article deals with the content and components of the delict stipulated by Art. 5 of the Law of Ukraine "On Protection against Unfair Competition": unauthorized use of other manufacturer's products. It is established that the object of unauthorized use of other manufacturer's products is the goodwill of a business entity that is protected by law. A direct subject of the offence is the material objects, the rights to them or to other intangible assets in which the economic activity and a business entity are individualized. The objective side is introducing other manufacturer's product under its/his own designation into commercial circulation by changing or removing the manufacturer's designations without any appropriate authorization. The consequences can include causing moral or pecuniary damage to the manufacturer. The subject is a legal entity or entrepreneur who has introduced other manufacturer's products under its/his designation into commercial circulation by changing or removing the manufacturer's designations without any appropriate authorization. The subjective side of the offense determines the guilt of the person, which can be either in the form of intent or negligence. In this case, the intent will be manifested in the fact that the person is aware of the unlawfulness of own acts, but still commits them, that is, the person understands that removing or changing the designation of another manufacturer's products and putting it into commercial circulation under its/his designation is illegal, but still performs those acts. Negligence may be manifested in the fact that the person did not anticipate and could not anticipate that its/his actions violate someone else's rights and interests.

The article considers the issue of unauthorized use of other manufacturer's products in the system of acts of unauthorized use of a business entity's goodwill. It is established that according to such criteria as the status of the victim, unauthorized use of other manufacturer's products belongs to a classification group of acts, which aim not only at violating the rights of a particular manufacturer, but also at misleading the consumer. According to the division of acts of unfair competition, depending on the infringement of the legislation in the field of intellectual property, unauthorized use of other manufacturer's products belongs to acts of unfair competition, which at the same time constitute infringements in the field of intellectual property and are a manifestation of unfair competition. Unauthorized use of other manufacturer's products also violates consumer protection laws.

Key words: *unauthorized use of other manufacturer's products, delict, civil offense, introduce into circulation, business activity.*

Вступ. Конкуренція є необхідною складовою частиною розвитку підприємницьких відносин. Останні є неодмінними чинниками розвитку економіки країни. У Конституції України наголошується на тому, що «держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Види і межі монополії визначаються законом» (ч. 1 ст. 42) [1]. У цьому зв'язку дослідження неправомірного використання товару іншого виробника як різновиду правопорушень у сфері недобросовісної конкуренції набувають актуальності. Запобігання недобросовісним діям у сфері господарської діяльності, захист від різних проявів недобросовісної конкуренції має забезпечити становлення конкурентних відносин, що є необхідним для економічного зростання країни.

В українській правовій науці окремими питаннями деліктів у сфері недобросовісної конкуренції займалися А. Безух, О. Джуринський, Ю. Журик, І. Лукач, В. Лук'янець, І. Коваль, В. Савчук, Н. Саніахметова.

Постановка завдання. У статті планується дослідити зміст та склад делікту, передбаченого ст. 5 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції»: неправомірне використання товару іншого виробника.

Результати дослідження. У процесі розвитку ринкових відносин і становлення правової бази, що регламентує підприємницьку діяльність, держава бере на себе обов'язок по прийняттю відповідних нормативних актів, які регулюватимуть суспільні відносини у сфері конкурентних відносин. Так, правова регламентація недобросовісних дій у конкуренції визначена у міжнародних і національних нормативних актах. Що стосується міжнародних документів, слід навести Паризьку конвенцію про охорону промислової власності. Визначальним національним документом у цій сфері є ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» [2].

У ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» поняття «недобросовісна конкуренція» визначене як будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності (ст. 1) [2]. У названому законі немає чітко визначеного переліку неправомірних дій, які становлять недобросовісну конкуренцію [3, с. 15]. На наш погляд, такий підхід законодавця відповідає вимогам сучасності, коли світ дуже швидко змінюється, з'являються нові форми відносин між суб'єктами господарювання, а також нові види недобросовісної конкуренції. Однак, з іншого боку, відсутність нормативної визначеності окремих питань, які постають перед правозастосовниками, викликає труднощі під час застосування норм права.

У науковій літературі під недобросовісною конкуренцією прийнято розуміти порушення правил поведінки, які склалися, широко застосовуються в підприємництві та визнаються підприємцями як обов'язкові ділові норми, що завдає шкоди відносинам добросовісної конкуренції та свободи у підприємницькій діяльності [4, с. 591].

Перелік актів недобросовісної конкуренції визначений У ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» та становить 3 групи актів: 1) неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання; 2) створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції; 3) неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці. Наведений поділ здійснено законодавцем. Додамо, що кожен із цих видів правопорушень включає конкретні склади деліктів, що представляють собою недобросовісну конкуренцію. Так, неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання як вид протиправної поведінки включає в себе три склади правопорушень: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу [4, с. 594]. До речі, аналіз недобросовісної конкурентної практики свідчить, що найпоширенішою категорією протиправних дій є неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання. Чинне законодавство про захист від недобросовісної конкуренції не дає легального визначення поняття «ділова репутація». Разом з тим це поняття визначене в інших нормативних актах. Так, в Законі України «Про банки і банківську діяльність» під діловою репутацією розуміються відомості, зібрані Національним банком України, про відповідність діяльності юридичної або фізичної особи, у т. ч. керівників юридичної особи та

власників істотної участі у такій юридичній особі, вимогам закону, діловій практиці та професійній етиці, а також відомості про порядність, професійні та управлінські здібності фізичної особи (ст. 2) [5]. Виходячи з вищенаведеного, науковці доходять висновку, що «діловою репутацією суб'єкта господарювання слід вважати надбану протягом тривалого часу оцінку діяльності суб'єкта господарювання. Ділова репутація може бути як позитивною, так і негативною. Позитивна ділова репутація пов'язується зазвичай із господарською діяльністю і виступає як думка про суб'єкта господарювання, яка ґрунтується на позитивній оцінці його якостей. Такими якостями можуть бути наявність стабільних покупців, вигідне географічне положення, визнання якості, наявність технічних ноу-хау, рівень кваліфікації, сформовані ділові зв'язки і таке інше» [6, с. 54]. Додамо, що така ділова репутація суб'єкта господарювання робить його впізнаваним на ринку серед інших суб'єктів.

Звужуючи предмет дослідження, варто зосередитися саме на неправомірному використанні товару іншого виробника. Як вже було зазначено, за законодавчою класифікацією цей вид делікту відноситься до актів неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання. На теоретичному рівні використовується класифікація і за іншими критеріями: за статусом потерпілого, нормативним закріпленням анти конкурентних дій, об'єктів правопорушення, залежно від порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, залежно від порушення інформаційного законодавства. Перелік можливих актів недобросовісної конкуренції не обмежується лише зазначеними класифікаціями [7, с. 47].

За такими критерієм, як статус потерпілого, неправомірне використання товару іншого виробника відноситься до класифікаційної групи актів, що мають своєю метою не лише порушення прав конкретного виробника, а й уведення споживача в оману [7, с. 48]. Тобто при вчиненні правопорушення у вигляді неправомірного використання товару іншого виробника будуть порушені самого суб'єкта господарювання, а також права споживачів, які будуть введені в оману через використання чужого позначення для розрізнення товару.

Так трапляється, що часто правопорушення у сфері недобросовісної конкуренції визнаються також порушеннями у сфері інтелектуальної власності [8, с. 149]. За дихотомічним поділом актів недобросовісної конкуренції (на ті, що порушують законодавство у сфері інтелектуальної власності і ті, що ні), неправомірне використання товару іншого виробника відноситься до актів неправомірної конкуренції, що одночасно являють собою порушення у сфері інтелектуальної власності і є проявом недобросовісної конкуренції [7, с. 50]. У цьому аспекті слід погодитися з науковцями, які зазначають, що законодавство у сфері захисту конкурентних відносин органічно доповнює законодавство про охорону інтелектуальної власності [9, с. 535], а також створює додаткові способи захисту прав і законних інтересів учасників таких правовідносин.

У розрізі теми дослідження варто додати, що правопорушення у сфері недобросовісної конкуренції часто (або майже завжди) порушують права споживачів товарів і послуг, тобто фізичної особи, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про захист прав споживачів») [10]. Таким чином, купуючи певний товар споживач розраховує, що його виробником є фірма, що зображена як виробник. В іншому разі його права будуть порушені.

Переходячи до безпосереднього предмету дослідження, а саме зміст такого делікту як неправомірне використання товару іншого виробника, слід зазначити, що у ст. 5 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» під неправомірним використанням товару іншого виробника розуміється введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи [2].

Системне тлумачення ст. 5 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції», а також інших норм законодавства у сфері захисту від недобросовісної конкуренції, дає підстави вважати об'єктом цього делікту ділову репутацію суб'єкта господарювання, недоторканність якої захищається законом. Однак, «зважаючи на те, що ділова репутація суб'єкта господарювання є нерозривно пов'язаною з самим суб'єктом, то безпосереднім предметом правопорушення виступають об'єкти матеріального світу, права на них чи на інші нематеріальні об'єкти, в яких індивідуалізується його господарська діяльність і власне господарюючий суб'єкт» [11].

Об'єктивна сторона цього правопорушення вимагає встановлення трьох складових елементів: діяння, наслідків і причинно-наслідкового зв'язку між діянням і наслідками. Так, діянням за визначенням, наданим у ст. 5 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції», є введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Наслідки можуть бути як реальні (тобто такі, що вже настали), так і гіпотетичні. Зокрема, «заподіяння моральної шкоди виробнику товару внаслідок свавільного внесення змін до позначень на товари або зняття цих позначень; заподіяння матеріальної шкоди виробнику товару у вигляді недотриманого очікуваного прибутку від реалізації товару з причини обмежування та перекручування інформації щодо виробника товару. Особливо небезпечною є можливість у майбутньому втрати позицій суб'єкта господарювання на ринку, зниження ділової активності і, як наслідок, збитків» [6, с. 55].

Для повноти розуміння об'єктивної сторони розглядуваного делікту, на нашу думку, слід розкрити кожен з елементів, зокрема, 1) введення у господарський обіг; 2) товар; 3) виробник; 4) позначення товару.

Під введенням товар у господарський оборот розуміють продаж, імпорт, пропонування до продажу, зокрема через мережу Інтернет, зберігання для цілей наступного продажу [12, с. 65].

Термін «товар» слід тлумачити як будь-який предмет господарського обороту, в т. ч. продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права [12, с. 64].

Також варто звернути увагу на відсутність тлумачення терміну «виробник». У ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначення цього терміну не надається, тому з цією метою пропонуємо звернутися за визначенням до ЗУ «Про захист прав споживачів». Так, у п. 4 ч. 1 ст. 1 визначено, що виробник – суб'єкт господарювання, який: виробляє товар або заявляє про себе як про виробника товару чи про виготовлення такого товару на замовлення, розміщуючи на товарі та / або на упаковці чи супровідних документах, що разом із товаром передаються споживачеві, своє найменування (ім'я), торговельну марку або інший елемент, який ідентифікує такого суб'єкта господарювання; або імпортує товар [10].

Позначення товару – це не лише позначення, які нанесені безпосередньо на товар (наклейки, етикетки, нашивки), а також і предмети інформаційного характеру, що супроводжують кожну одиницю товару (технічні паспорти, інструкції, листівки-вкладення тощо), які містять (або мають містити в розумінні споживача) інформацію про виробника товару [12, с. 65].

Суб'єктом є особа (юридична особа або фізична особа-підприємець), яка ввела у господарський обіг під своїм позначенням товар іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи.

Суб'єктивна сторона правопорушення проявляється у ставленні порушника до своїх дій. Ані у Господарському кодексі України, ані у ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції», законодавець не зазначає про вину особи. Аналіз наукових джерел з цього питання дає можливість стверджувати, що вина може бути як у формі умислу, так і необережності. Умисел в даному випадку буде проявлятися в тому, що особа усвідомлює протиправність своїх дій, але все ж таки їх вчиняє, тобто особа розуміє, що знімати або змінювати позначення з товару іншого виробника та вводити його в господарський обіг під своїм позначенням є незаконним, але все ж таки здійснює такі дії. Необережність може проявлятися у тому, що особа не передбачала та не могла передбачити, що її дії порушують чужі права та інтереси. Як зазначають науковці, «примітним для характеристики господарського правопорушення є те, що для кваліфікації діяння як правопорушення не потрібно обов'язково встановлювати відношення правопорушника до вчинених ним дій та їх наслідків і доказувати провину, з огляду на існуючий обов'язок інших суб'єктів господарювання не посягати на ділову репутацію, вина презюмується» [11]. Погоджуємося із авторами, оскільки кожен суб'єкт господарювання зобов'язаний діяти згідно з торговими та іншим чесними звичаями у господарській діяльності.

На підставі проведеного дослідження можна сформулювати такі **висновки.**

1. Неправомірне використання товару іншого виробника належить до актів неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання. За такими критерієм, як статус потерпілого, неправомірне використання товару іншого виробника належить до

класифікаційної групи актів, що мають своєю метою не лише порушення прав конкретного виробника, а й уведення споживача в оману. За поділом актів недобросовісної конкуренції залежно від порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, неправомірне використання товару іншого виробника належить до актів неправомірної конкуренції, що одночасно є порушенням у сфері інтелектуальної власності та проявом недобросовісної конкуренції. Також неправомірне використання товару іншого виробника порушує законодавство у сфері захисту прав споживачів.

2. Об'єктом неправомірного використання товару іншого виробника є ділова репутація суб'єкта господарювання, недоторканність якої захищається законом. Безпосереднім предметом правопорушення виступають об'єкти матеріального світу, права на них чи на інші нематеріальні об'єкти, в яких індивідуалізується господарська діяльність і власне господарюючий суб'єкт. Об'єктивна сторона полягає у введенні у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Наслідки можуть бути у вигляді заподіяння моральної або матеріальної шкоди виробнику. Суб'єктом є особа (юридична особа або фізична особа-підприємець), яка ввела у господарський обіг під своїм позначенням товар іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Суб'єктивна сторона правопорушення визначає вину особи, яка може бути як у формі умислу, так і необережності.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 07 червня 1996 р. № 236/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 36. Ст. 164.

3. Коваль И. О развитии порядка защиты от недобросовестной конкуренции. *Підприємництво, господарство і право.* 2003. № 11. С. 14–16.

4. Саніахметова Н.О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама : учебное пособие. Київ : А.С.К., 2002. 704 с.

5. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III. *Офіційний вісник України.* 2001. № 1.

6. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / В.І. Андрейцев та ін. ; заг. ред. В.К. Мамутов ; Академія правових наук України. Відділення екологічного, господарського і аграрного права. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 687 с.

7. Джуринський О. Акти недобросовісної конкуренції: правові аспекти систематизації. *Підприємництво, господарство і право*. 2010. № 9. С. 47–50.

8. Андрощук Г.О., Шкляр С.В. Конкурентне право: захист від недобросовістної конкуренції : науково-практичне видання / Наук.-дослід. ін-т інтелектуальної власності, Нац. акад. прав. наук України, Всеукр. громад. організація «Асоціація протидії недобросовісній конкуренції», Адвокатське об'єднання «Arzinger». Київ : Юстініан, 2012. 472 с.

9. Право інтелектуальної власності / за ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. Київ, 2004. 672 с.

10. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII. *Голос України.* 1991.

11. Коваль І., Кравченко Т. Підстави захисту ділової репутації суб'єктів господарювання. *Economic and law paradigm of modern society*. 2019. № 4. URL: https://studlib.org.ua/index.php/eprs/issue/view/12 (дата звернення 20.02.2020).

12. Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» / Г.О. Андрощук та ін. ; Наук.-дослід. ін-т інтелект. власності, Нац. акад. прав. наук України. Київ : ВД «Юрид. газета», 2013. 176 с.

ПОГРЕБНЯК В. Я.,
кандидат юридичних наук,
докторант кафедри цивільного права № 2
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого),
суддя
(Касаційний господарський суд
у складі Верховного Суду)

УДК 347.124
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.34

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ, ЩО НЕРОЗРИВНО ПОВ'ЯЗАНІ З ОСОБОЮ ЇХ НОСІЯ

Автор звертається до розгляду актуальної проблеми припинення суб'єктивних цивільних прав, що нерозривно пов'язані з особою їх носія, які також названі в юридичній літературі особистими суб'єктивними цивільними правами. Встановлюється, що такі права не наділені здатністю до переходу між учасниками цивільного обороту, у зв'язку із чим припиняються внаслідок припинення існування їх носія.

Піддається аналізу положення статті 1219 Цивільного кодексу України, у якій закріплено перелік суб'єктивних цивільних прав і обов'язків, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця. Розглядається порядок припинення таких суб'єктивних цивільних прав, як: 1) особисті немайнові права; 2) право участі в товариствах і право членства в об'єднаннях громадян; 3) право на компенсування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 4) права на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом.

Окрема увага присвячена визначенню змісту категорії «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора». Встановлюється, що для виявлення таких правовідносин можна застосовувати щонайменше два критерії. Першим виступає характер зв'язку між суб'єктами, які вступають у відповідні правовідносини. Такий зв'язок повинен мати довірчий характер. Друим критерієм визначено характер причинно-наслідкової моделі, що закріплена в нормі права. Зокрема, зобов'язання є таким, що нерозривно пов'язане з особою кредитора, якщо із припиненням останнього пов'язується припинення відповідних суб'єктивних цивільних прав. Водночас автор зазначає, що в окремих випадках законодавець пов'язує припинення суб'єктивних цивільних прав у зв'язку із припиненням їх носія з мотивів юридичної доцільності.

Також у статті розглядається феномен посттативних суб'єктивних цивільних прав, які мають немайновий характер, і наводяться приклади виключних випадків, коли майнові суб'єктивні цивільні права існують певний проміжок часу у відриві від суб'єкта.

Ключові слова: *припинення прав, особисті права, смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи, фідуціарні відносини.*

Pohrebniak V. Ya. Some features of termination of subjective civil rights inextricably linked with a person

The author attends to consideration an actual problem of termination of subjective civil rights that inextricably linked with a person to whom they belong that called also

in legal literature personal subjective civil rights. It is defined that such rights can't transfer between participants of civil legal circulation and that's why terminates due to termination of a person to whom they belong.

The article 1219 of Civil Code of Ukraine that provides a list of subjective civil rights and obligations that inextricably linked with a testator is analyzed in the paper. An order of termination of such civil rights as mentioned below are analyzed: 1) personal non-material rights; 2) right to participate in partnership and right of membership in citizen's association; 3) right to demand compensation for causing maim or other harm to health; 4) rights on alimony, pension, aid and other payouts provides by law.

Considerable attention if devoted to category "obligations, inextricably linked with a person of creditor". It is defined that at least two criteria can be applied to define appropriate relationships. The first is a character of connection between persons who get into appropriate legal relationships. Such relation need to be confidential. The second criterion is a character of casual model fixed in legislative provision. Particularly an obligation can be defined as relationship inextricably linked with a person of creditor when termination of appropriate creditor terminates appropriate subjective civil rights. But at the same time the author notes that in some cases legislator associates termination of civil rights with termination of persons to whom they belong not because of a personal character of appropriate rights by because of legal expediency.

A phenomenon of postative non-material subjective civil rights is considered in the article and the author gives the examples of exceptional cases when material subjective civil rights exist in isolation from a person during some time.

Key words: *right termination, personal rights, death of person, liquidation of legal entity, fiduciary relationships.*

Вступ. Правова природа суб'єктивних цивільних прав, що нерозривно пов'язані з особою їх носія, які також названі в цивілістичній літературі «особистими» суб'єктивними цивільними правами, нині є до кінця нерозкритою на рівні наукових положень. Проблема актуалізується тим, що приписи чинного цивільного законодавства України не встановлюють чітких критеріїв, які визначають необхідність віднесення суб'єктивного цивільного права до відповідної категорії правових можливостей учасників цивільних правовідносин, а також не закріплюють їх переліку.

Існуючі фрагментарні приписи нормативно-правових актів щодо цього дозволяють стверджувати, що характерною ознакою суб'єктивних цивільних прав, що нерозривно пов'язані з особою їх носія (далі – особисті суб'єктивні цивільні права), є їхня невід'ємність (невіддільність) від суб'єкта (наявність нерозривного зв'язку з його особою). Ця властивість відповідних правових можливостей безпосередньо впливає на прояви їхньої динаміки, зокрема на порядок припинення. У цьому сенсі вбачається, що невід'ємність конкретизується тим, що суб'єктивні цивільні права не наділені здатністю до переходу. Із зазначеного випливає, що припинення існування суб'єкта, якому належать відповідні особисті суб'єктивні цивільні права, водночас повинно позначати і припинення відповідних прав. Як відомо, відповідно до загальноприйнятої наукової позиції, суб'єктивні цивільні права взагалі не можуть існувати у відриві від їх носія як самостійний правовий феномен.

Проблеми особистих суб'єктивних цивільних прав і порядку їх припинення були предметом розгляду таких учених-юристів, як: М. Агарков, С. Алексєєв, Г. Дормідонтов, Л. Еннекцерус, І. Жилінкова, І. Калаур, О. Кохановська, Є. Крашенінніков, Л. Криволапова, Р. Майданик, О. Міхно, Є. Мічурін, Н. Можаровська, В. Надьон, О. Отраднова, І. Спасибо-Фатєєва, Р. Халфіна, Є. Харитонов, Г. Харченко, Я. Шевченко, С. Шимон, Р. Шишка, В. Яроцький та ін.

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні особливостей припинення суб'єктивних цивільних прав, що нерозривно пов'язані з особою їх носія.

Результати дослідження. На рівні положень чинного цивільного законодавства України концепція особистих суб'єктивних цивільних прав втілюється в розрізнених нормативних приписах, що містяться в різних частинах основного акта цивільного законодавства України. Водночас орієнтовний перелік суб'єктивних цивільних прав, що мають особистий характер і є невіддільними від їх носія, закріплюється в ч. 1 ст. 1219 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), яка також свідчить про те, що особистий характер можуть мати як речові, так і зобов'язальні суб'єктивні цивільні права.

Цим нормативним положенням, зокрема, встановлюється, що не входять до складу спадщини права й обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема:

1) особисті немайнові права;

2) право участі в товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їхніми установчими документами;

3) право на компенсування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я;

4) права на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом;

5) права й обов'язки особи як кредитора або боржника, передбачені у ст. 608 ЦК України [1, ст. 1219].

1. Що стосується *особистих немайнових прав*, то за своєю суттю вони являють собою суб'єктивні цивільні права панування. Їх припинення у зв'язку із припиненням існування їх носія є логічним, оскільки ці суб'єктивні цивільні права належать відповідній особі у зв'язку з характеристиками її особистості, як-от талант, творчі здібності, або мають індивідуальний характер у зв'язку з особливостями благ, стосовно яких вони існують, наприклад, право на здоров'я, життя, особисту недоторканість тощо. Так само право на ім'я, право на зміну імені, на використання імені, на повагу до честі і гідності, на недоторканість ділової репутації, на повагу до честі та гідності мають індивідуальний характер. Вони належать кожній особі, виступають базовими правовими можливостями, невід'ємними від неї. У зв'язку із цим і припинення суб'єкта відповідних суб'єктивних цивільних прав спричиняє припинення таких правових можливостей.

2. Стосовно припинення *права участі фізичних і юридичних осіб у товариствах та права членства фізичних осіб в об'єднаннях громадян* варто зазначити, що донедавна в цивілістиці панувала думка, що такі права також мають особистий характер. Особливе значення в утворенні юридичної особи відводилось складу засновників (учасників). Припускалось, що між ними існує більш тісний зв'язок, ніж той, що зазвичай складається між учасниками цивільних правовідносин, адже він має довірчий характер, що і зумовлює започаткування засновниками спільної справи.

Проте під час наукового осмислення особистий характер аналізованих прав поступово ставився під сумнів. Зокрема, якщо учасником господарського товариства є юридична особа, то на загальних зборах такого товариства її представляють фізичні особи. Забезпечити особисту участь юридичної особи на загальних зборах через її фікційний характер неможливо. Крім того, наявність особистого зв'язку між учасниками юридичної особи, які самі є юридичними особами, є досить сумнівною. Результати розвитку практики правореалізації і правозастосування втілились, зокрема, у ст. 23 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», у ч. 1 якої визначається, що в разі смерті або припинення учасника товариства його частка переходить до його спадкодавця чи правонаступника без згоди учасників товариства [2, ст. 23]. Саме тому в п. 2 ч. 1 ст. 1219 ЦК України обґрунтовано зазначається, що право участі нерозривно пов'язано з особою спадкодавця у випадку, якщо інше не встановлено законом або установчими документами [1, ст. 1219].

3. Положення чинного цивільного законодавства України пов'язують зі смертю фізичної особи або припиненням юридичної особи припинення суб'єктивних цивільних прав вимоги. Очевидно, що в такому разі припинення існування суб'єктивного цивільного права

також пов'язується із припиненням існування відповідного особистого немайнового блага. Зокрема, за своїм змістом *право вимагати компенсування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я* (п. 3 ч. 1 ст. 1219 ЦК України), пов'язується з відновлювальним впливом на особисте немайнове благо – здоров'я (фізичне і духовне). У зв'язку із цим припинення існування відповідного особистого немайнового блага виключає необхідність здійснення відшкодування як засобу його відновлення. Те саме стосується *права вимагати сплати аліментів, пенсії, допомоги або інших виплат, встановлених законом* (п. 4 ч. 1 ст. 1219 ЦК України). Це право пов'язується з обставинами, що стосуються конкретно визначеної особи, детермінують особливості її правового статусу, мають індивідуальний характер. Яскраво це демонструється характером пенсії. Її розмір залежить від стажу роботи особи, наявності або відсутності професійних захворювань, розміру заробітної плати тощо. Усі ці обставини стосуються конкретно визначеної особи, у зв'язку із чим її правонаступники не можуть набувати права вимоги стосовно відповідних виплат.

4. Водночас п. 5 ч. 1 ст. 1219 ЦК України посилається на ст. 608 ЦК України, яка в контексті правоприпинення, що пов'язується зі смертю фізичної особи або ліквідацією юридичної особи, оперує категоріями «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою боржника», а також «зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора», проте не розкриває їхньої сутності. У цивілістичній літературі такі зобов'язання називаються, зокрема, персоніфікованим. Підставою для їх виникнення слугують фідуціарні (особисті) правочини (від лат. *fiducia* – «довіра»), тобто ті, що базуються на особливо довірчих відносинах між суб'єктами, які їх учиняють [3, с. 106].

Положення чинного цивільного законодавства України не містять уніфікованого переліку таких зобов'язань, у зв'язку із цим їх можна визначити за допомогою двох критеріїв, що підлягають одночасному застосуванню. Першим виступає характер зв'язку між суб'єктами, які вступають у відповідні правовідносини. Цей критерій є досить умовним і базується на практиці побудови відповідних правовідносин. Другим критерієм виступає визначення смерті фізичної особи або ліквідації юридичної як підстави для припинення відповідних зобов'язань. Інакше кажучи, критерієм для кваліфікації виступає визначена нормою права причинно-наслідкова модель. За відсутності чіткого нормативного визначення сутності «зобов'язання, нерозривно пов'язаного з особою боржника», а також «зобов'язання, нерозривно пов'язаного з особою кредитора» саме такий підхід виявляється найбільш ефективним.

Використання такого критерію дозволяє встановити, що відповідними зобов'язаннями виступають, зокрема, правовідносини представництва. Щодо цього п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК України встановлюється, що договір доручення припиняється на загальних підставах припинення договору в разі смерті довірителя або повіреного [1, ст. 1008]. Крім того, п. 3 ч. 1 ст. 1141 ЦК України встановлює, що договір простого товариства припиняється в разі смерті фізичної особи – учасника або ліквідації юридичної особи – учасника договору простого товариства, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників або заміщення учасника, який помер (ліквідованої юридичної особи), його спадкоємцями (правонаступником) [1, ст. 1141]. Це нормативне положення відображає підхід, згідно з яким фактичні відносини між учасниками простого товариства можуть мати довірчий характер, що, однак, не є визначальною їхньою характеристикою.

Побудову переліку суб'єктивних цивільних прав, нерозривно пов'язаних з особою спадкодавця, що закріплений, зокрема, у ст. 1219 ЦК України, за принципом *numerus clausus*, уважаємо, неефективною, що слушно зазначено в сучасних наукових джерелах [3, с. 107]. Це підтверджується і практикою правозастосування, яка безпосередньо стикається із проблемами віднесення суб'єктивних цивільних прав до таких, що нерозривно пов'язані з особою їх носія. Як приклад можна навести ухвалу Верховного Суду України від 31 липня 2012 р. у справі № 6–31376ск12, якою Суд, розглянувши касаційну скаргу, відмовив у відкритті касаційного провадження, зокрема зазначив, що апеляційний суд правильно виходив із того, що за ст. 1219 ЦК України не входять до складу спадщини права й обов'язки, що

нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, оскільки рішенням Солом'янського районного суду від 11 червня 2008 р. зобов'язано Закрите акціонерне товариство «Європорт» придбати квартиру саме на ім'я ОСОБА_3 з передачею саме ОСОБА_3 правовстановлюючих документів на придбану квартиру (ухвала Верховного Суду України від 31 липня 2012 р. у справі № 6–31376ск12) [4]. Відповідна ситуація неодноразово ставала предметом правової оцінки різних судів, але велике значення водночас мала саме наявність або відсутність у відповідних суб'єктивних цивільних прав властивості нерозривності зв'язку з особою носія.

Аналіз нормативних положень привів деяких учених до висновку, що окремі особисті суб'єктивні цивільні права можуть «переживати» у часі своїх суб'єктів і продовжувати існувати певний проміжок часу після смерті особи, що змушує переосмислити поширену наукову думку, що суб'єктивні цивільні права не можуть існувати без зв'язку з особою. Відповідні правові можливості називаються Р. Стефанчуком посттативними (від лат. *post* – «після», *thanos* – «смерть»). Учений відносить до таких прав, зокрема, право членів сім'ї, близьких родичів та інших заінтересованих осіб на відповідь, а також на спростування недостовірної інформації щодо особи, яка померла (ч. 2 ст. 277 ЦК України); право дітей, вдови (вдівця), а якщо їх немає, – батьків, братів і сестер на відкликання згоди, наданої фізичною особою, яка померла, на показ, відтворення або розповсюдження фотографій або інших художніх творів, на яких її зображено (ч. 1 ст. 308 ЦК України) та ін. [5, с. 97–101].

Справді, у такому разі очевидно, що в зазначених випадках ідеться переважно про захист честі та гідності померлої особи. Хоча варто погодитись і з тим, що в сутнісному змісті відповідних прав наявний елемент почуттів членів сім'ї, а також близьких родичів до померлої особи.

Проте порушена проблема пов'язується з унікальним феноменом динаміки і статики суб'єктивних цивільних прав. Щодо цього, наприклад, О. Демичев і О. Ісаєнкова зазначають на підставі положень законодавства Російської Федерації, що існування таких понять, як «права померлого», «обов'язки померлого» тощо, фактично позначають наявність у відповідної особи суб'єктивних цивільних прав і обов'язків, що є нонсенсом [6, с. 89]. А. Радомська вже на підставі положень чинного цивільного законодавства України зазначає, що після смерті виконавця особисті немайнові права не припиняються і повинні дотримуватись всіма особами, які використовують його виконання [7, с. 184].

Ураховуючи викладене вище, уважаємо, що говорити про перехід відповідних особистих суб'єктивних цивільних прав після смерті фізичної особи до її спадкоємців не можна. Такі права позбавлені здатності до переходу. Водночас існування інструментів їх захисту дозволяє стверджувати, що вони продовжують існувати після смерті особи, незважаючи на особистий характер. У такому разі йдеться про таку їхню здатність, як делегованість, яка дозволяє здійснювати їх третіми особами, зокрема членами сім'ї або близькими родичами, замість носія. Це ж підтверджує те, що суб'єктивні цивільні права, зокрема особисті, можуть існувати у відриві від суб'єкта, однак такою здатністю наділені не всі, а лише окремі суб'єктивні цивільні права.

У цьому контексті можна стверджувати, що здатністю до існування протягом певного строку у відриві від суб'єкта наділені й майнові права, що можуть переходити між учасниками цивільних правовідносин. Прикладом такої конструкції виступає юридичний механізм спадкування. Вбачається, що у проміжок часу між відкриттям спадщини і набуттям спадкоємцями відповідних суб'єктивних цивільних прав останні існують у відриві від суб'єкта. Зокрема, померла особа-спадкодавець уже не може мати відповідні суб'єктивні цивільні права, а спадкоємці ще не набувають їх. У цей період охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів і кредиторів спадкодавця (ч. 1 ст. 1283 ЦК України) [1, ст. 1283], однак, як ми знаємо, відповідно до офіційної позиції Конституційного Суду України, інтерес є домаганням отримати певне благо, а тому не являє собою суб'єктивного цивільного права на нього [8]. Водночас він може бути передумовою виникнення такого права.

Висновки. Окреслене вище дозволяє зробити висновок, що припинення існування суб'єктивних цивільних прав, яке спричиняється смертю фізичної особи або припиненням

юридичної особи, за загальним правилом, свідчить про існування нерозривного зв'язку між таким правом і особою його носія.

У контексті прав панування, що існують, зокрема, на особисті немайнові блага, такий зв'язок детермінується індивідуальним характером відповідних немайнових благ, їхньою невіддільністю від особи. Зокрема, здоров'я, життя, честь, гідність, свобода тощо належать певній особі і не можуть бути відділені від неї. У зв'язку із цим відповідні суб'єктивні цивільні права розкивають особливості й цих благ. Це ж визначає і характер зв'язку права вимоги з відповідною особою. Зокрема, якщо право вимоги пов'язується з поновленням особистого немайнового блага або його зміст і обсяг детермінуються обставинами, що пов'язані з індивідуальними особливостями управоможеної особи, то в такому разі таке суб'єктивне цивільне право вимоги також набуває характеру нерозривно пов'язаного з особою.

Водночас в окремих випадках нерозривний зв'язок суб'єктивного цивільного права з особою зумовлюється існуванням на її стороні певних обставин особистого характеру, наприклад, перебуванням в черзі осіб, що потребують поліпшення житлових умов. Крім того, законодавець також використовує відповідні обставини правової реальності для побудови правоприпиняючих юридичних схематизацій за ознакою правової доцільності у випадках, коли для відповідних суб'єктивних цивільних прав не характерний нерозривний зв'язок із суб'єктом.

Як показав науковий аналіз, теза про те, що окремі суб'єктивні цивільні права, зокрема й ті, що нерозривно пов'язані з особою їх носія, можуть «переживати» суб'єктів, яким вони належать, містить під собою не лише наукове, а й нормативне підґрунтя. Це дозволяє визнати, що в окремих виняткових випадках суб'єктивне цивільне право може існувати самостійно у відриві від суб'єкта, у стані, коли воно не належить нікому. Однак варто зважати на те, що це виняток із загального правила, а не загальноприйнята правова модель. Загалом же це демонструє гнучкість цивільно-правового регулювання і здатність норм цивільного права регулювати певним чином відносини з урахуванням інтересів суб'єктів, що перебувають у певній правовій обстановці, а також морально-етичних запитів суспільства, навіть у тому разі, коли для цього необхідно робити виняток із загального правила.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435–IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № № 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

2. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69.

3. Анікіна Г. Юридичні наслідки смерті як юридичного факту у цивільному праві. *Університетські наукові записки.* 2012. № 3 (43). С. 104–112.

4. Ухвала Верховного Суду України від 31 липня 2012 р., судова справа № 6–31376ск12. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/25636278 (дата звернення: 05.08.2019).

5. Стефанчук Р. «Посттанативні» особисті немайнові права фізичних осіб. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 2005. № 1 (40). С. 97–107.

6. Демичев А., Исаенкова О. Смерть с точки зрения права. *Государство и право*. 2008. № 8. С. 86–89.

7. Радомська А. Окремі питання переходу особистих немайнових суміжних прав юридичних та фізичних осіб. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 182–185.

8. Рішення конституційного суду України від 10 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі № 1–10/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04 (дата звернення: 15.07.2019).

РЯБЧЕНКО Ю. Ю.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
(Університет державної фіскальної служби України)

УДК 347.921
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.35

РОЛЬ СУДУ В ДОКАЗОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В СУЧАСНОМУ ЗМАГАЛЬНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

У статті розкрито роль суду в доказовій діяльності в сучасному змагальному цивільному судовому процесі з урахуванням актуальних змін у цивільному процесуальному законодавстві. Елементами, складовими частинами, тобто статичною характеристикою процесу судового пізнання визначено суб'єкти й об'єкт доказування та його зміст (наведення і надання доказів, визначення предмета доказування, дослідження й оцінки доказів, формування правових висновків у судовому рішенні). Суб'єктами доказування на всіх трьох стадіях процесу доказування визначено суд і осіб, які беруть участь у справі. І хоча обов'язок з надання доказів покладається процесуальними нормами на сторони й інших учасників судового процесу, він покладається процесуальним законом і на суд. Суд має розглядатись як невід'ємний учасник доказової діяльності. Обґрунтовано, що доказування може бути представлене як послідовне ухвалення суддею свідомо-вольових рішень відповідно до вимог процесуального законодавства. Визначено, що доказова діяльність суду ґрунтується на його позитивній юридичній відповідальності, має цілеспрямований характер і зумовлює наявність у суду правової позиції щодо конкретного процесуального питання. Доказова діяльність суду може бути умовно поділена на ту, яка має об'єктивний вимір, і ту, яка має суб'єктивний вимір. Перша охоплює зовнішнє вираження доказової процесуальної діяльності суду. Друга являє собою розумову діяльність судді. Зокрема, процесуальне рішення суду з питань, що виникають у процесі доказування, є суб'єктивним аспектом, а оформлення такого рішення (ухвала) – об'єктивним. Доведено збереження актуальності концепцію В.Ю. Мамницького про виділення стосовно суду інструктивних, вказівних і забезпечувальних повноважень. Обговорювані зміни до Цивільного процесуального кодексу України зумовили розширення забезпечувальних повноважень, зокрема в частині наділення суду повноваженнями щодо збирання доказів із власної ініціативи в разі сумніву в добросовісності поведінки учасників справи щодо доказів.

Ключові слова: *суд, доказова діяльність, принцип змагальності, цивільний процес, судовий процес.*

Riabchenko Yu. Yu. The role of the court in evidence in today's competitive civil litigation

The article reveals the role of the court in evidence in today's competitive civil litigation, taking into account current changes in civil procedural law. Elements, components, that is, a static characteristic of the process of judicial cognition defines the subjects and object of evidence and its content (presentation and presentation of evidence, determination of the subject of evidence, research and evaluation of evidence, the formation of legal conclusions in a court decision). The subjects of evidence in all three stages of the process of proof are the court and the persons

involved in the case. Although the burden of proof rests with the procedural rules on the parties and other parties to the trial, it also imposes procedural law on the court. The court must be regarded as an integral participant in the evidentiary activity. It is substantiated that the evidence can be presented as a consistent decision by a judge of willful decisions in accordance with the requirements of the procedural legislation. It is determined that the evidentiary activity of the court is based on its positive legal responsibility, has a purposeful character and causes the court to have a legal position on a specific procedural issue. The evidentiary activity of the court may be conditionally divided into one that has an objective dimension and one that has a subjective dimension. The first involves the external expression of the evidentiary procedural activity of the court. The second is the mental activity of the judge. In particular, the procedural decision of the court on issues arising in the course of evidence is a subjective aspect, and the formulation of such a decision (decision) is objective. The concept of V.Y. Mamnitsky on the allocation of instructive, instructive and protective powers to the court. The discussed amendments to the Civil Procedure Code of Ukraine have led to an extension of the powers of secrecy, in particular with regard to empowering the court to collect evidence on its own initiative in case of doubt about the integrity of the participants in the case regarding the evidence.

Key words: *court, evidentiary activity, principle of competitiveness, civil process, litigation.*

Вступ. Істотні зміни, внесені до актуального процесуального законодавства, зумовлюють необхідність перегляду існуючих наукових позицій щодо повноважень суду в сучасному змагальному цивільному судовому процесі. Такими змінами є запровадження повноважень суду щодо: самостійного збирання доказів у випадках, визначених процесуальним законом (ч. 2 ст. 13 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV (далі – ЦПК України) [1]; керівництва перебігом судового процесу (п. 1 ч. 5 ст. 12 ЦПК України); запобігання зловживанню учасниками процесу їхніми права та вжиття заходів щодо виконання ними їхніх обов'язків (п. 5 ч. 5 ст. 12 ЦПК України). Зазначені положення не були належно висвітлені на сторінках наукової літератури, попри певні зміни, що вносяться через них до змісту таких усталених доктринальних принципів цивільного процесуального права, як змагальність і диспозитивність. Отже, актуальною є проблематика відповідного оновлення змісту наведених принципів, насамперед принципу змагальності, що відображає сучасну модель судового процесу.

Проблематика оновленого змісту принципу змагальності відображена переважно на рівні окремих наукових публікацій у фахових юридичних виданнях. Необхідно вказати на публікації таких дослідників, як Ю.А. Турлова (дотримання зазначеного принципу прокурором, 2018 р.), І.В. Пасайлюк (змагальність сторін як основний принцип цивільного судочинства, 2018 р.), Е.Г. Ханаєва (загальне поняття принципу змагальності в цивільному процесуальному праві, 2019 р.). Безпосередньо досліджувана проблематика розглянута в роботах О.В. Колісник [2], В.Ю. Мамницького[3]. Не применшуючи значення наукових здобутків вказаних учених, необхідно зазначити доцільність їх оновлення з огляду на згадані законодавчі зміни.

Постановка завдання. Мета статті – розкрити роль суду в доказовій діяльності в сучасному змагальному цивільному судовому процесі з урахуванням актуальних змін у цивільному процесуальному законодавстві.

Результати дослідження. Попри те, що термін «правосуддя» часто вживається в законодавстві, судовій практиці та літературі, складно знайти єдине розуміння його сутності в цивільних справах. Так, правосуддя визначається через діяльність державних органів щодо розгляду спорів про право, яка здійснюється особливим органом держави – судом. У більш розгорнутих визначеннях автори підкреслюють мету такої діяльності, її правозастосовний

характер, особливу форму здійснення, категорії справ, що розглядаються, можливість застосування заходів державного примусу [4, с. 17].

Сутність правосуддя пов'язується з: наявністю спеціальної процесуальної форми; державно-управлінським характером діяльності; призначенням для захисту суб'єктивних прав тощо. Висвітлюючи специфіку діяльності зі здійснення правосуддя, А.Ф. Ізваріна визначає її як специфічний напрям реалізації державної влади, що відрізняється від інших функцій правозастосовних і правоохоронних органів тим, що являє собою найбільш широкозастосовану форму реалізації судової влади, становить найвищий рівень захисту прав, свобод і законних інтересів громадянина та людини, і здійснюється шляхом точного дотримання порядку та норм судочинства, продиктованих законом [4, с. 17; 5, с. 20].

В.В. Комаров, не заперечуючи проти таких визначень і ознак, водночас вказує на їхню неповноту та недостатнє відображення правової природи правосуддя. Поняття «правосуддя», на його думку, має інтерпретуватися в єдності із судовою владою. Виходячи із цього та необхідності концентрації судової влади, правосуддя – це форма реалізації судової влади. Судова влада як влада державна, окрім як у правосудді, втілюватися не може і не повинна. Характерними рисами судової влади, які відображаються у правосудді, є винятковість (генетична ознака правосуддя, яка відокремлює судову владу від законодавчої та виконавчої) та повнота (функціональна ознака правосуддя, яка визначає сферу реалізації судової влади). Зміст судової влади (предметна ознака правосуддя) полягає у визначенні виду й обсягу прав і юридичних обов'язків суб'єктів [4, с. 18; 6; 7, с. 22–27]. Отже, зміст правосуддя характеризується тільки в нерозривному зв'язку з категорією судової влади. Властивості та специфіка правосуддя значною мірою зумовлюються властивостями та специфікою судової влади, оскільки правосуддя розглядається лише як форма її реалізації.

На зв'язок правосуддя та судової влади звернув увагу і Є.В. Богданов, який також зазначає, що правосуддя – це форма здійснення судової влади. Учений виділяє три групи ознак, які його характеризують: організаційно-правові, правозастосовні та процесуальні. Як організаційно-правова форма здійснення судової влади правосуддя на підставі права імперативно-диспозитивним шляхом забезпечує упорядкування суспільних відносин. В основі правосуддя як правозастосовної діяльності лежить категорія справедливості, що втілюється трьома складовими частинами судового рішення: обґрунтованістю, законністю та призначенням справедливих заходів юридичної відповідальності. Правосуддя відбувається у процесуальному порядку, що включає в себе стадію дослідження фактичних обставин судової справи, стадію їх правової оцінки та стадію ухвалення судового акта застосування норми матеріального права. Як єдину форму здійснення судової влади правосуддя характеризують три елементи: суд, що одноособово чи колегіально здійснює правосуддя; дії, що вчинюються судом; наслідки, які спричиняють ці дії [4, с. 17; 8, с. 4, 9, 14]. Позиція Є.В. Богданова не суперечить думці В.В. Комарова, доповнює предметну ознаку правосуддя.

Відмінність судової влади від інших гілок державної влади визначається саме наділенням судової влади функцією здійснення правосуддя [9, с. 860]. Цінність цієї позиції в тому, що вона висвітлює самостійне значення правосуддя як особливої функції державної влади, що покладається на суб'єктів здійснення судової влади. А тому тільки системне сприйняття наведених вище наукових позиції дає повне уявлення про сутність правосуддя. Водночас вартоо визнати слушною характеристику сучасного призначення правосуддя, яку пропнує С.В. Васильєв. Правосуддя розглядається як засіб виконання державою внутрішньої функції охорони правопорядку та суб'єктивних приватних прав шляхом вирішення судом індивідуальних справ [10, с. 10].

З огляду на положення ч. 1 ст. 124 Конституції України щодо визнання суду єдиним суб'єктом здійснення правосуддя, характеристика доказування як складової частини правосуддя передбачає визначення ролі суду в ньому. Це, у свою чергу, передбачає визначеність у змісті поняття доказування.

Необхідно погодитись із позицією, висловленою О.О. Грабовською, про те, що сьогодні не існує єдиної думки щодо змісту поняття доказування в цивільному судочинстві. Так, деякі

процесуалісти розкривають поняття «доказування», виходячи зі специфіки регулювання сфери доказування, встановлення фактів і обставин цивільним процесуальним законодавством, зокрема: 1) цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін (ч. 1 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV, у редакції з 18.03.2004 р. до 15 грудня 2017 р. (далі – ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.) [11]); обов'язки доказування та подання доказів покладаються не на суд, а на сторони й інших осіб, які беруть участь у справі. або учасників справи (ст. 60 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р., п. 4 ч. 2 ст. 43, ст. 81 ЦПК України), а суд лише сприяє їм у випадках, коли щодо отримання доказів є складнощі, зокрема, шляхом витребування доказів (ст. 137 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р., ст. 84 ЦПК України); 2) відсутність змагальності у справах окремого та наказного проваджень – винятки із загального правила про змагальність цивільного процесу; 3) лексичне значення поняття «доказувати» як «підтверджувати істинність, правильність чого-небудь фактами, незаперечними доводами». Вони обґрунтовано не включають суд до кола суб'єктів доказування, адже суд нічого не підтверджує, не доводить, його завдання – встановити на підставі доказаного та доведеного сторонами, іншими учасниками справи, факти й обставини, ухвалити законне й обґрунтоване рішення, таким способом захистити права, свободи й інтереси.

Прихильники ж включення суду до суб'єктів доказування ґрунтують свої висновки на: традиціях, які зумовлені регулюванням даної сфери цивільної процесуальної діяльності протягом багатьох десятків років: і ЦПК Української Радянської Соціалістичної Республіки 1924 р. та 1929 р., і ЦПК України 1963 р. до внесення змін містили положення, відповідно до яких суд не обмежувався доказами, наданими сторонами, та за власною ініціативою збирав необхідний матеріал, оскільки зобов'язаний був установити об'єктивну істину; сприйнятті поняття «доказування» як всеохоплюючого явища, такого, що включає весь спектр процесуальних дій, спрямованих на встановлення фактів і обставин, і тих, що здійснюються судом (витребування, забезпечення, дослідження, оцінка доказів тощо), і тих, що здійснюються сторонами й іншими учасниками справи чи особами, які беруть участь у справі (подання доказів, внесення клопотань про витребування доказів, участь у дослідженні доказів тощо) [12, с. 79–80]. Водночас сама дослідниця підтримує першу групу процесуалістів, визнаючи її обґрунтованою з огляду на те, що суд нічого не підтверджує, не доводить, його завдання – встановити на підставі доказаного та доведеного сторонами, іншими учасниками справи, факти й обставини, ухвалити законне й обґрунтоване рішення, таким способом захистити права, свободи й інтереси [12, с. 80].

Із цієї проблематики висловлює свою позицію В.І. Тертишніков, наголошуючи, що тягар доказування покладається на сторони, а тому саме вони є основними учасниками доказової діяльності. Однак у сучасному судочинстві суд не є і не може бути пасивним учасником у всякій, зокрема й доказовій, діяльності. Він не лише сприяє сторонам у їхній доказовій діяльності, а і є суб'єктом цієї діяльності під час надання й збирання доказів. Він приймає, збирає та попередньо їх оцінює з погляду їхньої належності та допустимості, бере участь і в розкритті доказів, у дослідженні доказів, здійснює підсумкову оцінку доказів.

Елементами, складовими частинами, тобто статичною характеристикою процесу судового пізнання, є суб'єкти й об'єкт доказування та його зміст (наведення і надання доказів, визначення предмета доказування, дослідження й оцінки доказів, формування правових висновків у судовому рішенні). Суб'єктами доказування на всіх трьох стадіях процесу доказування є суд і особи, які беруть участь у справі. І хоча обов'язок із надання доказів покладається процесуальними нормами на сторони й інших осіб, які беруть участь у справі (ст. 60 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), він покладається процесуальним законом і на суд (ст. ст. 10, 91, 130, 132 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.).

З іншого боку, хоча як суб'єкт оцінки доказів процесуальним законом визначений суд (ст. ст. 58, 59, 212 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), але оскільки в дослідженні доказів беруть участь і особи, які беруть участь у справі, то в них теж формується певне ставлення до доказів у справі, що вони висловлюють, наприклад. у судових дебатах. Інша річ, що правові наслідки оцінки доказів судом і особами, які беруть участь у справі, різні.

Отже, доказуванням є діяльність суду й осіб, які беруть участь у справі, зі збирання, дослідження й оцінки доказів, спрямована на встановлення об'єктивної істини у справі, тобто дійсних прав і обов'язків учасників матеріальних правовідносин. Об'єктивна істина в цивільному судочинстві виступає і як мета процесу, і як вимога до процесу, і як стандарт правосуддя. Тому становище суду в доказовій діяльності й у позовному провадженні не може бути пасивним, як інколи стверджують у наукових працях із цивільного судочинства деякі вчені [4, с. 366].

В.І. Тертишніков наводить позицію В.В. Комарова: від відносної пасивності суду в доказовій діяльності відмовляються і в тих правових системах, яким вона була притаманною. Як слушно зазначив професор В.В. Комаров, реформи лорда Вульфа в Англії зробили серйозний прорив у змагальній системі цивільного судочинства і закріпили принцип судового керування процесом [4, с. 366; 13].

У сучасному судовому процесі не існує «чистої» змагальності. Крім того, не можна не погодитись із позиціями В.І. Тертишнікова та В.В. Комарова стосовно тісного взаємозв'язку діяльності суду й учасників процесу з метою встановлення обставин справи та їх оцінки. У разі охоплення терміном «доказування» діяльності тільки учасників процесу залишається питання, як іменувати відповідну діяльність суду, зокрема щодо збирання, дослідження й оцінки доказів. Виходячи з наведеного, необхідно погодитись із висловленим В.І. Тертишніковим і В.В. Комаровим широким розумінням терміна «доказування», що включає в себе діяльність як суду, так і учасників судового процесу.

Насамкінець, висновок щодо активної ролі суду в доказуванні випливає з актуальної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Зокрема, у рішеннях "Krcmáf та інші проти Чеської Республіки», «Іммебль Груп Коссер проти Франції» ЄСПЛ наголосив, що право на змагальні провадження повинно надаватись у задовільних умовах: сторона у справі повинна мати можливість ознайомитись із доказами в суді, коментувати їх наявність, зміст і достовірність у належній формі у встановлений час [14; 15; 16]. У справі Івон проти Франції вказано на необхідність забезпечення стороні можливості, за необхідності, отримати відкладення справи [16; 17]. Отже, суд має створювати сприятливі умови для виконання особами свого тягаря доказування. За таких обставин доказування постає неодмінною складовою частиною здійснення правосуддя.

Визначаючи межі доказової діяльності суду як суб'єкта здійснення правосуддя, можна зазначити, що вони визначаються сферою виникнення цивільних процесуальних правовідносин, що врегульовуються Цивільним процесуальним кодексом України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV [11]. Такий висновок напрошується з огляду на нормативно врегульоване призначення ЦПК України: визначення юрисдикції та повноважень загальних судів щодо цивільних спорів, встановлення порядку здійснення цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК України). Утім, сьогодні немає єдиних позицій щодо правової природи окремих проваджень і процедур, передбачених ЦПК України, зокрема, чи слід розглядати діяльність суду в їхніх межах як здійснення правосуддя. Зазначене стосується: наказного провадження (р. 2 ЦПК України); проваджень і процедур щодо вирішення окремих процесуальних питань (р. р. 6–10 ЦПК України) [18, с. 157–160]. Відсутні поширені наукові позиції й стосовно характеристики окремого провадження (р. 4 ЦПК України) як правосудного, усталеною може вважатись лише позиція щодо його безспірного характеру [4, с. 638–640; 19, с. 311]. Логічним наслідком є постановка питання – чи може розглядатись доказування в межах зазначених проваджень і процедур як складова частина правосуддя?

Не вбачається потреби у вирішенні цих питань у межах цього дослідження. Положення р. 1 ЦПК України поширюються на всі зазначені провадження та процедури. Тому правосудні засади діяльності суду характерні й для них. За результатами подальших досліджень цей висновок може бути уточнений. Нині ж доцільно предметом дослідження визначити доказування (у частині, що здійснюється судом) у позовному провадженні.

Тематика складових частин правосуддя, а отже, і дихотомія складових частин правосуддя на об'єктивні та суб'єктивні, не привернула сьогодні поширеної уваги у вітчизняній

юридичній доктрині. Напрацювання окремих авторів ближнього зарубіжжя (С.С. Алексєєва, М.В. Вітрука, В.М. Жуйкова, В.М. Савицького й інших) не дають достатнього підґрунтя для формулювання авторського погляду на цю проблематику. Тому необхідно звернутись до напрацювань у сфері філософії права, а також дотичних галузей науки.

Поняття об'єктивного є одним із центральних у філософії. Об'єктивний – такий, що стосується об'єкта; предметний, речовий, реальний, фактічний, який не є тільки думкою, не залежить і абстрагується від суб'єкта, від суб'єктивної думки, природи й інтересів суб'єкта; має значення для будь-кого, хто пізнає, загальнозначущий [20, с. 314]. Суб'єктивністю охоплюється все те, що стосується суб'єкта (усього його психологічного стану) і більш-менш збігається з його поглядами, інтересами, смаками тощо; залежність від суб'єкта (протилежність – об'єктивність). У Г. Гегеля і С. К'єркегора нескінченна суб'єктивність є ознакою самостійності духовного життя [20, с. 441]. Зазначені філософські позиції відображено й у галузевих науках.

У конфліктології вирізняють об'єктивну та суб'єктивну складові частини конфлікту. До об'єктивних складових частин відносять учасників, об'єкт і предмет конфлікту, проблему, інцидент, умови його перебігу (соціально-психологічне середовище). Суб'єктивними (психологічними) складовими частинами конфлікту вважають мотиви, потреби, цілі, позиції, інтереси та цінності його учасників. Предмет конфлікту як об'єктивно наявна чи уявна проблема є основою конфлікту [21].

Венеціанська комісія виділяє суб'єктивні й об'єктивні умови настання відповідальності судді за ухвалення незаконних рішень, вироків, ухвал і наказів. Об'єктивні умови охоплюють послідовність дій, якої зазвичай дотримується суддя або його колеги під час розгляду таких справ. Суб'єктивні умови охоплюють існування вагомої особистої причини для таких дій [22]. Із подібних позицій виходить і ЄСПЛ. Зокрема, у контексті визначення критеріїв неупередженості судді зазначається наявність суб'єктивних і об'єктивних критеріїв. Зокрема, застосовується суб'єктивний тест, що вивчає персональні переконання і поведінку конкретного судді з метою визначення, чи існувало неупереджене або суб'єктивне ставлення судді в конкретній справі; відповідно до об'єктивного тесту визначається, чи суд, а також, серед іншого, його структура, забезпечили відповідні гарантії для унеможливлення легітимних сумнівів стосовно його неупередженості [16; 23]. Отже, у контексті дослідження можна виходити зі сприйняття «об'єктивного» як вираженої зовні процесуальної діяльності судді, а «суб'єктивного» – як внутрішніх нервових процесів судді під час здійснення доказування.

В.І. Тертишніков виділяє завдання, що виконуються судом у доказуванні під час здійснення правосуддя. Ними є: сприяння сторонам у доказовій діяльності; безпосереднє здійснення доказової діяльності (прийняття, збір, попередня оцінка доказів щодо їхньої належності та допустимості, розкриття доказів, дослідження доказів, підсумкова оцінка доказів). Конкретним прикладом збирання доказів судом можна вважати судові доручення (ст. 132 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.) [4, с. 366]. Попри внесення істотних змін до цивільного процесуального законодавства, зазначені положення зберігають актуальність дотепер.

Отже, доказова діяльність суду може бути умовно поділена на ту, яка має об'єктивний вимір, і ту, яка має суб'єктивний вимір. Перша охоплює зовнішнє вираження доказової процесуальної діяльності суду. Друга являє собою розумову діяльність судді.

Перш ніж розглядати окремо суб'єктивний і об'єктивний виміри, необхідно розмежувати їхній зміст, оскільки вони мають тісний взаємозв'язок, а в окремих категоріях цивільного процесуального права – нерозривно поєднуються. Наприклад, судове рішення розглядається як волевиявлення органу державної влади – суду – щодо застосування норм права з метою захисту або забезпечення захисту прав, свобод, законних інтересів, здійснюване у встановленій процесуальним законом формі та порядку і забезпечене державною силою [24, с. 408]. Зазначене волевиявлення можна розглядати як суб'єктивний аспект, а оформлення цього рішення у вигляді процесуального документа – як об'єктивний аспект.

Судова реформа 1864 р. в Російській імперії призвела до утворення змагального судового процесу. Є.В. Васьковський зазначав, що суд не має права вірити сторонам на слово.

Він не може задовольнити позовну вимогу на тій підставі, що вважає позивача чесною людиною, нездатною пред'явити неправомірну вимогу, але водночас не може відмовити в позові, керуючись тим, що заперечення відповідача заслуговують, з огляду на його моральні якості, повної довіри. Суд бере до уваги заяви і твердження сторін лише тією мірою, якою встановлена їхня істинність [25, с. 58–59; 26, с. 350–351]. Крім того, науковець уважав, що завдання судді під час вирішення кожної справи полягає, по-перше, у встановленні наявності абсолютних припущень процесу, без яких він не має права розпочати розгляд справи по суті; по-друге, у перевірці правомірності вимог позивача. Для перевірки правомірності позову суду потрібно встановити, по-перше, фактичні обставини справи, на яких позивач ґрунтує свою вимогу; по-друге, юридичні норми, під які ці обставини підходять. Але іноді цього недостатньо і, крім юридичних норм, суду доводиться брати до уваги ще й інші положення загального характеру, які не є юридичними нормами, а слугують безпосередньо зв'язком між ними і фактичними обставинами у справі [25, с. 58–59; 26, с. 362–363].

В.Ю. Мамницький наводить три групи повноважень суду в сучасному змагальному процесі стосовно доказування: інструктивні, вказівні та забезпечувальні. Інструктивні повноваження суду – це така група повноважень, відповідно до яких суд роз'яснює, зокрема, сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, їхні права й обов'язки з надання доказового матеріалу з метою встановлення фактів, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог чи заперечень, роз'яснює наслідки здійснення або нездійснення певних процесуальних дій, наслідки надання або ненадання певних доказів, роз'яснює, якими доказами може бути встановлено той чи інший факт, роз'яснює право оскарження рішень суду й інше (ст. ст. 10, 167, 218 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.). Відповідно до вказівних повноважень суд може і зобов'язаний звернути увагу сторін і осіб, які беруть участь у справі, на необхідність довести той чи інший факт, який має значення для справи та на який особа посилалась як на підставу своїх вимог чи заперечень, надати додаткові матеріали, усунути прогалини в доказовому матеріалі з метою встановлення певних фактів за недостатності для цього доказів, усунути недоліки позовної заяви (ст. ст. 10, 60, 121 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.). У разі надання доказів, які не мають значення для справи, суд зобов'язаний на це вказати з метою дотримання правил належності доказів (ст. 58 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.). Забезпечувальні повноваження суду в доказовій діяльності спрямовані на визначення кола учасників процесу (ст. 130 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), насамперед осіб, які беруть участь у справі, застосування заходів щодо своєчасного повідомлення їх про час і місце судового розгляду (ст. ст.74, 75 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), забезпечення доказів (ст. 133 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), надання судових доручень щодо збирання доказів (ст. 132 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), забезпечення позову (ст. 151 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), вирішення клопотань осіб, які беруть участь у справі, із витребування доказів (ст. 137 ЦПК України в ред. до 15 грудня 2017 р.), призначення експертизи. Варто зазначити, що реалізувати забезпечувальні повноваження, крім визначення кола учасників процесу та повідомлення їх про час і місце розгляду справи, суд може виключно за клопотанням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Таке положення законодавства зумовлено позбавленням суду права збирати докази за своєю ініціативою. Учений погоджується із Д.Д. Луспеником, який зазначає необхідність знайти «золоту середину» між (як прийнято вважати, конкуруючими) засадами процесу – диспозитивністю, змагальністю, процесуальною рівністю сторін, з одного боку, і процесуальною активністю суду – з іншого [3, с. 203–204]. Ця «золота середина», яка може бути належною гарантією забезпечення права заінтересованих осіб на правосуддя, права на справедливий судовий розгляд, полягає не в обмеженні права сторін, які беруть участь у справі, надавати докази та бути активним захисником своїх прав, свобод та інтересів у суді, а в розширенні забезпечувальних повноважень суду [3, с. 205; 27, с. 17].

Крім того, В.Ю. Мамницький наводить основні загальні правила сучасної вітчизняної змагальності, яка покладена в основу сучасної моделі цивільного судочинства, в Україні щодо справ позовного провадження: докази подаються сторонами й іншими особами, які беруть

участь у справі, а також можуть бути витребувані судом, але не інакше, як за їхнім клопотаннями; суд позбавлений права за своєю ініціативою збирати докази у справі; суд не може обмежувати матеріальні та процесуальні права сторін; рішення у справі ухвалюється на підставі наданих сторонами доказів, а також за клопотанням осіб, які беруть участь у справі. В основу судового рішення можуть бути покладені факти, які не потребують доказування (визнані, преюдиціальні, презюмовані, загальновідомі); суд не може вийти за межі заявлених позовних вимог [3, с. 202].

Із часу здійснення вказаного дослідження до цивільного процесуального законодавства було внесено істотні зміни. У зв'язку із цим наявна зміна й окремих повноважень суду. Зокрема, привертає увагу повноваження суду щодо збирання доказів із власної ініціативи, зокрема, коли він має сумніви в добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів (ч. 7 ст. 81 ЦПК України). Зазначаючи істотний характер зазначеної новели в аспекті принципу змагальності, необхідно зауважити таке. По-перше, метою цієї новели можна вважати розширення можливостей суду щодо забезпечення доказової бази у справі, зокрема коли заінтересована особа, яка говорить про певний доказ або факт предмета доказування, не подає його, зокрема з метою затягування розгляду справи чи з метою іншого зловживання. Крім того, із системного тлумачення положень ч. 1 ст. 13 ЦПК України (розгляд судом справ виключно в межах позовної заяви) у взаємозв'язку із ч. 3 ст. 49 ЦПК України (право позивача на зміну, зокрема, підстав позову, що означає визначення підстав позову саме позивачем, а не судом) випливає неприпустимість ситуації, коли суд самостійно визначав би факти предмета доказування та докази на їх обґрунтування, підміняючи таким чином позивача. По-друге, виникає питання наслідків ненадання доказів заінтересованою особою попри те, що суд здійснив витребування доказів. Необхідність притягнення такої заінтересованої особи до юридичної відповідальності не викликає сумнівів. Але залишається невирішеним питання повноваження суду розглядати справу на підставі наявних у ній доказів. У зв'язку із цим необхідно згадати підхід законодавця до врегулювання подібної ситуації в адміністративному судочинстві. Так, відповідно до ч. 5 ст. 77 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747–IV [28], якщо учасник справи без поважних причин не надасть докази на пропозицію суду для підтвердження обставин, на які він посилається, суд вирішує справу на підставі наявних доказів. Вказаний підхід вбачається прийнятним і щодо цивільного судочинства.

Висновки. Отже, суд має розглядатись як невід'ємний учасник доказової діяльності.

Доказування може бути представлене як послідовне ухвалення суддею свідомовольових рішень відповідно до вимог процесуального законодавства. Доказова діяльність суду ґрунтується на його позитивній юридичній відповідальності, має цілеспрямований характер і зумовлює наявність у суду правової позиції щодо конкретного процесуального питання.

Доказова діяльність суду може бути умовно поділена на ту, яка має об'єктивний вимір, і ту, яка має суб'єктивний вимір. Перша охоплює зовнішнє вираження доказової процесуальної діяльності суду. Друга являє собою розумову діяльність судді. Зокрема, процесуальне рішення суду з питань, що виникають у процесі доказування, є суб'єктивним аспектом, а оформлення такого рішення (ухвала) – об'єктивним.

Необхідно зазначити збереження актуальності концепції В.Ю. Мамницького про виділення стосовно суду інструктивних, вказівних і забезпечувальних повноважень. Обговорювані зміни до ЦПК України зумовили розширення забезпечувальних повноважень, зокрема в частині наділення суду повноваженнями щодо збирання доказів із власної ініціативи у разі сумніву в добросовісності поведінки учасників справи щодо доказів (ч. 7 ст. 81 ЦПК України).

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV. *Офіційний вісник України.* 2004. № 16. Ст. 1088.

2. Колісник О.В. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідноси : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2008. 20 с.

3. Мамницький В.Ю. Поняття та зміст принципу змагальності у цивільному судочинстві. *Форум права*. 2014. № 3. С. 201–206.

4. Цивільне судочинство України: основні засади та інститути : монографія / за ред. В.В. Комарова. Харків : Право, 2016. 848 с.

5. Изварина А.Ф. Судебная система России: концептуальные основы организации, развития и совершенствования : монография. Ростов-на-Дону : Изд-во СКНЦ ВШ ЮФУ, 2012. 304 с.

6. Комаров В.В. Предмет цивільного процесуального права : текст лекцій. Хакрів : Укр. юрид. акад., 1992. С. 15–27.

7. Курс цивільного процесу : підручник / В.В. Комаров та ін. ; за ред. В.В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с.

8. Богданов Е.В. Правосудие как форма осуществления судебной власти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Минск, 2003. 22 с.

9. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В.Я. Тацій (гол. редкол.) та ін. ; Нац. акад. прав, наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2011. 1128 с.

10. Васильєв С.В. Цивільний процес : підручник. Київ : Алерта, 2019. 506 с.

11. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV (ред. з 18 березня 2004 р. до 15 грудня 2017 р.). *Офіційний вісник України*. 2004. № 16. Ст. 1088.

12. Грабовська О.О. Теоретичні та практичні проблеми доказування у цивільному процесі України : монографія. Київ : Юрінком-Інтер, 2018. 472 с.

13. Комаров В.В. Гражданский процесс в глобальном контексте. *Юридическая наука и образование*. 2009. Вып. 2. С. 103–105.

14. Krcmäf and Others v. The Czech Republic (Krcmäf та інші проти Чеської республіки), № 35376/97, 3 березня 2000 р.

15. Immeubles Groupe Kosser v. France (Іммебль Груп Коссер проти Франції), № 38748/97, 21 березня 2002 р.

16. Практичний посібник зі статті 6 – цивільна частина. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 14.03.2020).

17. Yvon v. France (Івон проти Франції), № 44962/98. ЄСПЛ 2003–V.

18. Рябченко Ю.Ю. Суб'єкти цивільного процесуального права : монографія. Суми : ВВП «Мрія», 2018. 372 с.

19. Ясинок М.М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України (теоретико-правовий аспект) : монографія. Київ : Алерта, 2014. 352 с.

20. Философский энциклопедический словарь. Москва : Инфра-М, 2003. 576 с.

21. Объективные и субъективные составляющие конфликтного взаимодействия.

22. Висновок Венеціанської комісії стосовно підстав відповідальності суддів. *Протокол :* юридичний інтернет-ресурс. URL: https://protocol.ua/ua/visnovok_venetsianskoi_komissii_stosovno_pidstav_vidpovidalnosti_suddiv/(дата звернення: 14.03.2020).

23. Micallef v. Malta (Мікалефф проти Мальти) [ВП], № 17056/06. ЄСПЛ 2009.

24. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 696 с.

25. Дрогозюк К.Б. Предмет та суб'єкти доказування у цивільному процесі України та Франції : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2018. 194 с.

26. Гражданский процесс : хрестоматия / В.В. Аргунов и др. ; под ред. М.К. Треушникова. Москва : Городец, 2005. 896 с.

27. Луспеник Д.Д. Роль суду у цивільному змагальному процесі. *Юридичний журнал*. 2004. № 5. С. 116–120.

28. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747–IV. *Офіційний вісник України*. 2005. № 32. Ст. 1918.

СТРАТЮК О. М.,
аспірантка кафедри цивільного права
(Навчально-науковий
юридичний інститут
ДВНЗ «Прикарпатський національний
університет імені Василя Стефаника»)

УДК 347.72
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.36

ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРИПИНЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

У статті проаналізовано питання щодо прийняття й формування законодавчої бази про припинення юридичних осіб. На основі аналізу законодавчих актів, уведених у дію з 1991 року й дотепер, виділено шість етапів розвитку корпоративного законодавства у сфері припинення підприємницьких юридичних осіб. З'ясовано, що етапи становлення законодавчої бази про юридичних осіб за період формування вітчизняного законодавства є й етапами розвитку законодавства про припинення підприємницької юридичної особи. Визначено, що в умовах переходу від планової економіки до розвитку ринкових відносин в Україні законодавство розвивалося в хаотичному порядку, оскільки сформовано внаслідок прийняття законодавчих актів за схемою: закони – кодекси – спеціальні закони. Унаслідок цього інститут припинення юридичних осіб частково врегульовано в кодифікованих актах, а частково – у спеціальних законах, що регулюють правовий статус окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб. Зокрема, серед переліку підприємницьких юридичних осіб найбільш вагому роль відіграють товариства з обмеженою відповідальністю й акціонерні товариства.

Проведено аналіз наукових міркувань щодо доцільності прийняття спеціального закону про припинення (ліквідацію та/або реорганізацію) юридичних осіб. Визначено, що зазначений підхід є аргументованим для низки європейських країн. Зроблено висновок, що в Україні вдосконалення потребують положення спеціальних законів, які регулюють правовий статус окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб. Зміни мають полягати в деталізації форм, способів і процедур припинення цих утворень з урахуванням загальних правил, визначених на кодифікованому рівні. Доведено, що прийняття спеціального нормативно-правового акта в цій сфері призведе до загромадження законодавчого масиву, що спричинить більше колізій у його застосуванні та не сприятиме уніфікації правових норм у контексті регулювання підприємницьких юридичних осіб загалом.

Ключові слова: *підприємницька юридична особа, організаційно-правова форма, акціонерне законодавство, уніфікація, припинення юридичних осіб.*

Stratyuk O. M. Stages of formation of legislation on the termination of business entities

The article analyzes the issues concerning the adoption and formation of the legal framework for the termination of legal entities. Based on the analysis of legislation, enacted in 1991 and by now identified six stages of corporate legislation on termination of business entities. Established that stages of the legislative framework on legal entities for the period of formation of national legislation is the stage of development of legislation

on termination of a legal entity. It is determined that in the conditions of transition from a planned economy to the development of market relations in Ukraine, the legislation developed in a chaotic manner, since the laws – codes – special laws were formed as a result of the adoption of legislative acts. As a result, the institute for the termination of legal entities is partially regulated in codified acts and partly in special laws governing the legal status of certain organizational and legal forms of entrepreneurial legal entities. In particular, among the list of entrepreneurial legal entities, the most important are limited liability companies and joint stock companies.

The analysis of scientific considerations regarding the expediency of adopting a special law on the termination (liquidation and/or reorganization) of legal entities is carried out. It is determined that this approach is justified for a number of European countries. It is concluded that in Ukraine improvements require special laws that regulate the legal status of certain organizational and legal forms of business entities. Changes should be made to detail the forms, methods and procedures for termination of these entities, taking into account the general rules defined at the codified level. It is proved that the adoption of a special legal act in this field will lead to the accumulation of the legislative mass, which will cause more conflicts in its application and will not facilitate the unification of legal norms in the context of regulation of business entities in general.

Key words: *entrepreneurial legal entity, organizational and legal form, joint-stock legislation, unification, termination of legal entities.*

Вступ. Після проголошення незалежності України держава перейшла на розбудову ринкової економіки, що, як наслідок, зумовило необхідність учинення сукупності дій, пов'язаних із трансформуванням діяльності й правового статусу державних юридичних осіб у приватноправову сферу, і виникнення організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права у тому числі шляхом їх припинення та утворення нових об'єднань.

Постановка завдання. Метою статті є визначити періодизацію прийняття й удосконалення законодавчої бази щодо визначення організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб і їх припинення (створення) в умовах розвитку ринкової економіки в Україні.

Результати дослідження. На певних історичних етапах розвитку держави та законодавства П. Повар пропонує розрізняти три періоди щодо регулювання припинення юридичних осіб, а саме: дорадянський (дореволюційний) період; радянський період; період незалежної України [5, с. 68]. Учений також зазначає, що ще до розпаду СРСР в Україні починає формуватися національне законодавство ринкової економіки [5, с. 73]. Утім указана періодизація відображає тривалий шлях становлення законодавства про припинення юридичних осіб, особливості правового регулювання якого визначалися соціально-економічними та політичними умовами розвитку української державності.

Для сучасного розуміння сутності припинення юридичних осіб вагому значення має законодавча база з моменту переходу України на засади ринкової економіки, що зумовило вектор руху вітчизняного законодавця в протилежному напрямі від планової економіки внаслідок надання пріоритету рівності всіх форм власності, а саме з моменту проголошення незалежності України. У зв'язку з цим варто проаналізувати вітчизняне законодавство з моменту набуття Україною незалежності та становлення ринкових відносин у державі.

Серед перших законів, які прийняті в 1991 році, варто виокремити Закони України: «Про підприємництво» від 07.02.1991, «Про підприємства в Україні» від 27.03.1991, «Про власність» від 07.01.1991, «Про цінні папери і фондову біржу» від 18.06.1991, «Про господарські товариства» від 19.09.1991, «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991.

Одна з найбільш істотних змін у сфері підприємницької діяльності пов'язана з прийняттям низки приватизаційних законів у 1992 році, до яких варто зарахувати Закони України: «Про приватизацію майна державних підприємств» від 04.03.1992 (утрата чинності – з 07.03.2018), «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу прива-

тизацію)» від 06.03.1992 (утрата чинності – з 07.03.2018), «Про приватизаційні папери» від 06.03.1992 (чинний). У вказаних законах прописано порядок приватизації державного майна та правила випуску й конвертації цінних паперів у процедурі продажу такого майна в порядку приватизації, у результаті чого зроблено перші кроки до створення недержавних юридичних осіб, зміни організаційно-правових форм власності колгоспів, підприємств споживчої кооперації. Доповненням до зазначених законів стало видання Указу Президента України «Положення про холдингові компанії, що створюються у процесі корпоратизації і приватизації» від 11.05.1994, яким визначено питання створення, діяльності й ліквідації холдингових компаній.

Крім того, важливим кроком на шляху розвитку законодавства про юридичні особи було прийняття Закону України «Про банкрутство» від 14.05.1992 (утрата чинності – 30.06.1999), що визначав умови й порядок визнання юридичних осіб-суб'єктів підприємницької діяльності банкрутами з метою задоволення претензій кредиторів. Варто зауважити, що в зазначеному Законі визначено важливе правило: «якщо майна банкрута вистачило, щоб задовольнити всі вимоги кредиторів, він уважається вільним від боргів і продовжує свою підприємницьку діяльність», а також положення, яким арбітражному суду надавалося право винести ухвалу про реорганізацію (ліквідацію) юридичної особи, що звільнилася від боргів, тільки у визначених законом випадках.

У 1996–2000 рр. істотно переглянуті норми корпоративного законодавства, а також видані нові закони, спрямовані на правове регулювання створення та припинення юридичних осіб. Зокрема, унесено значні зміни в Закон України «Про господарські товариства», удосконалено законодавство про цінні папери, особливо щодо випуску й обігу акцій.

Новим етапом розвитку нормативно-правового регулювання припинення юридичних осіб в Україні стало прийняття у 2003 році Цивільного кодексу (далі – ЦК) та Господарського кодексу (далі – ГК) України. Так, у ЦК України [10] закріплено загальні правила припинення юридичних осіб і визначено способи, форми, підстави та порядок їх припинення, а також черговість задоволення вимог кредиторів на випадок ліквідації юридичної особи, який із наступними змінами й доповненнями нормативних положень поширює свою дію на всіх юридичних осіб приватного права, у тому числі й підприємницьких. У ГК України теж містилися положення про способи та підстави припинення суб'єктів господарювання, загальний порядок їх ліквідації та задоволення вимог кредиторів у разі ліквідації цих суб'єктів [1], але на підставі Закону від 13.05.2014 № 1258-VII зазначені положення скасовані з викладенням відсильної норми про припинення суб'єкта господарювання відповідно до закону.

Водночас прийнято й спеціальні закони, що регулюють правовий статус окремих юридичних осіб чи їх об'єднань. Закон України «Про кооперацію» 10.07.2003 окреслив правові основи функціонування та припинення кооперативів і кооперативних об'єднань. Законом України «Про фермерські господарства» від 19.06.2003 розкрито засади створення й діяльності фермерських господарств у галузі сільського господарства як у статусі юридичної особи, так і без набуття такого статусу. Закон України «Про холдингові компанії» прийнято 15.03.2006, у ньому визначено загальні засади функціонування холдингових компаній в Україні, а також бланкетні норми, згідно з якими порядок утворення, діяльності й ліквідації холдингових компаній регулюється ЦК України, ГК України, Законом України «Про господарські товариства» в частині, що не суперечить цьому Закону.

Разом із тим найбільш важливим етапом розвитку законодавства про юридичних осіб стало прийняття Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 [7], адже весь період становлення вітчизняного законодавства, у тому числі прийняття приватизаційних законів 1992 року, зумовлений створенням в Україні значної кількості акціонерних товариств, що є однією з найбільш важливих для розвитку економіки та промисловості нашої держави організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб.

Утім, незважаючи на критерій їх подальшого поділу за видом діяльності й регулювання спеціальними законами стосовно, наприклад, банків, страхових компаній, унесення змін до законодавства про акціонерні товариства супроводжується масштабними

реформами у сфері корпоративного права. У зв'язку з цим уважаємо за необхідне виділити ще один етап розвитку корпоративного законодавства. Зокрема, важливими змінами у сфері акціонерного законодавства стало прийняття Законів України: «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23.03.2017 № 1983-VIII, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» від 23.03.2017 № 1984-VIII, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів» від 16.11.2017 № 2210-VIII тощо.

Також винесено на розгляд Верховної Ради України й зареєстровано два законопроекти: Проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства» від 19.12.2019 № 2635 (пропонується закріпити в ЦК України поняття «корпоративні права» та скасувати ГК України) і Проект Закону України «Про акціонерні товариства» від 25.11.2019 № 2493 (пропонуються нові правила створення, функціонування та припинення акціонерних товариств, що містять положення щодо корпоративного управління в товариствах англо-американської та континентальної правової сім'ї з можливістю альтернативного вибору тих чи інших норм у регулюванні акціонерних відносин, у тому числі й щодо порядку та способів припинення акціонерних товариств).

Новелою українського законодавства стало прийнятий 06.02.2018 Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», у якому визначено форми та способи припинення товариств з обмеженою й додатковою відповідальністю, розкрито правила захисту прав кредиторів під час виділу та припинення товариства. У 2019 році також прийнято Кодекс України з процедури банкрутства, яким удосконалено правила відновлення платоспроможності боржника й визнання банкрутом юридичних осіб і введено схожі правила щодо фізичних осіб.

Отже, формування інституту юридичної особи прямо пов'язано з такими процесами як створення та припинення цих утворень у порядку та спосіб, що визначені законом. Тому етапи становлення законодавчої бази про юридичних осіб за період формування вітчизняного законодавства є й етапами розвитку законодавства про припинення юридичної особи, які доцільно структурувати так:

1) 1991–1992 рр. – період закріплення загальних засад підприємництва в Україні, визначення видів і форм власності, видів і форм підприємницьких юридичних осіб, а також загальних правил щодо порядку їх створення й припинення;

2) 1992–1996 рр. – період прийняття приватизаційних законів, що супроводжується перетворенням значної кількості державних юридичних осіб на юридичні особи приватної форми власності чи їх ліквідації, становлення законодавства про банкрутство та про недопущення недобросовісної конкуренції через механізм установлення контролю над діяльністю юридичних осіб;

3) 1996–2003 рр. – період унесення змін до корпоративного законодавства в частині створення та припинення юридичних осіб, прийняття деяких спеціальних законів про правовий статус окремих підприємницьких юридичних осіб, наприклад, банків;

4) 2003–2008 рр. – період кодифікації корпоративного законодавства, а саме введення в дію ЦК України й ГК України, якими встановлено універсальні правила створення та припинення юридичних осіб приватного права, прийняття закону про державну реєстрацію юридичних осіб і законів про правовий статус окремих видів юридичних осіб-кооперативів, фермерських господарств, холдингових компаній;

5) 2008–2017 рр. – період становлення законодавства про акціонерні товариства й оновлення законів про цінні папери, фондовий ринок і про депозитарну діяльність, що визначили спеціальні правила припинення акціонерних товариств і конвертації акцій у порядку їх припинення;

6) 2017 р. – дотепер – уніфікація корпоративного законодавства України до законодавства ЄС і гармонізація з ним, що супроводжується внесенням змін до акціонерного

законодавства та формуванням нового законопроекту про акціонерні товариства, прийняттям закону про товариства з обмеженою відповідальністю й кодифікацією законодавства про банкрутство.

Зазначена періодизація корпоративного законодавства вказує на шляхи систематизації правових норм, які в умовах переходу від планової економіки до розвитку ринкових відносин в Україні є дещо хаотичними, оскільки сформовані внаслідок прийняття законодавчих актів за схемою: закони – кодекси – спеціальні закони, унаслідок чого інститут припинення юридичних осіб частково врегульовано в кодифікованих актах, а частково – у спеціальних законах, що регулюють правовий статус окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб. У зв'язку з цим у науковій доктрині виникла дискусія про доцільність уніфікації правових норм про припинення підприємницьких юридичних осіб у рамках єдиного спеціального нормативно-правового акта.

О. Скоропис зазначає, що таким нормативним актом може бути Закон України «Про реорганізацію та ліквідацію господарських товариств», ознаками якого мають стати захист прав акціонерів, кредиторів і третіх осіб, спрямованість на зменшення низки можливих перепон, що виникають перед господарськими товариствами під час проведення реорганізації й лібералізація самих процедур, пов'язаних із реорганізацією та ліквідацією господарських товариств [9, с. 8]. Таку ж позицію займає О. Макаревич, указуючи, що в законі варто закріпити поняття «ліквідація юридичної особи», визначити вичерпний перелік підстав для її здійснення, порядок і строки проведення та чітке коло уповноважених суб'єктів, що мають право її ініціювати і проводити, їхні права й обов'язки, а також установити заходи відповідальності за зловживання ліквідаційною процедурою [3, с. 112].

Л. Мелех також зазначає, що це зумовлюється насамперед необхідністю чіткої консолідації законодавства щодо цього питання й необхідністю забезпечення комплексного законодавчого регулювання порядку припинення юридичних осіб [4, с. 104]. З корпоративного права України мають бути виведені норми та правові конструкції, які є неефективними (тобто не досягли обраної мети регулювання) або недієвими (є штучними й нездатними до регулювання тих відносин, що є насправді) [4, с. 104].

Така ж позиція відстоюється Міністерством юстиції України, метою діяльності якого є приведення у відповідність до законодавства ЄС національного законодавства України в частині реорганізації та ліквідації товариств, унаслідок чого пропонується передбачити наступний адаптаційний захід – розроблення проекту й відповідне ухвалення Закону України «Про реорганізацію та ліквідацію юридичних осіб» [6, с. 80–81]. Зазначений підхід є аргументованим, оскільки в низці європейських країн справді діє спеціальний закон про припинення юридичних осіб.

Наприклад, регулювання відповідних питань міститься в спеціальному Законі Швейцарії «Про злиття, поділ, перетворення й передачу майна» (Bundesgesetz Fusion, Spaltung, Umwandlung und (Fusionsgesetz, FusG) від 03.10.2003. Швейцарський Закон, крім загальних положень, містить спеціальні положення про злиття: а) установ; б) пенсійних фондів; в) юридичних осіб публічного права [8, с. 74]. Порядок реорганізації й ліквідації юридичних осіб у Чехії регулюється Цивільним кодексом і Законом «Про реорганізацію торгових товариств і кооперативів». У Цивільному кодексі містяться загальні положення, що регулюють реорганізацію й ліквідацію юридичних осіб, а також положення, що визначають особливості реорганізації окремих організаційно-правових форм юридичних осіб: корпорацій (асоціацій), фундацій та установ. Законом регулюється порядок реорганізації комерційних юридичних осіб [11, с. 304]. Водночас у польському законодавстві нормативною базою, що закріплює правові засади реорганізації й трансформації торговельних товариств, є положення розділу IV Кодексу торговельних товариств Польщі [2, с. 145].

Утім, щоб сприйняти такий європейський підхід до законотворення, варто звернути увагу на чинну вітчизняну законодавчу базу про підприємницькі юридичні особи, яку становлять ЦК України, ГК України та спеціальні закони, що регулюють правовий статус окремих організаційно-правових форм, перелік яких є вичерпним за ЦК України, а саме: Закон

України «Про акціонерні товариства», Закон України «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю», Закон України «Про господарські товариства», Закон України «Про кооперацію».

У статтях 104–112 ЦК України закріплено загальні правила про форми та способи припинення юридичних осіб приватного права, підстави й порядок їх припинення, правила захисту прав кредиторів у разі припинення діяльності чи статусу цих організацій [10]. Варто зазначити, що вдосконалення потребують швидше положення спеціальних законів, які регулюють статус окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб, що мають полягати в деталізації форм, способів і процедур припинення цих утворень з урахуванням загальних правил, визначених на кодифікованому рівні. Тому вважаємо, що прийняття спеціального нормативно-правового акта про припинення підприємницьких юридичних осіб не має бути самоціллю законодавця, оскільки загромадження законодавчого масиву спеціальними законами, які б регулювали окремі процедури, що відбуваються під час управління юридичними особами, спричинить більше колізій у застосуванні законодавства та не сприятиме уніфікації правових норм у контексті регулювання функціонування підприємницьких юридичних осіб загалом.

Висновки. Отже, юридичні особи не тільки виникають, а й припиняють свою діяльність у встановленому законом порядку. На кодифікованому рівні мають бути закріплені загальні правила про форми, способи, підстави й порядок припинення юридичних осіб, а особливості щодо підстав і порядку реорганізації та ліквідації організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб мають бути уніфіковані та деталізовані спеціальними законами, що регулюють правовий статус таких утворень.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР).* 2003. № 18, 19–20, 21–22. Ст. 144. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/436-15.

2. Корпоративне право Польщі та України : монографія / В.А. Васильєва, О.Р. Ковалишин, Гербет Анджей та ін. ; за ред. проф. В.А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. 375 с.

3. Макаревич О. Історичний розвиток законодавства України у сфері ліквідації юридичних осіб. *Підприємництво, господарство і право.* 2018. № 8. С. 33–37.

4. Мелех Л.В., Круць К.І. Проблематика правового регулювання корпоративних правовідносин: перспективи використання законодавчого досвіду Європейського Союзу в правовому полі України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ.* 2016. № 1. С. 102–108.

5. Повар П. Історія розвитку законодавства про ліквідацію підприємств. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки».* 2007. № 77–78. С. 68–73.

6. Право компаній: порівняльно-правове дослідження відповідності законодавства України acquis communautaire Європейського Союзу / Міністерство юстиції України ; Державний департамент з питань адаптації законодавства. Київ, 2009. 82 с.

7. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 року № 514-VI. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17.

8. Саветчук В.М. Правове регулювання злиття та приєднання юридичних осіб за правом України та Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 03. Івано-Франківськ, 2018. 207 с.

9. Скоропис О.М. Цивільно-правове регулювання ліквідації юридичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. 20 с.

10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР).* 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

11. Юридические лица в гражданском праве зарубежных стран : монография / О.В. Гаврилюк, Н.И. Гайдаенко Шер, Д.О. Грачев и др. ; отв. ред. Н.Г. Семилютина. Москва : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015. 432 с.

ХОДИКО Ю. Є.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права № 1
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

УДК 347.2/.3
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.37

ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОБ'ЄКТА ВОЛОДІННЯ

У статті автором розглядається питання особливостей правового режиму об'єкта володіння. Дослідження вказаного питання здійснюється на основі ґрунтовного та всебічного аналізу законодавства Австрії, Азербайджанської Республіки, Бразилії, Німеччини, Іспанії, Італії, КНР, Латвійської Республіки, Республіки Молдова, Нідерландів, Польщі, Туркменістану, Франції, України, судової практики та наукових розробок.

Аналізується співвідношення володіння та права володіння. Робиться висновок, що право володіння є правовим засобом у механізмі правового регулювання, що встановлює спосіб реалізації права, а володіння є фактичним станом, яке може бути засноване на праві і бути проявом його способу реалізації, так і існувати самостійно незалежно від наявності права.

Володіння як фактичне відношення є дещо відмінним від права, проте воно має значення для права. Якщо право володіння породжує право на річ, то володіння породжує право з речі. Вказується примірний перелік таких прав.

Цінність володіння як такого для учасників цивільних правовідносин проявляється не в самому фактичному володінні, оскільки від нього особа не отримує нічого, фактично тримає об'єкт у себе, а в тих правових наслідках, що виникають у результаті такого володіння.

Для кваліфікації певного правового стану речей як володіння та посесорного захисту такого володіння необхідна наявність певних умов. У цьому аспекті досліджуються дві теорії: суб'єктивна (римська) та об'єктивна (німецька). Розкривається їх сутність, здійснюється співвідношення щодо їх схожості та відмінностей. Робиться висновок, що різниця між вказаними теоріями має дуже умовний характер. Німецька теорія хоча і відсікає суб'єктивний елемент у розумінні володіння, проте не позбувається його як такого.

Здійснюється визначення об'єкта володіння. Аналізуються проблеми щодо можливості володіння нерухомими речами та правами. Окремо приділена увага способам набуття та втрати володіння, їх особливостям.

На підставі проведеного аналізу питання правового режиму об'єкта володіння зроблені ґрунтовні висновки.

Ключові слова: *володіння, право володіння, правовий режим володіння, способи набуття володіння, способи втрати володіння.*

Khodyko Yu. Ye. Regarding the peculiarities of the legal regime of the object of possession

In the paper, the author considers the issue of the features of the legal regime of the possession. The study of this issue is carried out on the basis thorough and comprehensive analysis of the legislation of Austria, the Republic of Azerbaijan, Brazil, Germany, Spain, Italy, China, the Republic of Latvia, the Republic

of Moldova, the Netherlands, Poland, Turkmenistan, France, Ukraine, judicial practice, and scientific developments.

The relationship between ownership and title has been analysed. It is concluded that the title is a legal means in the mechanism of legal regulation, which establishes a way to enforce the right, and ownership is an actual state that can be based on the right and be a manifestation of its way of enforcement, as well as can exist independently regardless of the right.

Ownership as an actual relationship is somewhat different from the law, but it is relevant to the law. If the title gives rise to the right to a thing, then ownership gives rise to a right from a thing. An indicative list of such rights has been indicated.

The value of ownership as such for participants in civil matters is not manifested in the actual ownership, since the person does not receive anything from it, in fact, he/she keeps the object at home, but in the legal consequences that arise as a result of such ownership.

For the qualification of a certain legal status of things as possession and the interdictum of such ownership, certain conditions are necessary. In this aspect, two theories have been investigated: subjective (Roman) and objective (German). Their essence has been revealed, a relation regarding their similarities and differences has been made. It is concluded that the difference between these theories is very conditional. German theory, although it cuts off the subjective element in the understanding of ownership, however, does not get rid of it as such.

The determination of the possession has been carried out. The problems of the possibility of ownership of real estate and rights have been analysed. Particular attention is paid to methods of gaining and loss of ownership, their features.

Based on the analysis of the issue of the legal regime of ownership, thorough conclusions have been drawn.

Key words: *ownership, title, legal regime of ownership, ways to gain ownership, ways to lose ownership.*

Вступ. Інститут володіння не є новим як для вітчизняної цивілістики, так і багатьох держав континентальної системи права, оскільки зародження цього інституту починається ще з часів існування Римської держави. Проте, незважаючи на тривалий час розвитку цього інституту, актуальним і натепер залишаються слова І. М. Трепіцина, що в теорії цивільного права рідко яке питання піддається більш широкій обробці та рідко яке питання водночас викликало і викликає більше розбіжностей і суперечок, ніж питання про володіння [1, с. 132].

Постановка завдання. Метою цієї статті є дослідження правової природи володіння, його об'єкта, підстав виникнення та припинення володіння на засадах наукової обґрунтованості та практичної доцільності.

Результати дослідження. У нас свого часу інститут володіння знайшов своє відображення в проєкті Цивільного уложення 1905 року (ст. 877–916), проте, натепер цей інститут є безпідставно забутим, хоча його значимість є беззаперечною, позаяк «…втрата володінням своєї історії призводить до примітивізації основ речових прав, які відіграють головну роль у побудові системи права» [2, с. 272]. Законодавче закріплення інституту володіння знайшло себе в багатьох законодавствах світу, зокрема Австрії, Азербайджанської Республіки, Бразилії, Німеччини, Іспанії, Італії, КНР, Латвійської Республіки, Республіки Молдова, Нідерландів, Польщі, Туркменістану, Франції тощо. Такий перелік є гарним підтвердженням значимості та необхідності законодавчого закріплення інституту володіння як такого.

Аналіз законодавчих положень вищевказаних держав та наукових розробок у сфері правового режиму об'єкта володіння дає право робити не безпідставний висновок про те, що володіння слід розглядати як *фактичне відношення володільця до речі*. Володіння саме по собі не є правом, а лише фактичним відношенням володільця до речі, оскільки

здебільшого навіть незаконне володіння користується захистом, проте водночас воно є певним юридичним положенням, яке можна називати «правовим станом» [3, с. 256].

Водночас висловлюються думки про те, що володіння є правом. Зокрема, аргументи на цю позицію наводяться такі. По-перше, порушення володіння навіть саме по собі без насильства викликає захист, отже, є правопорушенням. По-друге, володіння переходить у спадок, а останній є сукупністю не фактів, а прав та обов'язків. По-третє, якщо володіння є правом, то право є речове, позаяк воно має своїм об'єктом безпосередньо саму річ і в захисті своєму абсолютне, тобто спрямовується проти всіх і кожного [1, с. 132]. З такими аргументами певною мірою можна погодитися, проте слід чітко відмежовувати володіння та право/правомочність володіння, оскільки вони виконують різне функціональне призначення в механізмі цивільно-правового регулювання.

Так, справді, наше законодавство охоплює випадки права володіння. Зокрема, ВП ВС наголошує, що наше цивільне законодавство розрізняє право володіння як складник повноважень власника (ч. 1 ст. 317 ЦК України), як різновид речових прав на чуже майно (п. 1 ч. 1 ст. 395 ЦК України) та як право, що виникає на договірних засадах, тобто договірне володіння (п. 40) [14]. У такому разі право володіння, як і будь-яке суб'єктивне право, є певною правовою можливістю, яка визначає «спосіб здійснення такого права» [4, с. 94]. Тобто право володіння надає особі можливість фактично тримати річ у себе на законній правовій підставі. Зокрема, право власності передбачає наявність правомочності володіння в своїй структурі, що є певною правовою можливістю, яка надає особі правомірно володіти річчю. Але це не завжди гарантує наявність в особи фактичного володіння річчю (наприклад, річ передана у володіння на підставі права володіння як речового права на чуже майно (Гл. 31 ЦК України) або в оренду, правомочність володіння власника залишається за останнім, а фактичне володіння у володільця речового права на чуже майно або орендаря відповідно). Так, ВП ВС у своїй постанові відзначила, що однією з особливостей найму житла є те, що наймач має право тимчасового володіння (detentio) ним. Право володіння (possessio) житлом залишається в його власника, який не втрачає це право навіть тоді, коли інша особа використовує таке майно протиправно (п. 91) [14]. Параграф 320 Всезагального кодексу Австрії вказує, що «за допомогою дійсного титулу особа отримує тільки *право володіння річчю, але не саме володіння*». А тому особа, маючи фактичне панування над річчю, є володільцем, проте особа, яка має право володіння, не завжди фактично володіє річчю.

З вищесказаного можна виділити також інший складник співвідношення права володіння та володіння, а саме фактичне володіння, як правило, виникає та припиняється з моменту виникнення або втрати фактичного володіння, а для виникнення та припинення права володіння такої фактичної події не досить. Таким чином, як наслідок, можна сказати, що право володіння є правовим засобом у механізмі правового регулювання, що встановлює спосіб реалізації права, а володіння є фактичним станом, яке може бути засноване на праві і бути проявом його способу реалізації, так і існувати самостійно незалежно від наявності права.

Справді, володіння як фактичний стан не вичерпується лише володінням, яке засноване на праві, оскільки є непоодинокі випадки в законодавстві, коли особа фактично володіє річчю, але прав на це не має. Зокрема, до них можна віднести: якщо особа безвісти відсутня або місце перебування її невідоме (ст. 43 ЦК України), річ, власник від якої відмовився (ст. 336 ЦК України), знахідка (ст. 338 ЦК України), бездоглядна домашня тварина (ст. 341 ЦК України), скарб (ст. 343 ЦК України), набувальна давність (ст. 344 ЦК України), самочинне будівництво (ст. 376 ЦК України), володіння спадковим майном до виникнення права власності на спадкове майно (ст. 1216 ЦК України) тощо.

Тому говорячи про володіння як фактичне відношення, можна вести мову про те, що воно є дещо відмінним від права, проте воно має значення для права [5, с. 3]. Якщо право володіння породжує право на річ, то володіння породжує право з речі. Зокрема, це чітко прослідковується в різних законодавствах, положення яких присвячені регулюванню інституту володіння. Так, ч. 1 ст. 6 Модельного закону СНД «Про право власності та його захист», розкриваючи поняття «володіння», вказує, що ним є господарське панування над річчю, будучи

вираженням волі до фактичного володіння (рос. – «обладания») річчю, *з яким пов'язані визначені законом правові наслідки*. *Цінність володіння* як такого для учасників цивільних правовідносин проявляється не в самому фактичному володінні, оскільки від нього особа фактично не отримує нічого, тримає об'єкт у себе, а *в тих правових наслідках, що виникають у результаті такого володіння*.

Підрозділ V Частини III «Речове право» Цивільного закону Латвійської Республіки, який так і називається «Права, що випливають із володіння», в ст. 911 відзначає, що із володіння випливає право на захист існуючого володіння та на відновлення відібраного володіння. Ці права пов'язані з будь-яким володінням, незалежно від того, чи є воно законним чи незаконним, добросовісним або недобросовісним. Втім, ці права володільця, що випливають з фактичного володіння, є основними (первинними) і зумовлені цілями встановлення інституту володіння, а саме оперативного захисту володіння як такого. Але слід зазначити, що фактичне володіння породжує для суб'єкта не тільки ці права, а й інші наслідки як для самого суб'єкта, так загалом і для всього цивільного обороту.

До таких прав із володіння можна віднести володіння за давністю, що натепер знайшло законодавче закріплення в ст. 344 ЦК України. Інший випадок, коли фактичне володіння породжує виникнення права власності, – це набуття права власності на рухому річ, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК України) тощо.

Ще одним наслідком фактичного володіння є те, що володіння є презумпцією наявності права власності (або, як відзначав Р. Ієрінг, «*владение есть выражение собственности во вне*» [6, с. 38]). Зокрема, ст. 2256 ЦК Франції вказує, що володіння річчю передбачає, що особа володіє від свого імені і як власник, якщо інше не буде доведено, що його володіння з самого початку здійснювалося замість іншої особи.

На наш погляд, мабуть, найбільш важливим наслідком фактичного володіння є те, що за допомогою володіння річ інтегрується в правовідношення. Має рацію Д. В. Дождєв, що володіння – це спосіб інтегрування речі в правовідношення. Право – це система формальних зв'язків, це абстракція, вона не може в себе включати тілесні речі. Способом включення тілесної речі в право і виступає володіння [7].

З огляду на викладене, можна говорити, що фактичне володіння справді має велике значення для права. Воно визнавалося як раніше, так і зараз, а тому, як відзначав свого часу Л. Ф. Колокольцев, визнаючи юридичне значення володіння, панівна доктрина не визнає його правом [8, с. 27].

Для кваліфікації певного правового стану речей як володіння та посесорного захисту такого володіння необхідна наявність певних умов. У розумінні володіння в цивілістиці зіткнулися дві теорії: суб'єктивна (римська) та об'єктивна (німецька). Перша стоїть на позиції, що для кваліфікації володіння необхідна наявність двох елементів: а) суб'єктивного – aminus possidendi – намір або воля володіти річчю для себе та б) об'єктивного – corpus possessionis – реального панування над предметом володіння. Римська теорія поряд з володінням передбачала наявність такого стану, як держання, для якого досить було лише фактичного володіння, але такому стану не надавався посесорний захист. Виходячи з аналізу поняття «володіння», наданих у законодавствах, римській теорії послідували зокрема Австрія, Франція, Італія, Іспанія, Молдовська Республіка, передбачалося Проектом Цивільного уложення 1905 року тощо.

Своєю чергою німецька теорія, заперечуючи необхідність і можливість суб'єктивної ознаки для володіння, стирає відмінність між двома формами володіння (володінням та держанням). Посесорний захист набуває не володіння, на відміну від держання, а взагалі будь-яке фактичне панування, наскільки необхідність такого захисту висувається самим життям [9, с. 213]. Німецької теорії дотримуються законодавства таких країн, як Німеччина, Італія, Латвійська Республіка, Азербайджанська Республіка, Туркменістан тощо. Як бачимо, фактично головна суперечка двох теорій зводиться до наявності або відсутності суб'єктивного елемента (aminus possidendi) для кваліфікації певного стану як володіння та встановлення посесорного захисту.

Постає запитання: а яку ж фактично роль у володінні відіграє суб'єктивний елемент – воля (aminus)? У літературі відзначається, що aminus – це елемент, що завжди мається на увазі в структурі володіння, оскільки будь-яка дія вчиняється усвідомлено і з бажанням настання певного ефекту [10, с. 26]. У такому разі різниця між володінням на своє та на чуже ім'я втрачається [11, с. 13]. А тому за своєю суттю aminus – це рефлексія з приводу фактичного панування над річчю, без якого володіння є неможливим за визначенням (як поняття). Інакше кажучи, aminus – це другорядна характеристика визнаного володільця і не може вважатися критерієм володіння. Водночас виділення вольового моменту у відносинах володіння вказує на те, що володіння не зводиться до фактичної ситуації, якій юридичний ефект наданий позитивним правом [12, с. 23]. Тому фактично можна говорити, що різниця між вказаними теоріями має дуже умовний характер. Німецька теорія хоча і відсікає суб'єктивний елемент в розумінні володіння, але не позбувається його як такого.

Не менш спірним питанням інституту володіння поміж з природою володіння є визначення об'єкта володіння. Законодавство окремих держав по-різному визначає об'єкт володіння, але фактично можна звести до двох позицій. Перша – широке розуміння об'єкта володіння – тілесні речі та права[1], друга – тільки тілесні речі. У такому разі для визначення об'єкта володіння необхідно враховувати такі фактори: специфіку того чи іншого блага (речі, права), ціль та завдання інституту володіння, практичну необхідність та історичний досвід і напрям розвитку вітчизняного цивільного права тощо. Сукупність цих факторів дасть можливість правильно визначитися з об'єктом володіння.

Немає сумніву в тому, що об'єктом володіння можуть бути рухомі речі. У цьому єдині як науковці, так і законодавство. До об'єкта володіння слід відносити об'єкти, які за своїми фізичними властивостями є предметами матеріального світу (рухомими речами), але в юридичному сенсі такими не є (лише можуть прирівнюватися з точки зору правового режиму до речей), – готівкові кошти, документарні цінні папери, тварини тощо[2].

У наукових колах спірною є позиція щодо віднесення до об'єктів володіння нерухомих речей на тій підставі, що володіння та власність у поземельній книзі є нероздільним єдиним цілим. А тому у відношенні нерухомості можливість володільницького захисту має бути визнана особливим випадком, де розгляд питання про право повинно бути обов'язковим, навіть якщо суд обмежиться при цьому з'ясуванням титулу [10, с. 190]. Такий висновок є спірним, оскільки це не відповідає природі та завданням інституту володіння та посесорного захисту. По-перше, посилання особи на право у разі посесорного захисту прямо суперечить положенням про захист володіння. По-друге, з урахуванням того, що володіння – це фактичне панування особи над річчю, відповідно, володіння нерухомою річчю може бути засноване як на певній правовій підставі – титулі (законне володіння), так і без відповідного титулу (незаконне володіння). Позаяк права на нерухомі речі підлягають реєстрації в державному реєстрі прав на нерухоме майно та їх обтяжень, тому законне володіння виникає з моменту такої реєстрації.

Що стосується віднесення до об'єкта володіння прав, то, на нашу думку, це питання більше лежить у розрізі доктрини та історії розвитку цивільного права тієї чи іншої держави. Нашому законодавству інститут володіння правами не є характерним, можна сказати суперечить «філософії» інституту речового права. Хоча нами не заперечується можливість існування інституту володіння правами як такого, оскільки він існує вже не один десяток років у деяких країнах, проте його справжня доцільність та ефективність є суперечливою. Крім того, правовий режим володіння правами суттєво відрізняється від володіння речами перш за все тим, що фактично панувати над правами як над речами не є можливим, володіння правом проявляється в його реалізації, здійсненні (зокрема, ст. 2255 ЦК Франції, парагр. 312 Загального цивільного кодексу Австрії). Механізм реалізації володіння пра-

[1] Загальний цивільний кодекс Австрії (парагр. 311), ЦК Іспанії (ст. 437), ЦК Франції (ст. 2225), Цивільний закон Латвійської Республіки (ст. 875) тощо.

[2] Більш детально див.: Ходико Ю.Є. Спірні об'єкти речового правовідношення та їх правовий режим. Право і суспільство. 2017. № 6. С. 85–90.

вами та їх посесорний захист також суттєво різниться, оскільки у разі порушення володіння речами захищається фактичне панування особи над річчю, у разі порушення володіння правами захищаються відносини, пов'язані з реалізацією такого права [13, с. 17].

З огляду на те, що володіння – фактичне відношення, відповідно, виникнення володіння у суб'єкта цивільних правовідносин усі законодавства, які регулюють питання інституту володіння, пов'язують з вчиненням фактичних дій суб'єктом, що спрямовані на фізичне заволодіння річчю. Зокрема, ст. 879 Цивільного закону Латвійської Республіки під вступом у володіння розуміє здійснення такої фактичної дії, за допомогою якої особа, що бажає набути володіння, так підпорядковує річ своїй фізичній владі, що тільки вона сама може своєю волею на неї впливати. Способами такого вступу у володіння річчю особою може бути: коли її взяли в свої руки, коли приставили до неї сторожа, коли поставили знак на річ, що не перебуває більше у володінні тощо (ст. 883). Так, парагр. 312 Загального цивільного кодексу Австрії до способів набуття володіння рухомими речами відносить відведення (вивезення) або збереження нерухомих речей шляхом входу до них, нанесення кордонів, огородження парканом, нанесення мітки або переробки. Також набуття володіння річчю може підтверджуватися реквізитами (символом) об'єкта володіння (ключі тощо).

В аспекті набуття володіння необхідно відзначити один важливий момент, що для набуття володіння підстава його набуття не має значення, оскільки вона не впливає на сам факт виникнення володіння як фактичного відношення, проте має значення для кваліфікації володіння як виду (законного чи незаконного) та правових наслідків, що пов'язуються з виникненням того чи іншого виду володіння (відшкодування шкоди тощо). Наприклад, у тому ж Цивільному законі Латвійської Республіки (ст. 880) вказується, що, чи є законною підстава до вступу у володіння річчю і наміром утримувати її за собою чи ні, не впливає на набуття володіння. Крім того, слід відзначити, що не залежно від того, яка була підстава набуття володіння особа володільця презюмується власником речі до тих пір, поки інше не буде доведено.

Хоча, як правило, володіння набувається за рахунок фактичного панування над річчю, але не всі випадки такого панування можна розглядати як володіння (винятки із загального правила). Так, не виникає володіння у осіб, які хоча і здійснюють фактичне володіння над річчю, але роблять це на користь іншої особи на підставі повноважень володільця, отриманих ним від цієї особи (слуги, робітники тощо)[3].

Якщо набуття володіння здійснюється шляхом фактичного заволодіння річчю, то припинення володіння логічно має припинятися втратою фактичного володіння. Такій логіці слідують усі законодавства, які регулюють інститут володіння[4]. Способами втрати володіння можуть бути добровільна відмова, перехід у чуже володіння, річ втрачена без надії знову бути знайденою (ст. 349 Загального цивільного кодексу Австрії); відмова від володіння, повне знищення або втрата речі, за дорученням, зробленим на користь іншого, для цінного розгляду або як подарунка (ст. 460 Іспанського цивільного кодексу); коли річчю заволодіває інша особа, хоча б і насильно чи таємно, коли володілець, втративши річ, не може її знайти, коли він не має доступу до неї (ст. 898 Цивільного закону Латвійської Республіки) тощо.

Проте якщо у разі виникнення володіння вольовий момент, як правило, презюмується, оскільки будь-яка дія, яка спрямована на заволодіння річчю, має вольовий характер, то у разі припинення (втрати) володіння воля (суб'єктивний елемент) має більш виражений, значущий характер. Втрата речі може бути як об'єктивною, наприклад знищення не за волею особи, так і вольовою, наприклад відмова від речі. Що натепер знайшло прояв і в законодавстві, зокрема ч. 6 ст. 6 Модельного закону СНД «Про право власності та його захист» вказує, що володіння припиняється вираженням волі до втрати володіння або безповоротній втраті реальної влади над річчю. Стосовно вольової втрати, то уповноваження володільця

[3] Див. ч. 2 ст. 303 ЦК Республіки Молдова, ч. 2 ст. 176 Цивільного кодексу Туркменістану, ст. 855 Німецького цивільного уложення, ч. 3 ст. 33 Закону «Про речове право Естонської Республіки» тощо.

[4] Див.: парагр. 856 Німецького цивільного Уложення; ст. 349 Загального цивільного кодексу Австрії; ст. 314 ЦК Республіки Молдова; ст. 39 Закон «Про речове право Естонської Республіки»; ст. 177 ЦК Туркменістану; ст. 897 Цивільного закону Латвійської Республіки тощо.

на захист ще в римському праві виходило з того, що володіння на його стороні зберігається, поки не втрачено намір володіти. Лише відмова від захисту, в якому проявляється і переміна волі володільця, веде до втрати володіння [12, с. 22].

Крім того, не будь-яка фізична втрата припиняє володіння, оскільки тимчасова неможливість реалізації фактичного володіння річчю не тягне за собою припинення володіння. Як указує ст. 352 Загального цивільного кодексу Австрії, поки існує надія отримати втрачену річ, особа може зберігати себе у володінні за допомогою простої волі. Фізична відсутність володільця не припиняє набуте володіння[5]. Також особи, які неспроможні до виявлення своєї волі, не можуть відмовитися від володіння (ст. 901 Цивільного закону Латвійської Республіки). Володіння в такому разі втрачається через волевиявлення представника володільця речі. Як бачимо, для втрати володіння велике значення має саме воля володільця речі, а не тільки сам факт фізичної втрати.

Висновки. Таким чином, володіння є певним фактичним станом, цінність якого проявляється в тих правових наслідках, що виникають у результаті такого володіння, характеризується специфікою його об'єкта, умовами, за наявності яких такий стан може бути встановлений, способами набуття та втрати володіння, що в своїй сукупності формують особливості правового режиму об'єкта володіння.

Список використаних джерел:

1. Гражданское право : записки по лекциям. Ч. 1. Общая часть и вещное право / И. Н. Трепицын. Изд. студентов IV и III курсов юр. ф-та Императорского Варшавского ун-та. Варшава : Тип. «Рус. О-ва», 1912. 206 с.

2. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учебно-практическое пособие. 2-е изд. Москва : Дело, 2000. 512 с.

3. Городыский Я. К. Замечания на проект книги третьей гражданского уложения о вотчинном праве. *Журнал Министерства юстиции*. № 9–10.11.1902. С. 222–265.

4. Скловский К. И. Право собственности и проблемы владения (Разд. I Гл. 3). Право собственности: актуальные проблемы / Отв. ред. В. Н. Литовкин, Е. А. Суханов, В. В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. Москва : Статут, 2008. С. 84–115.

5. Пандекты / Перевод с немецкого. Вещное право. Т. 1: Ч. 2. Дернбург Г.; Под ред.: А. Ф. Мейендорф, бар.; Пер.: А. Ю. Блох, А. Я. Гальперн; Соавт.: И. Бирман, проф. 6-е изд., испр. Санкт-Петербург : Гос. Тип., 1905. 376 с.

6. Иеринг Р. Об основании защиты владения. Пересмотр учения о владении. Сочинение. / Перевод с немецкого, второго исправленного и дополненного издания. Москва : Типография А. И. Мамонтова и К°, 1883. 179 с.

7. Дождев Д. В. Владение. Видеолекция. URL: https://www.youtube.com/watch?v=6NDVfCfger4.

8. Колокольцев Л. Ф. Понятие и юридическая природа владения вещами по римскому праву. Сравнение господствующего учения с теорией Иеринга: Кандидатское рассуждение. Временник Демидовского Юридического Лицея. Ярославль, 1874. Книга 8. С. 1 –51.

9. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. 9-е изд. Москва : Типо-литогр. Т-ва И.Н. Кушнерев и К., 1911. VIII, 851 с.

10. Синицын С. А. Владение и владельческая защита в гражданском праве государств континентальной Европы. Москва : «Статут». 2012. 224 с.

11. Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. Ин-т государства и права РАН. Москва, 1996. 238 с. Рез. англ.

12. Дождев Д. В. Институт владения в римском праве : автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. Специальность 12.00.01 «Теория государства и права; История государства и права; История политических учений». Институт государства и права РАН. Москва, 1997. 41 с.

[5] Аналогічні норми за своєю сутністю містяться в ст. 7 Модельного закону СНД «Про право власності та його захист»; ч. 2 ст. 314 ЦК Республіки Молдова; ч. 2 ст. 39 Закону «Про речове право Естонської Республіки»; ч. 2 ст. 177 ЦК Туркменістану тощо.

13. Синицын С. А. Защита владения и вещных прав в гражданском праве России и Германии : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Науч. рук. Е. А. Суханов. Москва, 2010. 30 с.

14. Постанова ВП ВС у справі № 653/1096/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75296538.

ЧЕРНЕГА В. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри підприємницького
та корпоративного права
*(ДНВЗ «Київський національний
економічний університет
імені Вадима Гетьмана»)*

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.2-1.38

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ДО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

Статтю присвячено теоретичним та практичним аспектам застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин в Україні. Розглянуто позиції учених різних юридичних шкіл нашої держави на прикладне значення застосування норм цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин. Підтримано доктринальний підхід, за яким норми цивільного права до регулювання сімейних відносин застосовуються не безпосередньо, а субсидіарно. Доведено, що в ч. 1 ст. 8 СК України законодавцеві якнайкраще не перелічувати коло учасників відповідних відносин, а також не диференціювати види відносин, що належать до предмета сімейно-правового регулювання, бо це не відповідає меті аналізованої норми сімейного права. Здійснено порівняльно-аналітичний аналіз положень чинних редакцій частини першої статті 8 Сімейного кодексу України та частини першої статті 9 Цивільного кодексу України. Обгрунтовано недоцільність у статті 8 Сімейного кодексу України вказувати про те, що норми Цивільного кодексу України можуть застосовуватися для регулювання сімейних відносин у випадках, передбачених Сімейним кодексом України, а також у випадках, якщо вони не передбачені Сімейним кодексом України, але за умови, що це не суперечить загальним засадам регулювання сімейних відносин, закріпленим у статті 7 Сімейного кодексу України. Констатовано, що із розвитком сімейного законодавства перелік відсилань до Цивільного кодексу України з об'єктивних обставин було розширено. Акцентовано увагу на тому, що, крім Цивільного кодексу України, до регулювання сімейних відносин у разі

їх неврегульованості головним джерелом правового регулювання відповідної сфери суспільного життя – Сімейним кодексом України можуть застосовуватися інші нормативно-правові акти. Запропоновано авторський варіант редакції статті 8 Сімейного кодексу України.

***Ключові слова*:** *застосування норм цивільного права, Сімейний кодекс України, сімейно-правове регулювання, цивільне законодавство, Цивільний кодекс України.*

Cherneha V. M. Application of the rules of Civil Law to the regulation of family relations

The article is devoted to theoretical and practical aspects of application of Civil Law rules to regulation of family relations in Ukraine. The positions of scientists of different law schools of our country on the applied importance of applying the rules of Civil Law to the regulation of family relations are considered. A doctrinal approach is supported, by whom the rules of Civil Law are applied not directly but indirectly to the regulation of family relations. It is proved that in Part 1 of Article 8 of the Family Code of Ukraine to the legislator is best not to list the number of participants in the relevant relations, nor to differentiate the types of relations that are subject to Family Law, because this is not consistent with the purpose of the analyzed rule of Family Law. The comparative-analytical analysis of the provisions of the current wording of part one of Article 8 of the Family Code of Ukraine and part of Article 9 of the Civil Code of Ukraine was carried out. The inappropriateness in Article 8 of the Family Code of Ukraine is justified, stating that the provisions of the Civil Code of Ukraine may be applied to regulate family relations in cases provided for by the Family Code of Ukraine, and in cases where they are not provided for by the Family Code of Ukraine, provided that does not contradict the general principles of regulation of family relations enshrined in Article 7 of the Family Code of Ukraine. It is noted that with the development of Family Law the list of references to the Civil Code of Ukraine was objectively expanded. Attention is drawn to the fact that, in addition to the Civil Code of Ukraine, other normative acts may apply to the regulation of family relations in the event of their failure to regulate the main source of legal regulation of the relevant sphere of public life – the Family Code of Ukraine. An author's version of Article 8 of the Family Code of Ukraine has been proposed.

Key words: *application of rules of Civil Law, Family Code of Ukraine, family law regulation, civil law, Civil Code of Ukraine.*

Вступ. Досліджуючи норми Сімейного кодексу України (далі – СК України), неможливо не звернутися до положень ч. 1 ст. 8 зазначеного законодавчого акта, які дають змогу застосовувати до регулювання сімейних відносин норми Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Існування вказаної статті викликає палкий диспут у сімейно-правовому середовищі протягом тривалого часу. Це пов'язано із проблемами, коло яких висвітлюватиметься у цьому мікродослідженні.

Аналіз досліджень і публікацій дає змогу констатувати, що кілька аспектів застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин містяться у науковій спадщині Я.М. Шевченко, І.В. Жилінкової, Ю.С. Червоного. Різнобічні проблеми за відповідною тематикою та альтернативні шляхи їх розв'язання свого часу були представлені в масштабному дослідженні О.В. Нєкрасової [5]. Застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин також становить значний інтерес З. В. Ромовської, Є.О. Харитонова, Т.В. Боднар, Л. В. Красицької, В.В. Цюри, С.І. Шимон, В. І. Борисової, М.М. Сібільова, Б.В. Фасія та деяких інших учених-юристів сучасності. Проте поставити крапку в багатьох питаннях досі, на жаль, не вдається.

Постановка завдання. Метою статті є з'ясування теоретичних та практичних аспектів застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин.

Результати дослідження. Низка проблем пов'язана із різносприйняттям чинної редакції ч. 1 ст. 8 СК України. Принагідно нагадаємо, що відповідно до неї, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані зазначеним вище кодифікованим актом, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин [16]. Так, у науково-практичних доробках З.В. Ромовської та Ю.С. Червоного зазначається, що йдеться про субсидіарне застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин, зокрема у зв'язку з розширенням сфери їх регулювання за допомогою договору, а також задля законодавчої економії [4, с. 22; 9, с. 24–25].

Науковці вважають їх заповненням «вакууму» в правовому регулюванні сімейних відносин, зважаючи на вилучення книги 6 «Сімейне право» з проєкту ЦК України [19, с. 60].

Інші фахівці також зазначають, що застосування ЦК України є прогнозованою і свідомою позицією законодавця [5, с. 3–4].

Окремі представники юридичної науки та практики взагалі обмежуються констатацією того, що законодавцем запроваджено механізм субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин [18, с. 60].

Деякі автори переконані, що існування зазначеної норми є «свідченням недостатності норм сімейного законодавства до регулювання сімейних відносин» [17, с. 42].

У контексті положень ч. 1 ст. 8 СК України однією з проблем є визначення питання про те, як саме застосовуються норми цивільного права України до регулювання сімейних відносин. *Безпосередньо* або *субсидіарно*? Думки представників різних українських наукових юридичних шкіл у цьому питанні є діаметрально контрарними. Так, на думку фахівців (зокрема, І.В. Жилінкової, М.М. Сібільова), немає підстав говорити про субсидіарне застосування норм ЦК України до сімейних відносин, адже сімейне право не є самостійною галуззю права [13, с. 42; 17, с. 302]. Проте наведене вище твердження «розвіює» Т.В. Боднар, посилаючись на зміст ч. 1 ст. 9 ЦК України, відповідно до якої положення ЦК України застосовуються до врегулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Вчена вважає, що одним із яскравих прикладів слугує визнання інституту опіки та піклування інститутом цивільного права, що зумовило застосування до відносин опіки та піклування положень глави 6 ЦК України (ст. ст. 55–79) [1, с. 496]. Тому слід дослухатися до поради про те, що ще раз слід уважно прочитати ч. 1 ст. 9 ЦК України, переконавшись у тому, що норми ЦК України застосовуються до регулювання сімейних відносин *субсидіарно, а не безпосередньо* [2, с. 122].

Спроможність наведеної вище позиції демонструє також Л.В. Красицька. Вчена зауважує, що якщо визнати, що ЦК України «безпосередньо» регулює сімейні відносини, то до вимог про стягнення неустойки за прострочення аліментів варто було б застосовувати положення ст. 258 ЦК України, а це не корелюється «за своєю суттю із засадами сімейно-правового регулювання». Згадана дослідниця також упевнена в алогічності застосування під час відшкодування моральної та майнової шкоди за порушення сімейних прав та інтересів загальних положень про відшкодування шкоди, закріплених у главі 82 ЦК України, нехтуючи положеннями п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України, в якому міститься спосіб захисту сімейних прав та інтересів [3, с. 186–187].

Водночас у літературі небезпідставно оспорюється теза про те, що субсидіарне застосування норм ЦК України до особистих немайнових і майнових сімейних відносин зумовлене тим, що як цивільне, так і сімейне право належать до приватного права [4, с. 97]. Адже питання про приватноправову природу сімейного права не є однозначним. З огляду на це, недарма в правовій доктрині скептично запитують: «Як можна пояснити можливість застосування положень ЦК України до відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля або у сфері господарювання?» [1, с. 497].

Учених також бентежить питання про те, чи підлягають застосуванню норми ЦК України до регулювання як особистих немайнових, так і майнових сімейних відносин?

Чи застосування норм цивільного права можливе лише до регулювання майнових сімейних відносин? Так, свого часу прибічниця законодавчого підходу І.В. Жилінкова констатувала, що цивільно-правові норми можуть застосовуватися не лише до майнових, як це було передбачено в первинній редакції ч. 1 ст. 8 СК України, але й особистих немайнових відносин. Вчена підкреслювала, що в ЦК України наявні норми, що визначають «загальний цивільно-правовий статус особи, основні особисті права людини, порядок охорони та захисту цих прав. <…> Визначають сферу приватного існування людини в суспільстві, межі, які публічна влада не може перетинати за будь-яких обставин. <…> Сімейні права слід розглядати як окремий складник універсального цивільно-правового статусу» [17, с. 42].

Тоді як опоненти (наприклад, В.І. Борисова) переконані, що субсидіарне застосування цивільного законодавства можливе лише до регулювання *майнових відносин* членів сім'ї та родичів [15, с. 44]. Приєднується до тотожного висновку Т.В. Боднар [1, с. 497]. З цього є підстави висновувати, що обидві вчені-сучасниці підтримують попередній підхід законодавця, який було втілено в первинній редакції ч. 1 ст. 8 СК України, тобто до набрання чинності Закону України «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» від 22 грудня 2006 р. [8]. Проте в ч. 1 ст. 8 СК України законодавцеві якнайкраще не перелічувати коло учасників відповідних відносин (адже в нинішніх правоположеннях згадуються: подружжя, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі), а також не диференціювати види відносин, що належать до предмета сімейно-правового регулювання, бо це не відповідає меті аналізованої норми сімейного права. Досить зробити вказівку на те, що йдеться про сімейні відносини, які не врегульовані СК України.

У кодифікованих актах по-різному вирішено питання про застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин. Спробуємо в цьому переконатися, звернувшись до положень ч. 1 ст. 9 ЦК України: його положення застосовуються до врегулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства [20]. На противагу цьому відповідно до ч. 1 ст. 8 СК України ставиться вимога про відповідність положень ЦК України суті сімейних відносин. Зазначена вимога в наукових осередках неоднозначно оцінюється. Так, І.В. Жилінкова стверджувала, що якщо цивільні та сімейні відносини мають єдину природу, то це означає, що *цивільні відносини не можуть суперечити суті сімейних* [17, с. 42]. Принагідно слід зазначити, що законодавці окремих зарубіжних країн навіть прямо передбачають, що цивільне законодавство застосовується, оскільки воно не суперечить суті сімейних відносин. Такі положення закріплені в ст. 5 Сімейного кодексу Киргизької Республіки [10], ст. 6 Сімейного кодексу Республіки Узбекистан [11], ст. 4 Сімейного кодексу Російської Федерації [12].

Колектив авторів науково-практичного коментаря СК України за редакцією С.Я. Фурси, застосовуючи норми ЦК України, радить зважати на особливості сімейних правовідносин, в основу яких покладено особисті зв'язки членів сім'ї, що зумовлює їх особистісний і безоплатний характер. Натомість правове регулювання цивільних відносин, які переважно є майновими, ґрунтується «на принципах платності, компенсаторності, у т.ч. грошовій або натуральній формі» [18, с. 46].

Є.О. Харитонов стверджує, що вимога про відповідність норм ЦК України «суті сімейних відносин» (у контексті ч. 1 ст. 8 СК України) не є конкретною через відсутність критерію, за яким мають визначатися норми ЦКУ, що підлягають застосуванню [14, с. 25].

Зі свого боку варто зазначити, що аналізована вимога є зайвою. Її доцільно виключити з чинної редакції ч. 1 ст. 8 СК України. Адже суб'єкт правозастосування у будь-якому разі має враховувати (не має забувати) самобутність відносин, до яких мають застосовуватися норми спорідненої галузі права. Тому слід віддати перевагу тому підходу, який утілено в ч. 1 ст. 9 ЦК України.

М.М. Сібільов вважає, що в ст. 8 СК України слід вказати на те, що норми ЦК України можуть застосовуватися для регулювання сімейних відносин у випадках, передбачених СК України, а також у випадках, якщо вони не передбачені СК України, але за умови, що це не суперечить загальним засадам регулювання сімейних відносин, закріпленим у ст. 7 СК

України [13, с. 204]. Із таким варіантом авторської редакції згаданої статті можна погодитися, але лише частково. Річ у тому, що загальні засади сімейного законодавства заповнюють наявні прогалини. Тому в такому разі йтиметься про застосування аналогії права. Тоді як у разі субсидіарного застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин відсутність прогалин є необхідною умовою звернення до нього.

У СК України (ч. 1 ст. 12, ч. 2 ст. 20, ч. 3 ст. 45, ч. 2 ст. 68, ч. 6 ст. 75, ч. 2 ст. 178, ч. 3 ст. 179, ч. 3 ст. 243, ч. 4 ст. 249, ч. 1 ст. 250, ч. 1 ст. 251) міститься низка відсилань до ЦК України. Із динамікою сімейного законодавства наведений перелік відсилань до останнього кодифікованого акта розширено за рахунок включення до нього абз. 3 ч. 2 ст. 175 СК України, зокрема: якщо виділ у натурі частки зі спільного майна є неможливим (ч. 2 ст. 183 ЦК України), діти, які мають право на виділ частки із майна у натурі, мають право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості його часток. Ст. 175 СК України було доповнено ч. 2 (і, зокрема, абз. 3) відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання» від 03.07.2018 р. [7].

Застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин утілюється у судових актах. Приміром, у постанові Верховного Суду від 24.07.2019 року в справі № 645/5783/16-ц, враховуючи природу аліментного договору та положення ст. 8 СК України, було *субсидіарно* застосовано норми ЦК України, що стосуються договірних зобов'язань, зокрема щодо валюти зобов'язання і принципів його виконання [6].

Під час проєктування авторської редакції аналізованої статті резонно врахувати також пропозицію О.В. Нєкрасової, яка дійшла висновку, що до регулювання сімейних відносин, крім ЦК України, можуть застосовуватися норми інших цивілістичних законів [5, с. 14].

Висновки. Отже, норми цивільного права застосовуються до регулювання сімейних відносин в Україні субсидіарно. Теоретичне обґрунтування викладеного вище в цій публікації дає підстави внести відповідні зміни до ч. 1 ст. 8 СК України. Тому її доцільно викласти в такій редакції: «Якщо сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються Цивільним кодексом України та іншими нормативно-правовими актами».

Список використаних джерел:

1. Боднар Т.В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України*: у 5 т. Нац. акад. прав. наук України. / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.) та ін. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н.С. Кузнєцової. Харків : Право, 2013. С. 488–501.

2. Боднар Т. Проблеми застосування норм Цивільного кодексу України та інших нормативно-правових актів до регулювання сімейних відносин. *Право України*. 2019. № 2. С. 119–132.

3. Красицька Л.В. Співвідношення сімейного та цивільного права. *Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко)* / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ : АртЕк, 2017. С. 176–186.

4. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / С.В. Ківалов, Ю.С. Червоний, Г.С. Волосатий та ін. ; за ред. Ю.С. Червоного. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 504 с.

5. Нєкрасова О.В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. 16 с.

6. Постанова Верховного Суду від 24.07.2019 р. у справі № 645/5783/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83870463.

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання : Закон України від 03.07.2018 р. № 2475-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 36. Ст. 272.

8. Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України : Закон України від 22.12.2006 р. № 524-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 10. Ст. 87.

9. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. 3-тє вид., переробл. і доп. Київ : Правова єдність, 2009. 432 с.

10. Семейный кодекс Кыргызской Республики от 30 августа 2003 г. № 201. *База данных «Законодательство стран СНГ».* URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=4088 (дата звернення: 01.02.2020).

11. Семейный кодекс Республики Узбекистан от 30 апреля 1998 г. *База данных «Законодательство стран СНГ».* URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=973 (дата звернення: 01.02.2020).

12. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ. *База данных «Законодательство стран СНГ».* URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1809 (дата звернення: 01.02.2020).

13. Сібільов М.М. Договірне регулювання сімейних відносин: становлення і сучасний стан законодавства та напрями наукових досліджень. *Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової)* / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Харків : Право, 2019. С. 195–205.

14. Сімейне право України : навчальний посібник / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, В.О. Гончаренко та ін. ; за ред. Є.О. Харитонова. Київ : Істина, 2008. 200 с.

15. Сімейне право України : підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової. 3-те вид., переробл. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2011. 264 с.

16. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 01.02.2020).

17. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. / І.В. Жилінкова, В.К. Антошкіна, Н.А. Д'ячкова, В.Ю. Москалюк та ін. ; за ред. І.В. Жилінкової, 2008. 855 с.

18. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / С.Я. Фурса та ін. ; за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2008. 1248 с.

19. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні: теорія та практика : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2016. 202 с.

20. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 01.02.2020).

ЗМІСТ

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА:
ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

АНДРУСИШИН Р. М. ДЕВІАНТНА ПОВЕДІНКА ЛЮДИНИ, ЇЇ ПРИЧИНИ ТА ШЛЯХИ ПОПЕРЕДЖЕННЯ..... 3

АТАМАНОВА Н. В. РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ..... 7

БОЛДИРЄВ С. В., ЧУБАРЬ С. С. ФРАНЦУЗЬКИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ НА МІСЦЯХ ТА СУЧАСНИЙ СТАН КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ В ЧАСТИНІ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ: РИЗИКИ, ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ..... 13

ВАСИЛЬЧЕНКО О. П. ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВО НА ЗДОРОВ'Я УВ'ЯЗНЕНИХ..... 20

ГАВРИЛЬЦІВ М. Т. РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ЕФЕКТИВНІСТЬ ДІЇ ТА НАПРЯМИ ЇЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УМОВАХ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ..... 25

ДОЛИНСЬКА М. С. ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В ЗАКЛАДАХ ВИЩОЇ ОСВІТИ ЗІ СПЕЦИФІЧНИМИ УМОВАМИ НАВЧАННЯ..... 32

ЖИТИНСЬКИЙ О. В., ТРИХЛІБ К. О. ДЕМОКРАТИЧНА ПРАВОВА ДЕРЖАВА: СОЦІАЛЬНА *VS* ЛІБЕРАЛЬНА..... 38

ZABOKRYTSKYI I. I. THE USE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION METHOD IN THE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AS A FEATURE OF MODERN CONSTITUTIONALISM TRANSNATIONALIZATION..... 45

ІЩЕНКО А. О. ПОНЯТТЯ ОСОБИСТОГО ЖИТТЯ ЛЮДИНИ: РОЗБІЖНОСТІ У ВИЗНАЧЕННІ..... 51

КАФАРСЬКИЙ О. В. ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ТА НОРМАТИВНОЇ СФЕРИ СІЛЬСЬКОГО ТУРИЗМУ В УКРАЇНІ..... 57

КОНОВЕЙЧУК Х. Б. КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ВЗАЄМОДІЇ ОБ'ЄДНАНОЇ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ З ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ..... 62

КОСТИЦЬКА І. О. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЛІ ПАРЛАМЕНТАРІЯ В СУСПІЛЬСТВІ..... 68

КРИЖАНОВСЬКА О. В. СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ТА ЕЛЕМЕНТІВ ІНФРАСТРУКТУРИ ПРАВОПОРЯДКУ ЗА СУЧАСНИХ УМОВ ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОГО СУСПІЛЬСТВА..... 75

КУЧУК А. М., ПЕКАРЧУК А. В. СИСТЕМА ПРАВА: НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІНИ ПАРАДИГМИ..... 84

МАКАРЕНКОВ О. Л. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ І ЧАС У СКЛАДІ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОБМЕЖЕНЬ ДЛЯ ЧИНОВНИКІВ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ..... 89

ОЛІЙНИК А. Ю. ПОНЯТТЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СВОБОДИ ОСОБИ НА ПІДПРИЄМНИЦЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ..... 98

ОЛІЙНИК В. С., ОЛІЙНИК В. В., ШУМНИЙ Н. О. ПРОБЛЕМИ РЕФОРМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ.....104

ПЕТРЕНКО Н. О., МАШКОВСЬКА Л. В. ЦИФРОВІЗАЦІЯ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.....112

ПРЯМІЦИН В. Ю., КЛІПАНОВСЬКИЙ А. П. ЗНАЧЕННЯ КУЛЬТУРИ, ЇЇ ДУХОВНОГО АСПЕКТУ ТА КУЛЬТУРНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ ДЛЯ УКРАЇНИ В УМОВАХ СЬОГОДЕННЯ.....119

ТИХОМИРОВ Д. О. МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ У СФЕРІ БЕЗПЕКИ..... 125

ТОЛКАЧОВА І. А., ТКАЧЕНКО Є. М. СТАН ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ УКРАЇНОЮ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД....131

ЧОРНА С. З. ПРИНЦИП САМОСТІЙНОСТІ ЯК ВАЖЛИВИЙ КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ.....135

ШЕШКО С. В. НОРМАТИВНЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ І СВОБОД ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ЗСУ.....141

ЩЕБЕТУН І. С., ДОВГАНЬ Б. В. ЕЛЕКТРОННА ДЕМОКРАТІЯ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН І ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ.....148

ЦИВІЛІСТИКА

БУЛАТ Н. М. ДОМЕННЕ ІМ'Я ЯК ЗАСІБ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ ІНТЕРНЕТ-РЕСУРСІВ.....154

ГУЙВАН П. Д. СПРАВЕДЛИВІСТЬ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ: ТЕМПОРАЛЬНІ АСПЕКТИ У СВІТЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПІДХОДІВ..... 161

ДЮКАРЄВА-БЕРЖАНІНА К. Ю. ЗАХИСТ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ: НАЦІОНАЛЬНІ ПІДХОДИ ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД.....168

КОЧИНА О. С. ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ВІДНОСИН.....177

КРИВОРУЧКО В. О., ОГОРОДНІЙЧУК І. А. ЗМІСТ ДОГОВОРУ ЕНЕРГОПОСТАЧАННЯ.....182

КРИВОШЕЇНА І. В. ОСОБЛИВОСТІ ВНЕСЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ДО СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ.....189

КРОЙТОР В. А. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОСУДОВОГО ПОРЯДКУ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ В СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ.....195

ЛУБЧУК О. Д. ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КІНЕМАТОГРАФІЧНИЙ ТВІР..... 201

ПЕКАР А. О. НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ТОВАРУ ІНШОГО ВИРОБНИКА: ЗМІСТ І СКЛАД ДЕЛІКТУ.....210

ПОГРЕБНЯК В. Я. ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ, ЩО НЕРОЗРИВНО ПОВ'ЯЗАНІ З ОСОБОЮ ЇХ НОСІЯ.....216

РЯБЧЕНКО Ю. Ю. РОЛЬ СУДУ В ДОКАЗОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В СУЧАСНОМУ ЗМАГАЛЬНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ.....222

СТРАТЮК О. М. ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРИПИНЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ.....231

ХОДИКО Ю. Є. ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОБ'ЄКТА ВОЛОДІННЯ.....237

ЧЕРНЕГА В. М. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ДО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН.....244

CONTENTS

DEVELOPMENT OF STATE AND LAW: ISSUES OF THEORY AND CONSTITUTIONAL PRACTICE

ANDRUSYSHYN R. M. DEVIANT HUMAN BEHAVIOR, ITS CAUSES AND WAYS TO PREVENT.....3

ATAMANOVA N. V. THE ROLE AND IMPORTANCE OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM OF UKRAINE.....7

BOLDYRIEV S. V., CHUBAR S. S. THE EXPERIENCE OF FRANCE IN ORGANIZING LOCAL PUBLIC AUTHORITY AND THE CURRENT STATE OF CONSTITUTIONAL REFORM IN UKRAINE IN TERMS OF DECENTRALIZATION OF POWER: RISKS, PROBLEMS OF IMPLEMENTATION.....13

VASYLCHENKO O. P. ON THE ISSUE OF PRISONERS' RIGHT TO HEALTH.....20

HAVRYLTSIV M. T. REALIZATION OF UKRAINIAN CONSTITUTION: IS EFFICIENCY AND DIRECTIONS OF PROVIDING ARE IN THE CONDITIONS OF CONSTITUTIONAL REFORM.....25

DOLYNSKA M. S. PROBLEMS OF LEGAL EDUCATION IN SPECIFIC HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS.....32

ZHYTYNSKYI O. V., TRYKHLIB K. O. DEMOCRATIC STATE OF LAW: SOCIAL *VS* LIBERAL.....38

ZABOKRYTSKYI I. I. THE USE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION METHOD IN THE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AS A FEATURE OF MODERN CONSTITUTIONALISM TRANSNATIONALIZATION.....45

ISHCHENKO A. O. THE CONCEPT OF A PERSON'S PERSONAL LIFE: DIFFERENCES IN DEFINITION.....51

KAFARSKIY O. V. FEATURES OF THE DEVELOPMENT OF LEGISLATION AND REGULATORY SPHERE OF RURAL TOURISM IN UKRAINE.....57

KONOVEYCHUK Ch. B. CONSTITUTIONAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE INTERACTION OF THE BODIES OF UNITED TERRITORIAL COMMUNITY WITH THE STATE AUTHORITIES.....62

KOSTYTSKA I. O. THEORETICAL AND LEGAL ISSUES DETERMINING THE ROLE OF A PARLIAMENTARIAN IN SOCIETY.....68

KRYZHANOVSKA O. V. RELATIONSHIP OF THE FUNCTIONS AND ELEMENTS OF THE INFRASTRUCTURE OF THE ORDER IN MODERN LEGAL SOCIETY FORMATION.....75

KUCHUK A. M., PEKARCHUK A. V. THE SYSTEM OF LAW: THE NEED THE PARADIGM CHANGE.....84

MAKARENKOV O. L. RESPONSIBILITY AND TIME IN THE COMPOSITION OF LEGAL MECHANISMS OF ANTI-CORRUPTION RESTRICTIONS FOR OFFICIALS OF PUBLIC AUTHORITIES.....89

OLINYK A. Yu. THE CONCEPT OF REALIZATION OF THE PERSON'S CONSTITUTIONAL FREEDOM FOR BUSINESS ACTIVITY IN UKRAINE.....98

OLIINYK V. S., OLIINYK V. V., SHUMNYI N. O. PROBLEMS OF LOCAL GOVERNMENT REFORM: FOREIGN EXPERIENCE AND UKRAINIAN REALITIES..104

PETRENKO N. O., MASHKOVSKA L. V. DIGITALIZATION OF STATE ADMINISTRATIVE SERVICES IN UKRAINE: REGULATORY ASPECTS.....112

PRYAMITSIN V. Yu., KLIPANOVSKY A. P. THE IMPORTANCE OF CULTURE, SPIRITUAL ASPECTS AND THE CULTURAL FUNCTION OF THE STATE FOR UKRAINE IN THE CONDITIONS OF THE PRESENT.....119

TIKHOMIROV D. O. INTERNATIONAL SECURITY STANDARDS.....125

TOLKACHOVA I. A., TKACHENKO YE. M. STATE OF IMPLEMENTATION BY UKRAINE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS.....131

CHORNA S. Z. THE PRINCIPLE OF INDEPENDENCE AS A LEADING CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ORGANIZATION AND ACTIVITY OF DEPARTMENT JUDICIAL IN UKRAINE.....135

SHESHKO S. V. REGULATORY ASSIGNMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS OF MILITARY SERVICES.....141

SHEBETUN I. S., DOVGAN B. V. E-DEMOCRACY: EXPERIENCE OF FOREIGN COUNTRIES AND PROSPECTS FOR IMPLEMENTATION IN UKRAINE.....148

CIVILISTICS

BULAT N. M. A DOMAIN NAME AS A MEANS OF INTERNET SOURCES INDIVIDUALIZATION.....154

GUYVAN P. D. JUSTICE OF THE TRIAL: TEMPORAL ASPECTS IN THE LIGHT OF EUROPEAN APPROACHES.....161

DIUKARIEVA-BERZHANINA K. Yu. PROTECTION OF RIGHTS TO TRADE SECRETS: NATIONAL APPROACHES AND INTERNATIONAL EXPERIENCE.....168

KOCHYNA O. S. CONTRACTUAL REGULATION OF COPYRIGHT AND RELATED RELATIONS.....177

KRYVORUCHKO V. O., OHORODNIICHUK I. A. CONTENTS OF ENERGY SUPPLY CONTRACT.....182

KRYVOSHEINA I. V. FEATURES OF ENTERING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS TO THE CHARTER CAPITAL.....189

KROITOR V. A. MAIN PROVISIONS OF PRE-TRIAL PROCEDURE OF DISPUTE RESOLUTION WITHIN COURT PROCEEDINGS.....195

LUBCHUK O. D. PERSONAL NON-PROPRIETARY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS TO A CINEMATOGRAPHIC WORK.....201

PEKAR A. O. UNAUTHORIZED USE OF OTHER MANFUCTURER'S PRODUCTS: CONTENT AND COMPONENTS OF THE DELICT.....210

POHREBNIAK V. Ya. SOME FEATURES OF TERMINATION
OF SUBJECTIVE CIVIL RIGHTS INEXTRICABLY LINKED WITH A PERSON.....216

RIABCHENKO Yu. Yu. THE ROLE OF THE COURT IN EVIDENCE
IN TODAY'S COMPETITIVE CIVIL LITIGATION..... 222

STRATYUK O. M. STAGES OF FORMATION OF LEGISLATION
ON THE TERMINATION OF BUSINESS ENTITIES..... 231

KHODYKO Yu. Ye. REGARDING THE PECULIARITIES
OF THE LEGAL REGIME OF THE OBJECT OF POSSESSION.....237

CHERNEHA V. M. APPLICATION OF THE RULES OF CIVIL LAW
TO THE REGULATION OF FAMILY RELATIONS..... 244

ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО **2 • 2020**

Науковий журнал

Науковий журнал Виходить шість разів на рік

Українською, російською та англійською мовами

Підписано до друку 02.03.2020 р. Формат 70x100/16. Папір офсетний.
Обл.-вид. арк. 24,15. Ум. друк. арк. 20,8. Наклад 300 прим. Ціна договірна.

ВНПЗ «Дніпровський гуманітарний університет»
49046, м. Дніпро, вул. Орловська, 1-Б, т. (056) 371-51-42

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Телефон +38 (0552) 39 95 80,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.