№18 (2019)
ISSN 2312-6566

Науковий журнал

ВІСНИК

ПІВДЕННОГО РЕГІОНАЛЬНОГО ЦЕНТРУ
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

JOURNAL OF THE SOUTH REGIONAL CENTER
OF NATIONAL ACADEMY OF LEGAL SCIENCES OF UKRAINE

INDEX COPERNICUS INTERNATIONAL



Зі святом 8 березня, любі жінки!

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ВІСНИК

Південного регіонального центру Національної академії правових наук України

JOURNAL

of the South Regional Center of National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Науковий журнал

№ 18, 2019

Одеса
2019

УДК 340(477)(082)
В535

Журнал включено до Переліку наукових фахових видань України (Наказ МОН України № 261 від 06.03.2015 року (Додаток 13).

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

Редакційна рада: *О.В. Петришин*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.Я. Тацій*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *М.П. Кучерявенко*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.П. Тихий*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.А. Журавель*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *Ю.В. Баулін*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *Ю.П. Битяк*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.І. Борисов*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *А.П. Гетьман*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.Д. Гончаренко*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *С.В. Ківалов*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *Н.С. Кузнецова*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *В.Т. Нор*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України; *Ю.С. Шемшученко*, д.ю.н., проф., академік НАПрН України.

Редакційна колегія: С.В. Ківалов, д.ю.н., проф., акад. НАПрН і НАПН України — **головний редактор**; *Ю.П. Аленін*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *В.М. Дрьомін*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *А.Ф. Крижановський*, д.ю.н., проф. чл.-кор. НАПрН України; *Ю.М. Оборотов*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *О.П. Подцерковний*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *Є.Л. Стрельцов*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України (науковий редактор); *В.В. Тищенко*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *В.О Туляков*, проф., чл.-кор. НАПрН України; *Є.О. Харитонов*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *О.І. Харитонова*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *Г.І. Чанишева*, д.ю.н., проф., чл.-кор. НАПрН України; *Х.-Й. Альбрехт*, д.ю.н., проф. (ФРН); *Р. Ворд*, д.ю.н., проф. (США); Ює Лілінг, д.ю.н., проф. (КНР); *А.М. Притула*, к.ю.н., доц. (відповідальний секретар).

Відповідальний за випуск *Є.Л. Стрельцов*

Журнал засновано у 2014 році. Виходить щоквартально.
Свідоцтво про державну реєстрацію № 20641-10461Р від 15.04.2014 року.

Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у журналі допускається лише з письмового дозволу редакції. При передрукуванні матеріалів посилання на журнал обов'язкове.

Адреса редакції:
Південний регіональний центр НАПрН України,
офіс 8, вул. Академічна, 7, м. Одеса, Україна, 65009, тел. (048) 232-07-30.

Сайт — www.prc.com.ua

ISSN 2312-6566

© ПРЦ НАПрН України, 2019

ЗМІСТ

ВСТУП 7

Конституційне та муніципальне право

І.Є. Словська
ЗАКОНОТВОРЧІСТЬ: ОСОБЛИВОСТІ ТА ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ. 8

О.В. Баклан
ПРО РОЗВИТОК НАУКИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 14

В.О. Демиденко
МУНІЦИПАЛЬНА НОРМОТВОРЧІСТЬ ТА МУНІЦИПАЛЬНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ 23

А.М. Притула
ДО РОЗУМІННЯ ПРАВОВИХ ОСНОВ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ. 33

А.Я. Палюх
ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІЗИЧНОЇ КУЛЬТУРИ І СПОРТУ В УКРАЇНІ ТА ДЕЯКИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ . . . 44

Цивільне право та процес, сімейне право, міжнародне приватне право

В.В. Надьон
УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ОДНИМ ІЗ ПОДРУЖЖЯ БЕЗ НАЛЕЖНОЇ ЗГОДИ ДРУГОГО 51

О.О. Іляшко
МЕХАНІЗМИ ГАРАНТУВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ ТА ПРОБЛЕМИ ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ 58

А.А. Пилипенко, Левицька С.І., Левдик А.А.
«ШЛЮБ ЗА ДОБУ»: ПІЛОТНИЙ ПРОЕКТ ЧИ НОВА ЗАКОНОДАВЧА ПІДСТАВА ДЛЯ РЕЄСТРАЦІЇ ШЛЮБУ ЗА СКОРОЧЕНОЮ ПРОЦЕДУРОЮ 66

Н.М. Булат
КЛЮЧОВІ ПОЛОЖЕННЯ ЄДИНИХ ПРАВИЛ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ ПРО ДОМЕННІ ІМЕНА ТА ПРАКТИКА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ 73

Л.О. Андрієвська, М.Г. Поліщук
ПРОБЛЕМИ ДІТЕЙ ТРУДОВИХ МІГРАНТІВ В УКРАЇНІ 83

Трудове право та право соціального забезпечення

Г.І. Чанишева
УМОВИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПЕНСІЇ ЗА ВІКОМ МАТЕРЯМ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ З ДИТИНСТВА 90

Адміністративне право та процес, фінансове право, інформаційне право

В.В. Половніков
ОКРЕМІ ПИТАННЯ МОДЕРНІЗАЦІЇ СИСТЕМИ УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ 97

М.Ю. Клейман
ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ ДЕТЕКТИВІВ У ВЕЛИКІЙ БРИТАНІЇ 106

Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право

І.І. Митрофанов
ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПЕДАГОГІКИ 114

В.В. Гладкий
СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ФЕНОМЕНУ КОРУПЦІЇ 124

С.О. Муха
ПРАВОВА ПРИРОДА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ ОСОБИ НА ПОРУКИ 133

О. Мельник, Р. Брянгін
ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ НЕЗАКОННОЇ МІГРАЦІЇ ЧЕРЕЗ ДЕРЖАВНИЙ КОРДОН УКРАЇНИ З ТЕРОРИСТИЧНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ 142

Кримінальний процес, криміналістика, судова експертиза, оперативно-розшукова діяльність

P. Czarnecki, M. Popiel
THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE INJURED PERSON IN THE POLISH CRIMINAL PROCEDURE AGAINST INTERNATIONAL STANDARDS 150
І.В. Гловюк
ПРАВО ІНШОЇ ОСОБИ, ПРАВА ЧИ ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ЯКОЇ ОБМЕЖУЮТЬСЯ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ, НА ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ 158
К.О. Сандул
ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО АНАЛІЗУ В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ. 166
В.О. Соловйов
ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В ДОКАЗУВАННІ ПІД ЧАС ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ПРО ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ. 172
М.І. Петрушко
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ВИПАДКАХ ЗМІНИ ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ ПРОКУРОРА У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ 179

Судоустрій, прокуратура, адвокатура

В.В. Гелетей
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ (на прикладі Управління державної охорони України) 187
K. Gorczyca-Barszczewska
JUDICATURE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND «DISTRIBUTION OF WORKS» IN POLISH COPYRIGHT LAW. 196
С.В. Нечипорук
ПРАКТИЧНА ПІДГОТОВКА МАЙБУТНІХ СУДДІВ ЯК ЗАПОРУКА НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ. 201

Міжнародне право

Ю.В. Чайковський
ДЕТЕРМІНАНТИ РОЗВИТКУ МІГРАЦІЙНИХ ПОЛІТИК ДЕРЖАВ У СУЧАСНИХ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ УМОВАХ 207
В.А. Ващенко
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ДЕНОНСАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ДОГОВОРУ 214

Нові видання

РЕЦЕНЗІЯ
на монографію ***В.П. Кононенка***
«Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика» 224

CONTENTS

I. Slovska
LAW-MAKING: FEATURES AND PROBLEMS OF LEGAL REGULATION 8
O. Baklan
ON THE DEVELOPMENT OF PUBLIC ADMINISTRATION SCIENCE: THE HISTORICAL AND LEGAL ASPECT 14
V. Demidenko
MUNICIPAL RULE-MAKING AND MUNICIPAL LAW-MAKING: ASPECTS OF THE COMBINATION 23
A. Prytula
UNDERSTANDING OF LEGAL BASIS FOR THE ACTIVITIES OF THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE. 33
A. Paluh
FEATURES OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL REGULATION OF PHYSICAL CULTURE AND SPORTS IN UKRAINE AND SOME EUROPEAN COUNTRIES 44
V. Nadon
CONCLUSION OF A CONTRACT BY ONE OF THE SPOUSES WITHOUT THE PROPER CONSENT OF THE OTHER. 51
O. Iliashko
THE MECHANISMS OF GUARANTEE OF THE PROPERTY RIGHTS IN THE TEMPORARILY OCCUPIED TERRITORIES AND PROBLEMS OF THEIR REALIZATION 58
A. Pylypenko, S. Levytska, A. Levdyk
«MARRIAGE IN A DAY»: THE PILOT PROJECT OR A NEW LEGAL BASIS FOR STATE MARRIAGE REGISTRATION IN SHORTENED TERMS 66
N. Bulat
THE KEY PROVISIONS OF THE UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY AND THE PRACTICE OF ITS APPLICATION 73
L. Andriievska, M. Polishyk
PROBLEMS OF CHILDREN OF MIGRANT WORKERS IN UKRAINE 83
G. Chanysheva
CONDITIONS FOR AWARDING RETIREMENT PENSIONS TO MOTHERS OF PERSONS WITH DISABILITIES SINCE CHILDHOOD 90
V. Polovnikov
SOME ISSUES OF MODERNIZATION OF THE MANAGEMENT SYSTEM OF THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE 97
M. Kleyman
THE PECULIARITIES OF WORK OF PRIVATE DETECTIVES IN GREAT BRITIAIN 106
I. Mitrofanov
SELECTED ISSUES OF CRIMINAL LAW PEDAGOGY 114
V. Hladky
ESSENCE AND VALUE OF THE PHENOMENON OF CORRUPTION 124
S. Mukha
THE LEGAL NATURE OF DISCHARGE FROM CRIMINAL LIABILITY IN VIEW OF ADMISSION BY BAIL 133
O. Melnyk, R. Bryangin
SOME FEATURES OF INTERRELATION OF ILLEGAL MIGRATION THROUGH FRONTIER OF UKRAINE AND TERRORIST ACTIVITY 142
P. Czarnecki, M. Popiel
THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE INJURED PERSON IN THE POLISH CRIMINAL PROCEDURE AGAINST INTERNATIONAL STANDARDS 150
I. Hloviuk
THE RIGHT OF ANOTHER PERSON WHOSE RIGHTS OR LEGITIMATE INTERESTS ARE LIMITED DURING THE PRE-TRIAL INVESTIGATION, ON THE CLOSING OF CRIMINAL PROCEEDINGS: THE PROBLEMS OF NORMATIVE REGULATION AND IMPLEMENTATION 158

K. Sandul
ORGANIZATIONAL AND LEGAL BASIS OF IMPLEMENTATION CRIMINAL ANALYSIS IN OPERATIONAL ACTIVITY OF THE STATE BORDER SERVICE OF UKRAINE 166
V. Soloviov
FEATURES OF THE PARTICIPATION OF A DEFENDER IN PROVING WHEN THE INVESTIGATING JUDGE RESOLVES THE ISSUE OF THE DETERMINATION, CHANGE AND ABOLITION OF MEASURES TO ENSURE CRIMINAL PROCEEDINGS 172
M. Petrushko
ENSURING THE RIGHTS OF PARTICIPANTS OF CRIMINAL PROCEEDINGS IN CASES OF CHANGE OF A LEGAL POSITION OF THE PROSECUTOR IN COURT OF FIRST INSTANCE 179
V. Geletei
CONCERNING LAW ENFORCEMENT SPECIAL PURPOSE BODIES CONTEXT (on the Department of the State Guard of Ukraine example) 187
K. Gorczyca-Barszczewska
JUDICATURE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND «DISTRIBUTION OF WORKS» IN POLISH COPYRIGHT LAW 196
S. Nechyporuk
PRACTICAL TRAINING OF FUTURE JUDGES HOW TO GUARANTEE THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY 201
Yu. Chaykovskyy
DETERMINANTS OF THE DEVELOPMENT OF MIGRATION POLICIES OF STATES IN MODERN INTERNATIONAL LEGAL CONDITIONS 207
V. Vashchenko
LEGAL CONSEQUENCES OF DENUNCIATION OF INTERNATIONAL TREATY 214

REVIEW
on the monograph ***V. Kononenko***
«The resolution of territorial disputes by the International Court of Justice: theory and practice» 224

ЛЮБІ ЖІНКИ! ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

Людське життя, кожен його рік, кожен місяць нашого життя насичений важливими подіями. Серед таких подій важливе місце займають свята — дні коли ми відмічаємо видатні події та знаменні дати.

Не є виключенням і березень. У цьому місяці відбудуться важливі політичні події, в тому числі і така, результати якої на п'ять років будуть визначати розвиток нашої держави.

Але є визначна подія у цьому місяці. Це усім відоме свято, яке припадає на 8 березня — Міжнародний жіночий день. По-перше, це свято не тільки цього місяця, це всесвітнє, так зване «постійне» свято, яке цивілізоване людство тільки офіційно відмічає вже 110 років. По-друге, це свято, має і відповідний внутрішній зміст, згідно з яким, в ньому знаходить своє відображення і наша любов, і наша повага, і наше бажання завжди робити вчинки, які будуть корисні для жінок.

Потрібно звернути увагу, що в останні роки наше шанування жінками значно активізувало розвиток гендерної політики, реалізація якої повинна в подальшому все глибше закріпляти рівний правовий статус жінок і чоловіків, що дозволяє жінкам брати на себе необхідну для держави участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства, в тому числі: політичній, соціально-економічній, правовій та ін. Справжні чоловіки всіляко підтримують розвиток цієї політики, бо вони добре розуміють, що є дуже багато сфер, де жінка може виконувати відповідні обов'язки не тільки нарівні з чоловіками, а й набагато краще.

Але напередодні Міжнародного жіночого дня, свята, яке для чоловіків є одним з найзначніших, дозвольте все ж відійти від соціально-політичних питань, та відверто сказати жінкам, панянкам — ми Вас кохаємо!

Я завжди це не тільки повторюю, а й постійно наполягаю на тому, що багато з того, якщо не усе, що ми робимо в своєму житті, ми робимо саме для вас — милі панянки. Так, ми різні, і у кожного з нас наша любов, наша повага, наше шанування до Вас, може мати різне вираження, але всі ми, у будь-якому разі, справжні чоловіки, дійсно роблять все для Вас!

Нехай все своє життя Вас кохають і поважають, нехай Вас завжди оточують люблячі чоловіки, милі діти, близькі і колеги, які шанують Вас!

Зі святом! З Міжнародним жіночим днем!

Головний редактор,
академік НАПрН України
Сергій Ківалов

УДК 342.537

І.Є. Словська,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри конституційного права та галузевих дисциплін
Рівненського національного університету водного господарства
та природокористування

ЗАКОНОТВОРЧІСТЬ: ОСОБЛИВОСТІ ТА ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. Проаналізовані недоліки вітчизняного законотворчого процесу — теоретичні прогалини правового регулювання і практику реалізації нормативних положень. З'ясовано, що однією з причин недосконалого процесу розробки і схвалення правових актів є відсутність спеціального закону з цієї проблематики. Запропоновано конкретні пропозиції щодо змісту такого документа. Наголошено, що потребують додаткового законодавчого врегулювання питання проведення референдумів та раціонального співавторства народних депутатів як розробників закону.

Ключові слова: закон, держава, суспільство, законотворчість, право, народний депутат, парламент.

Постановка проблеми. Законодавчі акти, які видає парламент, відіграють значну роль у регулюванні суспільних відносин, пов'язаних з досягненням конкретних цілей у ході державного будівництва. Втілюючи у відповідних нормативних актах економічні і господарські заходи, Верховна Рада України забезпечує тим самим цілеспрямований і планомірний розвиток народного господарства, прагне до необхідної конкретності, сталого і тривалого порядку.

Законодавча інституція здійснює правове регулювання найважливіших відносин, реалізацію нормотворчої здатності і видання нормативних актів лише із загальних і принципових, з точки зору державних інтересів, проблем країни. При цьому йдеться не про прогалини в праві, що виникають внаслідок недостатньої реалізації нормотворчої можливості, а свідомо передбачену можливість (і необхідність) загального регулювання з боку парламенту конкретних сфер життєдіяльності людини.

Помилково вважати, що процес законотворчості не впливає на суть і характер рішень, які приймаються, на правове регулювання в цілому. Навпаки, ефективність чинних правових актів, що досягається шляхом надання права вільного вибору моделі поведінки чи заборони вчиняти певним чином, стимулює законотворчий орган і суб'єкти реалізації законів до глибшого аналізу дійсності, пошуків, виходячи з пізнання реальної обстановки, нових рішень, використання тієї чи іншої юридичної форми їх вираження в певних ситуаціях.

Важливого значення при законотворенні і законореалізації набуває

предмет правового регулювання, виявлення із загальної сукупності відносин тих, юридичне закріплення яких у правовій нормі було б ефективним і відповідало б інтересам державотворення. Безумовно, зайве врегулювання здатне заподіяти лише шкоду. Тому якісне законотворення є ефективним і, відповідно, тема дослідження — цікава широкому колу всіх, хто цікавиться проблематикою державотворення й парламентаризму.

Вищезазначене зумовлює вибір предмета дослідження, адже **метою** написання запропонованої праці є аналіз якості законотворчого процесу, прогалин теорії і практики розробки й ухвалення законів.

Теоретичним підґрунтям стали праці таких авторів, як: Ю. Ганжуров, К. Соляннік, О. Ющик та ін.

Виклад основного матеріалу. Законотворча діяльність як складова правового функціонування держави традиційно розглядається в контексті концепцій теорії держави і права як функціональна ознака конституціональної характеристики політичної системи та рівня парламентаризму стосовно визначення моделі політичного режиму. В процесі розвитку України на засадах верховенства права у напрямі імплементації законодавчого ресурсу до європейських стандартів постає питання про моделювання оптимальних варіантів демократизації механізму законотворення, що може розглядатися як процес здійснення державного управління суспільством за допомогою визначених ним правових норм [1, с. 89].

Планування законотворчості є однією з характерних рис розвитку українського законодавства на базі Конституції 1996 року. Досвід свідчить, що його в цілому слід тісно пов'язувати з плануванням економічного і соціального розвитку країни. План законопідготовчих робіт на певний короткостроковий період (п'ять років) і план-прогноз на більш тривалий термін (десятиліття) дозволить планомірно й продумано втілювати в предмет законодавчого регулювання проблеми практики суспільного і державного життя.

Здійснення цієї величезної за масштабами роботи потребує подальшого поглиблення взаємозв'язку юридичної науки і практики. У сфері правотворчості закріпленню такої взаємодії значно сприяла б підготовка закону про нормативні акти. Про видання такого документа нерідко дискутують на сторінках монографій, журналів і газет, при цьому автори деталізують його концепцію і зміст [2, с. 21; 3, с. 234-235].

Необхідність зазначеного кроку викликана потребою в створенні умов для більш широкої реалізації в сфері правотворчості вимог ст. 8 Конституції України [4]. Це означає, що закони повинні прийматися в суворій відповідності з принципами права, а нормативні акти інших органів влади — відповідати духу і букві закону.

Безперечно, положення Регламенту Верховної Ради України щодо законодавчої процедури (Розділ IV) [5] вносять узгодженість у побудову і функціонування системи українського законодавства, але далеко не вирішують всіх питань, пов'язаних з такою парламентською процедурою. Подібне навряд чи можливе на рівні закону про структуру і порядок роботи всього парламенту і його окремих внутрішніх органів. Крім того, численні правові акти регулюють правотворчість окремих ланок системи державних органів, в силу чого не можуть містити приписи, що охоплюють всю систему нормативних актів. Між тим саме на

стику дії правових актів різного рівня ієрархії і перебувають нині багато невирішених в теорії і практиці питань. До них відносяться, наприклад, проблеми розходження між правилами законів і різних інструкцій органів виконавчої влади.

Інший комплекс неврегульованих питань законотворчості і правотворчості в цілому охоплює діяльність, яка передує створенню проекту майбутнього нормативного акта. Мова йде про роботу наукових та інших державних органів, інститутів громадянського суспільства, пов'язаних з аналізом і перевіркою ефективності чинного законодавства, виявленням потреб у новому правовому регулюванні чи зміні раніше виданих нормативних актів, пошуком оптимальних шляхів вирішення існуючих у суспільстві проблемних ситуацій, включаючи усунення негативних наслідків науково-технічного прогресу і, в кінцевому результаті, прогнозуванням розвитку правової системи на певний період.

Коло питань наукового та інформаційного забезпечення нормотворчості, яке потребує законодавчого закріплення, є об'ємним. Варто відмітити потребу в законодавчому закріпленні питань організації, проведення і використання результатів соціологічних опитувань, експериментів у правовій сфері, а також обговорення законопроектів громадськістю.

Посиленню законності в сфері нормотворчості слугуватиме закріплення в такому законі не просто переліку найменувань правових актів і суб'єктів їх ухвалення, але й типологічної характеристики кожного виду. Це дозволить відобразити залежність між правовою силою акта, характером врегульованих ним відносин і специфікою норм, що в ньому містяться. Фіксація типологічних характеристик кожного виду актів могла б сприяти, зокрема, вирішенню давно назрілого питання про допустимий ієрархічний рівень нормативних актів, що встановлюють правовий статус особи.

Ще один комплекс проблем, які бажано врегулювати, стосується рівня внутрішньої узгодженості, несуперечливості чинному законодавству. З цією метою в законі варто було б включити норму, якою закріпили б два правила: перше передбачає, що одна і та ж сфера суспільних відносин може регулюватися лише одним, а не декількома нормативними актами того ж рівня ієрархії; друге — регламентувати суспільні відносини, вже врегульовані нормативним актом, не у формі прийняття нового акта, а шляхом доповнення і змін раніше виданого. Варто також передбачити, що, якщо в нормативному акті передбачається задля його реалізації розробка інших підзаконних актів, то їх проекти повинні складатися одночасно з проектом основного нормативного акта [6, с. 43-45, 47-48].

Потребує також законодавчого врегулювання процедура ухвалення рішень на референдумах, оскільки детальна регламентація в законодавчій площині наразі відсутня. Розділ III Конституції містить положення про цей вид прямого народовладдя, але їх недостатньо.

Зазначимо, що законотворчий процес взагалі може бути поділений на два основні види — процес, що здійснюється верховною владою ініціативно, «згори», і процес, здійснення якого диктується верховній державній владі «знизу»; між ними, залежно від тих чи інших особливостей, розташовуються проміжні різновиди, що тяжіють до того чи іншого з цих видів. Існування законотворчого процесу двох таких видів пояснюється тим, що

в ході історичної еволюції верховна влада будь-якої держави опиняється завжди в одній із двох принципово різних ситуацій, залежно від того, на якій стадії перебуває розвиток вихідного протиріччя, яку лінію політичного розвитку — спадну чи висхідну проходить суспільство. Відтак робиться висновок, що регулярним і стабільним законотворчим процесом є вироблення законодавчих актів державним апаратом з ініціативи верховної влади, процес, здійснюваний «згори». У більшості випадків справа відбувається саме так. І навпаки, здійснення владою законодавчого процесу під диктовку «знизу» часто має характер ситуативний [1, с. 94; 7, с. 166].

Наступною проблемою законотворення є низька якість ухвалених законів. Моніторинг законодавчої бази, а також зміст законопроектів розкриває сталу залежність основних напрямів законотворення з програмними цілями політичних партій. Галузеве законодавство в частині внесення змін і доповнень, що їх ініціюють депутати від політичних партій, віддзеркалює мотивацію суб'єктів законодавчої ініціативи. Спільним для всіх таких об'єднань є прагнення до законодавчого забезпечення і правових гарантій їх діяльності.

Від скликання до скликання реєструється все більша кількість законодавчих ініціатив. Такі результати аналізу Громадянської мережі ОПОРА. Якщо під час III скликання Верховної Ради було внесено 6 046 ініціатив, то вже під час IV скликання їхня кількість становила 7 587, VI скликання — 8 159 ініціатив, натомість лише за три роки нинішнього VIII скликання було внесено 10 470 проектів законів та постанов.

Варто відзначити і наступний факт: якщо український уряд завжди вносив приблизно однакову кількість ініціатив (від 909 до 844), а активність Президента навіть зменшилася (з 304 до 152 ініціатив), то саме народні депутати стали головними авторами (кількість ініціатив зросла з 4 833 до 9 474) все більшої кількості проектів законів та постанов. Таким чином, з огляду на вже існуючі статистичні дані, парламент навіть фізично не зможе розглянути всі подані ініціативи. Тому близько третини зареєстрованих законопроектів у парламенті нинішнього скликання досі опрацьовуються в профільних комітетах.

Окремим важливим питанням є також кількість прийнятих законопроектів у різних скликаннях парламенту. Якщо у кількісному співвідношенні під час кожного скликання приймалась приблизно однакова кількість законопроектів (*у межах 800 ініціатив*), то у відсотковому відношенні Верховна Рада нинішнього скликання значно відстає. Так, у період III скликання чинними стали **28%** законопроектів, IV — **23%**, VI — **20%**, натомість VIII — лише **12%**.

Якщо говорити про безпосередній показник депутатської успішності за три роки роботи Верховної Ради VIII скликання, то понад чвертю прийнятих законопроектів свого співавторства можуть похизуватися **лише 18 народних обранців.** У свою чергу, за кількістю прийнятих законопроектів **лідерами стали**: *Віктор Галасюк (48 ініціатив), Олег Ляшко (41), Максим Єфімов (27), Віктор Кривенко (26), Оксана Продан (24), Олександр Третьяков (22), Іван Вінник (22), Вадим Івченко (20), Ганна Гопко (19) та Тетяна Острікова (19)*.

Проблема результативного ухвалення поданих законопроектів залишається актуальною для більшості

депутатів Верховної Ради. Але чи можливо якось покращити процес проходження законопроектів?

Саме з цією метою 22 червня 2017 року був зареєстрований проект Закону № 6640 про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України (щодо листа підтримки законопроектів).

У пояснювальній записці до ініціативи зазначено: «Законопроектом пропонується встановити, що законопроекти, зареєстровані народними депутатами, мають передаватись для подальшого розгляду комітетами Верховної Ради лише у випадку їх підтримки певною кількістю депутатів (пропонується — не менше кількості, необхідної для формування фракції) чи урядом». Таким чином, за задумом ініціаторів, пропоновані зміни зможуть розвантажити апарат та комітети Верховної Ради від «так званого законодавчого спаму», а також «сприятимуть підвищенню результативності роботи Верховної Ради та якості документів, які нею ухвалюються». Законодавці підкреслюють, що «вказані зміни не дискримінують ні окремих депутатів, ні окремих фракцій, оскільки при сумлінному відношенні їх до законодавчого процесу, кожний проект законодавчого акту має розглядатись як такий, що має перспективу для його схвалення більшістю від конституційного складу Верховної Ради».

Народні депутати України, безумовно, зловживають правом індивідуальної законодавчої ініціативи. Нерідко ініціатори проектів законів навіть і не намагаються шукати підтримки своїх колег, вважаючи, що вже сам факт реєстрації проекту є свідченням ефективності їхньої депутатської роботи. І тому цей законопроект є актуальним, спрямованим на вирішення проблеми надмірної кількості індивідуальних законодавчих ініціатив [8]. Але згадана проблема має і зворотній бік — один законопроект має співавторами до сорока осіб, хоча спільна діяльність у такій ситуації є сумнівною. Співавтори «набивають» собі високі показники законотворчої активності.

Висновки. Законотворчість є однією з процедур реалізації повноважень парламенту. Актуальність її ефективного виконання зростає у зв'язку з прагненням євроатлантичної інтеграції, з одного боку, і фактичним станом неякісного (неузгодженого, пролобійованого, часто з порушенням вимог чинного законодавства) порядку закріплення уповноваженими суб'єктами народної волі. Ухвалення спеціального закону про нормативні акти зможе суттєво покращити ситуацію у разі закріплення в ньому вимог щодо: 1) рівня внутрішньої узгодженості (відповідності основному нормативному акту підзаконних та врегулювання однієї і тієї ж сфери суспільних відносин одним, а не декількома нормативними актами того ж рівня ієрархії); 2) роботи з підготовки проекту документа науковими та іншими державними органами, інститутами громадянського суспільства, пов'язаної з аналізом і перевіркою ефективності чинного законодавства; 3) переліку найменувань правових актів і суб'єктів їх ухвалення та типологічної характеристики кожного виду. Потребує додаткового законодавчого врегулювання питання проведення референдумів та раціонального співавторства народних депутатів як розробників тексту і змісту закону.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ганжуров Ю. Законотворча діяльність як комунікативний процес // Політичний менеджмент. 2005. № 2 С. 89-102.
2. Соляннік К.Є. Правова основа діяльності Верховної Ради України // Проблеми державного будівництва та місцевого самоврядування на сучасному етапі: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 21 травня 2009 року) / редкол.: Ю.П. Битяк, І.В. Яковюк, Г.В. Чапала. Харків: Видавець ФОП Вапнярчук Н.М., 2009. С. 21-23.
3. Словська І.Є. Конституційно-правовий статус парламенту — Верховної Ради України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 336 с.
4. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua (дата звернення: 20.02.2019)
5. Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 року № 1861-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 20.02.2019)
6. Поленина С.В. К разработке концепции закона о нормативных актах // Советское государство и право. 1985. № 5. С. 43-50.
7. Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу. — Київ: Парламентське видавництво, 2004. 519 с.
8. 3 роки Верховній Раді. Результативна законотворчість. URL: http://longread.oporaua.org/3-roky-vr_rezultatyvna-zakonotvorchist (дата звернення: 20.02.2019)

Словская И.Е.

Законотворчество: особенности и проблемы правового регулирования.

Аннотация. Проанализированы недостатки отечественного законотворческого процесса — теоретические пробелы правового регулирования и практику реализации нормативных положений. Установлено, что одной из причин несовершенного процесса разработки и принятия правовых актов является отсутствие специального закона по этой проблематике. Предложены конкретные предложения по содержанию такого документа. Отмечено, что требуют дополнительного законодательного урегулирования вопросы проведения референдумов и рационального соавторства народных депутатов как разработчиков закона.

Ключевые слова: закон, государство, общество, законотворчество, право, народный депутат, парламент.

I. Slovska

Law-making: features and problems of legal regulation.

Summary. The problems of the Ukrainian law-making process are analyzed — theoretical gaps in legal regulation and practice of norms' implementation. It is revealed that one of the reasons for the imperfect process of making and adoption of legal acts is the lack of a special law on this issue. Specific suggestions for the content of such a document are offered. It is stressed that an additional legislative regulation on the issue of holding referendums and rational co-authorship of MP as drafters of the law is necessary.

Keywords: law, state, society, law-making, law, MP, parliament.

УДК [342+342.9+346.1](477):341(061.1ЄС)

О.В. Баклан,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри публічного та приватного права
Київського університету імені Бориса Грінченка

ПРО РОЗВИТОК НАУКИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. У контексті процесу наукової розробки понять «управління», «державне управління», «соціальне управління» у статті розглядається та аналізуються окремі історичні погляди на визначення ролі держави щодо упорядкування суспільних відносин у певних сферах та галузях суспільного життя. З урахуванням зробленого аналізу, висловлюються власні міркування з зазначених питань.

Ключові слова: держава; регулювання; управління; державне управління; публічне управління; функції державного управління; функції державного регулювання.

Постановка проблеми. Як соціальне явище державне управління виникає одночасно з утворенням держав, оскільки держава — це територіальна організація людей, що має концептуальне значення. По-перше, тим самим долаються родоплемінні («кровні») взаємозв'язки, які замінюються на суто суспільні. По-друге, створюється структура, яка повинна виступати нейтральною по відношенню до національних, релігійних та соціальних ознак різних людей. Історично держава веде до нового співтовариства людей, де діють інші ідеали, цінності та цілі [1].

Метою даної статті є аналіз різнобічних наукових поглядів, продовження наукових дискусій та розширення кола інформації щодо зазначеної тематики.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Зміст стародавніх та сучасних наукових досліджень різних фундаментальних, комплексних та галузевих наук свідчить, що багато дослідників у власних наукових працях постійно звертаються до різноманітних питань щодо еволюції управління, соціального управління, державного управління, публічного управління тощо [2, с. 9-173].

Виклад основного матеріалу. Звертаючи увагу на історію управління, дослідники насамперед згадують відомого вавилонського правителя Хаммурапі (1792—1750 рр. до н.е.), котрий для удосконалення державного управління вперше прийняв так званий звід-законів Хаммурапі, який містив 285 нормативних актів-управління державою, які були імперативною лідерською настановою для діяльності чиновників всієї імперії. Тобто вже в ті часи можемо спостерігати виникнення системи формально-свідомої організації та вольового регулювання поведінки людей.

Помітну увагу питанням організації управління приділяли і стародавні греки. Так, про управління як життєво важливий особливий вид людської діяльності визначав ще давньогрецький філософ Сократ (бл. 470—399 рр. до н.е.). Феномен управління досліджував в своїх працях його учень та послідовник Платон (428/7—346/7 рр. до н.е.). Зокрема він відзначав, що управління є важливим елементом системи життєзабезпечення суспільства. Платоном була запропонована одна з перших класифікацій функцій держави, включаючи функцію управління, захисту і виробництва матеріальних благ.

Учень Платона та вихователь Олександра Македонського Аристотель (384—322 рр. до н.е.), створив фундамент вчення про домогосподарство (прототип сучасної політичної економії), його погляди на розвиток людства та держави мали помітний вплив на розвиток людської думки щодо управління державою, зокрема він вказував на необхідність розробки так званої «науки про місто», яка б слугувала настановою керівникам міст-рабовласникам.

Помітна кількість управлінських інноваційних рішень виникає у Стародавньому Римі. Зокрема серед них можна згадати запровадження лінійного принципу щодо побудови та організації діяльності органів державного управління та ін.

У становлення та розвиток теорії державного управління помітне місце належать працям таких мислителів як Каутилья — раднику індійського імператора Чандрагупти Маурьи (321—297 р.р. до н. э.), який обґрунтував ідеальну державу з розгалуженою поліцейською системою; давньокитайському засновнику школи легістів Шан Яну тощо та деяким іншим [3].

Згадані історичні праці демонструють, що управління є невід'ємним атрибутом перманентного розвитку суспільства, одним з його сутнісних проявів, яке одночасно вдосконалюється та розвивається разом з суспільством. Пізніше значний вплив на розвиток теорії державного управління здійснили таки відомі учені, як: Г.В.Ф. Гегель, Т. Гоббс, Д. Дідро, І. Кант, Д. Локк, Н. Макіавеллі, Ш.Л. де Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, Д. Юм та деякі інші.

Ключовим етапом розвитку управління як соціального феномену стала поява самостійної науки управління, яка виникла наприкінці XVII — на початку XVIII століття.

Але ще раніше великим кроком вперед у широкому розумінні державного управління відзначена епоха Відродження. Так, зокрема, у цей час з'явились праці італійського ученого та політика Нікколо Макіавеллі, в яких він обґрунтовано став трактувати державне управління в розумінні життєво необхідного адміністрування. Відділивши політику від релігії та моралі, Н. Макіавеллі цим самим перевернув основи політичної свідомості того часу. При цьому з розподілом політичної влади саме у республіканської формі правління учений вбачав зразок стійкої держави. Пізніше ці положення були розвинуті Д. Локком та Ш.Л. де Монтеск'є у знаменитій теорії розподілу влади.

Помітний внесок у розробку як теорії так і практики державного управління внесли такі основоположні праці як: «Наука державного управління» майбутнього президента США Вудро Вільсона, «Про поліцію і муніципалітет» Ж. Петі, «Адміністративні звичаї» Ж. Ііберта, «Нариси про адміністрацію» А. Вів'єна.

Таким чином згаданими та іншими ученими ранньої сукупності знань

щодо майбутньої самостійної наукової теорії державного управління були доведені два основних постулати. А саме, перший — для того щоб створювати та реформувати державний апарат управління, треба його добре дослідити та вивчити. Другий — апарат державного управління повинен бути організаційно відокремлений від сфери політики, релігії та інших сфер суспільного буття.

У другої половині XIX століття у теорії державного управління виникає нова течія — концепція наукового управління.

Засновником школи наукового управління прийнято вважати Фредеріка Вінслоу Тейлора (1856–1915 р.р.), якого часто називають батьком наукових методів управління, а головна його праця — «Принципи наукового менеджменту» є зразком прикладного дослідження в науці державного управління. Оскільки Ф.В. Тейлор, насамперед, був фахівцем-практиком він також оформив патенти на більш ніж сотню своїх винаходів і раціоналізаторських пропозицій. В основі власної теорії дослідник поклав людський фактор, суть якого полягає в тому, що працівника для підвищення його продуктивності праці необхідно всіляко стимулювати. Основне завдання запропонованої ним системи це зближення інтересів усього персоналу підприємства. Вирішення завдання підвищення продуктивності праці дослідник бачив в раціоналізації трудових операцій на базі наукової організації трудової діяльності робітників. Історичним здобутком Ф.В. Тейлора є визнання того, що робота з управління — це певний своєрідний вид діяльності, який потребує наявності певної спеціальності.

Наукові новації Ф.В. Тейлора одержали широке поширення у багатьох країнах світу, зокрема, у США, Великої Британії, Італії, Нідерландах, Німеччині, Росії, Франції, Японії та інших розвинутих країнах. Наукова спадщина Ф.В. Тейлора має своїх чисельних послідовників.

Так значний внесок у розвиток системи Ф.В. Тейлора вніс німецький дослідник Гаррінгтон Емерсон (1853–1931 р.р.), розробивши відомі та актуальні донині дванадцять принципів продуктивності. А саме: вірно встановлені цілі; здоровий глузд; компетентні поради і консультації; дисципліна і порядок; справедливе і неупереджене ставлення до працівників; оперативний, точний, повний і безперервний облік; диспетчирование; норми та розклад; налагодження умов праці; нормування робочих операцій; стандартні письмові інструкції; нагорода за продуктивність.

Одним з послідовників школи наукового управління став Генрі Форд, який продовжив дослідницьку роботу Ф.В. Тейлора в галузі організації виробництва, замінивши ручну працю машинами.

Учень Ф.В. Тейлора — Генрі Гантт вніс значний внесок у розробку теорії лідерства.

Узагальнюючи вищезазначене можна підсумувати, що до здобутків представників школи наукового управління в розвиток сукупності знань про управління можна віднести: використання наукового аналізу для визначення кращих способів виконання завдання; доведення обов'язковості необхідності забезпечення працівників ресурсами, необхідними для ефективного виконання їх завдань; обґрунтування відбору працівників, які найкраще підходять для виконання завдань, і забезпечення їх навчання; пропозиції щодо систематичного і правильного використання матеріаль-

ного стимулювання для підвищення продуктивності праці; виокремлення таких видів діяльності як планування прогнозування від інших видів праці [3].

У першої половині XX століття у теорії державного управління виникає нова концепція — класична.

Засновником класичної (або адміністративної) школи в управлінні вважається французький дослідник Анрі Файоль (1841—1925 р.р.), який у книзі «Загальне та промислове управління» вперше запропонував формалізований опис роботи керівників-менеджерів та сформулював наступні власні основні принципи управління: поділ праці; повноваження і відповідальність; дисципліна; єдиноначальність; єдність дій; підпорядкованість інтересів; винагорода персоналу; централізація; нерозривний ланцюг команд «ланцюг керівників»; порядок на своєму робочому місці; справедливість; стабільність персоналу; ініціатива; корпоративний дух.

Розглядаючи організацію як єдиний організм, А. Файоль вважав, що для будь-якої ділової організації характерна наявність шести видів діяльності, а саме: технічна (виробництво); комерційна (закупівля, збут і обмін); фінансова (пошук і оптимальне використання капіталу); діяльність з безпеки (захист власності людей); екаунтинг (від лат. accaunting, доповідь, надавати звіт, пояснювати). Функціональна сфера бізнесу, яка пов'язана із збиранням, класифікацією, обробкою, аналізом і оформленням різних виді фінансової інформації.); управління (планування, організація, розпорядництво, координація та контроль).

У свою чергу послідовниками наукової спадщини Анрі Файоля були М. Вебер, М. Блюмфілд, А. Маслоу та ін. Так, зокрема, професором економіки з Німеччини Максом Вебером (1864—1920 р.р.) була запропонована концепція раціональної бюрократії. Його основоположні праці «Протестантська етика і дух капіталізму», «Господарство і суспільство», «Свобода і примус у правових спільнотах» і нині становлять фундамент для сучасного дослідження та розвитку науки державного управління. У цих та інших працях ученим були розроблені основні принципи бюрократичної моделі. М. Вебер дослідив становлення нового модерного соціального порядку як в політичному, так і правовому й економічному вимірах, зростання значення бюрократії. В основі державного управління М. Вебер бачив авторитарну владу керівника, який приймає рішення, віддає розпорядження підлеглим і контролює їх виконання. Їм також було сформульовано такі основні принципи бюрократичного управління, а саме: чіткий поділ праці на базі функціональної спеціалізації; ієрархічність рівнів управління; здійснення найму на роботу в суворій відповідності з кваліфікаційними вимогами; відсутність особистісного начала в міжособистісних відносинах; система правил і процедур поведінки в конкретних ситуаціях; чітка система кар'єри; система правил і норм, що визначають права і обов'язки працівників.

Зважаючи на вищезазначене можна логічно констатувати, що до здобутків представників класичної школи управління в розвиток сукупності знань про управління варто віднести: подальші розробки та дослідження принципів та функцій управління, а також запровадження систематизованого підходу до управління всіма елементами організації [3].

Основоположником школи людських відносин прийнято вважати

австралійського та американського ученого Джорджа Елтона Мейо (1880–1949 р.р.), яка як наукова течія зароджується на початку та в середині XX століття. Цю концепцію певним чином можна розглядати як органічне доповнення та подовження класичної концепції.

Так дослідниця з США Мері Паркер Фоллет, яку іноді називають «матір'ю вирішення конфліктів», постійно наголошувала та звертала увагу на взаємодію між керівництвом та працівниками. Вона першою у книзі «Динамічна Адміністрація» визначила управління як «забезпечення виконання роботи за допомогою інших осіб».

Потужний внесок у розвиток школи людських відносин був зроблений в сорокових — шестидесятих роках XX століття, коли ученими-бихевиористами (від англ. *Behaviour* — поведінка) було розроблено декілька теорій мотивації.

Так американським психологом Абрахамом Маслоу, основною працею якого є книга «Мотивація і особистість», була сформована класична модель організації, що базується на чотирьох головних принципах: чіткий функціональний розподіл праці; передача команд і розпоряджень зверху вниз; єдність розпорядження («ніхто не працює більш ніж на одного боса»); дотримання «діапазону контролю» (менеджмент обмеженим числом підлеглих).

Популярним поглядом — різновидом школи людських відносин є вчення американського ученого та викладача Д. Макгрегора, основною працею якого є книга «Людський бік підприємства». В основі його теорії «X та Y» є наступні характеристики працівників. Так припущенням теорії X є те, що середня особистість, яка прагне ухилитися від праці, тому таку людину необхідно постійно примушувати, спрямовувати та контролювати. Людина такої категорії не проти щоб нею керували, прагне уникати відповідальності, турбується лише про власну безпеку. Припущенням теорії Y є те, що людина від природи не пасивні, а стає такою в результаті роботи в організації. Така людина не тільки приймає на себе відповідальність, а й прагне до неї. Вона не потребує зовнішнього контролю, так як здатна сама себе контролювати.

В результаті таких досліджень представниками школи людських відносин зроблені наступні практичні висновки-ствердження:

— люди в основному мотивуються соціальними потребами і відчувають свою індивідуальність завдяки відносинам з іншими людьми;

— в результаті промислової революції та раціоналізації процесу сама робота в значній мірі втратила привабливість, тому задоволення людина шукає у взаєминах з іншими людьми;

— люди більш чуйні до соціального впливу групи рівних їм людей, ніж спонукань і заходам контролю, що виходить від керівництва;

— працівник відгукується на спонукання керівника, якщо керівник розглядається працівником як засіб задоволення своїх потреб.

Іншими словами прихильниками школи людських відносин відстоюється позиція основою якої є те, що неформальні відносини в процесі спільної праці є вагомою організаційно-руховою силою, що сприяє реалізації корпоративних цілей підприємства чи організації.

У середині XX століття в системі знань про управління виникає концепція яка розвиває базові постулати теорії людських відносин, так

звана — школи поведінкових наук. Основи цієї концепції складають розвинуте такими ученими як Р. Лайкерт, Д. Макгрегор, К. Арджірис, Ф. Герцберг уявлення біхевіоризму — психологічного спрямування, що тлумачить поведінку людини як реакцію на стимули зовнішнього світу. Представники цієї школи в якості основних елементів підвищення ефективності управління називають: усвідомлення кожним працівником своїх власних можливостей та персоналізацію стимулів, залучення рядових працівників до управління підприємством.

Таким чином завдяки дослідженням представників шкіл людських відносин та поведінкових наук система знань про управління збагатилась наступними здобутками. Насамперед це залучення наук про людську поведінку до побудови та управління підприємством (організацією) таким чином, щоб кожен працівник міг бути повністю використаний відповідно до його потенціалу, а також застосування таких засобів та заходів управління міжособистісними відносинами які підвищують ступень задоволеності і продуктивності працюючих [3].

У п'ятдесяті роки XX століття зароджується й активно розвивається у теперішній час концепції школи науки управління (або кількісний підхід). Основою цих наукових концепцій є міждисциплінарний підхід, який заснований на використанні наукових досягнень математики, інженерних знань, статистики та інших, суміжних з ними галузей знань. Як правило для вирішення управлінських завдань представники цієї школи застосовують наступний алгоритм: постановка проблеми, формулювання завдань, розробка моделі ситуації, що склалася. Часто такий спосіб називають «дослідження операцій».

До найвідоміших типових представників цієї школи, як правило, відносять таких учених як: професор Рассел Лінкольн Акофф (1919—2009 р.р.) — відомого представника так званого «системного підходу» — поширеного напряму в теорії управління; Карл Людвіг фон Берталанфі (1901—1972 р.р.) — австрійський біолог, засновник узагальненої системної концепції під назвою «загальна теорія систем», який є автором системних задач, насамперед, в сфері розробки математичного апарату опису типологічно несхожих систем; Лоуренс Роберт Клейн (1920 — 2013 р.р.) — американський економіст, автор економічних моделей, який застосовував власні теоретичні моделі до аналізу коливань економіки та економічної політики.

В теорії управління «системний підхід» передбачає, що кожен з елементів, що складає певну систему (певну організацію), має свої певні цілі.

Так званий «процесний підхід» в теорії управління ґрунтується на положенні про те, що всі функції управління залежать одна від одної.

Так званий «ситуаційний підхід» в теорії управління безпосередньо пов'язаний як з системним так і з «процесним» підходами, але розширює їх застосування на практиці. Сутність його полягає у визначенні поняття ситуації, під якою мається на увазі конкретний набір конкретних обставин, певних змінних величин, які впливають на організацію в певний час. Тобто представники школи науки управління зуміли визначити основні внутрішні та зовнішні змінні (фактори), що впливають на організацію.

Один з різновидів школи науки управління тісно пов'язаний з розвитком точних наук, насамперед, мате-

матики. Нині багато учених називають цей напрям — «новою школою». Серед різних течій цієї школи можна виділити такі напрями, як «дослідження операцій», «економетрія», «загальна теорія систем», «системний аналіз» та ін.

Отже, до здобутків представників школи науки управління, як правило, відносять: розвиток кількісних методів для допомоги керівникам, які приймають управлінські рішення в складних ситуаціях та поглиблення розуміння складних управлінських проблем завдяки розробці і застосуванню математичних моделей [3].

У теорії державного управління існували, існують та розвиваються донині і інші концепції та школи.

Так серед сучасних концепцій у теорії державного управління варто назвати концепцію рефлексивного управління.

Поява і розвиток даного напряму в галузі управлінської діяльності хоча і вважається одним з сучасних, але має досить довгу історію. Так за допомогою поняття рефлексії І. Кант будував систему категорій, а Г.В.Ф. Гегель — схему розвитку духу в контексті потреб і мети таких розділів практичної філософії, як етика та естетика, педагогіка та логіка. Концепція рефлексивного управління є однією з різновидів синергетичного підходу до управління в цілому, і соціальному зокрема.

Найбільш значущими для впровадження рефлексивних підходів у теорію та практичний процес державного управління, формування парадигми рефлексивного управління є методологічні праці В.О. Лефевра, Т.С. Куна, Ю.М. Швабла, Г.П. Щедровицького та ін., автори яких зробили помітний внесок у розроблення методології та технологій рефлексивного управління. Суттєвий внесок у розвиток науково-методологічного обґрунтування рефлексії, виокремлення її наукового апарату зробили методологічні дискусії та розробки Г.П. Щедровицького та В.О. Лефевра.

В основі рефлексивного управління лежить властива тільки людині рефлексивна самоорганізація. Рефлексія починає діяти у людини, коли вона відчуває труднощі. По суті одною з важливих ознак концепції рефлексивного управління є те, що «об'єкт управління» не позбавляється свободи волі, але в процесі вироблення рішення приймає такі постулати, що дозволяють йому увійти в такий правовий стан, який є бажаним для керуючої ланки.

Таким чином, нині до здобутків представників концепції рефлексивного управління, як правило, правильно відносять: розробку теоретичних моделей реординаційної поведінки об'єктів управління та критичних поглядів на процеси прийняття управлінських рішень в попередніх теоріях [3].

Висновки. Отже. відмітимо, що для визначення ролі держави щодо упорядкування суспільних відносин у певних сферах та галузях суспільного життя, дослідниками зазначеної проблематики використовуються різні терміни, таки як, наприклад: «управління», «державне управління», «державне втручання», «державне регулювання», «державна економічна політика», «державна регуляторна політика» та ін. Всі вони взаємопов'язані й характеризують відносини держави із суспільством в тих чи інших сферах та галузях суспільного життя. Для сучасного визначення ролі держави у певній сфері суспільного життя вчені використовують і інші подібні терміни — як, наприклад, «державна присут-

ність» [4]. Все це говорить про те, що відмінність у змісті зазначених словосполучень полягає у певних відмінностях змісту форм та методів щодо впливу держави у певній сфері (галузі) суспільного життя [2, с. 356-371].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления: [курс лекцій] — 3-е изд., доп. — М. : ОМЕГА-Л, 2005. — С. 66.
2. Баклан О. В. Адміністративно-правове регулювання підприємництва в Україні (теоретико-прикладний аспект): дис. ... доктор. юрид. наук : 12.00.07 / Баклан Олег Володимирович. — К., 2013. — 457 с.
3. Мах И.И. Административное право: курс лекций / И.И. Мах. — Минск: Амалфея, 2012. — 640 с.
4. Єщенко П.С. Нова парадигма розвитку економіки — настійливе веління нашого часу / П.С. Єщенко, А.Г. Арсеєнко // Економіка і прогнозування. — 2011. — № 2. — С. 28–47.

Баклан О.В.

О развитии науки государственного управления: историко-правовой аспект.

Аннотация. В контексте процесса научной разработки понятий «управление», «государственное управление», «социальное управление» в статье рассматриваются и анализируются отдельные исторические взгляды на определение роли государства по упорядочению общественных отношений в определенных сферах и областях общественной жизни. С учетом сделанного анализа, высказываются собственные соображения по указанным вопросам.

Ключевые слова: государство; регулирование; управление; государственное управление; публичное управление; функции государственного управления; функции государственного регулирования.

O. Baklan

On the development of public administration science: the historical and legal aspect.

Summary. In the context of the scientific development of the concepts of “governance”, “public administration”, and “social management,” the article examines and analyzes individual historical views on the definition of the role of the state in regulating public relations in certain spheres and areas of public life.

Historical works show that management is an integral part of the permanent development of society, one of its essential manifestations, which simultaneously improves and develops together with society.

Significant influence on the development of the theory of public administration was made by well-known scientists, such as: G.F.F. Hegel, T. Hobbes, D. Diderot, I. Kant, D. Locke, N. Machiavelli, S.L. de Montesquieu, J.J. Russo, D. Hume and some others.

The key stage in the development of governance as a social phenomenon was the emergence of an independent science of governance, which emerged in the late XVII — early XVIII century.

As a social phenomenon, state administration occurs simultaneously with the formation of states, since the state — is a territorial organization of people that has a conceptual significance. First, thereby overcome tribal (“blood”) interrelationships, which are replaced by purely social. Secondly, a structure is created that should act neutral in relation to the national, religious and social characteristics of different people. Historically, the state leads to a new community of people where other ideals, values and goals exist.

The purpose of this article is to analyze the various scientific researches and works, to continue the scientific discussions and to expand the range of information on this topic.

The content of ancient and modern scientific studies of various fundamental, complex and branch sciences suggests that many researchers in their own scientific works constantly address various issues related to the evolution of governance, social management, public administration, public administration, etc.

Taking into account the analysis made, our own views on these issues are expressed.

So. We note that for the definition of the role of the state in order to streamline social relations in certain spheres and sectors of public life, researchers use different terms, such as “management”, “state administration”, “state intervention”, “state regulation”, “State economic policy”, “state regulatory policy”, etc. All of them are interrelated and characterize the relations of the state with the society in those or other spheres and branches of public life. For the current definition of the role of the state in a certain area of social life, scientists use other similar terms — such as, for example, “state presence”. All this suggests that the difference in the content of these phrases consists in certain differences in the content of the forms and methods of influencing the state in a particular sphere (industry) of public life.

Keywords: state; regulation; control; public administration; government functions; functions of state regulation.



УДК 342.1

В.О. Демиденко,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри конституційного права та прав людини
Національної академії внутрішніх справ

МУНІЦИПАЛЬНА НОРМОТВОРЧІСТЬ ТА МУНІЦИПАЛЬНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ

Анотація. Не зважаючи на увагу науковців до питання муніципальної нормотворчості та муніципальної правотворчості, чіткої юридичної характеристики вказаних процесів, їх диференціації за низкою ознак нині не сформульовано. Як правило, правознавці використовують дані категорії без аргументації причин їх застосування для характеристики певних муніципально-правових процесів.

Муніципальна нормотворчість — це діяльність учасників муніципальних відносин щодо формування різноманітних соціальних норм, серед яких особливе місце займають норми права. Муніципальна правотворчість — це діяльність територіальної громади або їх частини, органів та посадових осіб місцевого самоврядування, які на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією, міжнародними договорами (що є частиною національного законодавства), законами та підзаконними нормативно-правовими актами України, рішеннями ЄСПЛ, створюють, вводять в дію, змінюють або скасовують муніципальні нормативно-правові акти. Муніципальна нормотворчість є більш ширшою категорією стосовно муніципальної правотворчості.

Ключові слова: муніципальна нормотворчість, муніципальна правотворчість, правоутворення, праворозуміння, муніципальне право

Постановка проблеми. Децентралізація публічної влади в Україні, формування спроможних територіальних громад, заохочення місцевої ініціативи щодо вирішення питань місцевого значення в межах Конституції та законів України обумовили прогресивний розвиток муніципального права як самостійної галузі національної системи права. Посилення динамічного поступу муніципального права України як галузі можливе за умови науково-експертного супроводження наукою муніципального права. Адже саме наука покликана сформулювати пропозиції щодо удосконалення нормативно-правового регулювання муніципальних правовідносин в Україні, сприяти відповідності регламентації предмету муніципального права ознакам ефективності, якісності та раціональності, розробити напрями підвищення дієвості функціонування місцевого самоврядування, його органів та посадових осіб, в т.ч., на основі вивчення, узагальнення та поширення передового досвіду організації та діяльності елементів системи місцевого самоврядування як в Україні, так і в зарубіжних країнах.

Надважливим питанням сучасної науки муніципального права є дослідження проблематики муніципальної нормотворчості, муніципальної правотворчості, висвітлення їх юридичної природи, ознак, тотожності та відмінності.

Проблема муніципальної нормотворчості та правотворчості є відправною точкою для повноцінної

правової характеристики галузі муніципального права загалом та її складових елементів (підгалузей, інститутів, принципів і норм) [19]. Розвиток вчення про муніципальну нормотворчість та правотворчість має як академічне, фундаментальне значення для науки муніципального права, так і прикладний, практичний характер для підвищення ефективності розвитку галузі муніципального права, різнопланового посилення дієвості її норм.

Слід констатувати, що не зважаючи на увагу науковців-муніципалістів до проблематики муніципальної нормотворчості та муніципальної правотворчості, відсутні юридична характеристика вказаних процесів, їх диференціація за низкою ознак, правова природа і відмінність таких понять як нормотворчість, правотворчість, правоутворення. Звісно, проблема предметного застосування даних категорій має коріння в теорії держави та права.

Аналіз публікацій і досліджень. До доктринальної основи дослідження муніципальної нормотворчості та муніципальної правотворчості доцільно віднести, перш за все, доробок теоретиків права щодо праворозуміння, правотворчості й нормотворчості. Це праці таких учених як С.С. Алексєєв, Ю.Г. Барабаш, С.В. Бобровник, А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, В.В. Лемак, М.М. Марченко, М.І. Матузов, А.В. Міцкевич, О.Г. Мурашин, Л.Р. Наливайко, П.М. Рабінович, В.О. Серьогін, О.Ф. Скакун, О.В. Скрипнюк та багато інших.

Висвітлення окремих аспектів реалізації муніципальної нормотворчості та правотворчості територіальних громад, органів та посадових осіб місцевого самоврядування зробили М.О. Баймуратов, Ю.Ю. Бальцій, В.Р. Барський, О.В. Батанов, І.А. Галіахметов, Д.Д. Заяць, Н.В. Камінська, В.В. Кравченко, В.С. Куйбіда, П.М. Любченко, Н.В. Мішина, Х.В. Приходько, О.В. Прієшкіна, М.О. Пухтинський, О.М. Солоненко, Н.О. Чудик й ін. Особливої уваги заслуговують дисертаційні та інші дослідження, проведені нещодавно, присвячені питанням муніципальної нормотворчості та правотворчості різних елементів системи місцевого самоврядування. Це праці Ленгер Я.І., Наумової К.І., Нечипоренко А.О., Пєсцова Р.Г., Роговенко О.В., Шпак Ю.А. та ін. Але, на жаль, досліджень, що безпосередньо комплексно висвітлюють правову природу муніципальної нормотворчості та правотворчості, виокремлюють критерії відмінності цих процесів нині немає.

Мета цієї статті є дослідження низки ключових підходів до понять «муніципальна нормотворчість» і «муніципальна правотворчість», розкриття їх природи, сутнісних ознак, що встановлюють їх ідентичність або відмінність.

Виклад основного матеріалу. Питання встановлення юридичної природи, сутнісних ознак муніципальної нормотворчості та муніципальної правотворчості, тотожності й відмінності цих категорій та відповідно напрацювання пропозицій щодо вдосконалення цих процесів є важливим напрямом сучасної науки муніципального права.

Аналіз праць, присвячених проблематиці муніципальної нормотворчості та муніципальної правотворчості дає підстави для висновку, що нині в юридичній науці чітко не сформульовано розуміння цих категорій серед науковців. Відсутня єдність в понятійно-категоріальному апараті, в обсязі цих понять, їх якісних ознаках. В одних випадках стверджується, що муніципальна нормотворчість є складовим муніципальної правотворчості,

в інших — ставиться знак рівності між цими поняттями (використовують як синоніми). Загалом склалося враження про певне хаотичне вживання цих категорій в науці муніципального права. На наш погляд, кожне зі словосполучень «муніципальна нормотворчість» та «муніципальна правотворчість» має однозначно окреслювати певне правове явище та повинно мати свою власну дефініцію (визначення).

Більше того для сучасної юридичної науки, в т.ч. і муніципального права, важливо чітко та виразно сформулювати понятійно-категоріальний апарат. Разом з тим, нині єдності поглядів щодо розуміння та застосовування категорій «муніципальна нормотворчість» та «муніципальна правотворчість» не спостерігаємо.

Зокрема, Барський В.Р. зауважує, що правові акти місцевого самоврядування приймаються (видаються) в результаті певного комплексу правовідносин, по відношенню до якого уявляється за доцільне використовувати поняття «муніципальна нормотворчість». На його думку, це поняття чітко віддзеркалює суб'єктно-діяльнісні характеристики муніципальних нормотворчих правовідносин, що полягають у спрямованих на виявлення волі територіальної громади, формування у відповідності до неї владних імперативів, закріплення цих імперативі в актах прямої правотворчості або в нормативно-правових актах органів місцевого самоврядування [11, с. 265]. Він зазначає, що муніципальна нормотворчість у правовій реальності сучасної України є самостійним видом правотворчості [20, с. 5]. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування належить до сфери правотворчості, тобто пов'язана з творенням об'єктивного права. Діяльнісні характеристики нормотворчості представницьких органів місцевого самоврядування полягають у виявленні волі територіальної громади; формуванні відповідно до неї владних імперативів; закріпленні цих імперативів у нормативно-правових актах місцевих рад. Результатом нормотворчості представницького органу місцевого самоврядування є нормативно-правовий акт [20, с. 12].

На наш погляд, є доволі дискусійним твердження Барського В.Р., що нормотворчість є самостійним видом правотворчості та результатом нормотворчості представницького органу місцевого самоврядування є нормативно-правовий акт. Видається, що результатом нормотворчості представницького органу місцевого самоврядування можуть бути не лише нормативно-правові акти, що розраховані на багаторазове використання та стосуються великого кола суб'єктів, а й інші акти, що не являються нормативно-правовими. Адже вони мають індивідуальний характер (рішення про затвердження проекту землеустрою земельної ділянки громадянину..., про створення робочої групи у складі..., про надання дозволу на розроблення технічної документації із землеустрою щодо встановлення меж земельної ділянки в натурі тощо). Це закріплює ч. 1 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [2], де рада в межах своїх повноважень приймає нормативні та інші акти у формі рішень. Також, на нашу думку, правотворчість територіальної громади, органів та посадових осіб, що спрямована на формування правових норм, як наслідок — права, не може бути ширшою за муніципальну нормотворчість, яка є ширшою за обсягом, з огляду на значно більші можливості щодо формування різних видів норм.

Петришина М.О. зауважує, що дефініція «муніципальна нормотворчість» є комплексною науковою категорією, яка може розглядатися в інституційному, функціональному і організаційному аспектах. Так, за функціональним підходом муніципальна нормотворчість — це врегульована законодавством вид муніципально-владної діяльності територіальної громади, органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо розробки та прийняття муніципально-правових актів, які містять загальні правила поведінки, що здійснюється в межах компетенції у встановлених процедурно-процесуальних формах. В авторефераті дисертаційного дослідження «Нормотворча діяльність в органах місцевого самоврядування в Україні» Петришина М.О. відзначає, що системно-структурний метод дозволив визначити роль і місце нормотворчої діяльності органів місцевого самоврядування в муніципальному механізмі управління, з'ясувати її сутнісні ознаки як різновиду правотворчої діяльності [21, с. 4].

На наш погляд, назва цієї роботи, акцентуючи увагу на нормотворчій діяльності, що здійснюється в органах місцевого самоврядування, до певної міри дисонує із висновками стосовно спрямованості муніципальної нормотворчості на регулювання всіх муніципальних правовідносин, значна частина яких виникає поза органами місцевого самоврядування.

На противагу наведеним вище позиціям Барського В.Р. та Петришиної М.О. та інших правників можна навести низку думок правознавців, які вже іменують аналогічні процеси як муніципальна правотворчість і наполягають, що саме муніципальна правотворчість є складовим більш значного за обсягом поняття — муніципальної нормотворчості.

Так, на бачення Алєшкової Н.П., муніципальну правотворчість можна розглядати як здійснюваний в установленому порядку процес прийняття рішень з питань місцевого значення безпосередньо населенням, органами місцевого самоврядування або їх посадовими особами шляхом видання (прийняття) муніципальних правових актів, а також з інших питань, що реалізовуються органами місцевого самоврядування відповідно до законодавства, шляхом видання (прийняття) муніципальних правових актів або укладення договорів (угод), що містять правові приписи [22, с. 85].

Ми поділяємо таку думку, проте результатом муніципальної правотворчості є не просто муніципальні правові акти, а муніципальні нормативно-правові акти. Також є слушною позиція Алєшкової Н.П., що муніципальна правотворчість матеріалізується не лише в муніципальних нормативно-правових актах, але і в угодах. Так, територіальні громади, їх представницькі органи та їх об'єднання відповідно до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво територіальних утворень та їх органів урядування [4], Європейської хартії місцевого самоврядування [3] і Закону України «Про транскордонне співробітництво» [5] можуть укладати угоди про утворення об'єднань єврорегіонального співробітництва в установленому порядку, що схвалюється на найближчому пленарному засіданні місцевої ради, на якому рада приймає рішення про утворення об'єднання єврорегіонального співробітництва і затверджує його статут. З огляду на це, Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»[2] у 2018 р. доповнили додатковими повноважен-

нями обласних, районних, міських, селищних і сільських рад щодо укладення та схвалення угод про об'єднання єврорегіонального співробітництва [6].

На думку Пєсцова Р.Г., зміст поняття муніципальної правотворчості включає наступні положення: а) це процес створення правового акту, який направлений на вирішення питань місцевого значення, щодо реалізації переданих державою повноважень; б) вирішення зазначених питань, може здійснюватися безпосередньо населенням або через органи муніципальної (місцевої) влади [8, с. 230].

На наш погляд позиція Пєсцова Р.Г. є слушною. Проте, муніципальна правотворчість це процес створення не просто правового акту, а нормативно-правового акту. Також є невдалим твердження, що муніципальна правотворчість може здійснюватися населенням. На нашу думку, відповідно до чинного законодавства України вона може бути реалізована через форми прямої демократії об'єднаною територіальною громадою, територіальною громадою або її частиною. Дискусійним є і переконання Пєсцова Р.Г., що муніципальна правотворчість це процес створення правового акту щодо питань реалізації переданих державою повноважень. Ми поділяємо громадівську теорію місцевого самоврядування та відповідно має йтись про власні повноваження, не про права і обов'язки місцевого самоврядування, що передані від держави.

У свою чергу Камінська Є.О. в дослідженні «Муніципальна правотворчість в механізмі правоутворення» зауважує, що муніципальна правотворчість — це особлива творча діяльність органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб і населення муніципального утворення, заснована на законі та інших нормативно-правових актах, що здійснюється в рамках делегованих державою повноважень, по створенню, вдосконаленню і скасування муніципальних нормативних правових актів, спрямованих на задоволення потреб і інтересів населення, а також на санкціонування в якості правових вже існуючих соціальних норм, що регулюють питання місцевого значення [5, с. 11-12].

Ми поділяємо таку позицію щодо дефініції муніципальної правотворчості, але навряд чи ця діяльність органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб здійснюється лише в рамках делегованих державою повноважень.

Ленгер Я.І. в дисертаційному дослідженні «Колізії в муніципальному праві: проблеми теорії та практики» в підрозділі 3.3. розглядає муніципальну правотворчість та вирішення колізій в муніципальному праві [5, с. 320-356].

Ничка Ю. діяльність органів місцевого самоврядування щодо створення, зміни, припинення та систематизації нормативно-правових приписів розглядає як підзаконну правотворчість. Підзаконну правотворчість вона визначає як юридичну діяльність спеціально уповноважених правотворчих суб'єктів, що полягає у створенні, зміні, припиненні та систематизації нормативно-правових приписів, спрямованих на організацію та забезпечення виконання нормативно-правових приписів, що закріплюються в законах [25, с. 47].

Чернецька О.В. зауважує, що в юридичній літературі поряд з терміном нормотворчість застосовується термін правотворчість, яка визначається як особливий вид діяльності уповноважених суб'єктів, спрямований на встановлення, зміну або скасування норм права. Вона вважає, що на рівні норм

Основного Закону України необхідно визначити межі правотворчої компетенції представницьких органів місцевого самоврядування шляхом встановлення переліку сфер, які можуть регулюватися актами муніципальної правотворчості, що, в свою чергу, забезпечить системність регулювання відносин в межах територіальних громад на всій території України [23, с. 95].

На нашу думку, наведена пропозиція заслуговує уваги. У практиці зарубіжних країн відомі непоодинокі випадки конституційної регламентації меж правотворчої компетенції представницьких органів місцевого самоврядування. Це Конституція Болгарії 1991 р. (Глава 7 «Місцеве самоврядування та місцева адміністрація»), Конституція Литви 1992 р. (Глава 10 «Місцеве самоврядування та управління», Конституція Туркменистану 1992 р. (із змінами від 1995 р. Розділ 4 «Місцеве самоврядування») тощо.

Соловйова О.В. в досліджені «Муніципальна правотворчість: структурно-функціональний і понятійно-категоріальний склад» вказує, що муніципальна правотворчість являє собою, перш за все, діяльність по прийняттю, зміні та скасування правових норм та є об'єктом правового регулювання, тобто має предмет, механізм, способи, методи, типи і режими правового регулювання [14, с. 12].

На переконання Роговенка О.В., діяльність органів місцевого самоврядування, пов'язана зі створенням у передбачений законом спосіб нормативно-правових актів, безумовно, безпосередньо стосується правотворчого процесу. Тим не менше, національній правовій системі ближче сприйняття цієї діяльності органів місцевого самоврядування як нормотворчої [9, с. 13].

В юридичній літературі зустрічаються позиції, де муніципальна нормотворчість та муніципальна правотворчість розглядаються як тотожні процеси.

Цікавим є бачення Батанова О.В. та Зайцевої І.Ю. На їх переконання, муніципальна нормотворчість (у т.ч. статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні) є одним із важливіших напрямів діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Приймаючи правові акти, дані суб'єкти упорядковують відносини у сфері організації місцевого самоврядування у конкретній територіальній громаді [12, с. 29]. Статутна нормотворчість у місцевому самоврядуванні становить собою специфічну діяльність муніципальної громадськості, органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо виявлення, ідентифікації, втілення інтересів територіальних громад, історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування у конкретному селі, селищі або місті, а також закріплення норм, які реалізують та гарантують ці інтереси та особливості у відповідних муніципальних правових актах — статутах територіальних громад та різних положеннях, які є невід'ємною частиною цих статутів (про місцеві ініціативи, громадські слухання, місцеву символіку тощо). У широкому розумінні, цю діяльність доцільно називати муніципальним правотворчим процесом [12, с. 33].

Підтримує думку щодо запровадження в науковий обіг категорії «муніципальний правотворчий процес» і Делія Ю.В. На його думку, муніципальний правотворчий процес — це необхідна гарантія належного нормативно-правового регулювання місцевих відносин, які, своєю чергою,

постають невід'ємною умовою ухвалення оптимальних правових актів органами місцевого самоврядування. Муніципальний правотворчий процес має велике значення для забезпечення правового регулювання на території територіальної громади та відповідає економічним і соціальним умовам розвитку відповідної території. Стан муніципальної нормотворчої діяльності, його повнота, своєчасність і якість прийнятих локальних нормативно-правових документів безпосередньо пов'язані з організацією муніципального правового процесу [24, с. 70].

Водночас, Кайтаєва Х.І. розрізняє поняття «правотворчий процес» і «правотворчість», поняття дуже близькі за змістом, але не однакові. Так, правотворчий процес в цьому сенсі — поняття більш широке з огляду, що будь-яка процедура, пов'язана з прийняттям нормативно-правового акту є правотворчим процесом. Іншими словами, як результат для визначення правотворчого процесу досить ознаки, досягнення формальної мети — видання акту, що містить офіційні загальнообов'язкові норми. Якісність цих норм, їх відповідність правовим характеристикам не є суттєвою ознакою правотворчого процесу [18, с. 67].

Автор підкреслює, що якщо припустити, що законодавчий орган, з дотриманням встановлених процедур і переслідуючи благородні цілі, прийняв закон неправового характеру (неважливо, з яких причин), що обмежує основні права і свободи людини, тобто здійснив законодавчу помилку, що заподіяла значну шкоду суспільству і його громадянам, то чи можна в цьому випадку говорити про правотворчість? Ні. Прийнято закон — офіційно визнана форма вираження норм. Право не створено. Створені норми, зодягнені в певну форму, які повинні були б бути наповнені правовим змістом. Правотворчий процес відбувся, проте право не утворилося, правотворчість не відбулися [18, с. 67].

Видається аргументація науковців щодо ведення науковий обіг поняття «муніципальний правотворчий процес» з відповідними запропонованими сутнісними ознаками поряд з «муніципальною правотворчістю» і «муніципальною нормотворчістю» має право на існування. Ми погоджуємося, що не будь-яка діяльність органів та посадових осіб місцевого самоврядування щодо прийняття, зміни, скасування нормативно-правових актів передбачає формування права та може йменуватися як «муніципальна правотворчість» з огляду невідповідності принципу верховенства права.

Висновки. На основі аналізу наведених вище та багатьох інших наукових позицій щодо використання категорій «муніципальна правотворчість» та «муніципальна нормотворчість» можна стверджувати про декілька підходів: а) використання їх як синонімів, ототожнення, ствердження про відсутність будь-яких відмінностей; б) муніципальна нормотворчість є підвидом муніципальної правотворчості або навпаки; в) розмежування цих категорій, різне соціальне та юридичне призначення окреслених процесів. Водночас в наведених наукових позиціях бракує аргументації щодо істинності запропонованого підходу до розуміння муніципальної правотворчості та муніципальної нормотворчості.

Беззаперечно, співвідношення понять «муніципальна правотворчість» та «муніципальна нормотворчість» потребує комплексного, системного, ґрунтовного дослідження. Разом з тим, деякі узагальнення з наведеного питання вважаємо за доцільне висловити. Так, словосполучення «нор-

мотворчість» складається з двох слів «норма» та «творчість». У свою чергу «норма», відповідно до академічного тлумачного словника української мови, це 1) звичайний, узаконений, загальноприйнятий, обов'язковий порядок, стан і т. ін. 2) зразок, правило поведінки людей у суспільстві [15, с. 442], а «творчість» — це 1) діяльність людини, спрямована на створення духовних і матеріальних цінностей; 2) діяльність, пройнята елементами нового, вдосконалення, збагачення, розвитку [16, с. 442].

На наш погляд, муніципальна нормотворчість — це діяльність учасників муніципальних відносин щодо формування різноманітних соціальних норм, серед яких особливе місце займають норми права. Зважаючи на це, є дискусійною позиція окремих правників, що результатом нормотворчості є лише правові норми [17, с. 148]. На наше переконання, муніципальна нормотворчість має два складові аспекти: соціальний та правовий. При цьому соціальний аспект муніципальної нормотворчості, як правило, передує правовому.

Нині є та буде зберігатися важлива роль моралі, звичаїв, традицій, релігійних норм тощо як регуляторів муніципальних відносин. Проте їх можливості впливу на муніципальні відносини обмежені з т.з. безумовного виконання та притягнення до ефективної відповідальності у випадку порушення. Разом з тим, муніципальна правотворчість — це діяльність територіальної громади або їх частини, органів та посадових осіб місцевого самоврядування, які на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією, міжнародними договорами (як частиною національного законодавства), законами та підзаконними нормативно-правовими актами України, рішеннями ЄСПЛ, створюють, вводять в дію, змінюють або скасовують муніципальні нормативно-правові акти.

На наш погляд, муніципальна нормотворчість є більш ширшою категорією стосовно муніципальної правотворчості. Адже перша включає не лише правотворчу діяльність уповноважених суб'єктів місцевого самоврядування (муніципальну правотворчість), але й процес формування всіх соціальних норм, що діють між учасниками муніципальних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. — К.: Юрінком, 1996. — 80 с.
2. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР (зі змінами і доповненнями, внесеними законами України станом на 22 березня 2018 р. № 2376-VIII). Відомості ВР України. 1997. № 24. Ст. 170.
3. Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування: Закон України від 15 липня 1997 року № 452/97-ВР. Офіційний вісник України. 1997. № 29. Ст. 8.
4. Про приєднання України до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями: Постанова ВР України від 14 липня 1993 р. № 3384-XII. URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/3384-12
5. Про транскордонне співробітництво: Закон України від 24 червня 2004 року № 1861-IV. Офіційний вісник України. 2004. № 29. Ст. 1947.
6. Про внесення змін до деяких законів України щодо транскордонного співробітництва: Закон України від 4 вересня 2018 р. № 2515-VIII. Офіційний вісник України. 2018. № 80. Ст. 2654.

7. Ленгер Я.І. Колізії в муніципальному праві: проблеми теорії та практики: дис. ... д-ра. юрид. наук. Ужгород, 2017. 432 с.

8. Наумова К.І. Правові акти органів і посадових осіб місцевого самоврядування в системі джерел муніципального права в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 21 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Naumova/a_Naumova.pdf

9. Нечипоренко А.О. Нормотворчість в Україні: поняття, види, напрямки удосконалення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. 21 с. URL: http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/8118/1/Nechyporenko_A_2015.pdf

10. Пєсцов Р.Г. Муніципальна правотворчість, як один із напрямів діяльності органів місцевого самоврядування. Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова: зб. наук. пр. Серія 18, Економіка і право. 2015. С. 227-232. URL: http:// enpuir.npu.edu.ua/bitstream/123456789/17792/1/Pestsov.pdf

11. Роговенко О.В. Зіставлення понять нормотворчості та правотворчості органів місцевої влади. Приватне та публічне право. 2018. № 1. С. 9-14. URL: http://www.pp-law.in.ua/archive/1_2018/4.pdf

12. Шпак Ю.А. Стадії нормотворчого процесу в органах місцевого самоврядування: теоретико-правовий аспект. URL: http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/may/2155/vnulpurn201480121.pdf

13. Барський В.Р. Муніципальна нормотворчість як вираз інтересів громадського суспільства. Актуальні проблеми держави і права. 2008. С. 262-267. URL: http://www.apdp.in.ua/v40/45.pdf

14. Батанов О., Зайцева І. Концептуальні проблеми статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні. Юридичний вісник. 2013. № 4. С. 29-34. URL: http://www.yurvisnyk.in.ua/v4_2013/05.pdf

15. Каминская Е. А. Муниципальное правотворчество в механизме правообразования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2013. 21 с.

16. Соловьева О. В. Муниципальное правотворчество: структурно-функциональный и понятийно-категориальный состав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С.-Петер, 2007. 21 с.

17. Академічний тлумачний словник української мови в 11 томах. Т. 5, 1974. С. 442. URL: http://sum.in.ua/s/norma

18. Академічний тлумачний словник української мови в 11 томах. Т. 10, 1979. С. 54. URL: http://sum.in.ua/p/10/54/1

19. Шпак Ю.А. Методологічні підходи до визначення поняття нормотворчості органів місцевого самоврядування. Науковий вісник Львів. держ. унів. внутр. справ. 2013. №1. С. 145-152.

20. Кайтаева Х.И. Проблема определения понятия правотворчества и его виды. Образование и Право. 2010. №5. С. 55-71.

21. Демиденко В.О. Система муніципального права України: загальнотеоретичний аспект. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2018. №2. С. 84 — 95. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2018_2_10

22. Барський В.Р. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2006. 21 с.

23. Петришина М.О. Нормотворча діяльність в органах місцевого самоврядування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2010. 21 с.

24. Алешкова Н.П. Муниципальное правотворчество: понятие и сущность. Юридические исследования. 2013. № 7. С.67-87. URL: http://e-notabene.ru/lr/article_8776.html

25. Чернецька О.В. Конституційні основи правотворчої компетенції представницьких органів місцевого самоврядування. Часопис Київського університету права. 2013. № 1. С 92-96. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2013_1/yyyyy/92.pdf

26. Делія Ю.В. Поняття та принципи правотворчої діяльності суб'єктів місцевого самоврядування в Україні: конституційно-правові аспекти. Вісник Луганс. державав. універ. внутр. справ імені Е.О. Дідоренка. 2011. № 1. С. 63-71.

27. Ничка Ю. Підзаконна правотворчість: загальнотеоретична характеристика. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2015. Випуск 61. С. 45-49.

28. Каминская Н.В. Перспективы становления европейской системы местного и регионального самоуправления. Право и политика. 2015. №2 (182) С. 227-241.

Демиденко В.А.

Муниципальная нормотворчество и муниципальная правотворчество: аспекты соотношения.

Аннотация. Несмотря на значительное внимание ученых к вопросу муниципального нормотворчества и муниципального правотворчества, четкой юридической характеристики указанных процессов, их дифференциации не сформулировано. Как правило, правоведы используют категории «муниципальная правотворчество» или «муниципальная нормотворчество» без аргументации причин их применения для характеристики определенных муниципально-правовых процессов.

Муниципальная нормотворчество — это деятельность участников муниципальных отношений по формированию различных социальных норм, среди которых особое место занимают нормы права. Муниципальная правотворчество — это деятельность территориальной общины или ее части, органов и должностных лиц местного самоуправления, которые на основании, в пределах полномочий и способом, предусмотренным Конституцией, международными договорами (что является частью национального законодательства), законами и подзаконными нормативно-правовыми актами Украина, решениями ЕСПЧ, создают, вводят в действие, изменяют или отменяют муниципальные нормативно-правовые акты. Муниципальная нормотворчество является более широкой категорией по отношению к муниципальному правотворчеству.

Ключевые слова: муниципальная нормотворчество, муниципальная правотворчество, правообразование, правопонимание, муниципальное право

V. Demidenko

Municipal rule-making and municipal law-making: aspects of the combination.

Summary. Despite the considerable attention of scientists to the issue of municipal rulemaking and municipal law-making, a clear legal characterization of these processes, their differentiation on a number of features is now completely not formulated. As a rule, lawyers use the categories “municipal law-making” or “municipal rule-making” without explicit argumentation of the reasons for their application to characterize certain municipal-legal processes.

Municipal rule-making is the activity of participants in municipal relations for the formation of various social norms, among which a special place is occupied by the norms of law. Municipal law-making — is the activity of territorial communities or their parts, bodies and officials of local self-government, which, on the basis, within the limits of authority and in the manner provided by the Constitution, international treaties, laws and other normative-legal acts of Ukraine, decisions of the European Court of Human Rights people create, put in operation, change or abolish municipal regulatory acts. Municipal rule-making is a wider category of municipal law-making.

Keywords: municipal rule-making, municipal law-making, formation of law, legal thinking, municipal law.



УДК 351(477)

А.М. Притула,
кандидат юридичних наук, доцент
Адміністрація Державної прикордонної служби України

ДО РОЗУМІННЯ ПРАВОВИХ ОСНОВ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Анотація. У статті аналізуються різні наукові підходи на поняття «правова основа» діяльності державного органу. Аналізуються складові правових основ: загальні засади права, правовий звичай, нормативний договір і нормативно-правовий акт. Дається їх характеристика. Констатується, що правові основи є сукупністю норм права, що зафіксовані в різних правових формах (правовому звичаї, нормативному акті, судовому прецеденті, нормативному договорі, загальних засадах права, ідеях і доктринах, релігійних актах), які віддзеркалюють закономірності суспільного розвитку та спрямовані на регулювання й охорону суспільних відносин у тій чи інший сфері життєдіяльності соціуму.

Ключові слова: правові основи, правове регулювання, правове забезпечення діяльності, прикордонна служба, правові норми.

Постановка проблеми. Функціонування будь-яких органів державної влади й управління та їх посадових осіб має спиратися на правничий фундамент та будуватися в першу чергу відповідно до засади законності. Основою законності є наявність правничих приписів, зафіксованих у різних джерелах права, дія яких поширюється на ту або іншу сферу діяльності в певний проміжок часу. Іншими словами, будь-яка діяльність, в тому числі й оперативно-службова діяльність органів (підрозділів) Державної прикордонної служби України (далі — ДПСУ), повинна мати чітку правову основу.

Стан наукових досліджень. За роки незалежності України в тому чи іншому ступені цій проблемі присвятили наукові праці: О.М. Бандурка, В.М. Білик, І.В. Бондаренко, Ю.А. Ведєрніков, А.П. Гель, К.Ф. Гуценко, Й.І. Горінецький, Є.О. Гіда, І.А. Григоренко, В.М. Дубінчак, І.В. Зозуля, А.М.Куліш, А.М.Кучук, М.І. Мельник, В.І. Осадчий, О.С. Передерій, О.С. Проневич, І.В. Солов'євич, В.Г. Фатхутдінов, М.І. Хавронюк, О.В. Шмоткін, Н.С. Юзікова і т.д.

Разом із тим, не оглядаючись на багатовекторність наукових поглядів на розуміння правоохоронних органів та правоохоронної діяльності, її мети, функцій та структури як окремий предмет дослідження правовий статус, види діяльності, в тому числі правової основи діяльності ДПСУ в науковій літературі не досліджувався.

Виходячи з окресленого, метою нашої роботи є визначення правової основи діяльності ДПСУ із встановленням кола джерел, що її складають, дотримуючись їх ієрархічності.

Виклад основного матеріалу. При дослідженні правничої основи оперативно-службової діяльності органів (підрозділів) ДПСУ автором звернута

увагу на те, що на сьогодні наукою не вироблено єдиного підходу до визначення самого поняття «правова основа» як такого, незважаючи на досить значну кількість наукових праць, присвячених цій проблемі [1]. Разом із тим це словосполучення широко вживається українським законодавцем. Так, стаття 4 статусного закону про ДПСУ так і називається — «Правова основа діяльності Державної прикордонної служби України». Дані обставини стали поштовхом для детальнішого вивчення автором правової теорії та етимології виникнення цього поняття.

Етимологічно під основою будь-якого явища розуміється його джерело, база виникнення, розвитку чого-небудь; те, на чому це ґрунтується, тримається, базується [2]. Категорія ж «правовий» означає належний, стосовно до права, тобто сукупність норм, ідей та відносин, яка встановлює підтримуваний засобами влади порядок організації, контролю та захисту людської поведінки [2].

Уперше поняття «правові основи» було введено політологами в 1977 році після прийняття третьої Конституції СРСР. Повністю воно формулювалося як «правові основи державного та громадського життя» й одержало своє поширення при дослідженні відносин, що складаються в політичній системі. Однак розуміння обсягу, змісту, джерел правових основ державного та громадського життя значно різниться. Окремі автори вважають правові основи державного та громадського життя поняттям, що відповідають усій правовій надбудові — сукупності законодавства в «широкому значенні його розуміння, практики його застосування, правової ідеології та правової культури, законності й правопорядку [3]. Інші ж обмежуються ототожненням їх або із правом, або із законністю, або із правопорядком [4].

Так, наприклад, О.Ю. Грачова, що присвятила своє дисертаційне дослідження вивченню вказаного поняття, виділяє два нерівнозначні поняття: «нормативні правові основи» та «правові основи державного та громадського». При цьому нормативні правові основи як законодавство «у власному змісті» [5], до якого автор не відносить відомчі нормативні акти. Такий підхід, на наш погляд, неприйнятний через те, що він не дає повного уявлення про побудову системи правових джерел держави, а отже, і правових основ. Що ж стосується другого, ширшого, на погляд автора, поняття, то О.Ю. Грачова пише таке: «Правові основи державного та громадського життя утворюють законодавство, що містить норми, які регулюють відносини, що складаються в політичній системі, а також стан їх упорядкованості та стабільності (правопорядок), які забезпечуються на підґрунті основи соціалістичної законності, що сприяє подальшому розвитку соціалістичної демократії та політичної системи розвиненого соціалізму» [6]. Іншими словами, зазначений дослідник включає в поняття «правові основи» три елементи: законодавство, законність і правопорядок. При цьому відзначається, що законодавство являє собою правові основи на рівні керівних нормативних приписів, а результатом дотримання законності є правопорядок, що характеризує підсумок зміцнення правових основ державного та громадського життя, а як джерела їх розвитку називаються взаємозв'язки та взаємовідносини між правопорядком і законодавством. Кореспондуючої думки дотримується Р.З. Лівшиць, який відзначає, що під правовими основами державного та громадського

життя розуміється не тільки «рівень норм, але й рівень правосвідомості та реальних суспільних відносин [7]. Очевидно, справжні визначення засновані на так званому «широкому» розумінні права. Дамо роз'яснення цьому.

У правничій науці існують два основні підходи, або напрями в розумінні права: «вузький» та «широкий». «Вузький напрям визнає за право сукупність встановлених або санкціонованих державою загальнообов'язкових правил поведінки (норм), дотримання яких забезпечується заходами державного впливу, або «зведена в закон державна воля» [8]. Прихильники ж іншого, «широкого» напряму [9], припускають, що право виступає в трьох проявах: правосвідомість, правові норми та правові відносини. Кожна складова в зв'язку з іншими утворює «потрійну єдність» [10]. Зрозуміло, до розуміння права не можна підходити з однієї точки зору; при розгляді лише одного підходу обов'язково втрачається, залишається нерозкритою частина характеристик досліджуваного поняття. Однак, пам'ятуючи про те, що дослідження права не є метою справжньої роботи, надалі автор буде керуватися першим підходом до визначення поняття права.

Таким чином, ми вважаємо, що законність, правопорядок, правосвідомість не слід виокремлювати як елементи правової основи, вони не є первинними правничими явищами, а визнаються похідними від права, вони не існують та не можуть існувати без нього. Як законність, так і правопорядок перебувають всередині системи дії права, вони можуть впливати на правосвідомість або зміну суспільних відносин, але самі по собі не є безпосередніми джерелами правових основ. Отож, елементами правових основ виступають самі правові норми, які знаходять своє вираження та фіксуються в різних формах або, інакше, джерелах, права. Саме цим елементам нам вважається логічним приділити найбільшу увагу в цьому дослідженні.

У загальнотеоретичній науці норму права визначають як «вихідний елемент», «первинну клітинку права» [11]. При цьому право є цілісним системним утворенням. Норма права є частиною цілого, в «той же час кожна з норм не може визначатися як «право в мініатюрі», повне, вичерпне відображення всіх його властивостей і характеристик» [12].

При дослідженні правових норм взагалі слід виходити з того, що між правом і правовою нормою існує співвідношення, тотожне тому, що існує між загальним і окремим. Б.В. Шейндліним аргументовано доведено, що співвідношення права та одиничної норми — це співвідношення загального і окремого в праві [13]. Виходячи з цього, можна говорити про те, що на кожну правову норму поширюється сутнісна і змістовна характеристика типу і сімейства права в цілому. Норми права детерміновані всіма реальними як об'єктивними, так і суб'єктивними умовами життя: 1) певними властивостями суспільних відносин, що організуються за їх допомогою; 2) рівнем правової свідомості і культури правотворця; 3) менталітетом і ціннісними орієнтаціями суспільства; 4) соціальною волею регулюючої підсистеми і шарів населення, що стоять за нею.

Крім того, необхідно мати на увазі, що нормативно-правовий припис — це мінімальна значеннєва частина тексту нормативно-правового акта, що представляє собою елементарне державно-владне веління загального характеру, наділене формальною ви-

значеністю, цілісністю і логічною завершеністю [14].

Будь-які правові норми модульні, загальнообов'язкові, регулятивні, за формою визначені, юридично забезпечені, функціонують в загальній системі права. Поза системою права не можна правильно визначити природу і призначення конкретної правової норми, її зміст, значення і місце в правовому просторі. Окрема правова норма набуває рис та ознак, якими характеризується право в цілому. Лише з урахуванням цього може бути з'ясовано, що «зміст норми має далеко не той зміст, призначення і мету, які має текстуально співпадаюча з нею правова норма іншої правової системи» [15].

У юридичній літературі ознаки правової норми були піддані детальному дослідженню ще в 60–80-ті роки минулого століття. Аналіз попередніх та сучасних наукових розробок показав, що вченими виокремлюються такі ознаки правової норми, як: загальнообов'язковість, державно-вольовий характер, державна обов'язковість, загальний характер, формальна визначеність, представницько-зобов'язуючий характер, нормативність [16].

Найтиповіші та найістотніші ознаки норми права називає С.С. Алексєєв. На його думку, такими ознаками є те, що норма права: 1) виходить від держави, тобто це не просто правило поведінки, а правило поведінки, що наділено «авторитарністю» та виступає як припис, явище; 2) охороняється примусовою силою держави; 3) це загальнообов'язкове правило поведінки, оскільки юридична норма є не просто правилом поведінки загального характеру, а загальнообов'язковим правилом; 4) наділяє учасників суспільних відносин суб'єктивними правами і покладає на них суб'єктивні юридичні обов'язки [17].

Розмаїття поглядів вчених на ознаки правової норми пов'язані з різним підходом їх до визначення норм права та їх функціонального призначення. Дослідження показало, що найпоширенішим є розуміння норми права як правила поведінки, яке встановлюється та забезпечується примусовою силою держави. Так, М.І. Байтін зазначає, що норма права — це вихідний від держави і нею охоронюваний загальнообов'язковий, формально-визначений припис, виражений у вигляді правила поведінки чи відправного встановлення і такий, що є державним регулятором суспільних відносин [18]. В.К. Бабаєв і В.М. Баранов характеризують норму права ширше, з урахуванням наявності різних її різновидів, визначаючи її як загальнообов'язкове, формально-визначене, структурно організоване встановлення державою міри належного, можливого, заохочувального, рекомендаційного або заборонного варіанта діяльності суб'єктів соціальної дійсності, що міститься в нормативно-правовому акті, шляхом установлення суб'єктивних прав і юридичних обов'язків [19].

С.А. Муромцев у визначенні правової норми зробив спробу конкретизувати фактичні вираження правових норм, і до правових форм відніс звичаєве право, закон і право юристів. Враховуючи, що відбулися в нашій державі за кілька століть політичні, економічні, соціальні зміни, розвиток юридичної та політичної науки, зміна лінгвістичного наповнення мови — як побутової, так і наукової, не дивно, що в цей час список цей піддався значним корегуванням. Так, сучасні правознавці виділяють не три, а принаймні сім основних правових форм (джерел), а саме: правовий звичай, нормативний акт, судовий прецедент, нормативний договір, загальні засади

права, ідеї та доктрини, релігійні акти. Однак слід обмовитися, що далеко не усі із зазначених джерел широко поширені та визнаються в Україні. Так, наприклад, оскільки за Конституцією наша держава є світською, те й релігійні акти джерелами права не вважаються, тому що не санкціоновані державою. Правові ідеї та доктрини також не обов'язкові для загального застосування. Судовий прецедент, будучи, по суті, свого роду еталоном для вирішення спору, створеним не правотворчим органом, а безпосередньо суддею під час здійснення їм процесу відправлення правосуддя, В Україні як джерело права не визнається, а слугує лише способом тлумачення права.

Таким чином, основними джерелами права в Україні прийнято вважати загальні засади права, правовий звичай, нормативний договір і нормативний правовий акт.

Під загальними засадами права розуміють основні, вихідні положення, ідеї права як специфічного соціального регулятора, найважливіші, ключові настанови законодавця, що виражають правничу політику держави в основних сферах суспільних відносин [20]. Однак загальні засади права є не тільки ідеями. Втілюючись у нормах законодавчих актів, вони самі стають нормами права та набувають нормативного змісту та чинність не тільки ідеї, але й норми, обов'язкові в правозастосуванні. Тобто загальні засади права частіше за все є різновидом правничих норм, які прямо не регулюють суспільні відносини, а є основою для норм — правил поведінки. Серед загальних засад права найчастіше називають демократизм, гуманізм, рівноправність, законність, повага та дотримання прав і свобод людини та громадянина. Ці ж принципи закріплені як основні принципи діяльності ДПСУ в законі про ДПСУ. Саме принципи права формують правові норми та реалізуються в них. Вони відіграють роль орієнтирів, виступаючи як керівні ідеї, визначають шляхи вдосконалювання як правових норм, так і правового регулювання суспільних відносин. Виступають з'єднувальною ланкою між основними закономірностями розвитку та функціонування соціуму та правовою системою. Завдяки принципам правова система адаптується до найважливіших інтересів і потреб людини та суспільства, стає сумісною з ними. На підґрунті загальних принципів права будується вся система законодавства держави, здійснюється правосуддя, укладаються міжнародні договори. Втілюючись у різних правових формах, загальні засади права обумовлюють їхню загальну змістовну спрямованість. Таким чином, кожне з вихідних від держави та гарантованих нею загальнообов'язкових і формально-визначених владних велінь, що становлять позитивне право, засноване на його загальних засадах.

Друге згадане нами джерело права, правовий звичай є санкціонованим і охоронюваним державою правилом поведінки, що історично склалося в результаті фактичної застосовності. Ця форма права виникла на самих ранніх етапах правового розвитку суспільства та держави. У сучасній науці немає однозначного ставлення до правового звичаю як до джерела права. Окремі вчені вважають, що роль правового звичаю в сучасній правовій дійсності досить незначна, що правовий звичай зберігає своє значення як джерело права лише в тих галузях, де поки немає достатнього матеріалу для законодавчих узагальнень. Дійсно, у питаннях, що

зачіпають права людини та громадянина, безпеку особи, соціуму та держави, звертання до правового звичаю має проводитися тільки в крайньому випадку. Такі питання повинні бути детально регламентовані законодавством, щоб уникнути непорозуміння, невірного тлумачення, виникнення прогалин і колізій, оскільки можливі їх наслідки торкнуться найвищої цінності сучасної держави та соціуму — людини. У зв'язку із цим, діяльність правоохоронних органів, у тому числі прикордонних органів, у меншому ступені ґрунтується на правовому звичаї. Переважна більшість питань, що виникають у процесі здійснення своєї діяльності органами (підрозділами) ДПСУ, урегульоване нормами законодавства України.

Однак інша справа, коли мова йде про міжнародне співробітництво. Це пояснюється тим, що в галузі міжнародного права правовий звичай посідає особливе місце: він стає джерелом міжнародного права, коли відносини між суб'єктами міжнародного співтовариства не врегульовані міжнародним договором. Він є джерелом гнучкішим порівняно із правовим договором, оскільки для виникнення наслідків за міжнародним договором потрібне узгодження воль багатьох членів міжнародного співтовариства, чого технічно буває складно домогтися. Також можлива ситуація, коли держави з політичних мотивів можуть побоюватися брати на себе юридичну відповідальність, підписуючи міжнародний договір, але згодні виконувати його вимоги в порядку дотримання правового звичаю. Може також виникати потреба в підпорядкуванні нормам міжнародного договору в порядку правового звичаю, якщо договір ще не набрав чинності. Проте, міжнародний договір є одним з основних правових джерел діяльності прикордонних органів (підрозділів).

Міжнародним договором є угода між основними суб'єктами міжнародного права (перш за все, між державами), що носить нормативний характер і покликаний регулювати їхні відносини один з одним шляхом створення взаємних прав і обов'язків. Міжнародні договори можуть укладатися у формі конвенцій (напр., Віденська конвенція про правонаступництво держав відносно договорів від 23 серпня 1978 р.), декларацій (напр., Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН від 24 жовтня 1970 р.), пактів (напр., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року), угод (напр., Угода про взаємну охорону секретної інформації між Україною і Туркменістаном від 8.02.2002), протоколів (напр., Протокол між Адміністрацією ДПСУ та Головним Комендантом Прикордонної варти Республіки Польща про порядок та обсяг співробітництва у сфері боротьби з організованою злочинністю від 19.04.2018), власне договорів (напр., Договір між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 16.01.2002). Назва міжнародного договору не змінює його сутність: узгодження волі самостійних і незалежних (суверенних) суб'єктів.

Стороною міжнародного договору в широкому розумінні визнається суб'єкт міжнародного права, що бере участь у міжнародному договорі. І. Лукашук уважає, що сторонами слід називати тих суб'єктів міжнародного права, що підписали або парафували договір, але остаточно його ще не приймали [21]. Треба наголосити,

що основними суб'єктами міжнародного права є держави. Тільки вони з огляду на свій суверенітет здатні надавати цьому праву юридично обов'язковий характер. Саме тому вони й є основними суб'єктами права міжнародних договорів. Держави — учасники міжнародного спілкування, намагаючись забезпечити власні економічні, політичні й інші інтереси, укладають між собою різноманітні договори й угоди. Вони виступають як суб'єкти або сторони цих міжнародних договорів та угод, є носіями конкретних прав і обов'язків [22].

Державу при укладанні договорів можуть представляти глава держави, уряд, різні органи виконавчої влади (в тому числі ДПСУ), прокуратура. Відповідно до цього, залежно від рівня, на якому укладений міжнародний договір, розрізняють договори міждержавні, міжурядові та міжвідомчі. Усі три види міжнародних договорів у частині, що стосується діяльності прикордонних органів (підрозділів) є правовими джерелами такої діяльності.

Специфікою міжнародних договорів є їхнє особливе становище в системі правових джерел, а саме співвідношення із правом внутрішньодержавним. Відповідно до ст. 9 Конституції України, основним законом нашої держави, міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, а укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України. Також суттєвим є нормативний припис ст. 18, відповідно до якого «зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права».

Таким чином, до правової системи України віднесені міжнародні договори, щодо яких вона виразила згоду на їхню обов'язковість й які набрали для неї законної сили, договори, до яких вона приєдналася, а також договори, відносно яких вона стала продовжувачем і правонаступником СРСР. Що ж стосується переваги міжнародних договорів перед законом, то уявляється, що, по-перше, «Конституція, визнаючи пріоритет міжнародного права над внутрішньодержавним законодавством, не поширює його верховенство на Основний закон країни», а по-друге, термін «закон» у даному разі вимагає розширювального тлумачення в значенні «нормативний правовий акт».

Нормативний правовий акт — це офіційний документ, що об'єктивує в суворо встановленій формі, що містить нормативні розпорядження, тобто владні волевиявлення, вказівки адресатам варіанта поведінки, прийняті уповноваженими на те суб'єктами або органами держави й опублікованими в офіційному виданні [23].

Багато вчених- правознавці дотримуються тієї думки, і автор з ними в цьому згодний, що нормативний правовий акт як джерело права має певні переваги перед іншими джерелами [23]. Така точка зору підтверджується, по-перше, тим, що нормативний правовий акт є найпоширенішим джерелом права взагалі в сучасному світі, а для країн із системою «писаного права», до яких належить зокрема і України, — класичним і першорядним. Завдяки такому «розмаху» саме в нормативних правових актах фіксується більшість норм права, що регулюють

найзначущіші сторони громадського життя. Інші ж джерела права загальнорегулятивної значущості не мають. По-друге, статті нормативних правових актів чітко формулюють пропоновані правила поведінки, тоді як норми права, виражені в інших джерелах, можуть мати казуїстичний характер (як, наприклад, юридичний прецедент) або не завжди визначений характер (як правовий звичай). По-третє, за допомогою змін у нормативних правових актах (тобто в законодавстві) право за потребою може бути піддане набагато рішучішим і швидшим перетворенням, ніж, для прикладу, через зміни в прецедентному або звичаєвому праві.

Нормативні правові акти не рівні між собою, вони будуються розташовуються відповідно до об'єктивно існуючої ієрархічної структури. За юридичною чинністю всі нормативні правові акти поділяють на закони та підзаконні акти. Такий поділ властивий загальній побудові законодавства в будь-якій країні. Він віддзеркалює не тільки формальну сторону (верховенство закону), але й особливості змісту законів. У них містяться основні первинні норми, базові положення з основних питань державно-правового громадського життя. Підзаконні ж акти видаються на підґрунті й на виконання законів. На цьому будується і система нормативних правових актів в Україні, яку становлять: Основний закон держави — Конституція України, закони (конституційні й звичайні), — і підзаконні акти — укази Президента України, постанови та розпорядження Уряду України, нормативні акти органів виконавчої влади (відомчі й міжвідомчі нормативні правові акти), нормативні акти органів виконавчої влади суб'єктів України, нормативні акти органів місцевого самоврядування та локальні акти.

Правовими джерелами діяльності прикордонних органів (підрозділів) будуть лише ті підзаконні акти, які прийняті на підґрунті та на виконання законів, норми яких регулюють суспільні відносини в сфері здійснення оперативно-службової діяльності ДПСУ. Сумнівною є можливість включення до системи правових джерел, що містять правові норми, якими регулюється діяльність прикордонних органів (підрозділів), нормативних актів органів виконавчої влади суб'єктів України; вони лише створюють умови, що сприяють здійсненню діяльності прикордонними органами (підрозділами), але саму діяльність не регламентують. А от укази Президента України найчастіше видаються з питань, що стосуються забезпечення охорони та захисту державного кордону, а також забезпечення окремих прав і свобод громадян (напр., Про рішення РНБО України від 4 березня 2016 року «Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України», затвердженого Указом Президента України від 14 березня 2016 року № 92/2016. Отже, до правових джерел діяльності прикордонних органів (підрозділів) прирахувати можна акти глави держави, при цьому вони мають найбільшу юридичну чинність серед підзаконних актів і обов'язкові для застосування на території всієї країни.

Щаблем нижче в ієрархії розташовуються постанови Уряду (Кабінету Міністрів) України. Це означає, що вони видаються на підставі не тільки Конституції України та законів України, але й на підґрунті нормативних указів глави держави й у випадку їх протиріччя якому-небудь із перерахованих вище нормативних правових актів можуть бути скасовані Президентом України. Саме укази Президента України, а рівно й

постанови та розпорядження Уряду України, у величезному ступені забезпечують діяльність різних центральних органів виконавчої влади, в тому числі прикордонних органів.

Нормативні акти центральних органів виконавчої влади видаються всіма повноважними органами: міністерствами, службами та відомствами. Як правило, вони діють у межах внутрішньовідомчих відносин для органів, посадових осіб і службовців даного органу (внутрішньовідомчі нормативні правові акти), а норми, що містяться в них, регулюють лише обмежену сферу суспільних відносин (митні, банківські, прикордонні, транспортні й інші). Однак деяким із центральних відомств, напр., МВС України, СБ України, надається видавати акти зовнішньої дії, тобто акти, обов'язкові для громадян і організацій, не підлеглих цьому відомству. При цьому всі акти центральних органів виконавчої влади, що торкаються прав і законних інтересів громадян, підлягають державній реєстрації в Міністерстві юстиції України, а умовою їх дії є офіційне опублікування (крім актів з грифом обмеження доступу).

Виходячи з того, що ДПСУ координується через Міністра внутрішніх справ, більша частина всіх правових джерел її діяльності припадає на нормативні правові акти МВС України. Вони є досить мобільним правовим джерелом, здатним швидко реагувати на зміни в державі та соціумі. Однак не слід забувати про те, що у відомчих нормативних правових актах законодавча воля переходить на рівень застосування права, тобто вони приймаються для реалізації норм вищих у порядку ієрархії структурних елементів правничої системи.

Норми права, що регулюють діяльність ДПСУ закріплені як у загальних правових джерелах, що торкаються різних сфер громадського та державного життя (наприклад, у загальновизнаних засадах і нормах міжнародного права, правовому звичаї, Конституції України), так і в суто спеціальних, що регламентують питання забезпечення недоторканності державного кордону й охорони суверенних прав України в її прилеглій зоні та виключній (морській) економічній зоні.

Висновки. Таким чином, елементами правових основ виступають правові норми. Норма права, у свою чергу, не може існувати самостійно, не будучи виражена в якій-небудь правовій формі (правовому джерелі). Уявляється логічним визначення правових основ як сукупності норм права, що зафіксовані в різних правових формах (правовому звичаї, нормативному акті, судовому прецеденті, нормативному договорі, загальних засадах права, ідеях і доктринах, релігійних акти), які віддзеркалюють закономірності суспільного розвитку та спрямовані на регулювання й охорону суспільних відносин у тій чи інший сфері життєдіяльності соціуму. Грунтуючись на проведеному аналізі правових джерел, що регламентують діяльність ДПСУ, ми вважаємо за необхідне віднести до таких правовий звичай, загальні засади права, загальновизнані принципи та норми міжнародного права, нормативний правовий акт і міжнародний договір.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Прокопенко В.В. Поняття та правова основа діяльності водного транспорту України: митний аспект. Lex Portus. 2018. № 2. С. 169-179; Денисюк Д. С. Правові основи діяльності Національної поліції України в умовах верховенства права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. 2016. Випуск 39. Том 1. С. 133-135.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2007. 1736 с., с. 861.
3. Основы теории государства и права: учебник / под ред. А.С. Пиголкин. Москва: Высшая школа, 1982. 256 с.
4. Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года. Вопросы теории государства и права, государственного и административного права / редкол.: М.И. Байтин (отв. ред.). Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1980. 287 с.
5. Грачева Е.Ю. Правовая основа государственной и общественной жизни. (Теоретические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1984. 197 с.
6. Грачева Е Ю. Правовая основа государственной и общественной жизни. (Теоретические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1984. 197 с., с. 5.
7. Лившиц Р.З. Выступление на круглом столе «О понимании советского права». Советское государство и право. 1979. № 8. С. 56-74, с. 605.
8. Большая Советская Энциклопедия: в 30 томах / гл. ред. А.М. Прохоров. 3-е изд. Москва: изд-во «Советская энциклопедия», 1974. 694 с., с. 239.
9. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1978. 269 с.; Кечекъян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. Москва: Изд-во АН СССР, 1958. 192 с.; Нерсесянц В. С. Право и закон. Из истории правовых учений. Москва: Наука, 1983. 366 с.
10. Горобец В.Д. Современные подходы к пониманию права и их значение для управленческой и правоохранительной деятельности: лекция. Москва: Академия МВД России, 1994. 29 с., с. 12.
11. Байтин М.И. Сущность права: современное нормативное правопонимание на грани двух веков. 2-е изд., доп. Москва: Право и государство, 2005. 544 с., с. 184.
12. Алексеев С.С. Общая теория права: курс в 2-х томах. Москва: Юрид. литература, 1982. Т. 2. 360 с., с. 34.
13. Шейндлин Б.В. Сущность советского права. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1959. 139 с., с. 12.
14. Давыдова М.Л. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 31 с., с. 13.
15. Керимов Д.А. Свобода, право и законность в социалистическом обществе. Москва: Госюриздат, 1960. 223 с., с. 198.
16. Теория государства и права: учебник / ред. А.И. Королев, Л.С. Явич. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1982. 382 с., с. 276; Общая теория права и государства: учеб. / под ред. В.В. Лазарева. Москва: Юристъ, 1994. 360 с., с. 118; Лейст О.Э. Санкции ответственность по советскому праву: теоретитческие проблемы. Москва: МГУ, 1981. 239 с., с. 13; Лившиц Р.З. Теория права: учебник / Р.З. Лившиц. Москва: Изд-во БЕК, 1994. 224 с., с. 103.
17. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права: нормы права и правоотношения. Курс лекций: учебное пособие. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1964. Вып. 2. 226 с., с. 8.
18. Байтин М.И. Сущность права: современное нормативное правопонимание на грани двух веков. 2-е изд., доп. Москва: Право и государство, 2005. 544 с., с. 184.
19. Бабаев В.К., Баранов В.М. Общая теория права: краткая энциклопедия. Н. Новгород: Свет, 1997. 589 с., с. 92.
20. Иванников И.А. Толковый словарь по теории права. Ростов-на/Д., 2005. 128 с., с. 92.
21. Лукашук И.И. Стороны в международных договорах. Москва: Юрлит,1966. 151 с., с. 7.
22. Павко Я. Поняття міжнародного договору, його джерела та суб'єкти: термінологічні аспекти проблеми. Віче. 2013. № 2. С. 23-26, с. 25.

23. Богачева Л.Л. Нормативные акты правоохранительных органов СССР (общетеоретический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1990. 197 с., с. 38.

Притула А.М.

К пониманию правовых основ деятельности Государственной пограничной службы Украины.

Аннотация. В статье анализируются разные научные подходы к понятию «правовая основа» деятельности государственного органа. Анализируются составляющие правовых основ деятельности государственного органа. Анализируются составляющие правовых основ: общие принципы права, правовой обычай, нормативный договор и нормативно-правовой акт. Дается их характеристика. Констатируется, что правовые основы являются совокупностью норм права, зафиксированные в разных правовых формах (правовом обычае, нормативном акте, судебном прецеденте, нормативном договоре, общих принципах права, идеях и доктринах, религиозных актах), которые отображают закономерности общественного развития и направлены на регулирование и охрану общественных отношений в той или иной отрасли жизнедеятельности социума.

Ключевые слова: правовые основы, правовое регулювание, правовое обеспечение деятельности, пограничная служба, правовые нормы.

A. Prytula

Understanding of legal basis for the activities of the State border guard service of Ukraine.

Summary. The article analyzes various scientific approaches to the concept of “legal basis” of a state body. The following components of the legal basis are analyzed in the article: general principles of law, legal custom, normative agreement and normative-legal act. Their characteristics are given. It is stated that the legal basis is a set of legal norms, contained in different legal forms (legal custom, normative act, judicial precedent, normative agreement, general principles of law, ideas and doctrines, religious acts), which reflect the patterns of social development and are aimed at regulation and the protection of social relations in certain activity of society.

Keywords: legal basis, legal regulation, legal support of activity, border guard service, legal norms.



УДК 342.1

А.Я. Палюх,
докторант кафедри конституційного права та прав людини
Національної академії внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІЗИЧНОЇ КУЛЬТУРИ І СПОРТУ В УКРАЇНІ ТА ДЕЯКИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню особливостей конституційно-правового регулювання у сфері фізичної культури і спорту. На прикладі окремих конституційних та інших нормативно-правових актів низки країн Європи проаналізовано систему джерел конституційно-правового регулювання у сфері фізичної культури і спорту. Підкреслюється відмінність пріоритетних напрямів державної політики у даній сфері, об'єктів такого регулювання тощо.

Спостерігається тенденція закріплення на конституційному рівні підтримки державами спорту та систематичного заняття фізичною культурою; спорту, зокрема спортивній підготовці, сприяння фізичній культурі і спорту в навчальних закладах та суспільстві в цілому. Рідше згадується у практиці конституційно-правового регулювання країн Європи про право на фізичне здоров'я, право на фізичне виховання, право дітей на фізичний розвиток. Є приклади взагалі відсутності конституційних положень у сфері забезпечення фізичної культури та спорту, опосередкованої згадки у контексті розвитку спорту та туризму, технічної культури і спорту, здійснення права на охорону здоров'я, на медичну допомогу тощо. Тому визначені перспективні напрями удосконалення конституційно-правового регулювання України у сфері фізичної культури і спорту, з урахуванням відповідного зарубіжного досвіду, національних особливостей, а також потреб населення.

Ключові слова: законодавство, конституція, міжнародно-правові стандарти, фізична культура, фізичне виховання, спорт, здоров'я.

Постановка проблеми. Рівень фізичного благополуччя та здоров'я населення відіграє важливу економічну і соціальну, культурну та іншу роль для суспільства. Ми переконані, що здорова людина, фізично активна здатна швидше розвиватись як особистість, побудувати сім'ю і бути повноцінним членом соціуму, громади, трудового колективу, громадської організації і т.д., брати активну участь у державотворчих процесах. Вона спроможна підвищувати загалом як власний рівень культури і свідомості, так і рівень культури, насамперед фізичної, відповідної нації і народу, сприяти взаємодії різних народів у даній сфері.

У свою чергу, забезпечення права людини на здоров'я полягає не тільки в необхідному медичному обслуговуванні, а й в належному розвитку фізичної культури і спорту серед населення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На жаль, питання конституційно-правового регулювання фізичної культури і спорту у деяких країнах Європи не вивчаються сучасними дослідниками. Водночас зустрічаються іноді роботи, що стосуються

становлення міжнародно-правових стандартів, засад державної політики України у даній галузі тощо. Йдеться зокрема, про праці таких авторів як М. Булатов, О. Вацеба, І. Гасюк, Н. Камінська, П. Когута, О. Кузьменко, С. Ліщук, Б. Шиян та ін.

Виходячи з цього можна визначити мету статті, яка полягає у необхідності дослідити як саме врегульовано питання щодо фізичного виховання, фізичної культури і спорту в конституціях та інших законодавчих актах різних країн Європи.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до абз. 3 ст. 49 Конституції України — держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідемічне благополуччя [2]. Тобто, в Україні саме на державу, в особові відповідних органів покладається обов'язок сприяти розвитку фізичного компоненту здоров'я населення.

На законодавчому рівні, відповідно до Закону України від 24.12.1993 р. № 3808-XII «Про фізичну культуру і спорт» закріплений категоріальний апарат в галузі фізичної культури і спорту. Так, фізична культура визначена як діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на забезпечення рухової активності людей з метою їх гармонійного, передусім фізичного, розвитку та ведення здорового способу життя. Спорт — діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленостях шляхом проведення спортивних змагань та відповідної підготовки до них [3].

До того ж, закріплені такі напрями фізичної культури: фізичне виховання різних груп населення, масовий спорт, фізкультурно-спортивна реабілітація. Фізичне виховання різних груп населення — напрям фізичної культури, пов'язаний з процесом виховання особи, набуттям нею відповідних знань та умінь з використання рухової активності для всебічного розвитку, оздоровлення та забезпечення готовності до професійної діяльності та активної участі в суспільному житті. Масовий спорт (спорт для всіх) — діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на забезпечення рухової активності людей під час їх дозвілля для зміцнення здоров'я. Фізкультурно-спортивна реабілітація — система заходів, розроблених із застосуванням фізичних вправ для відновлення здоров'я особи та спрямованих на відновлення і компенсацію за допомогою занять фізичною культурою і спортом функціональних можливостей її організму для поліпшення фізичного і психологічного стану.

У свою чергу спорт має такі напрями: дитячий спорт, дитячо-юнацький спорт, резервний спорт, спорт вищих досягнень, професійний спорт, спорт ветеранів, олімпійський спорт, неолімпійський спорт, службово-прикладний та військово-прикладний спорт, спорт осіб з інвалідністю тощо.

Загалом, на наше бачення, конституційно-правове регулювання фізичної культури і спорту в Україні включає такі рівні:

— конституційний;
— законодавчий;
— підзаконний.

Слід підкреслити, що частиною національного законодавства України згідно з положеннями ст. 9 Конституції України є чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [2]. Тут варто згадати наступні акти: Конвенцію проти використання допінгу і

Додатковий протокол до неї, прийняті в рамках Ради Європи; Європейську Конвенцію про насильство та неналежну поведінку з боку глядачів під час спортивних заходів, і зокрема футбольних матчів; Олімпійську хартію, Міжнародну хартію фізичного виховання і спорту ЮНЕСКО; Всесвітній антидопінговий кодекс, прийнятий Всесвітнім антидопінговим агентством, Статут Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я (ВООЗ) тощо.

Таким чином, відзначимо, що як і будь-яка інша сфера, сфера фізичної культури і спорту є об'єктом регулювання на внутрішньодержавному рівні, з урахуванням існуючих міжнародно-правових стандартів. Водночас предмет нашого дослідження зумовлює проведення аналізу конституційних та інших актів з метою з'ясування специфіки регулювання фізичної культури і спорту в окремих європейських державах.

Наприклад, згідно з положеннями ст. 52 Конституції Республіки Болгарії «Громадяни мають право на медичне страхування, гарантуючи їм доступну медичну допомогу, а також безкоштовне використання медичної допомоги за умов і в порядку, встановлених законом. Охорона здоров'я громадян фінансується з державного бюджету, від роботодавців, від особистих і колективних страхових внесків, а також з інших джерел за умов і порядку, визначених законом. Держава захищає здоров'я громадян і сприяє розвитку спорту та туризму. Ніхто не може бути підданий лікуванню та санітарним заходам, крім випадків, передбачених законом. Держава контролює всі медичні заклади, а також виробництво лікарських засобів, біопрепаратів та медичного обладнання та торгівлі ними» [4].

У ст. 45 Конституції громадянам Республіки Білорусь гарантується право на охорону здоров'я, включаючи безоплатне лікування в державних установах охорони здоров'я. Держава створює умови доступного для всіх громадян медичного обслуговування. Право громадян Республіки Білорусь на охорону здоров'я забезпечується також розвитком фізичної культури та спорту, заходами щодо оздоровлення навколишнього середовища, можливістю користування оздоровчими установами, удосконаленням охорони праці [5].

Також, у ст. 53 Конституції Литовської Республіки зазначено, що «Держава піклується про здоров'я людей і гарантує медичну допомогу та послуги людині у разі захворювання. Законом встановлюється порядок надання громадянам безкоштовної медичної допомоги в державних лікувальних закладах. Держава заохочує фізичну культуру суспільства і створює сприятливі умови для спорту. Держава та кожна особа зобов'язані охороняти навколишнє середовище від шкідливого впливу» [6].

Ч. 1-2 ст. 64 «Охорона здоров'я» Глави I Конституції Португальської Республіки передбачає, що кожен має право на охорону здоров'я і зобов'язаний його зберігати і зміцнювати. Право на охорону здоров'я реалізується: 1) через універсальну загальнонаціональну службу охорони здоров'я і, беручи до уваги матеріальний та соціальний стан громадян, в основному на безкоштовній основі; 2) шляхом створення економічних, соціальних, культурних та екологічних умов, що забезпечують захист дітей, молоді та людей похилого віку, і шляхом систематичного поліпшення умов життя і праці, сприяння фізичній культурі і спорту в навчальних закладах та су-

спільстві в цілому, а також шляхом розвитку санітарної освіти і практики здорового способу життя [7].

У свою чергу, глава третя «Керівні принципи соціальної та економічної політики» Конституції Королівства Іспанії в ч. 1 ст. 43 регламентує, що державою «визнається право на охорону здоров'я». В ч. 2 ст. 43 Конституції йдеться про те, що органи державної влади зобов'язані організовувати та охороняти здоров'я населення за допомогою профілактичних заходів та необхідних послуг та пільг. Закон встановлює відповідні права і обов'язки кожного хто відповідає за здійснення цих функцій. Державні органи сприяють медичній освіті, розвитку фізичного виховання і спорту, також заохочують правильну організацію дозвілля (ч. 3 ст. 43 Конституції) [8].

Спорт знаходиться під захистом і верховним наглядом держави відповідно до ч. 9 ст. 16 «Освіта, мистецтво, наука» Конституції Грецької Республіки. Держава дотує і контролює будь-які спортивні об'єднання, як це визначено законом. Закон також передбачає виплату допомоги, що надається кожному дотованому об'єднанню відповідно до їх призначення [9].

Статтею 47 Конституції Республіки Македонії визначено, що: «Свобода наукової, художньої та інших видів творчості гарантується. А також гарантуються права, що випливають з наукового мистецтва або іншої інтелектуальної праці. Республіка заохочує, допомагає і захищає розвиток науки, мистецтва і культури. Республіка заохочує і підтримує науково-технічний розвиток, заохочує і підтримує технічну культуру і спорт» [10].

Конституція Республіки Хорватії в ст. 69 гарантує «Свободу наукової, культурної та художньої творчості. Держава заохочує і сприяє розвитку науки, культури і мистецтва. Держава захищає наукові, культурні та мистецькі активи як духовні національні цінності. Гарантується захист моральних і матеріальних прав, що випливають з наукової, культурної, художньої, інтелектуальної та іншої творчості. Держава заохочує і допомагає піклуватися про фізичну культуру та спорт» [11].

Відповідно до статті XX Конституції Угорщини: «Кожен має право на фізичне і духовне здоров'я. Для здійснення права на фізичне і духовне здоров'я Угорщина сприяє забезпеченням сільського господарства, вільного від живих генномодифікованих організмів, забезпеченням доступу до здорових продуктів харчування та питній воді, організацією охорони праці та охорони здоров'я, підтримкою спорту та систематичного заняття фізичною культурою, а також забезпеченням охорони навколишнього середовища» [12].

Конституція Швейцарської Конфедерації в ст. 68 «Спорт» гарантує, що «Конфедерація сприяє розвитку спорту, зокрема спортивній підготовці. Вона керує спортивними школами. Вона може приймати закони щодо молодіжного спорту та визначати фізичне виховання в школах обов'язковим» [13].

Тим не менше, в ст. 111 Конституції Латвійської Республіки сформульовано, що держава захищає здоров'я людей і гарантує кожному мінімум медичної допомоги [14].

Так само і в Конституції Естонської Республіки в ст. 28 гарантовано право кожного на охорону свого здоров'я, однак відсутня пряма вказівка на забезпечення фізичної культури та спорту [15].

Водночас Конституція Республіки Франції взагалі не містить положень щодо прав громадян у сфері фізичної культури і спорту, завдань держави чи конкретних її органів у даній сфері [16].

А в Конституції Республіки Словенія лише в ст. 51 міститься право на охорону здоров'я, що полягає в наступному: «Кожна особа має право на охорону здоров'я відповідно до чинного законодавства. Права на державне фінансування охорони здоров'я регулюються законом. Жодна особа не може бути змушена пройти лікування, за винятком випадків, передбачених законом» [17].

Основний закон Федеративної Республіки Німеччини також не містить норм, що врегульовують суспільні відносини у сфері фізичної культури і спорту, натомість в ч. 5 ст. 6 існує засада про позашлюбних дітей, яким законом забезпечуються умови для фізичного і духовного розвитку, а також становище в суспільстві нарівні з дітьми, народженими в шлюбі [18].

Так само в ст. 42 «Освіта» Конституції Республіки Ірландії держава підтверджує, що першим і природним вихователем дитини є Сім'я, і гарантує повагу до невід'ємного права і обов'язку батьків відповідно до їх спроможності забезпечувати своїм дітям релігійне і моральне, інтелектуальне, фізичне і соціальне виховання [19].

Як бачимо, у переважній більшості країн Європи на конституційному рівні розвиток фізичної культури та спорту визначається як одна з передумов реалізації, гарантування здійснення права на охорону здоров'я, медичного обслуговування чи медичної допомоги. Зокрема, право громадян Республіки Білорусь на охорону здоров'я забезпечується розвитком фізичної культури та спорту. На наше переконання, чіткіші завдання визначені на конституційному рівні в України, оскільки тут передбачено, що держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідемічне благополуччя.

Поряд з цим, спостерігається інша тенденція, де конституційними нормами гарантується сприяння розвитку спорту, зокрема спортивній підготовці, фізичному вихованню чи фізичному розвитку (наприклад, Швейцарська Конфедерація, Республіки Ірландія тощо).

Отже, аналіз джерел конституційно-правового регулювання фізичної культури і спорту, розвитку і забезпечення прав людини у даній сфері в країнах Європи засвідчує можливість виокремлення таких підходів:

1) розгляд їх у контексті соціальних прав людини і громадянина, відповідних завдань держави (Республіка Болгарія, Республіка Білорусь, Литовська Республіка, Португальська Республіка, Королівство Іспанія);

2) віднесення до групи культурних прав людини і громадянина (Грецька Республіка, Республіка Македонія, Республіка Хорватія);

3) розглядаються як самостійна група прав людини і громадянина (Угорщина, Швейцарська Конфедерація);

4) визначаються загальні засади державної політики у сфері фізичної культури і спорту або взагалі відсутня згадка про дану сферу на конституційно-правовому рівні регулювання.

Висновки. Очевидним є звернення уваги на міжнародно-правовому рівні регулювання до питань забезпечення розвитку фізичної культури і спорту, поряд зі здоровим способом життя і благополуччям населення, їх включено до цілей сталого розвитку, стратегій діяльності міжнародних органі-

зацій. Однак по-різному здійснюється регулювання сфери фізичної культури і спорту в окремих державах, регламентовані відповідні гарантії забезпечення і реалізації. У більшості країн Європи, в тому числі в Україні, обов'язок піклування про громадян у сфері фізичної культури і спорту покладений на державу, що прямо передбачено в Основному Законі та відображено в низці галузевих нормативно-правових актів.

Що стосується інших держав, то питання розвитку фізичної культури та спорту не завжди безпосередньо врегульовано конституцією, іноді закріплюється в контексті права на охорону здоров'я, на медичну допомогу, тобто соціальних прав, а в ряді випадків у контексті права на освіту, передбачаючи права на фізичне виховання, фізичну культуру, тобто культурних прав людини. Так само різняться повноваження відповідних органів публічної влади у даній сфері, у тому числі закріплені на рівні конституцій чи інших нормативно-правових актів. На наше переконання, у цьому підкреслюється самобутність конституційно-правового регулювання сфери фізичної культури і спорту, її специфіка та потреба подальшого ґрунтовного вивчення, зокрема, стосовно спеціального галузевого чи відомчого нормативно-правового регулювання, гарантій реалізації та захисту відповідних прав і свобод людини і громадянина.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цілі сталого розвитку 2016-2030. URL: http:// www.un.org.ua/ua/tsili-rozvytku-tysiacholittia/tsili-staloho-rozvytku.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
3. Про фізичну культуру і спорт: Закон України від 24.12.1993 р. № 3808-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 14. Ст. 80.
4. Конституция на Република България. URL: https:// www.parliament.bg/bg/const.
5. Канстытуцыя Рэспублікі Беларусь. URL: http:// pravo.by/pravovaya-informatsiya/pomniki-gistoryi-prava-belarusi/kanstytutsyynae-prava-belarusi/kanstytutsyi-belarusi/kanstytutsyya-1994-goda-sa-zmyanennyami-i-dapa-nennyami-/.
6. Lietuvos Respublikos pilieni priimta 1992 m. spalio 25 d. referendume. URL:http:// www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija.htm.
7. Constitucia da Republica Portuguesa. URL: https:// dre.pt/crp-parte-i.
8. Constitucion Espanola. URL:https:// www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229.
9. Конституція Грецької республіки. URL: https:// www.hellenicparliament.gr/Vouliton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/.
10. Устав на Република Македони÷a. URL: https:// www.sobranie.mk/ustav-na-rm.nspx.
11. Конституція (Устав) Республіки Хорватії. Republike Hrvatske. URL: https:// www.zakon.hr/z/94/Ustav-Republike-Hrvatske.
12. Конституція Угорщини URL: https:// www.keh.hu/magyarorszag_alaptorvenye/1515-Magyarorszag_Alaptorvenye&pnr=14.
13. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. URL: https:// www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html.
14. Latvijas Republikas Satversme. URL: https://likumi.lv/doc.php?id=57980.
15. Eesti Vabariigi pxhiseadus. URL: https:// www.president.ee/et/eesti-vabariik/pohiseadus/index.html.
16. Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur. URL: https:// www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.

17. Ustava Republike Slovenije. URL: http:// pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=USTA1.
18. Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland. URL: http:// www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html.
19. Constitution of Ireland. URL: http:// www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en.
20. Камінська Н.В., Палюх А.Я. Міжнародно-правові стандарти у сфері фізичної культури та спорту і їх імплементація у національне законодавство України. Право.ua. 2018. № 3. С. 10-13.

Палюх А.Я.

Особенности конституционно-правового регулирования физической культуры и спорта в Украине и некоторых европейских государствах.

Аннотация. Статья посвящена исследованиям особенностей конституционно-правового регулирования в сфере физической культуры и спорта. На примере отдельных конституционных и иных нормативно-правовых актов ряда стран Европы проанализировано систему источников конституционно-правового регулирования в сфере физической культуры и спорта. Наблюдается тенденция поддержки государствами спорта, занятия физической культурой, реже упоминается в практике конституционно-правового регулирования стран Европы в контексте права на физическое здоровье, права на физическое воспитание, права детей, развития спорта и туризма и т.д. Определены перспективные направления усовершенствования конституционно-правового регулирования Украины в этой сфере.

Ключевые слова: законодательство**, конституция,** международно-правовые стандарты, физическая культура, физическое воспитание, спорт, здоровье.

A. Paluh

Features of constitutional and legal regulation of physical culture and sports in Ukraine and some European countries.

Summary. The article is devoted to studies of the features of constitutional and legal regulation in the field of physical culture and sports. The system of sources of constitutional and legal regulation in the field of physical culture and sports is analyzed on the example of certain constitutional and other legal acts of a number of European countries. There is a tendency for states to support sports, physical education, less frequently mentioned in the practice of constitutional and legal regulation of European countries in the context of the right to physical health, the right to physical education, children's rights, development of sports and tourism etc. The perspective directions for improving the constitutional and legal regulation of Ukraine in this area have been identified.

Keywords: legislation, constitution, international legal standards, physical education, physical education, sport, health.



УДК 347.4(477)

В.В. Надьон,
доктор юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ОДНИМ ІЗ ПОДРУЖЖЯ БЕЗ НАЛЕЖНОЇ ЗГОДИ ДРУГОГО

Анотація. Аналізується положення статті 65 Сімейного кодексу України щодо укладення договорів одним із подружжя та форми наданої згоди другого з подружжя. Приділена увага правовим наслідкам, які можуть виникати відповідно до змісту вказаної статті.

Ключові слова: подружжя, один із подружжя, правочин, договір, форма, цінне майно, дрібний побутовий правочин, майно, що не є цінним, спільна сумісна власність, права, обов'язки.

Постановка проблеми. Сімейний кодекс України (далі — СК України) приділяє увагу проблемі спільної власності подружжя. Вважається, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу) (ч. 1 ст. 60 СК). Це правило застосовується не тільки щодо майна, але й щодо обов'язків, які будуть покладені на одного із подружжя, вони також вважатимуться спільними, і відповідно при поділі майна ділитися буде не тільки майно, але й обов'язки.

Тому на сьогоднішній день актуальною є проблема застосування статті 65 СК України на практиці, а також правових наслідків, які можуть виникати щодо окремих її положень.

Метою статті є аналіз статті 65 СК України щодо розпорядження майном одним із подружжя, що є об'єктом права спільної сумісної власності; визначитися в правовому аспекті з такими категоріями як «дрібний побутовий правочин», «цінне майно», «майно, що не вважається цінним». Надати свої пропозиції щодо обраної проблеми.

Виклад основного матеріалу. СК України передбачає право подружжя на розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ст. 65). Дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя за взаємною згодою. Законодавець передбачив так звану презумпцію згоди одного з подружжя на укладення другим з подружжя договорів щодо відчуження спільного майна. Однак не можна не погодитися з твердженням, що встановивши таку презумпцію, законодавець не передбачив правових наслідків укладення правочинів одним із подружжя без згоди другого, а також не встановив

критеріїв, які слугували б підставою для висновку, щоб не вважати, що той з подружжя, який є учасником правочину, діяв за згодою другого, і якими доказами має підтверджуватися відсутність такої згоди. Не знайшло це питання однозначного вирішення ні в юридичній літературі, ні в судовій практиці [1, с. 456].

Сучасний тлумачний словник української мови містить декілька значень поняття «згода» це: а) позитивна відповідь на питання, дозвіл на що-небудь; б) взаємна домовленість, порозуміння; в) спільність поглядів, думок тощо; г) дружба, мирні стосунки; д) підтвердження чого-небудь і відповідає слову «так» [2, с. 279]. Поняття взаємного розуміння, домовленості, згоди знаходять своє відображення у семантиці лексичних одиниць української мови «порозуміння», «взаєморозуміння», «погодженість». Вони представляють еквівалентну семантику гармонії у ставленні до всього оточуючого, що приводить до мирних стосунків, взаємної дружби [3, с. 105]. За словами М.О. Малишевої, в основі згоди завжди лежить порозуміння, позитивне ставлення до ситуації, що є вкрай важливим для сімейних відносин й повинно враховуватися при їх правовому регулюванні [4, с. 298]. Отже, згода — це належна домовленість подружжя, щодо укладення договору в інтересах сім'ї одним із них.

У правовій доктрині європейських держав правовідносини між подружжям щодо укладення одним з них (без згоди другого) правочинів з третіми особами зазвичай визнають відносинами представництва. Так, німецька правова доктрина визнає відносини між подружжям, які виникають при укладенні одним із них договорів у межах наданих йому законодавством повноважень, які при цьому породжують права та обов'язки для другого з подружжя (ст. 1357 ЦУ Німеччини), відносинами законного представництва [5, с. 237]. У французькій правовій доктрині такі відносини спочатку розглядались як представництво за мовчазною довіреністю (йшлося в цьому випадку про право дружини як обмеженої у своїй дієздатності діяти від імені чоловіка). Однак у зв'язку із внесенням змін у ст. 220 ЦК Франції, яка надає можливість самостійно укладати договори одним із подружжя, такі відносини були визнані представництвом в силу закону [6, с. 408-410]. У ЦК Італії (ст. 180) чітко вказується про представництво одним із подружжя другого при здійсненні звичайного управління спільним майном. Таким чином, європейське законодавство називає правочини вчинені одним із подружжя без згоди другого з приводу спільного майна представництвом.

Цивільне законодавство України, навпаки, не визнає аналогічні правовідносини представництвом. Відповідно до ч. 1 ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. СК України визначає загальне правило щодо правочинів укладених одним із подружжя відносно спільного майна, а саме вважається, що він діє в інтересах сім'ї, від власного імені (ч. 4 ст. 65). Відповідно до положень ч. 2 ст. 237 ЦК України не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені. Також у ч. 3 ст. 238 ЦК України зазначено, що представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах. Отже, укладення правочину з приводу спіль-

ного майна одним із подружжя не є представництвом. Представництво буде мати місце, наприклад, у випадках: втрати працездатності одним із подружжя (виключно в рамках ст. 237 ЦК України); за довіреністю (ст. 244 ЦК України) та в інших випадках.

Відповідно до положень СК України дружина, чоловік мають право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її/його згоди, якщо договір виходить за межі дрібного побутового. Вперше сімейне законодавство закріплює поняття дрібного побутового правочину, але, нажаль, не дає його визначення. Застосовуючи положення ст. 31 ЦК України можна зазначити, що дрібним побутовим правочином, який укладається одним із подружжя, є правочин, якщо він задовольняє побутові потреби подружжя та стосується предмета, який має невисоку вартість. Характерними ознаками такого правочину є те що він: а) задовольняє побутові потреби подружжя; б) має невисоку вартість. Визначати вимір щодо відповідності правочину фізичному, духовному чи соціальному розвитку одного із подружжя немає потреби, бо мова йде про повністю дієздатну особу [7, с. 227]. Цікавим з цього приводу, є роз'яснення Національного банку України від 18.04.2004 року № 18-111/3249-8378 «Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності». Так, у п. 9 зазначено, що оскільки визначення «дрібний побутовий правочин» має оціночний характер, не має установлених меж грошового виразу (вартості), а тому має для різних видів діяльності, речей і майнового стану учасників цивільних правовідносин, різні межі вартості, то банкам при укладанні договорів на банківське обслуговування деяких категорій фізичних осіб (малолітні, одружені тощо) для практичного застосування норми ст. 31 ЦК України слід звертати увагу на майновий стан майбутніх клієнтів. Зокрема, це може включати ідентифікацію майнового стану самими клієнтами, визначення характеру їх потреб із відображенням такої інформації у відповідних договорах. У разі судових спорів за позовами батьків, усиновлювачів, опікунів відповідно до ЦК України або іншого з подружжя згідно ч. 2 ст. 65 СК України про визнання певного договору банківського рахунка недійсним як такого, що вчинений без згоди (схвалення), вищезазначені положення договору свідчитимуть про побутовий характер такого договору та його невисоку вартість для даного клієнта виходячи з його майнового стану або доходу. Відповідно такий договір можна визнати дрібним побутовим [8]. Слід зазначити, що банки в практичній діяльності застосовують це положення не тільки щодо договорів банківського рахунку, а й щодо кредитних договорів. Отже, банківські установи укладаючи кредитні правовідносини без застосування додаткового способу забезпечення виконання зобов'язання такого як, застава (заклад, іпотека), незалежно від суми боргу вважають такий правочин дрібним побутовим, і не вимагають належної згоди другого з подружжя.

Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. На питання, яке саме майно слід відносити до цінного, ні СК, ні ЦК України не дають чіткої відповіді

та не містять визначення критеріїв цінності майна. На думку А. Єрух, члена Комісії з аналізу, методології та прогнозування нотаріальної практики Української нотаріальної палати, нотаріус змушений самостійно орієнтуватися в ситуації, беручи до уваги не лише реальну вартість майна, але, мабуть, і майновий стан сім'ї, подружжя, якому таке майно належить [9, с. 8]. З цього положення випливає, що не тільки нотаріуси повинні, таким чином, розуміти термін «цінне майно», а й суди при розгляді цього питання.

Із змісту ст. 65 СК України випливає, що подружжя може укладати правочини щодо майна, яке не є цінним. Згода іншого з подружжя на укладення таких правочинів може висловлюватися в усній формі. Разом із тим дружина та чоловік мають право на звернення до суду з позовом про визнання такого правочину недійсним, якщо його було укладено без її (його) згоди (ч. 2 ст. 65 СК України). Незрозумілим залишається питання, які конкретно правочини можна віднести до цієї категорії. І.В. Жилінкова зазначала, що проблема пов'язана з відсутністю законодавчого визначення поняття «цінне майно». Внаслідок цього різниця між правочинами з цінним майном, або з таким, яке до цієї категорії не належить, має невизначений характер. Головне полягає в тому, що практично будь-який правочин може бути оскаржений другим з подружжя в суді на тій підставі, що його було вчинено без його усної згоди [7, с. 226]. Залежно від способу вираження волі одним із подружжя на вчинення договорів другим із подружжя Ю.С. Червоний виділяє три види договорів із розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя: 1) дрібні побутові договори, на укладення яких категорично вважається наявною згода другого з подружжя і ця згода не може бути спростована; 2) договори, які виходять за межі дрібних побутових договорів, щодо яких теж встановлена презумпція наявності згоди другого з подружжя на розпорядження спільним майном, яка, однак, за наявності відповідних підстав може бути спростована, що має наслідком визнання недійсним договором; 3) договори, що вимагають нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договори про цінне майно, для укладення яких згода другого з подружжя має бути подана письмово, а на укладення договору, що вимагає нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена. За відсутності такої прямо вираженої згоди другого з подружжя вказані договори за позовом другого з подружжя мають бути визнані недійсними [10, с. 123].

Таким чином, СК України оперує такими категоріями, як дрібний побутовий правочин, «цінне майно». Слід остаточно визначитися з даними категоріями. На наш погляд, дрібний побутовий правочин — це правочин, який задовольняє побутові потреби подружжя, та не перевищує 1-го ПМ[1].

Договори щодо майна, яке не вважається цінним — це договори, укладені одним із подружжя в інтересах сім'ї у розмірі від 1 до 10 ПМ. Відмінність договорів щодо майна, яке не вважається цінним від дрібного побутового правочину, полягає у тому, що дрібні побутові правочини не можуть бути визнані недійсними на тій підставі, що їх було укладено без згоди другого з подружжя.

[1] ПМ для працездатних осіб з 1 грудня 2018 року — 1921 грн, а з 1 липня 2019 року — 1936 грн.

Договори щодо цінного майна — це договори, укладені одним із подружжя в інтересах сім'ї у розмірі від 10 і більше ПМ. Головна відмінність укладення договорів одним із подружжя щодо майна, яке вважається або не вважається цінним у формі наданої згоди того із подружжя, хто не приймає участі особисто. Так, відносно договорів укладених одним із подружжя щодо майна, яке не вважається цінним — достатньо усної згоди другого з подружжя; а щодо майна яке є цінним — обов'язкова письмова згода другого з подружжя. Надана згода буде вирішальним фактором при виникненні зобов'язань, які покладатимуться не тільки на зобов'язану особу, яка приймала особисту участь у правочині але й на другого з подружжя, який погодився з діями зобов'язаної особи, якщо той з подружжя хто приймав особисто участь у правочині вчинив його в інтересах сім'ї. У п. 24 Постанови Пленуму Верховного Суду України зазначено, що до складу майна, що підлягає поділу, включається загальне майно подружжя, наявне у нього на час розгляду справи, та те, що знаходиться у третіх осіб. При поділі майна враховуються також борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї (ч. 4 ст. 65 СК) [11].

У СК України визначено, що той з подружжя, хто не брав безпосередньо участі в укладенні договору, стає зобов'язаною стороною (боржником), якщо: а) договір було укладено другим із подружжя в інтересах сім'ї; б) майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї. Поєднання вказаних підстав надає можливості розглядати другого з подружжя як зобов'язану особу, незважаючи на те, що така особа не брала особисто участі в укладенні договору. З цього випливає, що закон при вирішенні цього питання закріплює не суб'єктивний, а об'єктивний підхід, оскільки не пов'язує виникнення обов'язку другого з подружжя з фактом надання ним згоди на укладення правочину. Навіть якщо другий з подружжя не знав про укладення договору він вважатиметься зобов'язаною особою, якщо об'єктивно цей договір було укладено в інтересах сім'ї та одержане майно було використано в інтересах сім'ї.

Виникає питання: «А якщо одержане майно за кредитним договором було використане в особистих інтересах одного із подружжя (не в інтересах сім'ї)? Яку відповідальність несе другий з подружжя?». На наш погляд, другий з подружжя (який не брав участі при укладенні правочину) повинен бути звільнений від відповідальності на тій підставі, що майно, отримане одним із подружжя, було використано для особистих цілей, а не в інтересах сім'ї. Відповідальність другого з подружжя мала б місце у випадку, коли б банк або інша фінансова установа, з якою один із подружжя вступає в кредитні правовідносини, проінформував другого з подружжя про намір одного із подружжя укласти кредитний договір та зобов'язав того з подружжя, який не виступає стороною правочину, надати письмову згоду на вчинення другим із подружжя зазначених дій. Тим самим той з подружжя, який не виступає стороною у правочині, письмовою згодою бере на себе відповідальність за солідарне виконання зобов'язання шляхом наданої згоди (мова йде щодо категорії «цінне майно»). Згода другого з подружжя обов'язково повинна бути, тому що виконання обов'язку, а саме повернення грошових коштів, буде відбуватися зі спільного майна. Тобто

виникає ситуація: гроші взято на особисті потреби одним із подружжя, а повертатися вони будуть зі спільного майна. Відповідно до цієї ситуації необхідно отримати письмову згоду другого з подружжя при укладені правочину.

Таким чином, маємо справу з двома групами правочинів:

перша група — це домовленість на укладення правочину між подружжям (можлива в усній формі). У цьому випадку один із подружжя інформує другого про свій намір укладення в майбутньому кредитного договору;

друга група — це домовленість між банком або іншою фінансовою установою та одним із подружжя, який діє за письмовою згодою другого з подружжя та в інтересах сім'ї. Якщо такої письмової згоди банк або інша фінансова установа, яка є стороною у правочині, не отримала, укладений одним із подружжя кредитний договір у судовому порядку можна визнати недійсним на підставі частин 2, 3 ст. 65 СК України.

Висновок. Юридична конструкція ст. 65 СК України в її існуючому вигляді характеризується нетиповістю підходу законодавця до регулювання майнових правовідносин подружжя, зумовлюючи проблему кваліфікації підстави виникнення обов'язків в другого із подружжя, який не брав участі в укладенні договору та правових наслідків, які можуть виникати у випадках невиконання чи неналежного виконання договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цивільне право України : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. Київ. 2004. 860 с.
2. Сучасний тлумачний словник української мови: 60 000 слів /за заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В.В. Дубічинського. Х.: ВД «ШКОЛА», 2008. 832 с.
3. Іваненко Н.В. Поняття згода. Мовні і концептуальні картини світу. 2013. Вип 43(2). С. 102-109.
4. Малишева М.О. Сутність згоди у сімейному праві. URL: http: //dspace.nlu.edu.ua (дата звернення: 17.12.2018).
5. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права / под ред. Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого. Москва : Изд-во иностр. л-ры, 1950. Т. 1. Полутом 2. 1950. 483 с.
6. Koziol H. Grundriss des burgerlichen Recchts. Wien: Manz, 2006. Vol. 1. 13th ed. XXXVI, 674 s.
7. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. 855 с.
8. Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності: Лист Національного банку України від 18.08.2004 року № 18-111/3249-8378 URL: http: //zakon.rada.gov.ua/go/v8378500-04 (дата звернення: 12.12.2018)
9. Єрух А. Окремі питання щодо укладення правочинів із спільним майном подружжя. Нотаріат. 2004. № 12.
10. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю.С. Червоного. К.: Юрінком Інтер, 2008. 504 с.

11. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11. URL: http: // zakon.rada.gov.ua/go/v0011700-07 (дата звернення 17.12.2018).

Наден В.В.

Заключение договора одним из супругов без надлежащего согласия второго.

Аннотация. В работе анализируется положение статьи 65 Семейного кодекса Украины относительно заключения договоров одним из супругов и формы предоставленного согласия другим супругом. Уделено внимание правовым последствиям, которые могут возникать из содержания указанной статьи.

Ключевые слова: супруги, один из супругов, сделка, договор, форма, ценное имущество, мелкая бытовая сделка, имущество, которое не является ценным, общая совместная собственность, права, обязанности.

V. Nadon

Conclusion of a contract by one of the spouses without the proper consent of the other.

Summary. The scientific work analyzes the provisions of Article 65 of the Family Code of Ukraine regarding the conclusion of contracts by one of the spouses and the form of consent given by the other. Attention is paid to the legal consequences that may arise according to the content of the article.

Key words: marriage, one of spouses, law, contract, form, valuable property, small household law, property that is not valuable, joint property, rights, duties.



УДК 342.72/.73

О.О. Іляшко,
кандидат юридичних наук,
директор Навчально-наукового гуманітарного інституту
Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського

МЕХАНІЗМИ ГАРАНТУВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ ТА ПРОБЛЕМИ ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ

Анотація. У статті розглядаються правові положення щодо гарантування права власності на тимчасово окупованих територіях. Розглядаються механізми набуття права власності , в тому числі і внаслідок спадкування, на нерухоме майно, розташоване на цих територіях. Аналізуються особливості реалізації права власності в умовах окупації. Досліджується проблема користування транспортними засобами, що мали реєстрацію в Автономній Республіці Крим та оцінюються перспективи її вирішення.

Ключові слова: тимчасово окуповані території; право власності; нерухоме майно; транспортний засіб; реєстрація прав.

Постановка проблеми. Після окупації Автономної Республіки Крим та окремих територій на Сході України, багато їх жителів та юридичних осіб inter alia зазнали грубих порушень права власності.

Так, за даними, які основані на офіційних джерелах та рішеннях окупаційної влади, у Криму було націоналізовано більше 330 підприємств, установ і організацій що перебувають у державній власності та власності професійних спілок, а також 280 підприємств приватної форми власності. Масова націоналізація майна відбулася на окупованих територіях Кримського півострову ще у 2014 році. Проте, така незаконна націоналізація продовжилася і в 2015 році. Крім того, держава-окупант продовжує знищення майна шляхом знесення об'єктів, які визнаються самочинним будівництвом, як правило в адміністративному порядку. За офіційними заявами окупаційної влади, в м. Сімферополь виявлено 450 таких об'єктів, в Сімферопольському районі — 590, в Судаку — 338, в Ялті — 225 і в Євпаторії — 36. При цьому місцевою владою робляться кроки зі знесення таких будівель, як правило, без судового рішення та без дотримання прав їх власників [1]. Аналогічні порушення мали місце на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях.

В цілому, можна констатувати, що кожна фізична та юридична особа, чиє майно знаходиться на тимчасово окупованих територіях, в тій чи іншій мірі, зіткнулася з проблемами при набутті та реалізації права власності. Для вирішення цієї ситуації українська держава розробила відповідні ме-

ханізми гарантування та забезпечення права власності на тимчасово окупованих територіях, що закріплені у Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII від 15.04.2014 (далі — Закон № 1207-VII). Разом з тим безпосереднє володіння, користування та розпорядження майном, що знаходиться на тимчасово окупованих територіях, змушує його власника виконувати вимоги та правила, встановлені окупаційною владою. Тому для повного аналізу стану реалізації права власності на тимчасово окупованих територіях важливо дослідити як відповідне законодавство України, так і практичні особливості реалізації права власності на цих територіях.

Метою статті виступає аналіз механізмів гарантування права власності на тимчасово окупованих територіях, а також особливостей та проблем реалізації повноважень власника на цих територіях.

Аналіз останніх досліджень. На відміну від широко поширеної у науковій літературі теми захисту та здійснення майнових прав внутрішньо переміщених осіб, проблема реалізації права власності на тимчасово окупованих територіях практично не досліджена. Наявні роботи практикуючих юристів та правозахисників, зокрема, таких як О. Бучко, Н.Камінська, О. Палій, А. Лісовський, М. Щербатюк та інші.

Виклад основного матеріалу. Українське законодавство встановлює особливий правовий режим на тимчасово окупованих територіях, який засновується на таких принципах:

Поширення дії Конституції та законів України на тимчасово окуповані території;

Особливий порядок забезпечення та реалізації прав і свобод жителів цих територій;

Покладання на державу-окупанта відповідальності за порушення визначених Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина на тимчасово окупованих територіях;

Встановлення обов'язку держави-окупанта відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, заподіяної внаслідок тимчасової окупації, державі Україна, всім фізичним та юридичним особам;

Невизнання органів та посадових осіб та їх діяльності на тимчасово окупованих територіях, якщо вони утворені та діють не на підставі законодавства України;

Визнання недійсними будь-якого акта, рішення (документа) виданого органом чи посадовою особою держави-окупанта;

Можливість органів державної влади України, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, у виняткових випадках, встановлювати зв'язки та взаємодіяти з незаконними органами, створеними на тимчасово окупованих територіях.

Гарантування права власності на тимчасово окупованих територіях здійснюється шляхом закріплення у законі положень щодо охорони цього права згідно із законодавством України та стосовно збереження права власності та інших речових прав на майно, що знаходиться на цих територіях, за суб'єктами приватного та публічного права, якщо воно було набуте відповідно до законів України. Крім того, українським законодавством встановлена недійсність будь-якого правочину, вчиненого на тимчасово окупованій території, відповідно до законів держави-окупанта.

Особливість реалізації права власності, згідно із Законом № 1207-VII, полягає у тому, що набуття та припинення права власності на нерухоме майно, яке знаходиться на тимчасово окупованій території, здійснюється відповідно до законодавства України за межами тимчасово окупованої території. У разі неможливості здійснення державним реєстратором повноважень щодо державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень на тимчасово окупованій території орган державної реєстрації визначається Кабінетом Міністрів України [2].

Так, відповідно до Наказу Міністерства Юстиції України № 898/5 від 28.03.2016 «Про врегулювання відносин, пов'язаних з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно, що розташоване на тимчасово окупованій території України» державна реєстрація права власності та інших речових прав на нерухоме майно, що розташоване в межах території Автономної Республіки Крим, міста Севастополя, а також тимчасово окупованої території Донецької та Луганської областей, проводиться незалежно від місцезнаходження такого майна. Ведення реєстраційних справ у паперовій формі щодо нерухомого майна, що розташоване в межах території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, забезпечує Головне територіальне управління юстиції у Херсонській області. Ведення реєстраційних справ у паперовій формі щодо нерухомого майна, що розташоване в межах тимчасово окупованої території Донецької та Луганської областей, забезпечують відповідно до компетенції Головне територіальне управління юстиції у Донецькій області та Головне територіальне управління юстиції у Луганській області [3].

Таким чином, відповідно до українського законодавства набуття та припинення права власності на нерухоме майно, яке розташоване на тимчасово окупованих територіях, має здійснюватися поза межами цих територій і в особливому порядку, встановленому законами України. На практиці, вказаний механізм не застосовується.

Враховуючи те, що угоди про відчуження нерухомого майна, що знаходиться на тимчасово окупованих територіях, укладаються або між місцевими жителями, або з громадянами РФ, а також те, що подальше користування таким майном передбачає виконання вимог законів держави-окупанта (сплата комунальних платежів, податків тощо), то і реалізація повноважень власника такого майна здійснюється згідно з правилами, що тимчасово діють на таких територіях, зокрема у Криму — це законодавство РФ).

Так, на тимчасово окупованій території Криму реєстрація права власності на нерухоме майно здійснюється Державним комітетом з державної реєстрації та кадастру Республіки Крим. Реєстрація прав включає два етапи. На першому здійснюється постановка об'єкта на кадастровий облік із занесенням даних до публічної кадастрової карти, підтверджуючими документа є кадастровий паспорт об'єкта (квартири, нежитлового приміщення тощо) чи кадастровий (межовий) план та кадастровий паспорт земельної ділянки. На другому етапі здійснюється реєстрація права з внесенням відповідного запису до Єдиного державного реєстру прав на нерухоме майно (ЕДРП), результатом цієї процедури є виписка з ЕДРП. Строк реєстрації становить десять днів, але в більшості випадків, додатково здійснюється перевірка правовстановлюючих доку-

ментів (направлення запитів), тому строк може бути збільшено до сорока днів.

Важливим аспектом відчуження нерухомого майна шляхом його продажу є сплата податків з доходів, отриманих від такого продажу. З 2014 до 2019 року продаж кримської нерухомості нерезидентами передбачав сплату податку у розмірі 30% від суми угоди. Однак, з 01.01.2019 у Податковий кодекс РФ (далі — ПК РФ) були внесені зміни, які передбачають особливості звільнення і нерезидентів від сплати податків від продажу нерухомого майна.

Так, згідно з ч. 1 ст. 217.1 ПК РФ звільнення від оподаткування доходів, зазначених в абзаці другому пункту 17.1 статті 217 цього Кодексу, одержуваних фізичними особами за відповідний податковий період, а також визначення податкової бази при продажу нерухомого майна здійснюється з урахуванням особливостей, встановлених цією статтею [4]. У попередній редакції ця частина містила формулювання «фізичні особи, які є резидентами...».

Відповідно до ч. 2 ст. 217.1 ПК РФ якщо інше не встановлено цією статтею, доходи, одержувані платником податку від продажу об'єкта нерухомого майна, звільняються від оподаткування за умови, що такий об'єкт знаходився у власності платника податку протягом мінімального граничного терміну володіння об'єктом нерухомого майна і більше [4]. Загальний мінімальний граничний термін володіння майном становить п'ять років. Спеціальний мінімальний граничний термін володіння майном становить три роки, за умови набуття платником податку права власності на таке майно внаслідок приватизації, передачі майна за договором довічного утримання або внаслідок спадкування або дарування від фізичної особи — члена сім'ї і (або) близького родича цього платника податків.

Певні особливості має процедура набуття права власності на майно внаслідок спадкування. Закон № 1207-VII встановлює, що у разі якщо останнім місцем проживання спадкодавця є тимчасово окупована територія, місцем відкриття спадщини є місце подання першої заяви, що свідчить про волевиявлення щодо спадкового майна, спадкоємців, виконавців заповіту, осіб, заінтересованих в охороні спадкового майна, або вимоги кредиторів. Якщо місце проживання спадкодавця невідоме, а нерухоме майно або основна його частина, у разі відсутності нерухомого майна — основна частина рухомого майна знаходиться на території, передбаченій частиною першою цієї статті, місцем відкриття спадщини є місце подання першої заяви, що свідчить про волевиявлення щодо спадкового майна, спадкоємців, виконавців заповіту, осіб, заінтересованих в охороні спадкового майна, або вимоги кредиторів. Спадкова справа підлягає реєстрації у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України [2]. Вказана процедура не забезпечує можливість подальшого розпорядження таким майном. Тому в більшості випадків, спадкування майна, що розташоване на тимчасово окупованих територіях, здійснюється за законами окупаційної влади. Варто відмітити, що у випадку коли останнє місце спадкодавця було на материковій частині України, спадкування майна, що знаходиться у Криму, можливе за законодавством РФ на підставі українських документів.

Закон № 1207-VII також містить окремий правовий механізм гаран-

тування права власності військовослужбовців військових формувань та правоохоронних органів України на жилі приміщення для постійного проживання, відомчі та службові жилі приміщення та жилі приміщення у гуртожитках, розташованих на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя.

Зокрема, цим законом закріплено право військовослужбовців та членів їх сімей на приватизацію вказаних вище приміщень, якщо вони були отримані ними в установленому порядку та якщо вони проживали в них станом на 1 січня 2014 року. Така приватизація здійснюється безоплатно незалежно від розміру загальної площі жилих приміщень, що приватизуються, а також незалежно від реалізації ними в установленому законом порядку права на приватизацію житла до набрання чинності цим Законом.

Крім того, набуття права приватної власності на жилі приміщення, що знаходяться на тимчасово окупованій території, військовослужбовцями військових формувань та правоохоронних органів України та членами їх сімей не позбавляє їх права на приватизацію житла, що знаходиться на іншій території України, відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» [2]. Проте, враховуючи встановлення на тимчасово окупованих територіях відповідної окупаційної влади, реалізація права військовослужбовців на приватизацію жилих приміщень відповідно до Закону № 1207-VII, є неможливою.

Окупація окремих територій України ускладнила користування і окремими об'єктами рухомого майна, зокрема транспортними засобами. Так, власники транспортних засобів — фізичні та юридичні особи, які проживали та були зареєстровані на території Криму і Севастополя, були зобов'язані до 1 квітня 2016 року замінити в установленому порядку реєстраційні документи і державні реєстраційні знаки, видані на транспортні засоби до 18 березня 2014 року.

Багато жителів тимчасово окупованої території Криму не виконали цей обов'язок у встановлений строк, тому був розроблений спеціальний порядок притягнення їх до відповідальності. Так після 1 квітня 2016 року стосовно осіб, які керували транспортним засобом, не зареєстрованим у встановленому окупаційною владою порядку, спочатку виносилося усне попередження. У подальшому їх притягали до адміністративної відповідальності за керування транспортним засобом, не зареєстрованим у встановленому порядку. За таке правопорушення передбачалося адміністративне стягнення від штрафу до позбавлення водійських прав. Таким чином, жителі тимчасово окупованих територій вимушені були перереєструвати свої транспортні засоби, що автоматично унеможливило їх виїзд на таких автомобілях з території Криму на материкову Україну. Така ситуації ускладнила комунікацію з іншою частиною України.

Прикметно, що ще у 2016 році при Кабінеті Міністрів України, за ініціативою Держслужби України у справах Криму і Севастополя, була створена робоча група для розробки механізмів вирішення проблеми виїзду з Криму транспортних засобів з номерами російського зразка.

Зокрема, пропонувалося створення на пунктах пропуску в Херсонській області системи, при якій кримські автовласники могли би здати російські номерні знаки на зберігання «відповідним посадовим особам», а замість них встановити номера україн-

ського зразка, після чого вільно пересуватися по території материкової України. Для цих цілей також передбачалося створення спеціального HUBу. Також пояснювалося, що при такій системі на контрольних пунктах в'їзд — виїзду здійснювалася би перевірка VIN-коду транспортних засобів. Таким чином, забезпечувався би проїзд з території АРК і Севастополя на іншу територію України тільки тих транспортних засобів, які придбані у власність і зареєстровані відповідно до українського законодавства [5]. На жаль, вказана пропозиція не була прийнята і на сьогодні проблема кримських транспортних засобів з російськими номерами залишається не вирішеною.

Варто зазначити, що правозахисники постійно наголошують на необхідності пошуку шляхів виходи із вказаної ситуації. Наприклад, пропонують дозволити кримчанам в'їжджати в Херсонську область на будь-яких номерах. Експерти пояснюють, що «мова не йде про легалізацію російських номерів — мова про те, щоб дозволити нашим українським громадянам, зареєстрованим в Криму, вільно перетинати адміністративний кордон і приїжджати на материкову Україну. Це було б правильним і виправданим рішенням. Це дозволило б нашим громадянам підтримувати тісні відносини з материковою Україною і з людьми. Кримчани на російських номерах після перетину адмінкордону не зможуть виїхати за межі України, не зможуть її продати. Говорити, що це вплине на міжнародні позови Україна проти Росії, — абсолютна дурість, оскільки Україна має широку свободу розсуду в питаннях, пов'язаних з розпорядженням власністю. Минуло чотири з половиною роки. Держава розуміє, що багато людей вимушено поміняли українські номери на російські» [6].

На наш погляд, пропозиція щодо системи по зміні російських номерних знаків на українські у спеціальному HUBі на пунктах пропуску в Херсонській області є логічною, її запровадження ефективно би вирішило цю проблему.

Отже, право власності на тимчасово окупованих територіях гарантується як міжнародними актами: Женевською конвенцією про захист цивільного населення під час війни (IV), Гаазькою конвенцією про закони і звичаї суходільної війни (ст. 46), Протоколом № 1 Європейської Конвенції із захисту прав людини (ст. 1), так і українським законодавством, серед якого головним є Закон № 1207-VII. Однак, наведені нормативні акти на тимчасово окупованих територіях не застосовуються, та можуть бути використані лише при захисті права власності у міжнародних інстанціях.

На тимчасово окупованих територіях набуття та реалізація права власності, в першу чергу на нерухоме майно, здійснюється у порядку встановленому окупаційною владою. При цьому власники вимушені діяти у такий спосіб, оскільки ризикують втратити своє майно. Наприклад, при затягуванні з оформленням спадкового майна на тимчасово окупованих територіях, воно може бути визнано безхазяйним або відумерлим.

Водночас проблема користування жителями тимчасово окупованих територій окремими об'єктами рухомого майна, зокрема транспортними засобами, може бути вирішена Українською державою шляхом прийняття відповідного законодавства. Для цього необхідні розуміння проблеми, оцінка ситуації у перспективі та наявність політичної волі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ситуація з правами людини на окупованій території АР Крим та м. Севастополь. УГСПЛ. URL: https://helsinki.org.ua/sytuatsiya-z-pravamy-lyudyny-na-okupovanij-terytoriji-ar-krym-ta-m-sevastopol-s-zajets-d-svyrydova-r-martynovskyj-v-nabuhotnyj/ (дата звернення 18.02.2019).
2. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України від 15.04.2014 р. № 1207-VII. Голос України. 2014. 26 квіт. (№ 83).
3. Про врегулювання відносин, пов'язаних з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно, що розташоване на тимчасово окупованій території України: Наказ Міністерства Юстиції України від 28.03.2016 р. № 898/5. Офіційний вісник України. 2015. № 25. Ст. 1010.
4. Податковий кодекс РФ від 31.07.1998 р. № 146-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_19671/ (дата звернення 19.02.2019).
5. Крымским авто придется сдавать российские номера при въезде на материковую Украину. AUTO-Consulting. URL: http://www.autoconsulting.com.ua/article.php?sid=35577 (дата звернення 19.02.2019).
6. Капкан для автомобилистов: почему крымчане ездят на украинских номерах. Крим. Реалії. https://ru.krymr.com/a/ukrainskie-i-rossiyskie-nomera-na-avtomobilah-v-krymu/29537614.html (дата звернення 19.02.2019).
7. Камінська Н.В. Анексія, агресія та окупація: проблеми кваліфікації та правові наслідки. Правові засади суверенного розвитку України в умовах гібридної війни: матер. всеукр. конф., 21 лютого 2018 року, м. Київ. К., 2018.
8. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні у 2017 р. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3 (дата звернення: 26.01.2019).
9. Камінська Н.В., Демиденко В.О. Механізм деокупації та реінтеграції тимчасово окупованої території України: проблеми комплексного забезпечення. Невідкладні заходи з протидії російській агресії з Криму: політичні, юридичні, економічні, управлінські та соціальні аспекти: матер. науково-практ. конфер. (4 вересня 2018 р., м. Київ). / Представництво Президента України в АРК. Київ-Одеса: Фенікс, 2018. С. 65-69.

Иляшко О.О.

Механизмы гарантирования права собственности на временно оккупированых территориях и проблемы их реализации.

Аннотация. В статье рассматриваются правовые положения по обеспечению права собственности на временно оккупированных территориях. Рассматриваются механизмы приобретения права собственности, в том числе и вследствие наследования, на недвижимое имущество, расположенное на этих территориях. Анализируются особенности реализации права собственности в условиях оккупации. Исследуется проблема пользования транспортными средствами, которые имели регистрацию в Автономной Республике Крым и оцениваются перспективы ее решения.

Ключевые слова: временно оккупированные территории; право собственности; недвижимое имущество; транспортное средство; регистрация прав.

O. Iliashko

The mechanisms of guarantee of the property rights in the temporarily occupied territories and problems of their realization.

Summary. The article deals with the legal provisions on guaranteeing the right of ownership in the temporarily occupied territories, which are enshrined in the Law of Ukraine "On ensuring the rights and freedoms of citizens and legal regime in the temporarily occupied territory of Ukraine" No. 1207-VII of 15.04.2014.

This law establishes a special legal regime in the temporarily occupied territories, based on the following principles: the extension of the Constitution and the laws of Ukraine to the temporarily occupied territories; a special procedure for the provision and realization of the rights and freedoms to the inhabitants of these territories; the reliance on the state-occupant of responsibility for violation of the rights and freedoms of man and citizen in the temporarily occupied territories established by the Constitution and laws of Ukraine; establishing the duty of the occupying country to compensate for the material and moral damage caused by the temporary occupation to the state of Ukraine to all natural and legal persons; non-recognition of bodies and officials and their activities in temporarily occupied territories, if they are formed and act not according to the legislation of Ukraine; invalidation of any act, decision (document) issued by an authority or official of the occupying Power; the ability of state authorities of Ukraine, local self-government bodies, in exceptional cases, to establish contacts and interact with illegal bodies established in temporarily occupied territories.

The mechanisms of acquiring the right of ownership, including inheritance, are considered about real estate located in these territories. The peculiarities of realization of the right of property in the conditions of occupation are analyzed.

Thus, it has been established that agreements on the alienation of immovable property located in temporarily occupied territories are concluded either between local residents or with citizens of the Russian Federation and that the further use of such property provides for the fulfillment of the requirements of the laws of the occupying Power (payment of utility bills, taxes, etc.), the realization of the powers of the owner of such property is carried out in accordance with the rules that are in force on such territories. The problem of using vehicles registered in the Autonomous Republic of Crimea and evaluating the prospects for its solution is explored. In particular, it seems necessary to develop and implement a system for the departure of such cars to another territory of Ukraine.

Keywords: temporarily occupied territories; property right; Real Estate; vehicle; registration of rights.



УДК 347.6

А.А. Пилипенко,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного, господарського та екологічного права Університету Митної справи та фінансів
Левицька С.І., Університет митної справи та фінансів
Левдик А.А., Університет митної справи та фінансів

«ШЛЮБ ЗА ДОБУ»: ПІЛОТНИЙ ПРОЕКТ ЧИ НОВА ЗАКОНОДАВЧА ПІДСТАВА ДЛЯ РЕЄСТРАЦІЇ ШЛЮБУ ЗА СКОРОЧЕНОЮ ПРОЦЕДУРОЮ

Анотація. У статті досліджується правова природа пілотного проекту Міністерства юстиції України щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем. Проведено аналіз нормативної бази, якою врегульовується реалізація даного проекту, зокрема досліджено його мету, строки, очікувані результати, практичні аспекти реалізації проекту. Приділено увагу правовому статусу здійснення державної реєстрації за скороченою процедурою в рамках проекту та встановлено, що така реєстрація на договірній основі по суті є ще однією підставою для державної реєстрації шлюбу за скороченою процедурою.

Ключові слова: реєстрація шлюбу, державна реєстрація, послуга, адміністративна послуга, правосуб'єктність, компетенція.

Постановка проблеми. Шлюб безумовно впливає на долю подружжя, їхніх дітей і нащадків. Через посередництво кожного окремого шлюбу входять у зв'язок багато осіб, родин, поколінь. Шлюб є основою сім'ї, роду і суспільства, він є джерелом особливостей правових відносин і обов'язків подружжя, батьків, дітей.

Шлюб відповідно до вітчизняного законодавства є правовим наслідком його державної реєстрації. Перелік правових підстав державної реєстрації шлюбу за загальною та скороченою процедурою визначається Сімейним кодексом України.

Влітку 2016 року Міністерством юстиції України було проанансовано впровадження пілотного проекту «Шлюб за добу», в рамах якого стала можливою державна реєстрація шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем.

Впровадження пілотного проекту стало можливим з прийняттям Кабінетом Міністрів України Розпорядження №502-р від 13 липня 2016 р. «Про запровадження реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» та Міністерством юстиції України Наказу Наказ №2247/5 від 22.07.2016 р. «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу».

Разом з цим, таке нормативне регулювання здійснення державної реєстрації шлюбу за скороченою процедурою спричинило виникнення ряду

запитань до характеру пілотного проекту, а також до його мети та юридичних наслідків його впровадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика нормативного регулювання державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем ввійшла у сферу наукових інтересів наступних вітчизняних дослідників: А. Дутко, Ж. Завальна, О. Розгон.

Мета статті полягає в науковому аналізі законодавства України щодо регламентації реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем; визначенні юридичної сутності нормативного регламентування пілотного проекту з огляду на особливості юридичної техніки підзаконних актів.

Виклад основного матеріалу. У відповідності до ч.1 ст. 21 Сімейного кодексу України (далі — СК України) [1], шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Статтею 27 цього ж Кодексу нормативно закріплено значення державної реєстрації шлюбу, яке, на думку законодавця, полягає в забезпеченні стабільності відносин між жінкою та чоловіком, охороні прав та інтересів подружжя, їхніх дітей, а також в інтересах держави та суспільства (ч. 1 ст. 27 СК України). Державна реєстрація шлюбу засвідчується Свідоцтвом про шлюб, зразок якого затверджує Кабінет Міністрів України.

За загальним правилом, згідно ч. 1 ст. 32 СК України, державна реєстрація шлюбу здійснюється через місяць після подання чоловіком та жінкою заяви про державну реєстрацію шлюбу.

Наразі законодавчо визначено лише три підстави для державної реєстрації шлюбу за так званою скороченою процедурою, тобто або у день подання відповідної заяви або у будь-який інший день за бажанням наречених протягом місяця:

— у разі вагітності нареченої;

— у разі народження нареченою дитини;

— у разі наявності безпосередньої загрози життю нареченої (нареченого).

Однак, Розпорядженням Кабінету Міністрів України №502-р від 13 липня 2016 р. «Про запровадження реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу»[2] (далі — Розпорядження №502-р) за пропозицією Міністерства юстиції України було запроваджено пілотний проект щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем, який в засобах масової інформації отримав назву «Шлюб за добу» (далі за текстом цієї статті ми також використовуватимемо цю назву). Розпорядженням №502-р фактично було визначено порядок та процедуру здійснення державної реєстрації шлюбу в межах пілотного проекту.

З прийняттям даного Розпорядження виникли питання щодо правової природи державної реєстрації шлюбу в рамках реалізації проекту «Шлюб за добу», які потребують вирішення, або хоча б однозначного трактування з боку вищих органів державної влади, оскільки за два роки існування проекту відповіді на них надано не було.

По-перше, згідно ч. 1 ст. 49 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [3] (далі — ЗУ «Про КМУ»), Кабінет Міністрів України на основі та на виконання Конституції і законів України, актів Президента України, постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, видає обов'язкові

для виконання акти — постанови і розпорядження. Частиною третьою цієї ж статті передбачено, що у формі розпоряджень Кабінету Міністрів України видаються акти Кабінету Міністрів України з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань. А у відповідності до частини другої статті 49 ЗУ «Про КМУ», акти Кабінету Міністрів України нормативного характеру видаються у формі постанов Кабінету Міністрів України.

Позиціонуючи проект «Шлюб за добу» як пілотний, Кабінет Міністрів України фактично визначив його тимчасовий характер. Сучасне законодавство, хоча й оперує даним терміном, однак не містить його нормативного визначення, тому ми вважаємо за доцільне звернутись до наукової доктрини. Зокрема, дослідниця І. Хожило, звертаючи увагу на соціологічні «корені» терміну, вважає, що пілотний проект за свою сутністю є формою реалізації управлінських рішень, мета якої полягає у відпрацюванні окремих типових елементів більш значних державних програм і національних проектів. Ми підтримуємо дану позицію, і вважаємо що в аспекті нашого дослідження, таке тлумачення пілотного проекту корелюється з реальними рисами пілотних проектів, які реалізуються в Україні в контексті діяльності органів виконавчої влади.

Будь-який пілотний проект повинен мати певну мету та строки її реалізації. Мета пілотного проекту «Шлюб за добу», визначена Розпорядженням №502-р є складною і включає в себе наступні елементи:

— апробацію європейських стандартів у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, спрямованих на створення сприятливих умов для отримання фізичними особами адміністративних послуг у зазначеній сфері;

— забезпечення реалізації гарантованого державою права на шлюб, зокрема для учасників антитерористичної операції та внутрішньо переміщених осіб.

Щодо першого елементу мети проекту, що розглядається, то ключової, на думку авторів цього дослідження, є фраза «створення сприятливих умов для отримання адміністративних послуг». Згідно п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» [4], адміністративна послуга — результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону. Виходячи зі ст. 5 означеного закону, можна констатувати, що адміністративні послуги можуть бути як безоплатними, так і платними.

В межах пілотного проекту державна реєстрація шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем, є платною адміністративною послугою.

Про це свідчить пп. 3 п. 2 Розпорядження №502-р, який визначає, що разом з поданням заявки на проведення державної реєстрації шлюбу за формою, встановленою Міністерством юстиції, організатор державної реєстрації шлюбу повинен додати до неї копію договору про надання послуг з організації проведення державної реєстрації шлюбу, а також документи про сплату державного мита та платних послуг.

Вартість надання такої платної послуги встановлюється відповідним рішенням юридичної особи приватного права, що може бути організатором державної реєстрації шлюбу. Так, наприклад, вартість реєстрації шлюбу

за добу в Івано-Франківську становить від 1 776 до понад 4 000 гривень.

Так, у лютому 2017 року виконавчий комітет Івано-Франківської міської ради затвердив перелік платних послуг з організації проведення державної реєстрації «шлюбу за добу"», які надаватиме комунальне підприємство «Центр розвитку міста та рекреації».

Для учасників АТО, які бажають скористатися послугою з організації проведення державної реєстрації шлюбу, її вартість становить 766,85 грн. (у вартість послуги входить державне мито — 0,85 грн та обряд державної реєстрації шлюбу державним реєстратором за межами відділу державної реєстрації актів цивільного стану — 766,00 грн.).

Вартість державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем для інших учасників в Івано-Франківську становить:

— у будні дні з 09 год. до 18 год. — 2 000 грн;

— у будні дні з 18 год. до 21 год. — 2 600 грн;

— у вихідні та святкові дні з 09 год. до 18 год. — 2 600 грн;

— у вихідні та святкові дні з 18 год. до 21 год. — 3 000 грн [5].

Враховуючи статистику звернень за отриманням такої адміністративної послуги та її вартість, можна сказати, що фактично основним елементом мети пілотного проекту «Шлюб за добу» є дослідження та аналіз:

а) проблем, що виникають в ході реалізації державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем;

б) популярності зазначеної адміністративної послуги з врахуванням її вартості;

в) ефективності в наповненні місцевих та державного бюджету в тому числі за рахунок надання даної адміністративної послуги.

Щодо другого елементу мети пілотного проекту — забезпечення реалізації гарантованого державою права на шлюб, зокрема, для учасників антитерористичної операції та внутрішньо переміщених осіб, то автори даного дослідження критично ставляться до заявленої мети проекту «Шлюб за добу», оскільки механізми забезпечення реалізації права на шлюб внутрішньо переміщених осіб та учасників АТО жодним підзаконним актом не встановлено. Крім того, необхідним вважаємо зазначити, що специфіку та особливості реалізації прав та обов'язків зазначених категорій населення визначено спеціальними законами — Законом України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»[7] та Законом України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»[8]. За потреби уточнення окремих аспектів реалізації прав цих категорій осіб, за напрацьованою практикою вносяться зміни у відповідні галузеві закони або ж створюється підзаконний нормативний акт. Аналізуючи чинне законодавство, можна констатувати, що відповідні зміни щодо права на шлюб для внутрішньо переміщених осіб та учасників АТО внесені не були ані в Сімейний кодекс України, ані в Правила державної реєстрації актів цивільного стану, спеціального підзаконного акту також створено не було.

Все вищеперераховане: правова природа розпоряджень Кабінету Міністрів України як форми управлінських рішень, єдина фактична мета — за зовнішніми ознаками свідчить, що проект «Шлюб за добу» є саме пілотним проектом. Однак, як вже зазначалось нами раніше, характерною особливістю будь-якого пілотного про-

екту є його строковий характер, тобто у рішенні про проведення проекту має зазначатись, в які строки очікується отримання результатів, на базі яких можна говорити про подальші напрацювання; отримані результати; слабкі та сильні сторони проекту; рекомендації за результатами проекту (підготовку проекту Закону про внесення відповідних зміни до нормативної бази щодо правовідносин, які були об'єктом проекту, перегляд певних концептуальних положень) тощо.

Розпорядження №502-р не містить всього вищеперерахованого, що, загалом, можна віднести на рахунок якості законодавчої техніки під час розробки проекту Розпорядження. Однак те, що Розпорядження № 502-р реально не регламентує строки проведення проекту, свідчить що правове регулювання правовідносин щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем отримало перманентний характер та має необмежену дію, що в подальшому віднайшло своє підтвердження в актах Міністерства юстиції України (далі — Мін'юст).

По-друге, на виконання означеного розпорядження, 22 липня 2016 р. Мін'юстом було видано Наказ № 2247/5 «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» (далі — Наказ № 2247/5) [9], яким було внесено зміни до Порядку ведення обліку і звітності про використання бланків свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану, деталізовано обов'язки органів державної реєстрації актів цивільного стану та їх посадових осіб в межах реалізації проекту, затверджено форми заявки та примірного договору.

Згідно п. 2 Наказу № 2247/5 було вирішено абзац другий пункту 3.6 розділу ІІІ Порядку ведення обліку і звітності про використання бланків свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану, а також їх зберігання, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 29 жовтня 2012 року № 1578/5, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 02 листопада 2012 року за № 1845/22157, доповнити словами «а також інших випадків, передбачених законодавством».

Таким чином, опосередковано п. 2 Наказу № 2247/5 Мін'юстом без внесення відповідних змін до Сімейного кодексу України, інших актів законодавства було визнано фактичне розширення переліку законодавчо визначених підстав державної реєстрації шлюбу за скороченою процедурою.

На нашу думку, безумовно, пілотний проект Мін'юсту є вдалим і відповідає сучасним світовим тенденціям щодо наближення діяльності органів виконавчої влади до діяльності сервісного типу. Разом з тим, нормативне регулювання цього проекту в тому вигляді, в якому воно наразі існує видається недосконалим та колізійним, оскільки підзаконні акти, які визначають порядок та процедуру проведення державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраними заявниками місцем, не відповідають ряду актів вищої юридичної сили, в першу чергу Сімейному кодексу України.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. В ході наукового дослідження правової сутності пілотного проекту Міністерства юстиції щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем («Шлюб за добу») було проаналізовано основні якості цього проекту як пілотного, а саме визначено його мету (дослідження та аналіз проблем, що виникають в ході реалізації

державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем; популярності зазначеної адміністративної послуги з врахуванням її вартості; ефективності в наповненні місцевих та державного бюджету в тому числі за рахунок надання даної адміністративної послуги); констатовано відсутність нормативно встановленого строку реалізації проекту та невідповідність форми нормативного закріплення змісту.

За результатами дослідження автори доходять висновку, що, враховуючи нетимчасовий характер проекту, виданням Кабінетом Міністрів України Розпорядження № 502-р від 13 липня 2016 р. «Про запровадження реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» та Міністерством юстиції України Наказу Наказ № 2247/5 від 22.07.2016 р. «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» без внесення відповідних змін до Сімейного кодексу України було визначено нову підставу для державної реєстрації шлюбу за скороченою процедурою.

Вважаємо, що в подальшому результати даного дослідження можуть бути використані під час перегляду Розпорядження № 502-р та Наказу № 2247/5 та внесення відповідних змін до Сімейного кодексу України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Сімейний кодекс України: Закон України № 2947-III від 10.01.2002// Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21-22. — Ст. 135.
2. Про запровадження реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу: Розпорядженням Кабінету Міністрів України №502-р від 13 липня 2016 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/502-2016-%D1%80
3. Про Кабінет Міністрів України: Закон України № 794-VII від 27.02.2014 // Відомості Верховної Ради. — 2014. — № 13. — Ст. 222.
4. Хожило І. Пілотні проекти як управлінська технологія реалізації реформ на місцевому рівні [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012_01(12)/12hiirmr.pdf
5. Про адміністративні послуги: Закон України № 5203-VI від 06.09.2012 // Відомості Верховної Ради. — 2013. — № 32. — Ст. 409.
6. Бантуш В. «Шлюб за добу»: що треба знати про швидке одруження в Івано-Франківську [Електронний ресурс].- Режим доступу: https://mi100.info/2018/04/23/shlyub-za-dobu-shho-treba-znaty-pro-shvydke-odruzhennya-v-ivano-frankivsku/
7. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України № 1706-VII від 20.10.2014 // Відомості Верховної Ради. — 2015. — № 1. — Ст. 1.
8. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту: Закон України № 3551-XII від 22.10.1993// Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 45. — Ст. 425.
9. Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу: Наказ Міністерства юстиції України №2247/5 від 22.07.2016 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1018-16

Пилипенко А., Левицкая С., Левдик А.

«Брак за сутки»: пилотный проект или новое законодательное основание для регистрации брака по сокращенной процедуре.

Аннотация. В статье исследуется правовая природа пилотного проекта Министерства юстиции Украины относительно государственной регистрации брака в сокращенные сроки по выбранному заявителями месту. Проведен анализ нормативной базы, которой регулируется реализация данного проекта, в частности исследованы его цель, сроки, ожидаемые результаты, практические аспекты реализации проекта. Уделено внимание правовому статусу осуществления государственной регистрации по сокращенной процедуре в рамках проекта и установлено, что такая регистрация на договорной основе по сути является еще одним основанием для государственной регистрации брака по сокращенной процедуре.

Ключевые слова: регистрация брака, государственная регистрация, услуга, административная услуга, правосубъектность, компетенция.

A. Pylypenko, S. Levytska, A. Levdyk

«Marriage in a day»: the pilot project or a new legal basis for state marriage registration in shortened terms.

Summary. The article examines the legal nature of the pilot project of the Ministry of Justice of Ukraine regarding the state registration of marriage in shortened terms at the place chosen by the applicants. The analysis of the normative base, which regulates the implementation of this project, has been conducted. In particular, its purpose, terms, expected results, practical aspects of project realization have been investigated. The legal status of the state registration by the shortened procedure within the framework of the project has been paid attention to.

It was established that such registration on a contractual basis is essentially another reason for the state registration of the marriage under the shortened procedure.

According to the study, authors offer to make changes to the Family Code of Ukraine.

Keywords: marriage registration, state registration, service, administrative service, legal capacity, competence.



УДК 347.77

Н.М. Булат,
аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

КЛЮЧОВІ ПОЛОЖЕННЯ ЄДИНИХ ПРАВИЛ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ ПРО ДОМЕННІ ІМЕНА ТА ПРАКТИКА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ

Анотація. У статті досліджуються ключові положення Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена та практика їх застосування. Наведена загальна характеристика Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена. Велика увага приділена аналізу норм п. 4 (b) та п. 4 (c) даного документа у контексті практики їх застосування на прикладі рішень Центру арбітражу та медіації Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Робиться висновок про можливість сприйняття положень Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена для вдосконалення українського законодавства.

Ключові слова: UDRP, доменне ім'я, недобросовісна реєстрація та використання доменного імені, знак для товарів і послуг, доменні спори.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток доменних імен, що супроводжувався зростанням їх цінності з огляду на поширення їх комерційного використання, зумовив появу так званих «доменних спорів». За даними Центру арбітражу та медіації Всесвітньої організації інтелектуальної власності даним Центром було розглянуто вже більше 42000 таких спорів [1]. Проблема вирішення доменних спорів постає і перед українським судочинством. Утім наразі законодавчі положення в Україні, покликані регулювати відповідні відносини, не можна вважати послідовними, що спричиняє певні проблеми на практиці. Саме тому важливим є дослідження положень, розроблених міжнародними організаціями, зокрема Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy), розроблених Всесвітньою організацією інтелектуальної власності та прийнятих Інтернет-корпорацією з присвоєння імен та номерів.

Стан дослідження. Положенням даного документа приділялась увага у вітчизняній та зарубіжній літературі. Зокрема, Н.І. Майданик, А.Г. Серго, К.І. Гладкая підкреслюють ефективність Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена при вирішенні доменних спорів. Більш критичний погляд на даний документ міститься у роботі С. Сінгх.

Разом з тим положення Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена потребують подальшого аналізу. Зокрема, окремі формулювання (наприклад, «брати участь у моделі поведінки») можуть викликати певні труднощі при їх тлумаченні. Правильне

розуміння багатьох положень ускладнюється також чималою кількістю оціночних категорій, що в них містяться (добросовісна пропозиція товарів або послуг, загальновідомість під доменним ім'ям, недобросовісна реєстрація та використання доменного імені тощо). Саме тому для вірного розуміння норм Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена важливо звернутися до практики їх застосування.

Метою статті є аналіз ключових положень Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена у контексті практики їх застосування на прикладі рішень Центру арбітражу та медіації Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Історія появи на світ Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена (зустрічається також переклад «Єдина політика врегулювання доменних імен» [2], «Единая политика разрешения споров о доменных именах» [3]; далі — UDRP) така. У середині 1990-х років Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі — ВОІВ) взяла на себе ініціативу з розробки універсального механізму вирішення доменних спорів та з його подальшого втілення [3, с. 45]. На прохання уряду США у 1997 році ВОІВ ініціювала процес розроблення рекомендацій із вирішення доменних спорів між володільцями торговельних знаків та адміністраторами доменів у зонах .COM, .NET, .ORG [3, с. 45]. У роботі взяли участь представники 196 країн [3, с. 45]. У Підсумковому звіті ВОІВ, оприлюдненому 30 квітня 1999 року, містилися рекомендації щодо порядку реєстрації доменних імен, введення єдиного порядку вирішення доменних спорів і порядку створення нових доменів верхнього рівня, співвідношення засобів індивідуалізації товарів та послуг і доменних імен [3, с. 45]. Даний Звіт являв собою результат кількарічної праці багатьох організацій і спеціалістів. Появі на світ його остаточної редакції передували численні проміжні версії, що відображали думки представників різних країн, міжнародних організацій, професійних асоціацій, корпорацій, приватних осіб [3, с. 45]. Підсумковий звіт був представлений державам-членам ВОІВ на Генеральній асамблеї ВОІВ у вересні 1999 року [3, с. 45; 4]. Саме на його основі були розроблені UDRP, а також Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (останні згодом отримали нову редакцію від 28 вересня 2013 року) [5].

Як зазначається у самих UDRP, вони застосовуються усіма реєстраторами, акредитованими Інтернет-корпорацією з присвоєння імен та номерів (далі — ICANN) (серед них — ряд повноважних реєстраторів в Україні), крім того, вони застосовуються деякими адміністраторами національних доменів вищого рівня (.NU, .TV, .WS) [6]. Також у UDRP зазначено, що вони є обов'язковою та невід'ємною частиною договорів з реєстрації доменних імен [6, п. 1], і можна зробити висновок, що саме таким чином вони діють у випадках, коли реєстратор акредитований ICANN, а також, коли доменне ім'я реєструється у таких зонах, як .NU, .TV, .WS [7, с. 557]. Однак власне такий статус цих Правил фактично обмежує їх практичне застосування [7, с. 557]. Так, визначною особливістю UDRP є те, що вони встановлюють обов'язкову адміністративну процедуру вирішення доменних спорів [6, п. 4] (сама процедура регламентована Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) [5]. Проте за українським законодавством

її недодержання не перешкоджає безпосередньому зверненню до суду. Адже, як зазначив у своєму Рішенні від 09.07.2002 Конституційний суд України, «положення частини другої статті 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі ... необхідно розуміти так, що право особи ... на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист» [8]. Крім того, у п. 4 (k) самих UDRP прямо вказано, що «вимоги щодо обов'язкової адміністративної процедури, викладені у п. 4, не перешкоджають ... передати спір до суду компетентної юрисдикції для незалежного вирішення до початку обов'язкового адміністративного розгляду чи після його завершення» [6, п. 4 (k)].

Варто зазначити, що дана проблема впровадження у практику норм UDRP характерна не тільки для нашої держави. Так, американським судам притаманна особливість перекреслювати рішення арбітрів у рамках міжнародної процедури UDRP, і, розглядаючи справу, судді зазначають, що вони ніяк не зв'язані рішеннями, винесеними на підставі UDRP, та приймають власне (зазвичай протилежне) рішення, що має більш високу юридичну силу [3, с. 43].

Відтак варто підкреслити, що UDRP не носять загальнообов'язкового характеру. На сьогодні ICANN уповноважено 5 центрів, які розглядають доменні спори, керуючись UDRP: Арабський центр з вирішення доменних спорів, Азіатський центр вирішення спорів про доменні імена, Арбітражний центр з вирішення Інтернет-спорів Чеського арбітражного суду, Національний арбітражний форум і Центр арбітражу та медіації BOIB [9].

Отже, UDRP містять положення, спрямовані на вирішення доменних спорів, процедура розв'язання яких регламентована Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. Дані документи були розроблені BOIB та прийнятті ICANN. Вони не є міжнародними угодами, не мають загальнообов'язкового характеру. Їх положення застосовуються під час вирішення спорів у арбітражних установах, уповноважених ICANN [7, с. 559].

Сутність UDRP складає закладена у них так звана «концепція добросовісності застосування доменних імен» [2]. Дана концепція зводиться до презумпції правомірності реєстрації доменного імені, якщо особа має щодо нього права та законні інтереси [2]. Відповідно до UDRP, наявність права та законного інтересу визнається у наступних трьох випадках, кожен з яких має самостійне значення.

По-перше, до отримання повідомлення про наявність спору щодо доменного імені володілець останнього має розпочати його використання (чи використання позначення, яке відповідає доменному імені) або продемонструвати підготовку до такого використання у зв'язку з добросовісною пропозицією товарів або послуг [6, п. 4 (c) (i)].

Так, приклад першого з окреслених випадків можна знайти у справі EAuto, L.L.C. v. Triple S. Auto Parts d/b/a Kung Fu Yea Enterprises, Inc., яка розглядалася Центром арбітражу та медіації BOIB ще у 2000 році [10]. Позивач стверджував, що викори-

стання відповідачем доменного імені "eautolamps.com" порушує його права на торговельну марку EAUTO. Утім відповідач пояснив, що упродовж десяти років здійснював діяльність з продажу автомобільних ламп, а, коли вирішив займатися також електронною комерцією, обрав описове доменне ім'я "eautolamps.com". Товари для продажу через Інтернет він добросовісно пропонував ще до того, як отримав повідомлення від позивача, що, на думку Центру арбітражу та медіації ВОІВ, є «переконливим підтвердженням законного інтересу відповідача щодо доменного імені відповідно до Правил, параграфу 4 (c) (i)» [10].

По-друге, володілець імені має бути загальновідомим під цим доменним ім'ям (навіть якщо він не має прав на знак для товарів і послуг) [6, п. 4 (c) (ii)].

Справ, розглядаючи які Центр арбітражу та медіації ВОІВ прийняв рішення на користь реєстрантів доменних імен з огляду на їх загальновідомість під своїми доменними іменами, порівняно мало. Прикладом є, зокрема, справа Shakespeare Company LLC v. Bob Pflueger, яку Центр арбітражу та медіації ВОІВ розглядав у 2010 році [11]. Позивач, володілець торговельної марки PFLUEGER та реєстрант доменного імені "www.pfluegerfishing.com", виробник рибальських снастей, вбачав незаконним використання відповідачем доменного імені "pflueger.com". Відповідач пояснив, що доменне ім'я є співзвучним з його прізвищем, а сайт використовується ним з 17 квітня 1997 року як сімейний фотоальбом і жодного відношення до продажу рибальських товарів він не має. Більше того, протягом використання спірного доменного імені відповідач розміщував на своєму сайті повідомлення про те, що даний сайт не стосується діяльності позивача. Як доказ того, що використання спірного доменного імені не вводить в оману Інтернет-користувачів, відповідач привів також той факт, що пошук у мережі Інтернет на перших двадцяти сторінках за запитом "Pflueger fishing" не веде до сайту "www.pflueger.com", а ті небагато людей, які знаходять даний сайт, повинні розуміти, що сімейні фото та рибальські снасті не мають нічого спільного. Про загальновідомість відповідача завдяки його доменному імені, на думку Центру арбітражу та медіації ВОІВ, свідчив наступний факт. На сайті зі спірним доменним ім'ям було розміщено наступне повідомлення: «Ласкаво просимо до домашньої сторінки Pflueger!.. Ось декілька захоплюючих фото та інше... Якщо ви звідкись нас знаєте та хотіли б надіслати e-mail, щоб привітатися, натисніть ТУТ». На дане посилання натиснули загалом 445 разів. Таким чином, Центр арбітражу та медіації ВОІВ дійшов висновку про те, що відповідач зареєстрував доменне ім'я «для ідентифікації веб-сайту про нього та/або його сім'ю (сім'ю Pflueger) відповідно до параграфу 4 (c) (ii) Правил» [11].

По-третє, володілець доменного імені повинен здійснювати законне некомерційне використання або добросовісне використання останнього без намірів отримати комерційну користь шляхом введення в оману споживачів або дискредитації знака для товарів і послуг, з приводу якого пред'явлені претензії [6, п. 4 (c) (iii)].

Наявність добросовісного некомерційного використання доменного імені Центр арбітражу та медіації ВОІВ встановив у справі Bridgestone Firestone, Inc., Bridgestone/Firestone Research, Inc., and Bridgestone Corporation v.

Jack Myers [12]. Позивач, володілець прав на торговельні марки Bridgestone і Firestone та реєстрант доменних імен "bridgestone-firestone.com", "ihatebridgestone.com", "ihatefirestone.com" і «bridgestonesucks.com», вбачав у використанні відповідачем доменного імені "bridgestone-firestone.net" порушення своїх прав. Спірне доменне ім'я використовувалося відповідачем для критики та коментарів щодо діяльності позивача. Центр арбітражу та медіації ВОІВ з даного приводу зазначив наступне: «Хоча свобода слова не включена до переліку як один із прикладів права та законного інтересу щодо доменного імені відповідно до Правил, даний перелік не є вичерпним, і Колегія доходить висновку, що здійснення свободи слова для критики та коментарів також демонструє право або законний інтерес щодо доменного імені згідно з Параграфом 4 (c) (iii). Інтернет — це передусім структура для глобальної комунікації, і право на свободу слова повинно бути однією з основ Інтернет-права» [12]. Вплинуло на висновки Центру арбітражу та медіації ВОІВ і те, що доменне ім'я було зареєстроване відповідачем у некомерційній зоні .NET, у той час як у зоні .COM було зареєстроване відповідне доменне ім'я самого позивача [12].

У свою чергу, на недобросовісність поведінки особи, яка зареєструвала та використовує ім'я, за правилами п. 4 (b) UDRP можуть вказувати наступні обставини (кожен з випадків має самостійне значення).

По-перше, доменне ім'я було зареєстроване або придбане головним чином з метою наступного продажу, здавання в оренду або іншого роду передачі зареєстрованого доменного імені заявнику, який є володільцем знака для товарів і послуг, або його конкуренту за гроші чи інші цінності, що перевищують витрати, документально підтверджені й напряму пов'язані з доменним іменем [6, п. 4 (b) (i)].

Так, компанія Plaza Operating Partners, Ltd. звернулася до Центру арбітражу та медіації ВОІВ з вимогою передати їй доменне ім'я "plazahotel.com". Відповідачами виступили Pop Data Technologies, Inc. та Джозеф Піллус [13]. Спірне доменне ім'я було зареєстроване Pop Data Technologies, Inc. 27 вересня 1996 року та ніяк не використовувалося. Позивач звернувся до реєстранта з вимогою передати дане доменне ім'я. Під час обговорення такої можливості президент Pop Data Technologies, Inc. вимогу відхилив та запропонував купити у нього доменне ім'я за 10000 доларів, попередивши, що в іншому разі запропонує подібну угоду третій стороні. Позивач від такої пропозиції відмовився. Тоді компанія Pop Data Technologies, Inc. продала доменне ім'я Port Jefferson Asset Management Corp. Новий володілець доменного імені у свою чергу продав його Джозефу Піллусу. Джозеф Піллус звернувся до позивача та пояснив, що, хоча у нього у Бельгії є родичі — власники готелю з назвою "Plaza", він готовий продати це доменне ім'я позивачу, і назвав ціну у 575000 доларів. Позивач відмовився та звернувся за захистом своїх прав до Центру арбітражу та медіації ВОІВ. На думку Центру арбітражу та медіації ВОІВ, обидва відповідача діяли недобросовісно. Зокрема, Дж. Піллус відразу після набуття прав на доменне ім'я запропонував продати його позивачу, вказавши суму, яка «набагато, набагато більше, ніж його витрати на придбання». Як наслідок, даний випадок цілком підпадає під параграф 4 (b) (i) UDRP [13].

По-друге, доменне ім'я зареєстровано з метою перешкодити володільцю знака для товарів і послуг відобразити цей знак у відповідному доменному імені за умови, що реєстрант брав участь у моделі такої поведінки [6, п. 4 (b) (ii)].

Прикладом застосування п. 4 (b) (ii) UDRP є рішення Центру арбітражу та медіації BOIB від 28 вересня 2003 року у справі Revlon Consumer Products Corporation v. Domain Manager, PageUp Communications [14]. Позивач, виробник косметики під торговельною маркою REVLON, вимагав передати йому доменні імена "revloncosmetics.info", "revlononline.info" та "revlonstore.info", зареєстровані відповідачем. Як зазначив Центр арбітражу та медіації BOIB у своєму рішенні, правильне застосування п. 4 (b) (ii) UDRP вимагає дослідження двох питань: чи зареєстровано доменне ім'я з метою перешкодити позивачу здійснити таку реєстрацію та чи брав участь відповідач у моделі такої поведінки [14]. Щодо першого питання, то Центр арбітражу та медіації BOIB дійшов висновку, що відповідач діяв з метою перешкодити реєстрації доменного імені відповідачем. Адже торговельна марка REVLON має міжнародну відомість, до того ж відповідач використовував у доменному імені поєднання слова "revlon" із словом "cosmetics", що свідчить про те, що він знав, що торговельна марка REVLON належить позивачу. Також ніщо не вказує на те, що відповідач мав права або законні інтереси щодо спірних доменних імен, які не використовувалися ним більше року після реєстрації. Центр арбітражу та медіації BOIB зауважив і те, що доменне ім'я є унікальним, відповідно реєстрація спірних доменних імен відповідачем виключає можливість такої реєстрації позивачем, про що відповідач знав, враховуючи, що його комерційне найменування PageUp Communications припускає діяльність у сфері комунікацій. Із огляду на вищенаведене Центр арбітражу та медіації BOIB дійшов висновку про позитивну відповідь на перше питання [14]. Що ж до другого питання, тобто чи брав участь відповідач у моделі такої поведінки, Центр арбітражу та медіації BOIB зазначив, що слово «модель» ("pattern") виявилося складним для розуміння. Адже, враховуючи те, що кіберсквотери зазвичай для максимізації вигоди реєструють велику кількість доменних імен, ситуація, коли відповідач зареєстрував лише три доменних імені, які включали лише одну торговельну марку, на перший погляд не відповідала другому критерію, закладеному у п. 4 (b) (ii) UDRP. Утім, на думку Центру арбітражу та медіації BOIB, при розгляді питання про те, чи мала місце модель поведінки відповідно до п. 4 (b) (ii) UDRP, необхідно з'ясувати, чи повторив відповідач хоча б один раз реєстрацію з метою перешкодити володільцю торговельної марки зареєструвати доменне ім'я (навіть якщо діяльність відповідача стосувалася лише однієї торговельної марки). У даному випадку відповідач повторив таку реєстрацію двічі, що дозволяє зробити висновок про те, що його поведінка підпадає під п. 4 (b) (ii) UDRP. Таким чином, Центр арбітражу та медіації BOIB встановив недобросовісність реєстрації та використання доменних імен і прийняв рішення про їх передачу позивачу [14].

По-третє, доменне ім'я зареєстроване головним чином з метою перешкодити діяльності конкурента [6, п. 4 (b) (iii)].

По-четверте, при використанні доменного імені його володілець свідомо

прагнув з метою отримання комерційної вигоди привернути увагу користувачів Інтернету до свого веб-сайту або іншої адреси в режимі он-лайн, створюючи ймовірність плутанини із знаком заявника щодо походження, джерела фінансування, належності або підтримки сайту чи он-лайн адреси, або товарів чи послуг, які пропонуються на сайті чи он-лайн адресі [6, п. 4 (b) (iv)].

Прикладом застосування п. 4 (b) (iii) та п. 4 (b) (iv) UDRP є рішення Центру арбітражу та медіації ВОІВ від 26 березня 2001 року у справі Express Messenger Systems, Inc. v. Golden State Overnight щодо доменних імен "californiaovernight.com" і "calovernight.com" [15]. Позивачем виступила компанія Express Messenger Systems, Inc., яка надавала поштові послуги під знаком обслуговування CALIFORNIA OVERNIGHT та використовувала доменне ім'я "calover.com". Відповідач, реєстрант доменних імен "californiaovernight.com" і "calovernight.com", використовував їх наступним чином. Доменне ім'я "californiaovernight.com" фактично було неактивним, що дозволило Центру арбітражу та медіації ВОІВ зробити висновок про те, що, оскільки позивач і відповідач є конкурентами на одному і тому самому ринку, спірне доменне ім'я було зареєстроване виключно з метою перешкодити діяльності конкурента у розумінні п. 4 (b) (iii) UDRP [15]. Що ж стосується доменного імені "calovernight.com", відповідач використовував його для перенаправлення на власний сайт, де пропонував послуги, конкуруючі з послугами позивача. Із огляду на таке використання доменного імені Центром арбітражу та медіації ВОІВ було зроблено висновок про те, що відповідач умисно зареєстрував і використовував доменне ім'я з метою отримання комерційної вигоди, намагаючись привернути Інтернет-користувачів на власний сайт шляхом створення плутанини відносно належності або спонсорства веб-сайта, що підпадає під п. 4 (b) (iv) UDRP [15]. Таким чином, спірні доменні імена були передані позивачу [15].

Варто зауважити, що як перелік обставин, які свідчать про наявність законного інтересу щодо доменного імені, так і перелік обставин, що свідчать про недобросовісність його реєстрації та використання, не мають вичерпного характеру [6, п. 4 (b), (c)].

Крім того, що доменне ім'я зареєстроване та використовується недобросовісно, володілець торговельної марки для задоволення своїх вимог має також довести, що доменне ім'я є тотожним (схожим) із відповідним знаком для товарів і послуг, а реєстрант доменного імені не має щодо нього прав і законних інтересів [6, п. 4 (a)].

Таким чином, UDRP визнають порушенням недобросовісну реєстрацію доменного імені. При цьому їх положення містять перелік підстав, за яких така реєстрація є недобросовісною, а також перелік обставин, що свідчать про наявність законного інтересу щодо доменного імені [7, с. 559].

Для українського цивільного права така оціночна категорія як «добросовісність» не є новою. Але, вирішуючи проблему боротьби із кіберсквотингом, український законодавець чомусь не сприйняв суть положень UDRP [7, с. 559]. Натомість абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» фактично запроваджено пріоритет інтересів володільців торговельних марок над інтересами володільців доменних імен [16, абз. 2 ч. 1 ст. 20].

Дійсно, з'ясувати мету, наміри реєстрації доменного імені, оцінити ступінь його відомості, як того вимагають положення UDRP, досить важко. Однак концепція добросовісності, закладена у даних положеннях, є дієвим механізмом боротьби із кіберсквотингом, за якого виключається також порушення законних інтересів володільців прав на доменні імена [7, с. 559].

Висновки. UDRP були розроблені ВОІВ та прийнятті ICANN. Даний документ не є міжнародною угодою, не має загальнообов'язкового характеру. Його положення застосовуються під час вирішення доменних спорів у арбітражних установах, уповноважених ICANN, зокрема у Центрі арбітражу та медіації ВОІВ.

Відповідно до норм UDRP для вирішення доменних спорів пропонується застосовувати так звану «концепцію добросовісності». Дана концепція втілена передусім у п. 4 (b) та п. 4 (c) UDRP. Так, UDRP не просто називають незаконним недобросовісну реєстрацію та використання доменних імен — їхні положення містять невиключний перелік обставин, за яких володілець доменного імені має щодо нього права та законні інтереси, та невиключний перелік обставин, які свідчать про недобросовісність реєстрації та використання доменного імені. Разом з тим правильне розуміння положень UDRP вимагає звернення до практики їх застосування. Саме вивчення останньої дає змогу не лише осягнути сутність відповідних норм, а й переконатися у дієвості їх застосування.

Із огляду на те, що UDRP зарекомендували себе як ефективний механізм вирішення доменних спорів, а категорія «добросовісність» є відомою для українського цивільного законодавства, положення UDRP можна вважати корисним зразком при вдосконаленні правової регламентації відносин щодо доменних імен.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Domain Name Dispute Resolution / WIPO. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22824480%22],%22itemid%22:[%22001-82671%22]} (date of access: 15.01.2019).

2. Майданик Н. Здійснення права на доменне ім'я в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2009. № 7 (79). С. 62-67.

3. Серго А., Гладкая Е. Правовое регулирование доменных имен. *Хозяйство и право. Приложение*. 2010. № 3. 49 с.

4. The Management of Internet Names and Addresses: Intellectual Property Issues : Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, April 30, 1999 / The World Intellectual Property Organization (WIPO). URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/report-final1.pdf (date of access: 15.01.2019).

5. Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy : As approved by the ICANN Board of Directors on 28 September 2013 / ICANN. URL: https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en (date of access: 15.01.2019).

6. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy : Approved by ICANN on October 24, 1999 / ICANN. URL: https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en (date of access: 14.06.2018).

7. Булат Н.М. Добросовісна та недобросовісна реєстрація доменних імен відповідно до Єдиних правил розгляду спорів про доменні імена. *Право, економіка та управління: 'енезис, сучасний стан та перспективи розвитку* : матер. Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю економіко-правового ф-ту ОНУ імені І.І. Мечникова (м. Одеса, 14–15 верес. 2018 р.) / ОНУ імені І.І. Мечникова ; відп. ред. І.А. Ломачинська, А.В. Смітюх. Одеса : Фенікс, 2018. 726 с. С. 556-560.

8. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю "Торговий Дім "Кампус Коттон клаб" щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) : Рішення від 09.07.2002 № 15-рп/2002. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02 (дата звернення: 15.01.2019).

9. List of Approved Dispute Resolution Service Providers / ICANN. URL: https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en (date of access: 15.01.2019).

10. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION EAuto, L.L.C. v. Triple S. Auto Parts d/b/a Kung Fu Yea Enterprises, Inc. Case No. D2000-0047 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0047.html (date of access: 15.01.2019).

11. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Shakespeare Company LLC v. Bob Pflueger Case No. D2010-1126 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2010-1126 (date of access: 15.01.2019).

12. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Bridgestone Firestone, Inc., Bridgestone/Firestone Research, Inc., and Bridgestone Corporation v. Jack Myers Case No. D2000-0190 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html (date of access: 15.01.2019).

13. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Plaza Operating Partners, Ltd. V. Pop Data Technologies, Inc. and Joseph Pillus Case No. D2000-0166 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0166.html (date of access: 15.01.2019).

14. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Revlon Consumer Products Corporation v. Domain Manager, PageUp Communications Case No. D2003-0602 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0602.html (date of access: 15.01.2019).

15. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Express Messenger Systems, Inc. v. Golden State Overnight Case No. D2001-0063 / WIPO Arbitration and Mediation Center. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0063.html (date of access: 15.01.2019).

16. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII зі зм. та доп., внес. зг. законів України; станом на 21.05.2015 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення: 15.01.2019).

Булат Н.

Ключевые положения Единых правил рассмотрения споров о доменных именах и практика их применения.

Аннотация. В статье исследуются ключевые положения Единых правил рассмотрения споров о доменных именах и практика их применения. Приведена общая характеристика Единых правил рассмотрения споров о доменных именах. Большое внимание уделено анализу норм п. 4 (b) и п. 4 (c) даного документа в контексте практики их применения на примере решений Центра арбитража и медиации Всемирной организации интеллектуальной собственности. Делается вывод о возможности восприятия положений Единых правил рассмотрения споров о доменных именах для усовершенствования украинского законодательства.

Ключевые слова: UDRP, доменное имя, недобросовестная регистрация и использование доменного имени, знак для товаров и услуг, доменные споры.

N. Bulat

The key provisions of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy and the practice of its application.

Summary. The key provisions of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy and the practice of its application are explored in the article. The common characteristic of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy has been outlined. Significant attention has been devoted to the analysis of p 4 (b) and p 4 (c) of this document within the context of their application by the WIPO Arbitration and Mediation Center. It is made a conclusion about the necessity to use the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy as an example for our national legislation improvement.

Keywords: UDRP, domain name, registration and use of a domain name in bad faith, trademark or service mark, domain name disputes.



УДК 34/342/342.9/342.92

Л.О. Андрієвська,
викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

М.Г. Поліщук,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ ДІТЕЙ ТРУДОВИХ МІГРАНТІВ В УКРАЇНІ

Анотація. На сьогодні Україна залишається однією з країн — донорів робочої сили, яка є в Європі. Авторами запропоновано провести соціологічні дослідження, підготувати соціальних педагогів до роботи з дітьми трудових мігрантів; розробити теоретико-методологічних засади соціально-педагогічної діяльності з дітьми трудових мігрантів дошкільного та молодшого шкільного віку; вивчити досвід роботи освітніх закладів зарубіжних країн щодо проблеми виховання дітей трудових мігрантів, створити центри допомоги, куди дитина зможе звернутися, якщо зазнає домашнього чи соціального насильства.

Ключові слова: міграція, міграційні процеси, соціологічні дослідження, діти, трудові мігранти.

Постановка проблеми. Міграційні процеси завжди існували. Але останнім часом у зв'язку з економічною кризою у державі та у результаті події на Донбасі трудова міграція стала наймасштабнішою проблемою України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у дослідження теорії і практики міжнародної трудової міграції зробили В. Євтух, Е. Лібанова. О. Малиновська, О. Позняк, І. Прибиткова, У. Садова, О. Хомра, М. Шульга та ін. З-поміж зарубіжних дослідників відзначимо таких, як П. Бурдью (Франція), Т. Заславська, Ж. Зайончковська, Л. Рибаковський (Росія), Д. Тернер (США), А. Ягельський (Польща) та ін.

Серед іноземних дослідників, чиї праці частково чи повністю пов'язані із сімейною проблематикою українських трудових мігрантів, варто відзначити Ф. Віанелло, Б. Хайдінгер, М. Свайнер, М. Кіндлер (M. Kindler), Е. Кемпінську (E. Kempinska), А. Гурни (A. Gyrny) Ф. Віанелло наголошує на величезній значимості досвіду материнства для українських мігранток в Італії.

Роботи цих та інших дослідників висвітлюють широкий спектр складових міграційної проблематики — від мотиваційних чинників міграцій населення до державного управління цими процесами. Однак, незважаючи на істотний внесок перелічених вчених у вивчення проблем та особливостей зовнішньої трудової міграції населення України, недостатньо дослідженими залишаються окремі її аспекти та нові проблеми. А саме, самим неза-

хищеним залишаються діти трудових мігрантів, яких батьки залишають самих на Батьківщині, таки чином питання правового регулювання дітей трудових мігранітв в нашій країні залишаються малодослідженими.

Формування мети статті. Спроба надати юридичну оцінку правового становища дитини трудового мігранта.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні Україна залишається однією з країн — донорів робочої сили, яка є в Європі. Згідно з даними першого загальнонаціонального опитування з питань трудових міграцій, виконаного Державним комітетом статистики України (нині — Державна служба статистики, Держстат) спільно з фахівцями Інституту демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України (ІДСД ім. М.В. Птухи НАН України) у середині 2008 р. за кордоном працювали 1,5 млн мешканців України, тобто 5,1% населення України працездатного віку [1].

Є.М. Лібанова у монографії «Населення україни трудова еміграція в Україні» зазначає, що на сьогодні Україна є одночасно країною-донором робочої сили, країною-реципієнтом населення (хоча й не у значних масштабах) та транзитною країною. Протягом 18-річного періоду незалежності в Україні прийнято ряд законів, спрямованих на регулювання міграційних процесів, зокрема, закони України «Про громадянство України», «Про національні меншини в Україні», «Про біженців», «Про імміграцію», «Про правовий статус іноземців», «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадянам України». Розділи, присвячені регулюванню міграцій, включено до Концепції та Стратегії демографічного розвитку України на 2006–2015 рр., затверджених Кабінетом Міністрів України, однак в цілому формування міграційної політики держави досі не завершено. Є нагальна потреба розробки Концепції міграційної політики України.

Вихід України на світову арену як самостійної держави обумовив значне підвищення міжнародної мобільності її населення, яка, однак, в умовах системної кризи перехідного періоду розвивалася здебільшого у формі трудової міграції громадян за кордон. Впродовж 1990-х рр. цей процес набув форми самоорганізації суспільства і був переважно стихійним. Попри важливе соціально-економічне значення, держава приділяла йому недостатньо уваги. Хоча в Указі Президента України 1997 р., де вперше було сформульовано основні напрями міграційної політики, констатувалося, що Україна є експортером робочої сили, однак як окремий політичний напрям це питання не розглядалося. Лише в аналогічному Указі Президента України 2000 р. пріоритетні напрями регулювання міграційних процесів було доповнено трьома положеннями щодо трудової міграції громадян, а саме: захистом соціально-економічних інтересів і прав українських працівників-мігрантів; збереженням трудового та інтелектуального потенціалу держави; створенням правових і соціально-економічних засад регулювання зовнішньої трудової міграції громадян України [13].

Після 2012 р. загальнонаціональних обстежень із питань трудових міграцій в Україні не проводили, тому про зміни перебігу процесу ми можемо судити лише з даних соціологічних опитувань, які виконують різні установи, та експертних оцінок [3].

Тому можно зазначити, що проблема не вивченна.

Опитування працівників-мігрантів, що проводилося неурядовою гро-

мадською організацією «Європа без бар'єрів» у 2004–2012 рр., дає можливість установити ієрархію мотивів, які зумовлюють поїздки за кордон: заробіток задля покращення житлових умов (купівлі квартири чи зведення будинку),придбання машини або інших дорогих товарів тривалого вжитку; заробіток задля задоволення поточних життєвих потреб — харчування, придбання необхідних товарів повсякденного вжитку (одягу, взуття й ін.); накопичення коштів для оплати навчання дітей у вищих навчальних закладах; накопичення стартового капіталу для створення власного бізнесу або розвитку своєї справи; мотиви нематеріального характеру (побачити світ, здобути певні трудові навички, поліпшити знання мови тощо) [4, 130].

Але нас цікавить проблема наслідків трудової міграції, а саме правове становище дітей, які залишилися без батьківської опіки.

Досить складна проблема, яка переростає в соціальну — соціалізація й виховання дітей мігрантів, залишених в Україні, особливо у випадках тривалої відсутності обох батьків. Як наслідок, Україна стикається з новим видом соціального сирітства, необхідністю брати під державну опіку частину дітей мігрантів.

Чому ми повинні зрушити це питання? Слід розглянути правове становище дітей, які залишилися без батьківської опіки, внаслідок трудової міграцій батьків. В чому проблематика цієї ситуації? Ситуація на сьогодні критична, а саме, діти, які залишились одні, сам на сам зі своєю проблемою, як правило зазнають жорстокого ставлення до себе, не важливо з боку кого воно . Будь то однолітки, або дорослі люди, а навіть рідня, яка повинна доглядати цю дитину. Що повинна зробити дитина, де можно знайти притулок? Де шукати допомоги? Дитина замикається в собі, дитина шукає притулку на вулиці, де знаходить компанію, алкоголь, наркотичні засоби, і друзів які її розуміють.

Позитивним на нашу думку є дослідження, проведені МБФ «Карітас України». Основною метою Карітасу є зменшення наслідків бідності та ізоляції людей у сучасному українському суспільстві.

Досвід МБФ «Карітас України» в сфері допомоги людям, що зазнали негативного впливу міграції, є чималий. Починаючи з 2006 року на базі Карітасу в Хмельницькому, Одесі, Івано-Франківську та Дрогобичі існують консультативні центри соціальної допомоги жертвам торгівлі людьми, з 2006 Карітас виконував і продовжує виконувати ряд інтеграційних проектів для осіб, що повертаються з-за кордону (Бельгії та Австрії), починаючи з 2008 року вже четвертий рік поспіль Карітас опікуються дітьми трудових мігрантів, залучаючи їх до дитячих соціальних центрів. Для того, щоб якомога ефективніше реалізовувати свою практичну роботу, Карітас України займаються також деякими дослідницькими проектами. Одне із найбільш важливих досліджень, «Українська міграція в Європі», було проведене в 2008–2009 році. В його рамках вперше було охарактеризовано специфіку української сучасної міграції в 7 країнах Євросоюзу (Греції, Італії, Іспанії, Португалії, Ірландії, Польщі, Чехії) та Російській Федерації. В 2010 році в рамках проекту Brain-net Working було проведене ще одне важливе дослідження сучасних тенденцій трудової міграції та ринків праці, а також взаюмодії середовищ приймаючих країн та країн походження. Дослідження проходило в 5 державах — учасницях: Іспанія, Італія, Мол-

дова, Україна та Російська Федерація. Базуючись на досвіді реінтеграційних проектів (а саме ERSO II — Мережа європейських реінтеграційних допомогових організацій), Карітас видав книжку «Що і хто чекає на мігрантів після повернення в Україну? Дослідження ситуацій та потреб повертанців в Україну» [8].

Термін «євросироти» не дарма було позичено у сусідньої Польщі: вже з падінням залізної завіси наприкінці 80-х тисячі людей з Польщі, Румунії, Болгарії, Латвії та Литви попрямували на Захід на пошуки роботи.

Після приєднання цих країн до Європейського Союзу в 2004 та 2007 роках цей тренд посилився та проблема покинутих дітей трудових мігрантів перетворилася з національної на загальноєвропейську, яку тепер намагаються вирішувати на наднаціональному рівні.

Та не тільки Україна, практично всі країни Східної Європи б'ють на сполох, констатуючи зростання кількості безпритульних дітей, чиї батьки виїхали на заробітки. Латвія трудову міграцію назвала «національною катастрофою». За 10 років з країни виїхав кожен десятий. За дослідженням, проведеним торік за підтримки Євросоюзу, в Молдові в кожної п'ятої дитини один з батьків — закордоном, а в кожної десятої — закордоном і мати, й батько.

Сьогодні лише в Румунії, Болгарії та Польщі за оцінками різних неурядових організацій від 500 тисяч до мільйону дітей зростають в неповних родинах, поки їх батьки працюють у Великобританії, Німеччині, чи країнах Скандинавії.

В Румунії, де за оцінками Фундації Сороса близька 300 тисяч євросиріт, вже в 90-ті роки було засновано рекордну кількість неурядових організацій та інституцій опіки за дітьми трудових мігрантів.

У Литві приблизно 5% дітей (а це близько 20 тисяч) мають батьків-трудових мігрантів — лише з 2011 по 2016 роки більше 200 тисяч громадян країни поїхали працювати до Великобританії, Ірландії, Норвегії та інших Західноєвропейських держав.

Через фінансову кризу 2007–2008 року економічна ситуація в країні значно погіршилася, і кількість батьків-емігрантів, змушених розлучитися з дітьми, почала різко зростати. Тому вже в 2007 році литовський уряд ухвалив закон, що вимагав від батьків повідомляти місцеві органи влади кожного разу, коли діти на довгий час залишалися під опікою дідусів та бабусь, або інших родичів чи знайомих.

До ухвалення закону по всій країні нерідкими були випадки, коли вчителі, помітивши погіршення результатів навчання або проблеми з поведінкою дітей, виявляли, що ці діти насправді вже деякий час живуть без батьків.

Такі діти частіше опинялись у виправних закладах, тому що за відсутності батьків інші родичі не мали авторитету у підлітків і не могли змусити їх дотримуватися дисципліни.

Одним із способів покращення ситуації стало відкриття спеціальних центрів для молоді [9].

Лише з 1 січня 2016 року в Україні набрав силу закон «Про зовнішню трудову міграцію», в якому вперше згадуються діти трудових мігрантів та їх права [7].

Втім, хоча цей закон гарантує захист соціальних прав дітей трудових мігрантів, у тому числі право на задоволення їхніх «національно-культурних, освітніх, духовних і мовних потреб», в документі не прописаний механізм, завдяки якому ці потреби мають здійснюватися, так само не є

зрозумілим, на які кошти це відбуватиметься.

Наприклад, на відміну від інших країн, у нас досі не існує інституту тимчасової опіки дітей трудових мігрантів, тобто дитина, чиї батьки поїхали працювати за кордон, може опинитися без законних представників, які могли би захистити її права та забезпечити гарантії, які отримують інші діти.

Однією з проблем, яку спричиняє міграція є поняття «соціального сирітства» або проблема ще одного «втраченого покоління». Це явище є і буде невід'ємним атрибутом трудової міграції. Якщо більше 93% мігрантів заявляють, що мають від одного до трьох дітей, то кількість дітей, залишених в Україні на одного з батьків, на старше покоління, сусідів чи й просто на самих себе, теж ведеться на мільйони.

Поняття «соціальне сирітство» вперше зустрічається у Національній програмі «Діти України», що була затверджена Указом Президента України. У вступі до Програми, серед названих нагальних потреб дитинства в Україні зазначається загострення проблеми соціального сирітства, хоча серед очікуваних наслідків реалізації Програми про соціальне сирітство вже не згадується [10]. Однак і досі в Україні не існує навіть усталеного однозначного терміна для позначення цієї категорії дітей. У законодавчих державних документах також поки що не міститься жодного нормативного визначення поняття «соціальні сироти». Численна категорія дітей трудових мігрантів, залишається поза уваги Держави.

У 2004–2005 рр. був розроблений проект Постанови Кабінету Міністрів України про роботу з дітьми трудових мігрантів. Але він зустрів неприйняття з боку представників Міністерства праці та соціальної політики України, був розкритикований, і робота у цьому напрямку фактично була припинена. Закон України «Про Загальнонаціональну програму «Національний план дій на виконання Конвенції ООН про права дитини» прийнятий у першому читанні Верховною Радою України у лютому 2009 р., також не містить спеціальних положень щодо роботи з дітьми, які тимчасово позбавлені батьківського піклування (діти трудових мігрантів) [11].

Так само в Розпорядженні Кабінету Міністрів України від 15 червня 2011 р. «Про затвердження плану заходів щодо інтеграції мігрантів в українське суспільство на 2011–2015 рр.» йдеться про покращання доступу до освіти дітей іноземних іммігрантів та біженців в Україні, однак жодним словом не згадується про дітей українських трудових мігрантів, які повертаються на батьківщину, або залишаються на батьківщині та їхні проблеми в адаптації до освітньої системи та продовження навчання [12].

Причини, через які діти залишаються без батьківського піклування та виховання, різні, але наслідок один — дитина позбувається конституційного та природного права на сімейне виховання, переживає важкі емоційні стани та переживання,відчуває самотність, замкнутість, втрачає інтерес до навчання, тому багато в чому подальша доля дітей-сиріт залежить від ставлення до цієї проблеми як суспільства, так і держави.

Але проблеми цих дітей залишаються. Як бачимо, з боку органів державної влади, крім констатації факту наявності проблеми соціального сирітства, фактично не вжито жодних заходів для пошуку шляхів її вирішення.

Висновки. Аналізуючи питання захисту прав та інтересів дітей трудових

мігрантів, ми дійшли до висновку, що цією проблемою в Україні займаються лише вчителі шкіл та психологи, які останнім часом почали говорити про таке специфічне явище, як «синдром заробітчан».

Реальної статистики щодо наших заробітчан та їхніх дітей не веде ні держава, ні окремі громадські організації. Єдиним джерелом офіційної інформації можуть слугувати хіба що обласні управління освіти, але й там повних і достовірних даних не знайти — не усі діти розповідають про своїх батьків, як і те, що не усі вони ходять до школи. Зазначене є наслідком соціально-економічних, морально-етичних та психологічних негараздів проживання в державі, що спричиняє порушення основного права дитини — зростати у сімейному оточенні.

На нашу думку, для вирішення цього питання необхідно: по — перше провести соціологічні дослідження, для того щоб ми зрозуміли, яка кількість дітей потребує допомоги. По-друге, підготувати соціальних педагогів до роботи з дітьми трудових мігрантів; розробити теоретико-методологічних засади соціально-педагогічної діяльності з дітьми трудових мігрантів дошкільного та молодшого шкільного віку; вивчити досвід роботи освітніх закладів зарубіжних країн щодо проблеми виховання дітей трудових мігрантів. Та створити центри допомоги, куди дитина зможе звернутися, якщо зазнає домашнього чи соціального насильства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Зовнішня трудова міграція населення України / Український центр соціальних реформ (УЦСР), Державний комітет статистики України (Держкомстат України). — К., 2009.
2. Звіт щодо методології, організації проведення та результатів модульного вибіркового обстеження з питань трудової міграції в Україні / МОП, Державна служба статистики України, Ін-т демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України. — К., 2013.
3. Оцінювання наслідків трудової міграції О.В. Позняк // Демографія та соціальна економіка, 2016, № 2 (27)
4. Гевчук Н.С. Соціально-психологічні проблеми виховання дітей трудових мігрантів // [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/znpkp/sp/ 2009_11/3.pdf
5. Медіакомунікації та соціальні проблеми : зб. навч.-метод. матеріалів і наук. ст. у 3 ч. — Ч. 1 / упоряд., ред. К.С. Шендеровського; Київ. нац. ун-т; Ін-т журналістики. — К.: ЕТНА-1, 2012. — 288 с.
6. Експерти Комітету ООН з прав дитини // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/ members.htm
7. Закон України «Про зовнішню трудову міграцію» від 05.11.2015 р. // [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/761-19
8. Карітас України. Звітні матеріали соціологічного дослідження «Діти трудових мігрантів: особливості соціальної поведінки» в рамках проекту «Допомога дітям вулиці» [Електронний ресурс]. — Львів, 2009. — Режим доступу: http://caritas-ua.org/index.php?option=com_content&task=view&id=220&Itemid=23
9. Електронний ресурс: http://sevlush.info/UA/zakarpattia/13348-yevrosyroty-z-chymstykaiutsia-dity-ukrainskykh-trudovykh-mihrantiv
10. 10. Указ Президента України «Про Національну програму «Діти України»» від 18.01.1996 р. // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/63/96
11. Закон України «Про Загальнонаціональну програму «Національний план дій на виконання Конвенції ООН про права дитини на період до 2016 року» від 05.03.2009 р. // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1065-17

Андриевская Л.А., Полищук М.Г.

Проблемы детей трудовых мигрантов в Украине.

Аннотация. На сегодняшний день Украина остается одной из стран — доноров рабочей силы, которая есть в Европе. Авторами предложено провести социологические исследования, подготовить социальных педагогов к работе с детьми трудовых мигрантов; разработать теоретико-методологические основы социально-педагогической деятельности с детьми трудовых мигрантов дошкольного и младшего школьного возраста; изучить опыт работы образовательных учреждений зарубежных стран по проблеме воспитания детей трудовых мигрантов, создать центры помощи, куда ребенок сможет обратиться, если подвергается домашнему или социальному насилию.

Ключевые слова: миграция, миграционные процессы, социологические исследования, дети, трудовые мигранты.

L. Andriievska, M. Polishyk

Problems of children of migrant workers in Ukraine.

Summary. Today, Ukraine remains one of the donor countries of the labor force, which is in Europe. The authors proposed to conduct sociological research, to prepare social educators for work with children of labor migrants; to develop theoretical and methodological bases of social-pedagogical activity with children of labor migrants of preschool and junior school age; to study the experience of educational establishments of foreign countries on the problem of educating children of labor migrants, to create centers of assistance where the child will be able to apply if they are subjected to domestic or social violence.

Keywords: migration, migration processes, sociological researches, children, labor migrants.



УДК 349.22

Г.І. Чанишева,
доктор юридичних наук, професор,
декан соціально-правового факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

УМОВИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПЕНСІЇ ЗА ВІКОМ МАТЕРЯМ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ З ДИТИНСТВА

Анотація. У статті розглядаються умови призначення пенсії за віком матерям осіб з інвалідністю з дитинства за чинним законодавством України. Аналізується судова практика розгляду спорів про відмову у призначенні дострокової пенсії за віком матерям осіб з інвалідністю з дитинства. Вносяться теоретично обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України в цій сфері.

Ключові слова: пенсія за віком, умови призначення пенсії за віком, матері осіб з інвалідністю з дитинства, матері дітей з інвалідністю віком до 16 років.

Постановка проблеми. Пенсія за віком є основним видом пенсій у солідарній системі. Вона може бути визначена як щомісячна пенсійна виплата в солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, яку отримує застрахована особа в разі досягнення нею передбаченого Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [1] пенсійного віку. Загальні умови призначення пенсії за віком визначені у ст. 26 зазначеного Закону. Статтею 115 Закону регулюються питання пенсійного забезпечення окремих категорій громадян, серед яких — матері осіб з інвалідністю з дитинства. Недосконалість чинного законодавства України в сфері призначення дострокової пенсії за віком цій категорії жінок є причиною виникнення спорів, які неоднозначно вирішуються у судовій практиці. Суди по-різному підходять до вирішення наступних питань: 1) чи є визначальним для призначення пенсії за віком на підставі абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 «Пенсійне забезпечення окремих категорій громадян» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» факт встановлення інвалідності дитині до досягнення нею шести років та її виховання (дитини-інваліда) матір'ю до цього віку? 2) чи наділена мати дитини-інваліда правом на призначення дострокової пенсії за віком у тому разі, якщо дитина, яку вона виховує, визнана дитиною-інвалідом після досягнення нею шестирічного віку у разі відсутності висновку лікарсько-консультативної комісії, що така дитина мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку? 3) чи суперечить п.2.18 Порядку подання та оформлення документів для при-

значення (перерахунку) пенсії відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [2] (вимога про надання висновку лікарсько-консультаційної комісії, що така дитина мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку) положенням абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 «Пенсійне забезпечення окремих категорій громадян» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»? Наслідком різного тлумачення зазначених законодавчих положень є те, що суди нерідко відмовляють у задоволенні позовних вимог матерям осіб з інвалідністю з дитинства, які звернулися за захистом порушеного права на дострокову пенсію за віком. Необхідність отримання чітких відповідей на поставлені питання є актуальною не тільки з наукової точки зору, а насамперед — з практичної, оскільки дозволить захистити проголошене у ст. 46 Конституції України [3] право на забезпечення у старості, в тому матерів осіб з інвалідністю з дитинства.

Питання пенсійного забезпечення досліджуються у працях відомих вітчизняних науковців: В.М. Андріїва, Н.Б. Болотіної, М.І. Бондарука, В.Я. Бурака, О.М. Москаленко, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, С.М. Синчук, І.М. Сироти, Б.І. Сташківа, О.В. Тищенко, М.М. Шумила, О.М. Ярошенка та ін. Утім, у роботах зазначених учених питанням пенсійного забезпечення матерів осіб з інвалідністю з дитинства спеціальна увага не приділялася.

Метою даної статті є визначення умов призначення пенсії за віком матерям осіб з інвалідністю та внесення теоретично обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення актів чинного законодавства України в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Загальні умови призначення пенсії за віком у солідарній системі встановлені ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Йдеться про досягнення визначеного Законом віку та наявність страхового стажу. За загальним правилом відповідно до частини першої ст. 26 Закону особи мають право на призначення пенсії за віком після досягнення віку 60 років за наявності страхового стажу не менше 15 років по 31 грудня 2017 року.

Водночас згідно з абзацом першим пункту 3 частини першої ст. 115 «Пенсійне забезпечення окремих категорій громадян» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» право на призначення дострокової пенсії за віком мають жінки, які народили п'ятьох або більше дітей та виховали їх до шестирічного віку, матері осіб з інвалідністю з дитинства, які виховали їх до зазначеного віку, — після досягнення 50 років та за наявності страхового стажу не менше 15 років. При цьому до числа осіб з інвалідністю з дитинства належать також діти з інвалідністю віком до 16 років.

Зі змісту зазначеної статті можна дійти висновку, що для виникнення пенсійних правовідносин у даному випадку необхідний фактичний юридичний склад, до якого включаються, зокрема, такі юридичні факти, як: заява про призначення дострокової пенсії за віком; досягнення жінкою 50 років; наявність страхового стажу не менше 15 років; визнання дитини заявника особою з інвалідністю з дитинства або дитиною з інвалідністю; виховання особи з інвалідністю з дитинства до шестирічного віку. При цьому до числа осіб з інвалідністю з дитинства належать також діти з ін-

валідністю віком до 16 років; рішення органу Пенсійного фонду України про призначення пенсії.

Зазначені юридичні факти повинні бути підтверджені відповідними документами, перелік яких відсутній у вищезазначеній статті Закону, а закріплений у підзаконному нормативно-правовому акті — Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», затвердженого постановою Правління Пенсійного фонду України від 25 листопада 2005 року № 22-1 (далі — Порядок). До заяви про призначення пенсії за віком додаються документи, перелік яких закріплений у п.2.1 зазначеного Порядку. Відповідно до абзацу одинадцятого підпункту 5 пункту 2.1 розділу II (зі змінами, внесеними згідно з постановою Пенсійного фонду №11-1 від 23.05.2018) Порядку документами, які засвідчують особливий статус особи (у даному випадку статус матері особи з інвалідністю з дитинства або дитини з інвалідністю), є документи про народження дитини, виховання її до шестирічного віку, про визнання дитини заявника особою з інвалідністю з дитинства або дитиною з інвалідністю (при призначенні пенсії згідно з абзацом першим пункту 3 частини першої статті 115 Закону).

Згідно з п. 2.18 Порядку визнання особи інвалідом з дитинства або дитиною-інвалідом засвідчується випискою з акта огляду в МСЕК, медичним висновком закладів охорони здоров'я, посвідченням одержувача допомоги, довідкою органу, що призначає допомогу, про період призначення допомоги. У разі якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку або інвалідом з дитинства після досягнення вісімнадцятирічного віку, надається відповідно висновок лікарсько-консультаційної комісії про те, що вона мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку, та/або висновок МСЕК про можливість настання інвалідності до досягнення особою 18-ти років (висновок про час настання інвалідності).

Слід звернути увагу на те, що у п. 2.18 Порядку застосовується застаріла термінологія — «інвалід з дитинства» і «дитина-інвалід» на відміну від підпункту 5 пункту 2.1 (зміст якого зазначений вище із внесеними змінами Постановою Пенсійного фонду № 11-1), в якому йдеться про особу з інвалідністю з дитинства або дитину з інвалідністю, що відповідає чинному законодавству (зокрема, Закону України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» [3]).

Потрібно зазначити, що терміни «особа з інвалідністю з дитинства» та «дитина з інвалідністю» не є тотожними. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року № 2402-III дитина з інвалідністю — дитина зі стійким розладом функцій організму, спричиненим захворюванням, травмою або вродженими вадами розумового чи фізичного розвитку, що зумовлюють обмеження її нормальної життєдіяльності та необхідність додаткової соціальної допомоги і захисту. Термін «особа з інвалідністю з дитинства» в актах чинного законодавства прямо не визначається. Аналіз норм низки законів України дозволяє дійти висновку, що особою з інвалідністю з дитинства є дитина з інвалідністю, яка досягла 18-ти років.

На цю обставину слід звернути увагу, оскільки в абзаці першому

пункту 3 частини першої Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» зазначені особи з інвалідністю з дитинства, до яких віднесено також дітей з інвалідністю віком до 16 років. Тобто до кола суб'єктів права на дострокову пенсію за віком зазначеною нормою Закону віднесені матері осіб з інвалідністю з дитинства або дітей з інвалідністю до 16 років.

При призначенні дострокової пенсії за віком на підставі норм ст. 17 Закону України «Про пенсійне забезпечення» і абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» для органів Пенсійного фонду України є обов'язковими вимоги підп. 5 п.2.1 та п. 2.18 Порядку, що цілком зрозуміло. Тому у разі якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку або інвалідом з дитинства після досягнення вісімнадцятирічного віку, за відсутності висновку лікарсько-консультаційної комісії про те, що вона мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку, та/або висновку МСЕК про можливість настання інвалідності до досягнення особою 18-ти років (висновку про час настання інвалідності), зазначені органи відмовляють у призначенні дострокової пенсії.

Судова практика із зазначеного питання є неоднорідною. Так, у листопаді 2016 року ОСОБА_1 звернулася до Якимівського районного суду Запорізької області з позовом про визнання незаконною відмову в призначенні пенсії за віком як матері інваліда з дитинства згідно із Законом України «Про пенсійне забезпечення» та зобов'язання управління Пенсійного фонду України в Якимівському районі Запорізької області призначити їй пенсію за віком як матері інваліда з дитинства, починаючи з 18 листопада 2016 року. Також позивачка просила довести до відповідача, що Закон України «Про пенсійне забезпечення» має вищу юридичну силу щодо Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсії відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», затвердженого постановою правління Пенсійного фонду України від 25 листопада 2005 року №22-1, та визнати незаконною вимогу про надання документів, які підтверджують визнання її дитини інвалідом з дитинства до досягнення ним шестирічного віку.

Якимівський районний суд Запорізької області постановою від 22 листопада 2016 року позов задовольнив частково. Визнав незаконною відмову управління Пенсійного фонду України в Якимівському районі Запорізької області в призначенні ОСОБІ_1 пенсії за віком як матері інваліда з дитинства згідно із Законом України «Про пенсійне забезпечення» та зобов'язав відповідача призначити ОСОБІ_1 таку пенсію з 08 листопада 2016 року. В іншій частині позову відмовив.

Дніпропетровський апеляційний адміністративний суд постановою від 24 лютого 2017 року задовольнив апеляційну скаргу управління Пенсійного фонду України в Якимівському районі Запорізької області, скасував постанову Якимівського районного суду Запорізької області від 22 листопада 2016 року та прийняв нову постанову, якою в задоволенні позову відмовив.

Не погодившись із таким рішенням суду апеляційної інстанції, 03 квітня 2017 року ОСОБА_1 подала до Вищого адміністративного суду України касаційну скаргу про скасування по-

станови Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 24 лютого 2017 року та просила залишити постанову Якимівського районного суду Запорізької області від 22 листопада 2016 року без змін. У скарзі ОСОБА_1 зазначила, що Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» не передбачено необхідності при зверненні до управління Пенсійного фонду України за призначенням дострокової пенсії як матері інваліда з дитинства подання висновку лікарсько-консультаційної комісії про те, що дитина мала медичні показання для визнання дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку.

У рішенні у справі № 21-133а14 Верховний Суд України дійшов висновку, що мати дитини-інваліда має право на призначення дострокової пенсії за віком, але не раніше ніж за 5 років до досягнення пенсійного віку, передбаченого ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», в тому разі, якщо дитина, яку вона виховує, визнана дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку. Якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення нею шестирічного віку або інвалідом з дитинства після досягнення вісімнадцятирічного віку, мати цієї дитини має право на отримання зазначеної пенсії лише у разі наявності висновку лікарсько-консультативної комісії про те, що дитина мала такі медичні показання до досягнення нею шестирічного віку.

Отже, у даному випадку Верховний Суд України також керувався положеннями п.2.18 Порядку в частині обов'язковості надання висновку про час настання інвалідності у разі, якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку або інвалідом з дитинства після досягнення вісімнадцятирічного віку. Така позиція Верховного Суду України викликає заперечення, адже абзацом першим пункту 3 частини першої ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» не передбачена в якості обов'язкової умови для призначення дострокової пенсії за віком встановлення дитині інвалідності до досягнення шестирічного віку, а закріплена лише умова виховання дитини до цього віку.

В інших випадках суди задовольняють позови про визнання незаконною відмови в призначенні дострокової пенсії за віком матерям осіб з інвалідністю з дитинства. Так, наприклад, постановою Комунарського районного суду м. Запоріжжя зобов'язано Шевченківське об'єднане управління Пенсійного фонду України м. Запоріжжя призначити дострокову пенсію відповідно до абзацу третього пункту 3 Прикінцевих положень Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» Особі_1 як матері інваліда з дитинства.

Особі_1 було відмовлено у призначенні дострокової пенсії, оскільки вона не мала довідки про те, що дитина мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку.

При цьому в постанові суду від 18.09.2017 зазначається, що «в наведених нормах Закону не передбачена вимога про те, що сама інвалідність дитини інваліда з дитинства повинна настати саме до 6 років та не передбачена така вимога для призначення пенсії, як обов'язковість визнання дитини інвалідом до 6-ти річного віку. В Законі визначена лише вимога про виховання дитини до шести років.

Вимога щодо підтвердження наявності медичних показань для визнання її інвалідом з дитинства до досягнення шестирічного віку не ставиться. Мова про підтвердження наявності медичних показань для визнання дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку, у разі якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку, стосується саме категорії дітей-інвалідів, а не інвалідів з дитинства, якою є ОСОБА_3» [5].

У даному випадку ОСОБА_3 була визнана інвалідом із захворювання з дитинства, про що є відповідний висновок. Задовольняючи позовні вимоги відповідно до норм Закону, суд все ж таки в останньому реченні визнав необхідність підтвердження наявності медичних показань у разі якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку.

Висновки. Аналіз чинного законодавства та практики його застосування дозволяє дійти таких висновків.

По-перше, не можна визнати визначальним для призначення дострокової пенсії за віком на підставі абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» факт встановлення інвалідності дитині до досягнення нею шести років. Така вимога не передбачена нормою, закріпленою в абзаці першому пункту 3 частини першої 1 ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Обов'язковою умовою слід визнати тільки факт її виховання до зазначеного віку.

На нашу думку, право на дострокову пенсію з віком на підставі абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» має й матір, дитина якої, наприклад, визнана дитиною з інвалідністю у 10 років через захворювання на сахарний діабет або бронхіальну астму, за умови, що вона виховувала таку дитину до шестирічного віку.

По-друге, положення п. 2.18 Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», затвердженого постановою Правління Пенсійного фонду України від 25 листопада 2005 року №22-1, частково суперечать вимогам абзацу першого пункту 3 частини першої ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Йдеться про норму, закріплену у другому реченні п. 2.18 Порядку: «У разі якщо дитина визнана дитиною-інвалідом після досягнення шестирічного віку або інвалідом з дитинства після досягнення вісімнадцятирічного віку, надається відповідно висновок лікарсько-консультаційної комісії про те, що вона мала медичні показання для визнання її дитиною-інвалідом до досягнення шестирічного віку, та/або висновок МСЕК про можливість настання інвалідності до досягнення особою 18-ти років (висновок про час настання інвалідності)».

Ця норма повинна бути виключена із п. 2.18 Порядку як така, що суперечить вимогам зазначеного вище Закону, який не встановлює вимогу про час настання інвалідності. Крім того, дана норма суперечить й положенням п. 2.1 Порядку, в якій не йдеться про висновок про час настання інвалідності. Для засвідчення особливого статусу особи необхідні три документи, які додаються до заяви про призначення пенсії за віком, а саме: документи про народження дитини; виховання її до шестирічного віку; про

визнання дитини заявника особою з інвалідністю з дитинства або дитиною з інвалідністю.

По-третє, на питання про те, чи наділена мати особи з інвалідністю з дитинства або дитини з інвалідністю правом на призначення дострокової пенсії за віком, у тому разі, якщо дитина, яку вона виховує, визнана дитиною-інвалідом після досягнення нею шестирічного віку у разі відсутності висновку лікарсько-консультативної комісії, що така дитина мала медичні показання для визнання її особою з інвалідністю з дитинства або дитиною з інвалідністю до досягнення шестирічного віку, з урахуванням вищевикладеного, слід дати позитивну відповідь.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 09.07.2003 №1058-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №49-51. Ст. 376.
2. Порядок подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсії відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Затв. Постановою правління Пенсійного фонду України 25.11. 2005 №22-1 (у редакції постанови правління Пенсійного фонду України 07.07.2014 №13-1. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1566-05/print
3. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. №30. Ст. 141.
4. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні: Закон України від 21.03.1991 №875-XII. Відомості Верховної Ради України. 1991. №21. Ст.252.
5. Захищено права матері дитини-інваліда http://advokat-litvinec.zp.ua/zahishheno-prava-materi-ditini-invalida

Чанишева Г.І.

Условия назначения пенсии по возрасту матерям лиц с инвалидностью с детства.

Аннотация. В статье рассматриваются условия назначения пенсии по возрасту матерям лиц с инвалидностью с детства по действующему законодательству Украины. Анализируется судебная практика рассмотрения споров об отказе в назначении досрочной пенсии по возрасту матерям лиц с инвалидностью с детства. Вносятся теоретически обоснованные предложения по совершенствованию действующего законодательства Украины в данной сфере.

Ключевые слова: пенсия по возрасту, условия назначения пенсии по возрасту, матери лиц с инвалидностью с детства, матери детей с инвалидностью в возрасте до 16 лет.

G. Chanysheva

Conditions for awarding retirement pensions to mothers of persons with disabilities since childhood.

Summary. The article discusses the conditions for awarding retirement pensions to mothers of persons with disabilities since childhood under the current legislation of Ukraine. The judicial practice of resolving disputes about the refusal to award an early retirement pension to mothers of persons with disabilities since childhood is analyzed. Theoretically substantiated proposals are made regarding improvement of current legislation of Ukraine in this field.

Keywords: retirement pension, conditions for awarding retirement pensions, mothers of persons with disabilities since childhood, mothers of children with disabilities under the age of 16.

УДК 342.951(477)

В.В. Половніков,
кандидат юридичних наук, доцент,
Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

ОКРЕМІ ПИТАННЯ МОДЕРНІЗАЦІЇ СИСТЕМИ УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена аналізу нормативно-правових актів і теоретичних положень, що характеризують зміст поняття модернізації системи управління Державної прикордонної служби України, висвітленню обставин, що викликали необхідність її здійснення і окремих проблемних питань, пов'язаних з нею. Конкретизація змісту і встановлення чітких орієнтирів на шляху подальшого удосконалення системи управління Державної прикордонної служби України на рівні нормативно-правових актів є одним із сучасних завдань органів державної влади України з урахуванням її європейської та євроатлантичної інтеграції.

Ключові слова: модернізація, управління, система управління, Державна прикордонна служба України, правове регулювання.

Постановка проблеми у загальному вигляді. В умовах проведення адміністративної реформи, оптимізації структури і повноважень центральних органів виконавчої влади, інших структурних та політичних перетворень в Україні гостро постають питання удосконалення державного управління, в т.ч. у такій специфічній його сфері як охорона та захист державного кордону (далі — ДК) України. Питання модернізації системи управління Державної прикордонної служби (далі — ДПС) України тісно пов'язані з загальними теоретичними положеннями адміністративно-правової організації управління у цій сфері і загальними вимогами щодо удосконалення державного управління.

Управління службовою діяльністю державних правоохоронних органів і військових формувань України, що забезпечують виконання Українською державою своїх функцій щодо забезпечення національної безпеки України має певні особливості. Здійснення якісного управління службовою діяльністю ДПС України щодо забезпечення недоторканності ДК та охорони суверенних прав України в її прилеглій зоні та виключній (морській) економічній зоні не можливе без його належного правового регулювання і правильного використання базових понять як на теоретичному рівні, так і на практиці, розуміння необхідності і змісту змін, що відбуваються.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано вирішення даної проблеми та на які опирається автор. Загальні питання, які стосуються ролі і місця ДПС України у системі національної безпеки України, організації системи

управління в органах (підрозділах) ДПС України й здійснення ними оперативно-службової діяльності в інтересах охорони і захисту ДК України, інтегрованого управління ДК України, розвитку складових системи охорони ДК України вже були висвітлені у працях: О.В. Ананьїна, В.Є. Вербицького, В.В. Заложа, В.А. Кириленка, М.М. Литвина, А.В. Махнюка, О.Г. Мельникова, В.О. Назаренка, М.П. Плахотного, А.М. Притули, А.С. Сіцінського, П.А. Шишоліна та ін.

Разом з тим, окремого аналізу змісту модернізації системи управління ДПС України на сучасному етапі її розвитку не проводилось. Як наслідок, розробка цих питань на сьогодні є надзвичайно актуальною.

Формування мети статті. Метою статті є висвітлення змісту поняття модернізації системи управління ДПС України, обставин, які викликали необхідність її здійснення і окремих проблемних питань, пов'язаних з нею.

Виклад основного матеріалу дослідження. Ґрунтуючись на нормах Конституції України, якими визначено, що посадові особи органів державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19) [1], перш за все, слід зазначити, що будь-яка модернізація системи управління ДПС України повинна супроводжуватись внесенням відповідних змін до чинного законодавства України. Ці зміни повинні своєчасно забезпечувати правове регулювання суспільних відносин, які будуть існувати у процесі «модернізованого» управління між суб'єктами і об'єктами управління, визначення на рівні законів України підстав для здійснення управлінського впливу, способів його здійснення, меж повноважень посадових осіб, тощо.

З цього приводу, останнім часом, використовується багато термінів, які характеризують процеси, що стосуються управління, це — реформування, оптимізація, децентралізація управління і т. ін. Одним із нових термінів є і модернізація управління.

Щодо мовного значення цього поняття, то згідно з словником іншомовних слів, модернізація (від. фр. modernisation — оновлення) означає: 1) Оновлення, удосконалення, надання будь-чому сучасного вигляду, переробка відповідно до сучасних вимог... Модернізувати (від. фр. moderniser) — робити сучасним, змінювати відповідно до вимог сучасності, вдосконалювати [2, с. 443]. Згідно з сучасним тлумачним словником української мови, модерн (від. фр. moderne — найновіший, сучасний) — сучасний, модний; модернізм [франц. modernisme < лат. modernus — новий, сучасний]; модернізувати — змінювати, вдосконалювати, відповідно до сучасних вимог і смаків [3, с. 485-486].

Тобто, з одного боку за змістом поняттям модернізації охоплюється безперервний процес удосконалення управління, який не має чітко визначеної межі завершеності і завжди спрямований на забезпечення максимальної відповідності системи управління тим змінам, що відбуваються у реальному житті (певній сфері діяльності), та вимогам, які висуваються до цієї системи. З іншого боку — модернізація характеризує окремий етап удосконалення, який спрямовано на істотну зміну, переробку, оновлення системи управління ДПС України у відповідності до потреб сьогодення, нових викликів і загроз, інтеграційних спрямувань України, тощо.

Так, на думку М. Плахотного, з шести етапів створення і будівництва ДПС України, які виділяє автор,

шостий — є етапом модернізації (з 2006 р. і дотепер) [4]. Він посилається на думку іншого автора — О. Ананьїна, який вважає цей етап четвертим і зазначає, що у 2006 — 2007 роках Президентом України та урядом була прийнята низка стратегічних документів, якими передбачено суттєві зміни в організації функціонування прикордонного відомства України, побудови сучасної інтегрованої системи охорони ДК та підвищення рівня прикордонної безпеки загалом. Взагалі, на думку О. Ананьїна, на четвертому етапі заходи у сфері прикордонної безпеки порівняно з минулими роками, досягли найбільших результатів. У цей період реалізовано комплекс заходів з договірно-правового оформлення ДК; укладено міжнародні угоди щодо двостороннього та багатостороннього співробітництва; здійснено реформування прикордонного відомства України (організаційно-структурні зміни, реорганізація системи управління, запровадження систем управління ризиками та кримінального аналізу, реформування Морської охорони, перехід до повного комплектування персоналом на контрактній основі, реформування системи підготовки персоналу, оптимізація системи логістики, технічне переоснащення підрозділів кордону відповідно до потреб правоохоронної діяльності тощо). Подальше підвищення рівня захищеності національних інтересів на ДК з державами членами Європейського Союзу забезпечували заходи з упорядкування діяльності пунктів пропуску та спрощення візового режиму, що сприяло зростанню пасажирського і вантажного потоків, відбулося значне підвищення ефективності протидії сучасним загрозам — контрабанді зброї, торгівлі наркотиками, незаконній міграції, загрозі тероризму тощо. Спостерігалася всебічна державна підтримка ініціатив прикордонного відомства України у сфері прикордонної безпеки [5]. Разом з тим, цим автором вжито поняття «реорганізація» системи управління і не згадується поняття «модернізація».

Так само в Концепції розвитку ДПС України на період до 2015 року використовується поняття «реформування». Згідно з загальними положеннями Концепції, — вона визначала основні напрями розвитку ДПС України на період до 2015 року і була спрямована на створення сучасної прикордонної служби європейського типу, яка гарантовано забезпечуватиме захист національних інтересів на ДК. Для досягнення поставлених цілей було необхідно: удосконалити правове регулювання діяльності ДПС України; оптимізувати структуру ДПС України та реформувати її систему управління; створити сучасну інтегровану систему охорони ДК та суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні; реформувати систему підготовки особового складу з урахуванням загальноєвропейських стандартів; створити ефективну систему логістики, у т.ч. забезпечити технічне переоснащення підрозділів з охорони ДК сучасними засобами; здійснити комплекс заходів щодо розвитку прикордонного та міжнародного співробітництва; забезпечити відкритість діяльності ДПС України та заходів щодо її розвитку для демократичного цивільного контролю і т.ін.

Реформування системи управління мало базуватися на принципах субсидіарності та децентралізації за окремими напрямами зі збереженням управлінської вертикалі для забезпечення реалізації державної політики у сфері захисту ДК. Для підвищення ефективності системи управління її функціонування на всіх рівнях мало

бути організовано також за принципами підзвітності, прозорості, передбачуваності та спільної участі. В рамках реформування цієї системи необхідно було створити електронну систему управління, автоматизовані інформаційні системи та здійснити їх інтеграцію в єдину інформаційну телекомунікаційну систему ДПС України, інших правоохоронних органів України, удосконалити діяльність стаціонарних та мобільних пунктів управління, розвинути мережі зв'язку та автоматизації, тощо [6].

Поняття принципу субсидіарності в цьому документі не розкривається. Логічним, на нашу думку, є його розуміння як такого поняття, яке походить від терміну субсидія (від лат. subsidium — допомога, підтримка) [2, С. 643].

Щодо необхідності саме «модернізації» системи управління в сучасних умовах, то вона викликана декількома обставинами.

По-перше, з появою нових видів викликів і загроз, насамперед гібридних, з розвитком тероризму та загрозою його поширення територією України, питання безпеки громадян, суспільства і держави, забезпечення державної і національної безпеки України набули надзвичайної актуальності. Стан забезпечення національної безпеки України не відповідає потребам сьогодення.

Серед актуальних загроз національній безпеці України відповідно до Стратегії національної безпеки України, прийнятої у 2015 році, було визначено у т.ч. такі:

— неефективність системи забезпечення національної безпеки і оборони України, а саме: несформованість сектору безпеки і оборони України (далі — сектор безпеки і оборони) як цілісного функціонального об'єднання, керованого з єдиного центру; інституційна слабкість, непрофесійність, структурна незбалансованість органів сектору безпеки і оборони; недостатність ресурсного забезпечення та неефективне використання ресурсів у секторі безпеки і оборони; діяльність незаконних збройних формувань, зростання злочинності, незаконне використання вогнепальної зброї і т.ін.;

— корупція та неефективна система державного управління, зокрема: поширення корупції, її укорінення в усіх сферах державного управління; слабкість, дисфункціональність, застаріла модель публічних інститутів, депрофесіоналізація та деградація державної служби; здійснення державними органами діяльності в корпоративних та особистих інтересах, що призводить до порушення прав, свобод і законних інтересів громадян та суб'єктів господарської діяльності, тощо.

До основних напрямів державної політики національної безпеки України Стратегією національної безпеки України віднесено у т.ч. такі:

— створення ефективного сектору безпеки і оборони, для чого необхідно забезпечити:

комплексне вдосконалення законодавства з питань національної безпеки і оборони України, зокрема визначення механізмів керівництва у сфері національної безпеки та оборони, унормування системи управління, координації та взаємодії його органів;

централізоване управління сектором безпеки і оборони у мирний час, у кризових ситуаціях, що загрожують національній безпеці, та в особливий період, міжвідомчу координацію і взаємодію;

узгодження концепцій (програм) реформування та розвитку органів сектору безпеки і оборони за єдиним задумом;

удосконалення державної системи стратегічного планування, створення єдиної системи моніторингу, аналізу, прогнозування та прийняття рішень у сфері національної безпеки і оборони, забезпечення ефективної координації та функціонування єдиної системи ситуаційних центрів профільних органів державної влади сектору безпеки і оборони;

запровадження інтегрованої системи освіти, бойової і спеціальної підготовки персоналу для органів сектору безпеки і оборони із залученням викладачів, інструкторів із держав — членів НАТО, ЄС, формування нової культури безпеки;

професіоналізацію сектору безпеки і оборони, підвищення фахового рівня персоналу, ефективну його мотивацію до належного виконання завдань за призначенням, максимально доцільне скорочення обслуговуючих підрозділів органів цього сектору і т.ін.;

— реформування та розвиток розвідувальних, контррозвідувальних і правоохоронних органів, яке має здійснюватися на основі принципів верховенства права, патріотизму, компетентності, департизації, доцільної демілітаризації, координації та взаємодії, розподілу завдань і усунення дублювання функцій, демократичного цивільного контролю та прозорості.

Зокрема, розвиток ДПС України як військового формування, зазначається в Концепції, має забезпечити ефективну реалізацію політики безпеки у сфері захисту та охорони ДК України, а також охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні, у т.ч. шляхом створення системи інтегрованого управління безпекою ДК України, удосконалення інформаційної, оперативної, технічної, фізичної складових, упровадження сучасних систем контролю, створення належно оснащених мобільних прикордонних загонів [7].

По-друге, не досконалою є система державного управління України. Відповідно до Стратегії реформування державного управління України на 2016–2020 роки, одним із напрямів його реформування є модернізація державної служби та управління людськими ресурсами [8].

Як зазначають автори пропозицій щодо приведення державного управління та державної служби України у відповідність із принципами і практиками демократичного урядування, — ключовими елементами адміністративної реформи є модернізація інституціональної структури і системи органів виконавчої влади та їх персоналу [9, с. 8].

Ефективне функціонування держави неможливе без структурованої, упорядкованої та дієвої системи державного управління... Посилення вертикалі відповідальності керівників державних органів та раціональний і чітко прописаний розподіл повноважень між ними дасть змогу розв'язувати комплексні, горизонтальні та секторні питання державного управління, формувати програми і стратегічні плани розвитку країни, ефективно виконувати рішення Уряду... [9, с. 9].

Тобто, система управління ДПС України, як правоохоронного органу спеціального призначення і, в той же час, професійної військової організації — військового формування, створеного відповідно до законів України, на яке поширюється дія статутів Збройних Сил України і яке, відповідно, має ієрархічну структуру, — потребує модернізації з урахуванням основних вимог політики національної безпеки України, а також політики у сфері державного управління України.

По-третє, європейська та євроатлантична інтеграція стали для України беззаперечним державним пріоритетом і реформування системи управління, в т. ч. ДПС України, необхідно здійснювати з огляду на норми і стандарти, прийняті у спільнотах, повноцінним членом яких намагається стати Україна.

Відповідно до змісту Угоди про асоціацію України з країнами Європейського Союзу, сторони зобов'язались посилювати співробітництво у т. ч. з питань управління кордонами і надають особливого значення утвердженню верховенства права та укріпленню інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та правоохоронних органах зокрема (стаття 14).

Відповідно до п. 2 статті 16, згідно з відповідним законодавством ЄС та чинним національним законодавством, співробітництво буде, зокрема, зосереджуватись на подальшому розвитку оперативних заходів у сфері управління кордонами і може включати, зокрема: навчання, обмін найкращими практиками, інформацією і т.ін. Зусилля Сторін у цій сфері будуть спрямовані на ефективну імплементацію принципу інтегрованого управління кордонами [10].

Тобто, необхідність імплементації принципу інтегрованого управління кордонами, посилення співробітництва з питань управління кордонами, боротьби з злочинністю, утвердження верховенства права та укріпленню інституцій усіх рівнів у сфері управління правоохоронних органів — також передбачає необхідність модернізації системи управління ДПС України.

По-четверте, про необхідність подальшого удосконалення системи управління в ДПС України неодноразово зазначалось на засіданнях підсумкових колегій ДПС України, визначалось в відповідних рішеннях цих колегій, визначено на рівні нормативно-правових актів уряду України.

Так, відповідно до Стратегії розвитку ДПС України, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 р. № 1189-р серед основних завдань, визначених Стратегією, поряд із створенням системи інтегрованого управління безпекою ДК є модернізація системи управління ДПС України та удосконалення взаємодії з іншими органами, що входять до складу сектору безпеки і оборони. Виконання цього завдання передбачається здійснити у т.ч. за рахунок: проведення децентралізації системи управління; впровадження сучасних інформаційних технологій у систему управління та забезпечення захисту інформаційних ресурсів; забезпечення наукового супроводження розвитку ДПС, тощо. Стратегією визначена також необхідність підвищення якості управління персоналом через удосконалення системи підготовки, комплектування, роботи з особовим складом ДПС, його соціального захисту. З цією метою передбачаються: децентралізація системи управління особовим складом; створення та запровадження системи професійної компетентності; впровадження європейських стандартів у систему підготовки та роботи з особовим складом ДПС України, забезпечення обміну досвідом з навчальними закладами правоохоронних органів України та держав — членів Європейського Союзу і т.ін. [11].

Децентралізація, згідно з словником іншомовних слів, (від де... і централізація) — 1) Система управління, за якої частина функцій центральної влади переходить до місцевих органів самоврядування; розширення прав низових органів управління.

2) Знищення, скасування або послаблення централізації [2, с. 205].

Прикладом децентралізації управління можна вважати внесені зміни до Положення про проходження громадянами України військової служби в ДПС України, згідно з якими право присвоєння чергових військових звань військовослужбовцям (стаття 54) надається: до капітана (капітан-лейтенанта) включно — начальникам органів ДПС, яким надано право видання наказів по особовому складу; до підполковника (капітана 2 рангу) включно — начальниками регіональних управлінь, розвідувального органу, ректором вищого військового навчального закладу ДПС; до полковника (капітана 1 рангу) включно, а також присвоєння чергового військового звання достроково та посмертно — Головою ДПС України [12].

В нашому випадку, найбільш прийнятним є розуміння поняття децентралізації як розширення прав низових органів управління системи управління ДПС України, перекладання окремих повноважень, у т. ч. щодо прийняття окремих управлінських рішень, з вищих органів управління до нижчих. Разом з тим, хоча Стратегією проведення децентралізації і визначено одним із найперших завдань модернізації системи управління ДПС України, — в основних напрямах діяльності та подальшого розвитку ДПС на наступні 2016-2018 роки — виконанню цього завдання не приділено належної уваги. В більшості випадків йдеться про удосконалення вертикалей управління зверху-донизу і лише частково згадуються питання децентралізації. Розширення повноважень низових органів управління, які несуть безпосередню відповідальність за виконання завдань, покладених на ДПС України, практично не передбачено.

На нашу думку, систему управління ДПС України складають такі елементи: 1) органи управління і керівники цих органів (посадові особи) різних управлінських рівнів (центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони ДК — Адміністрація ДПС України; його територіальні органи — регіональні управління ДПС України; Морська охорона; органи охорони ДК; розвідувальний орган центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони ДК) і підрозділи органів управління та низової ланки ДПС України — лінійні підрозділи охорони ДК та їх особовий склад, які з одного боку можуть виступати суб'єктами управління, з іншого — об'єктами; 2) підсистеми управління (управління оперативно-розшуковою діяльністю, персоналом, фінансами, ризиками та кримінальним аналізом тощо); 3) комунікаційні канали, за допомогою яких здійснюється взаємодія в системі та підсистемах управління; 4) набір технологій і процедур, що регламентують здійснення управління, юридично закріплених норм і правил поведінки й суспільних відносин, які виникають у процесі здійснення управління; 5) матеріально-технічна інфраструктура управління (інтегрована інформаційно-телекомунікаційна система та її підсистеми, автоматизовані системи управління і зв'язку, тощо). Важливим при цьому є визначення чітких орієнтирів на шляху подальшого удосконалення конкретних елементів системи управління на рівні нормативно-правових актів для визначення завдань щодо їх модернізації.

Ми згодні з думкою В.Є. Вербицького, який стверджує, що аналіз вимог, які ставляться до перспективної системи управління, а також загальних

правил побудови та функціонування органів управління, дозволяє виявити принципові питання, які слід вирішувати під час реформування системи управління ДПС України: підвищення ролі первинних ланок охорони ДК та підрозділів для виконання спеціальних завдань; перерозподіл функцій між центральним і регіональними органами управління, їх упорядкування з метою уникнення дублювання; скорочення питомої ваги управлінських структур в інтересах посилення органів охорони ДК; відмова від економічно обтяжливих і практично недоцільних структур [13].

Висновки. Таким чином, необхідність модернізації системи управління ДПС України, яка з урахуванням її внутрішньої організаційно-штатної структури є складною, багаторівневою і цілісною системою (з великою кількістю підсистем), що постійно розвивається і удосконалюється, викликана декількома обставинами. Зокрема, це пов'язано з недосконалістю системи забезпечення національної безпеки і оборони України, державного управління, європейською та євроатлантичною інтеграцією України у т.ч. у питаннях управління кордонами, безпекою ДК.

Зазначеними вище нормативно-правовими актами в загальному окреслено проблемні питання та шляхи їх вирішення. Разом з тим, на рівні прикордонного відомства, в змісті основних напрямів діяльності та подальшого розвитку ДПС України на календарний рік, необхідно чітко визначати завдання з модернізації системи та підсистем управління ДПС України, конкретні заходи щодо їх реалізації, терміни виконання та звітність. Ефективність модернізації системи управління ДПС України залежить від поетапного, комплексного, системного і науково-обґрунтованого підходу до вирішення цієї проблеми.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України: закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 30.09.2016. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/254к/96-вр (дата звернення: 23.12.2018).
2. Словник іншомовних слів: Головна редакція УРЕ / За ред. Чл. кор. АН УРСР О.С. Мельничука.— К.: Київська книжкова фабрика, 1974. — 776 с.
3. Сучасний тлумачний словник української мови : 100 000 слів / За заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В.В. Дубічинського. — Х.: ВД «ШКОЛА», 2008. — 1008 с.
4. Плахотний М. Становлення Державної прикордонної служби України в системі забезпечення національної безпеки / М. Плахотний // Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. — 2012. — Вип. 3. — С. 104-111. — Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadu_2012_3_16
5. Ананьїн О.В. Прикордонна безпека України в сучасних умовах / О.В. Ананьїн // Гілея. Історичні науки. Філософські науки. Політичні науки : наук. вісн. : зб. наук. пр. Спецвипуск / Нац. пед. ун-т ім. М.П. Драгоманова, УАН ; голов. ред. В.М. Вашкевич. — К. : Вид-во НПУ ім. М. Драгоманова, 2011. — С. 517-521.
6. Про Концепцію розвитку Державної прикордонної служби України на період до 2015 року: Указ Президента України від 19 червня 2006 року № 546/2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/546/2006 (дата звернення 09.02.2019).
7. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України 26 травня 2015 року № 287/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015 (дата звернення 09.02.2019).
8. Деякі питання реформування державного управління України: розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 474-р. Дата оновлення: 28.12.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/474-2016-р#n9 (дата звернення 8.02.2019).

9. План модернізації державного управління: пропозиції щодо приведення державного управління та державної служби України у відповідність із принципами і практиками демократичного урядування / [А. Вишневський (кер. авт. колективу), В. Афанасьєва, Р. Гекалюк та ін.; за заг. ред. Т. Мотренка.] — К. : Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. — 396 с.

10. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Угоду ратифіковано Законом № 1678-VII від 16.09.2014. Дата оновлення: 30.11.2015, набрання чинності 01.09.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення 09.02.2019).

11. Про схвалення Стратегії розвитку Державної прикордонної служби : розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 року № 1189-р URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1189-2015-р (дата звернення 26.12.2018).

12. Про Положення про проходження громадянами України військової служби в Державній прикордонній службі України: Указ Президента України від 29 грудня 2009 року № 1115/2009. Дата оновлення: 01.09.2017. URL: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1115/2009 (дата звернення 09.02.2019).

13. Вербицький В.Є. Основні напрями реформування системи управління у Державній прикордонній службі України // Науковий вісник Державної прикордонної служби України. Науково-практичний альманах. — Хмельницький: Видавництво Національної академії Державної прикордонної служби України імені Б. Хмельницького, 2004. — № 4. — С. 20-22.

Половников В.В.

Отдельные вопросы модернизации системы управления Государственной пограничной службы Украины.

Аннотация. Статья посвящена анализу нормативно-правовых актов и теоретических положений, характеризующих содержание понятия модернизации системы управления Государственной пограничной службы Украины, освещению обстоятельств, вызвавших необходимость ее осуществления и отдельных проблемных вопросов, связанных с ней. Конкретизация содержания и установление четких ориентиров на пути дальнейшего совершенствования системы управления Государственной пограничной службы Украины на уровне нормативно-правовых актов является одним из современных задач органов государственной власти Украины с учетом ее европейской и евроатлантической интеграции.

Ключевые слова: модернизация, управление, система управления, Государственная пограничная служба Украины, правовое регулирование.

V. Polovnikov

Some issues of modernization of the management system of the State Border Guard Service of Ukraine.

Summary. The article is devoted to the analysis of legal acts and theoretical positions that characterize the content of the concept of modernization of the management system of the State Border Guard Service of Ukraine, coverage of circumstances that caused the necessity of its implementation and certain problematic issues associated with it. Specifying the content and establishing clear benchmarks for further improvement of the management system of the State Border Guard Service of Ukraine at the level of legal acts is one of the modern tasks of the state authorities of Ukraine, taking into account its European and Euro-Atlantic integration.

Keywords: modernization, management, management system, State Border Guard Service of Ukraine, legal regulation.

УДК 342

М.Ю. Клейман,
аспірантка кафедри адміністративного процесу і права
Одеського державного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ ДЕТЕКТИВІВ У ВЕЛИКІЙ БРИТАНІЇ

Анотація. Досліджено особливості регулювання приватної детективної діяльності у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії. Висвітлено основні положення законодавчих актів у відповідності до яких приватні детективи надають детективні послуги населенню. Розглянуто види та зміст ліцензій для повноцінної детективної діяльності.

Ключові слова: приватний детектив, розслідування, ліцензування, асоціація, Велика Британія.

Постановка проблеми. На сьогодні в Україні продовжує формуватися система адміністративно-правового регулювання приватної детективної діяльності. Для суспільних відносин, що складалися десятиліттями, не є характерною є повноцінна довіра до державних правоохоронних органів. Це пов'язано з надмірним контролем з боку влади у радянські роки та дисбалансом у сфері правопорядку в роки незалежності. Наприклад, дублювання повноважень одних органів іншими призводить до виникнення суперечностей в ході виконання покладних на них обов'язків. Нагальними залишаються питання підпорядкування різноманітних суб'єктів правоохоронної діяльності, неможливість вирішення яких здебільшого переростає у конфлікти між цілими відомствами, що в подальшому ускладнює та сповільнює швидкість надання допомоги громадянам, які зазнали противоправних дій чи підозрюються, що такі дії можуть бути проти них застосовані. Як альтернатива державним органам в розвинутих кранах світу для захисту власних інтересів та виявлення правових порушень існує можливість звернення до приватних правоохоронних організації серед яких найбільше виділяються охоронні та детективні агентства. Саме тому дослідження міжнародного досвіду у цій сфері дозволить створити сучасну та ефективну модель приватної детективної діяльності в Україні.

Стан дослідження. Вивченню зарубіжного досвіду приватної детективної діяльності присвяченні праці І. Керницького, В.Гришко, І. Швед та інших науковців. Зокрема К.Бугайчук проводить порівняльний аналіз ситуації, що склалася у сфері надання приватних детективних послуг серед провідних країн світу. І. Керницький, В. Андрієнко, І. Мігус, Я. Коваль, розглядаючи питання забезпечення фінансової безпеки, виділяють роль приватних детективних агентств. Аналіз загальносвітових підходів до

організації діяльності приватних правоохоронних організацій здійснюють В.Черков та П. Попов. А. Соломяна вивчає особливості діяльності приватних детективів як запобіжного впливу на злочинність. Дослідженню міжнародних особливостей взаємодії державних та недержавних правоохоронних органів присвячені роботи О. Чорного. І. Беззуб проводить порівняння зарубіжного досвіду законодавчого закріплення діяльності та повноважень приватних детективів із українськими реаліями. На сьогодні в Україні продовжуються створення власної моделі приватної детективної діяльності, тому існує потреба у поглибленому вивчені міжнародного досвіду функціонування різних національних моделей.

Метою статті є вивчення особливостей організації та функціонування приватної детективної діяльності Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії для запозичення відповідної позитивної практики в Україні.

Виклад основного матеріалу. Велика Британіє є однією із країн, яка має значний позитивний досвід приватної детективної діяльності. В країні послугами приватних детективі та агентств користуються різні групи населення та суб'єкти підприємницької діяльності. Умовно розділимо клієнтів на фізичних та юридичних осіб. До першої групи належать приватні особи; представники іноземних клієнтів чи безпосередньо іноземці; юристи (адвокати), які потребують розширення доказової бази на користь клієнта в кримінальних чи цивільних судових процесах. До другої групи відносяться банки та інші фінансові установи; страхові компанії; торгівельні об'єднання; підприємства роздрібної торгівлі; міжнародні корсціуми тощо [10]. До приватних детективних агентств здебільшого звертаються клієнти, які не бажають широкого публічного розголосу під час розслідування. Гарантування таємниці клієнта один із головних постулатів діяльності будь-якого приватного детектива, адже скрупульозне виконання контрактних зобов'язань є запорукою формування позитивного іміджу приватного слідчого чи детективного агентства. Для британців важливо, щоб репутація осіб, які будуть займатися вирішенням їхніх проблем, була незаплямованою.

У регулюванні галузі приватних розслідувань Великої Британії існує ряд проблем. Питання регулювання діяльності приватних детективів неодноразово піднімалося, як державними органами влади, так і професійними спілками приватних слідчих. Закон про приватну безпеку 2001 року (Private Security Industry Act) включав у себе норму про ліцензування приватних слідчих, однак поки що вона не отримала вираження в окремому законодавчому акті [8]. Зокрема, серед британських фахівців йде дискусія щодо доцільності впровадження такого закону. Головним аргументом проти виступає можлива необхідність вже діючих приватних детективів проходити ліцензування за новими правилами. Окремі приватні детективи працюють не маючи спеціальної освіти, навичок та в минулому порушували закони. У липні 2013 року міністр внутрішніх справ Великої Британії висунув пропозицію про притягнення до кримінальної відповідальності тих приватних слідчих, які працюють без ліцензії. Наголошувалося на існування великої кількості ризиків порушення конфіденційності особистої інформації громадян в умовах функціонування неврегульованої системи, в

рамках якої продовжують діяти шахраї-детективи [9, с.23-24].

Законодавство не визначає приватного детектива, як окрему однину у відповідності до його професійної зайнятості. Натомість окреслюється рамки в котрих здійснюється приватна слідча діяльність, і ті особи, які виконують дану роботу, мають отримати ліцензію від позавідомчого державного органу — Security Industry Authority (далі — SIA), який створений у 2003 році та підзвітний міністерству внутрішніх справ. Інакше кажучи, ліцензуються не детективи, а окремі види діяльності.

SIA на сьогоднішній день ліцензує наступні види діяльності: Manned Guarding який включає дозвіл на охорону приміщень від несанкціонованого доступу; захист майна від знищення чи пошкодження, від крадіжки або незаконного заволодіння; захист особи чи групи осіб від нападу або травм, які можуть бути заподіяні в результаті незаконних дій інших осіб. Така ліцензія включає, як забезпечення безпеки клієнта безпосередньою присутністю, так і можливість здійснювати діяльність віддалено (патрулювання чи збір інформації) для запобігання протиправним діям сторонніх осіб; Cash and Valuables in Transit надає дозвіл на захист майна від пошкодження чи знищення, крадіжки, включаючи перевезення в спеціально обладнаних для охоронних цілей транспортних засобах; Close Protection дозволяє здійснювати захист однієї особи чи групи людей від нападу, заподіяння шкоди чи нанесення травм; Door Supervision, як ліцензія, передбачає охорону та захист від злочинних дій громадських закладів чи окремих приміщень; Public Space Surveillance (CCTV) дає дозвіл на здійснення спостереження (контроль діяльності) в громадських та приватних місцях чи ідентифікації окремої людини за допомогою сучасних телекомунікаційних технологій; Security Guard передбачає ведення охоронної діяльності, яка не підпадає під попередньо зазначені види ліцензування; Key Holding дозволяє здійснювати охорону засобів доступу до приміщень чи будівель; Immobilisation, Restriction and Removal of Vehicles містить дозвіл на обмеження можливості руху транспортного засобу, включаючи встановлення спеціального обладнання, та подальше його переміщення [7].

Для здійснення повноцінної детективної діяльності достатньо володіти дома видами ліцензій SIA — дозволом на спостереження в громадських місяцях та дозволом на введення охоронної діяльності. Підставою для роботи детективом є робота у агентстві, яке має офіційне право здійснювати детективну діяльність (тобто в коді послуг зазначений даний вид діяльності) та наявність документів, що підтверджують проходження спеціального навчання [1]. У 2016 році був прийнятий Investigatory Powers Act [4] (Акт про повноваження щодо слідства) котрий забороняє використання певних методів збору інформації приватними детективами, а саме: перегляд кореспонденції, звичайної та електронної пошти (збереження таємниці листування); прослуховування телефонних дзвінків. Також детективи мають право опитувати родичів, друзів, колег людини за якою ведеться спостереження чи збір інформації. Натомість загальним законодавством Великої Британії дозволено здійснювати такі види діяльності: проведення спостереження в громадських місцях; відслідковування пересувань об'єкта за допомогою встановлення спеціального GPS обладнання, яке дозволяє

оперативно реагувати на факти виявленої інформації; використання спеціальних електронних баз даних, якими користуються правоохоронці, юридичні та детективні агентства. Маються на увазі закриті для широкого загалу бази даних користування які є платними (наприклад база Земельного реєстру) [1]. Відзначимо, що близько 65 відсотків діючих сьогодні у Великій Британії приватних слідчих у минулому займалися поліцейською діяльністю [9, с.24].

Security Industry Authority у своїй доповіді за 2016-2017 роки при розгляді питання регулювання галузі приватних розслідувань визначає головні ризики, які існують для клієнтів детективних агентств та тих проти кого ведеться приватна слідча діяльність. Це може бути неналежний рівень обслуговування чи використання незаконних методів введення розслідування. Інколи в зоні ризику опиняються й приватні детективи. Розглянемо найпоширеніші незаконні методи, що використовуються в галузі приватних розслідувань у Великій Британії: позиціонування себе іншою особою для отримання необхідної інформації; незаконне спостереження; використання погроз, залякування від час розслідування чи спостереження; недостатня повага під час спілкування до свідків чи потерпілих; розрахунки за наданні послуги можуть здійснюватися авансом та безготівково, а це значно ускладнює пошук приватного детектива, що відмовився виконувати контрактні зобов'язання та розірвав всілякі контакти з клієнтом. Також SIA підкреслює необхідність пам'ятати про важливість особистих даних та можливість протиправного використання такої інформації проти клієнта в разі некомпетентності приватного детектива чи робітників агентства в цілому [9, с. 24].

Про порядність приватного детектива свідчить факт його членства в професійній спілці. Однією з найавторитетніших є Асоціація британських слідчих (Association of British Investigators). Вона функціонує із 1913 року та у своїй діяльності керується принципами професійної взаємодопомоги, захисту інтересів своїх членів та вдосконаленням методів роботи приватних слідчих [3]. Для ефективної структурної взаємодії спілка розділила види діяльності приватних слідчих на дев'ять категорій. Перша — General Investigations (загальне розслідування). До кола обов'язків приватних детективів входить: відслідковування фінансових активів; відвідування суду; вирішення питань пов'язаних з сімейними проблемами клієнта; перевірка фінансового стану; допомога у врегулюванні страхових випадків; розслідування фактів порушення авторських прав; вирішення проблем орендодавців та орендаторів; складання звітів про спосіб життя; юридична допомога різних видів; збір необхідних доказів для позитивного вирішення справи клієнта; вивчення місця здійснення злочину; опитування свідків та причетних до справи клієнта тощо. Друга — Fraud Investigations (розслідування шахрайства). До цієї групи відноситься розслідування страхового шахрайства; економічних махінацій; фальсифікацій звітності; банківського шахрайства, в тому числі, пов'язаного з іпотечним кредитуванням. Третя — Process Serving and Litigation Support (підтримка судового процесу), передбачає допомогу клієнту під час досудового слідства або безпосередньо у ході судовому процесі; вирішення питань пов'язаних з: процедурою банкрутства; процесом розірвання шлюбу; домашнім насиллям; отримання показів свідків тощо. Четверта

— Road Traffic Accidents and Collisions (дорожньо-транспортні аварії та зіткнення). Відповідно до неї здійснюється реконструкція подій, що призвели до дорожньо-транспортної пригоди; встановлення ступенів відповідальності постраждалих осіб; допомога в отриманні доказів, що підтверджують невинуватість клієнта; отримання свідчень очевидців аварії; створення звіту з фотографіями та детальними планами (схемами) дорожньо-транспортної пригоди; вивчення характеру пошкоджень транспортного засобу. П'ята — Specialist and Forensic Services (криміналістичні експертизи), за якої здійснюється допомога в перевірці цифрової інформації (персонального комп'ютера, телефонна); проведення експертизи ДНК; перевірка відбитків пальців по власним базам даних; перевірка на детекторі брехні; встановлення хімічного складу речовин (для спростування звинувачень у незаконному зберіганні та розповсюдженні наркотиків). Шоста — Surveillance (спостереження), вона передбачає проведення різних видів спостереження: для встановлення факту подружньої зради; за діяльністю працівників на робочому місці; таємне спостереження; стеження за діяльністю у мережі Інтернет тощо. Сьома — Tracing and Status Reports (відстеження та звіти про стан), пропонується допомога у відстеженні активів особи та боржників; пошук інформації для відтворення історії сім'ї; проведення юридичної експертизи тощо. Восьма — Undercover Investigations (таємні розслідування). Такий вид діяльності включає у себе «роботу під прикриттям» — збір інформації під іншим ім'ям. Передбачає роботу по виявленню порушень на підприємстві, в корпоративному офісі та розслідування незаконної діяльності малих кримінальних груп тощо. Дев'ята — Vehicle Investigations (розслідування пов'язані з транспортними засобами), дозволяє займатися відстежуванням автомобіля; розслідуванням підпалу чи навмисного пошкодження транспорту; виявленням фактів навмисно створеної дорожньо-транспортної пригоди тощо.

Велика Британія продовжує здійснювати кроки з врегулювання сфери приватних детективів. Передбачається запровадження вимог щодо володіння професійними навичками слідчого та відповідного рівня освіти. На сьогодні для тих, хто планує присвятити себе приватним розслідуванням, бажаним є складання тесту та отримання сертифікату IQ Level 3 Award for Professional Investigators (QCF). Його можуть проходити не тільки майбутні приватні детективи, а й вже діючі (таким чином вони підтверджують свій професійний рівень та компетентність) [2]. Для успішного проходження іспиту необхідно оволодіти знаннями, які розділені на два блоки — Principles of Planning and Reporting Investigations (принципи планування та звітування розслідувань) та Principles of Gathering and Using Information for Investigations (принципи збору та використання інформації для розслідувань) [5, с. 4]. Для проходження першого блоку необхідно знати, як встановлювати цілі та здійснювати розслідування; запобігати фактичному чи можливому конфлікту інтересів; повідомляти та представляти результати розслідування. Другий блок надає знання як вивчати та аналізувати отриману інформацію; проводити бесіду та опитування з людьми, що володіють необхідними відомостями; знати особливості проведення спостереження та вміти використовувати отриману в ході такої

діяльності інформацію; розуміти, як додержуватися безпеки та конфіденційності при ведені розслідування.

Для тих хто бажає стати приватним детективом, але немає жодного досвіду подібної роботи та не орієнтується в особливостях професії, існує можливість отримання іншого сертифікату — IQ Level 3 Certificate in Principles of Professional Private Investigation (RQF). За ним передбачається оволодіння знаннями з наступних тем: кримінальне розслідування та закон; основи ведення бізнесу приватного розслідування; введення у професію приватного слідчого; методи приватних слідчих; особливості взаємодії з клієнтом [6].

Також SIA розробила стандарти поведінки для приватних слідчих. Передбачається, що приватні детективи мають перед тим, як розпочинати розслідування, чи інший вид діяльності, повинні підтвердити особу клієнта та визначити наявність юридичного і морального права на проведення розслідування. Підкреслюється необхідність заздалегідь окреслювати цілі, строки роботи та методи, які будуть використовуватися. Важливим елементом позитивного іміджу детектива є уміння проявляти повагу до клієнта, колег з якими відбувається співпраця. Діяльність приватного слідчого не має шкодити його репутації, бо надалі це може кинути тінь на професію загалом. Не потрібно приховувати отриману в ході розслідування інформацію від замовника, тим паче, не використовувати проти нього. Під час діяльності приватний детектив має: дотримуватися чинного законодавства та не порушувати моральні, етичні норми встановлені у суспільстві; допомагати, коли цього потребує закон, державним органам та колегам; дотримуватися конфіденційності та захищати інтереси клієнта; діяти справедливо, не проявляти дискримінації за ознакою раси, віросповідання, статті, інвалідності тощо. Зростаюча загроза інформаційних витоків вимагає від приватних слідчих необхідності гарантувати захист персональних даних клієнта [5, с. 19].

Висновки. Отже, британська модель приватної детективної діяльності має як свої позитивні риси, так недоліки. Це, по-перше, відсутність єдиного нормативного акту, який би здійснював регулювання галузі приватних розслідувань; по-друге, необхідність отримання декількох видів ліцензії від SIA для повноцінної роботи приватним детективом; по-третє, відсутність чітко прописаного вичерпного переліку вимог до майбутніх приватних слідчих. Визначенні недоліки планується виправити прийняттям спеціального закону.

Виділяючи позитивні моменти в системі регулювання діяльності приватних слідчих, які можуть бути розглянуті для впровадження в українську практику, наголосимо на наявності існуючих стандартів освітньої бази приватних детективів. Опанування двох типів освітніх програм, які повноцінно розкривають особливості професії, дозволяє ефективно орієнтуватися в галузі та полегшити перші кар'єрні кроки.

Окрім того, враховуючи, що британські клієнти прискіпливо ставляться до репутації приватних детективів та агентств, членство в авторитетних спілках гарантує не тільки необхідний рівень компетентності, а й дотримання професійного кодексу та контроль за виконанням зобов'язань, які бере на себе приватний слідчий. Показовий приклад — Асоціація британський слідчих, члени якої користуються повагою колег та довірою клієнтів. Її ана-

логом в нашій країні є Всеукраїнська асоціація приватних детективів. Створення подібних об'єднань в Україні, що будуть ефективно впливати на регулювання галузі приватних детективів, дозволило б розвивати професію.

Провідні детективні агентства Великої Британії пропонують широкий діапазон послуг, не тільки для приватних, а й юридичних осіб. Приватні детективи можуть надавати допомогу в проведені різних експертиз під час досудового розслідування, здійснювати збір інформації для клієнта, запобігати промисловому шпигунству, виявляти крадіїв на виробництві. Цей перелік можна продовжувати. Важливим є варіативність послуг, що надаються. Саме тому в Україні необхідно покращувати професійний рівень приватних детективів для розширення сфери діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Как работают детективы в Великобритании. URL: https://triumph-info.ru/2018/10/aleks-lure-kak-rabotayut-detektivy-v-velikobritanii (дата звернення: 21.11.2018).
2. Academy of Professional Investigation. QCF. URL: https://www.pi-academy.com/course/iq-level-3-award-professional-investigators-qcf (дата звернення: 01.11.2018).
3. Association of British Investigators. URL: https://www.theabi.org.uk (дата звернення: 29.11.2018).
4. Investigatory Powers Act 2016. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/25/contents/enacted (дата звернення: 10.11.2018).
5. IQ Level 3 Award for Professional Investigators (QCF). Specification. URL: https://www.theabi.org.uk/assets/uploads/Academy/IQ%20L3%20Professional%20Investigators%20specification.pdf (дата звернення: 17.12.2018).
6. IQ Level 3 Certificate in Principles of Professional Private Investigation (RQF). URL:http://www.industryqualifications.org.uk/qualifications/database/plomino_documents/iq-level-3-certificate-in-principles-of-professional-private-investigation (дата звернення: 18.12.2018).
7. Licensable Activities. Security Industry Authority URL: https://www.sia.homeoffice.gov.uk/Pages/licensing-activities.aspx (дата звернення: 10.12.2018).
8. Private Security Industry Act 2001. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/12/contents (дата звернення: 28.11.2018).
9. Security Industry Authority Review 2016/17. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/703258/Security_Industry_Authority_Review_2016-17.pdf (дата звернення: 12.12.2018).
10. The clients of a private investigator. UKPIN. URL: http://www.ukpin.com/become_a_private_detective.html (дата звернення: 03.11.2018).

Клейман М.

Особенности деятельности частных детективов в Великобритании.

Аннотация. Исследованы особенности регулирования частной детективной деятельности в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии. Освещены основные положения законодательных актов в соответствии с которыми частные детективы оказывают детективные услуги населению. Рассмотрены виды и содержание лицензий для полноценной детективной деятельности.

Ключевые слова: частный детектив, расследование, лицензирование, ассоциация, Великобритания.

M. Kleyman

The peculiarities of work of private detectives in Great Britiain.

Summary. The features of regulation of private detective activity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland are investigated. The main provisions of legislation according to which private investigators provide detective services to the population are given. The types and content of licenses for full detective work are considered.

Keywords: private detective, investigation, licensing, association, United Kingdom.



УДК: 371.3

І.І. Митрофанов,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцького національного університету
імені Михайла Остроградського

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПЕДАГОГІКИ

Анотація. Актуальність теми пояснюється тим, що вимоги до викладачів при підготовці фахівців-юристів з боку керівництва галуззю освіти не містять обов'язковості наявності ні педагогічної освіти, ні, навіть, проходження спеціалізованих курсів педагогічної майстерності. У зв'язку з цим пошук педагогічних засад проведення занять з кримінального права відбувається в «польових» умовах. Разом з тим сучасна педагогічна наука не враховує особливостей юридичної освіти, а отже не приділяє належної уваги модерновим викликам до випускників-юристів і їхньої фахової підготовки. Інакше кажучи, кримінально-правова педагогіка як частина загальної педагогіки залишається без відповідного наукового обґрунтування, що обумовлює актуальність запропонованої статті. Метою дослідження є формулювання педагогічних і організаційних засад проведення лекційних занять з кримінального права на основі узагальнення світових підходів та безпосередньо досвіду закладів вищої освіти України. Для написання статті використані методи наукового пізнання: аналізу та синтезу, порівняльний, експерименту, опитування й анкетування студентів-юристів. Унаслідок дослідження сформовані основні підходи до підготовки та проведення лекційних занять з кримінального права.

Ключові слова: юридична освіта, заняття з кримінального права, лекція, інтерактивні методики викладання, навчальні матеріали, кримінально-правова педагогіка, педагогіка та кримінальне право.

Постановка проблеми. Сучасна обстановка обумовлюється нестабільністю всіх без винятку суспільних відносин в Україні. Такою самою плинністю можна охарактеризувати стан правничого унормування цих відносин. Це пов'язано з тим, що законодавець намагається змінювати правила гри в усіх сферах життєдіяльності країни, підлаштовуючи правничий фундамент під інтереси олігархічно-кланових груп, які керують Україною. В умовах галопуючого законотворчого процесу актуалізуються питання підготовки фахівців-юристів, від рівня підготовки яких залежить майбутнє України — розбудова правової, соціальної, демократичної держави.

Проблематика підготовки юристів характеризується двобічністю, що пояснюється двостороннім аспектом навчального процесу: в студента є бажання навчитися, викладач намагається та має бути здатний навчити. Для студента при цьому актуальним буде питання: що вчити та за якими підручниками, а для викладача — чому вчити та за якими лекційними матеріалами готуватися до занять. Проблема ускладнюється тим, що за час збору

матеріалу для проведення заняття законодавець може декілька разів змінити нормативні акти, що складають основу навчальної дисципліни чи окремої її теми. Виходячи з цього, викладачу та студенту необхідно постійно слідкувати за змінами законодавства й осмислювати його новели.

Проблеми викладання юристам юридичних дисциплін у закладах вищої освіти не є новими. Ним приділяється увага не лише вітчизняних (В.І. Андрейцев, Н.В. Артикуца, Є.С. Герасименко, О.І. Денищик, П.Є. Казанський, О.А. Люблінський, Д.І. Мейєр, А.А. Моца, В.Ф. Опришко, А.В. Рибачук, Л.В. Сітовська та інші вчені), а і закордонних (J. Beca, M. Friedman, A.M. Kales, J.H. Landman, T.D. Morgan, M. Moskovitz, T.D. Rakoff, J.W. Singer, R. Stevens, E.R. Thayer та інші) науковців. Однак питання педагогічних і організаційних засад проведення лекційних й інших занять з кримінального права з огляду на відсутність комплексної галузі педагогіки — юридичної педагогіки взагалі та кримінально-правової зокрема. До того ж сучасність висуває все нові і нові вимоги та виклики до правничої професії, що вимагають відповідного реагування на них з боку наукової спільноти.

Мета статті — формулювання педагогічних і організаційних засад проведення лекційних занять з кримінального права на основі узагальнення світових підходів та безпосередньо досвіду закладів вищої освіти України.

Виклад основного матеріалу. Сучасна педагогічна наука констатує наявність дискусії щодо дієвості проведення лекцій з навчальних дисциплін. Прихильниками обґрунтовується, що лекційні заняття і на сучасному етапі розвитку вищої освіти залишаються як головним методом навчання, так і провідним способом організації навчальної процедури. Так, Н.І. Мачинська та С.С. Стельмах вказують на те, що відмова від лекцій знижує науковість підготовки студентів, порушує системність і рівномірність роботи протягом семестру. А зазначені вище недоліки значною мірою можуть бути подолані правильною методикою і раціональною побудовою викладу матеріалу. Окрім того, навчальний процес надає приклади, коли лекційна форма навчання просто не може бути замінена жодною іншою: 1) за відсутності підручників із нових навчальних курсів (тоді лекція стає основним джерелом інформації); 2) коли новий навчальний матеріал з конкретної теми ще не відображений у наявних підручниках або деякі їх розділи інформаційно застаріли; 3) якщо окремі теми підручника особливо важкі для самостійного вивчення і вимагають методичного пояснення лектором; 4) коли з основних проблем курсу існують суперечливі концепції (тут лекція необхідна для їх об'єктивного висвітлення); 5) і особливо в тих випадках, де важливий особистий емоційний вплив лектора на студентів з метою формування їхніх поглядів [1].

Інша точка зору полягає в тому, що лекційна форма навчання призводить до пасивності студентів до сприйняття інформації, гальмує перспективу самостійного осмислення студентами нормативно-правового матеріалу та необдуманого його використання при розв'язанні конкретних юридичних конфліктів, руйнує бажання самостійно опрацьовувати нормативно-правові акти, нав'язує навички механістичного записування відомостей, що проголошуються лек-

тором, без їхнього належного обмірковування, шкодить впровадженню індивідуальних методів навчання та містить дуже недолугі можливості для оперативного контролю щодо засвоєного навчального матеріалу. До речі, головною особливістю правничої освіти в США виявляється її практичне спрямування. Майже всі навчальні курси викладаються практикуючими юристами: радниками великих компаній, суддями, адвокатами. В американських правничих школах не існує традиційного для української системи вищої освіти поділу занять на лекційні та семінарські. Заняття на правничих факультетах США проходять у формі активного діалогу викладача зі студентами [2].

Метод навчання в американській правничій школі полягає в аналізі прецедентів і рішень апеляційних судів. Більшість класів юридичної школи, особливо першого року навчання, фокусується на інтерпретації прецедентного права для ефективно вирішення справ з їх закінченням, коли факти встановлені, юридичні питання з'ясовані та рішення про застосовувану норму права оголошено. Семінар, наприклад, Гарвардської школи права з розв'язання проблем пов'язаний з розглядом конкретних справ, де факти всі відомі, а мета клієнта встановлюється до того, ніж стане зрозуміло, які норми права можуть бути застосовані в аналізованій ситуації. Інакше кажучи, програмується курс дій для вирішення проблеми клієнта. Мета викладачів — допомогти студентам почувати себе комфортно через двозначності, що наявні в цій ситуації, та зрозуміти те, що необхідно, щоб допомогти клієнтові за допомогою кроків, потрібних для вирішення проблем клієнта відповідно до юридично доступних варіантів [3].

Такий підхід до навчання в країнах прецедентного права зрозумілий, а для країн континентальної системи права традиційними залишаються лекційні заняття, що «підсилюються» семінарськими та практичними заняттями. Так, для німецьких правничих шкіл лекції до кожної навчальної дисципліни пропонуються, зазвичай, тільки в одному із семестрів, вкрай нечасто озвучуються протягом навчального року. Це пов'язано лише з тим, що професор, який проголошує лекційний курс, в іншій половині навчального року займається науковою діяльністю і на цей час звільняється від викладацької діяльності. Для закріплення лекційного матеріалу до навчальної дисципліни в німецьких юридичних факультетах пропонуються практичні заняття в групах (Übungen), які проводяться щотижня. При цьому впродовж тижня або навіть одного дня можуть бути запропоновані відразу кілька паралельних занять. Метою такого підходу є те, що студенти самі обирають зручний для себе час занять.

За збереження традиційних лекцій висловлюється і більшість опитаних нами студентів-правників (217 із 306 або 71%) за умови відповідної підготовки викладача до її проведення. Експертне опитування викладачів (більше половини опитаних — понад 57 осіб із 113 — вказало на ці вимоги в тій чи іншій інтерпретації) дозволило дійти висновку, що якісне готування до лекції й її ефективне проголошення уможливлюється за рахунок дотримання певних вимог дидактики: науковий і інформативний характер навчального матеріалу; логічність й аргументованість висловлювань; підкріплення суджень яскравими та переконливими прикладами розв'язання юридичних спорів, фактами (об'єктив-

ними даними), документами; палкість, зацікавленість самого лектора до кримінального права; використання активаторів мислення й уваги студентів для співчуття та спостереження за спрямуванням думки лектора; правильна з методичної точки зору побудова матеріалу (вступ до теми, виокремлення основних думок і положень, акцентуація уваги до висновків і їх повтор з іншою інтерпретацією); виклад матеріалу доступною, зрозумілою літературною мовою, тлумачення академічних слів, ключових термінів (понятійного апарату лекції); використання аудіо- та відеоапаратури.

Лекцією виконуються такі напрями психолого-педагогічного впливу на студентів-правників: 1) інформаційний (перехід відомостей від викладача до студента); 2) мотиваційний (спричинення зацікавленості до пізнавальної та наукової діяльності, потреби дослідження проблем кримінального права); 3) організаційно-орієнтаційний (орієнтація в пошуку й аналізі необхідних джерел, літератури, процедурі навчальної роботи); 4) професійно-виховний (виховання професійної спрямованості, знайомство з нормами правничої (наприклад, адвокатської) етики); 5) методологічний (коректне використання методології кримінального права); 6) оціночний та розвиваючий (допомагає формувати власні думки, почуття, оцінки) [4].

При цьому ступінь виконання тієї або іншої функції в процесі проголошення лекції залежить від її виду: 1) вступна (відкриває курс, вводить в кримінальне право. Зазвичай озвучується монологічно з представленням списку літератури та джерел отримання інформації); 2) оглядова (стосується узагальненої інформації про споріднені питання, наприклад, перед заліками); 3) настановна лекція (оголошується основний матеріал навчальної дисципліни з настановою на самостійну роботу над змістом курсу); 4) поточна (спрямована на систематичний виклад навчального матеріалу); 5) заключна (озвучується для узагальнення навчального матеріалу). Слід обов'язково наголосити на тому, що вказана в табл. 1 залежність ступеня виконання функцій від типу лекції встановлена для кримінального права і може відозмінюватися, наприклад, при оголошені лекційного матеріалу з природничих навчальних дисциплін.

Таблиця 1.

Залежність ступеня виконання функцій від типу лекції

Функція	Вид лекції				
	вступна	оглядова	настановна	поточна	заключна
інформаційна	+	+	+	+	+
мотиваційна	++	–	–	+	–
організаційно-орієнтаційна	++	++	++	+	++
професійно-виховна	++	–	–	+	–
методологічна	++	++	–	+	++
оціночна та розвиваюча	++	+	+	+	–

Як зазначалося нами вище головну увагу слід звернути на підготовку до лекції, яку потрібно розпочинати з розроблення лектором композиції робочої навчальної програми (далі — РНП) з кримінального права. У РНП необхідно виокремити теми, за якими викладач має оголосити лекції з кримінального права. Орієнтиром при цьому слугують галузеві освітні стандарти, що передбачають особливості змісту освіти в закладі вищої юридичної освіти. РНП характеризується певною динамічністю, тому у викладача є можливість своєчасно вносити до неї корективи. Композиційно курс лекцій складається зі вступної, основної та заключної частин. Кількість лекцій цілком залежить від загальної кількості годин, що відводяться робочими планами для аудиторної роботи зі студентами, а також від особливостей та обсягу нормативного матеріалу досліджуваної галузі права.

Визначивши композицію курсу лекцій, викладач підготовляється до їхнього проведення. Підготовка до проведення лекцій складається з таких обов'язкових кроків: 1) добір навчального матеріалу, перевірка його на відповідність чинному законодавству України про кримінальну відповідальність (далі — ЗУпКВ), побудова плану, що узгоджується із запропонованим в РНП, складання списків нормативних джерел і наукової (навчальної) літератури; 2) ознайомлення з матеріалом, що міститься в списках джерел, і робота із змістовним наповненням лекції; 3) осмислення логічності представлення навчального матеріалу з написанням тексту лекції; 4) обміркування ілюстративного супроводу подачі навчального матеріалу; 5) вибір стилю озвучення тексту лекції.

Добір навчального матеріалу для проведення лекційного заняття повністю залежить від її теми. Добір матеріалу розпочинається з ознайомлення із нормативно-правовими актами (в першу чергу із чинним ЗУпКВ), текстами тлумачення їх норм, написаними авторитетними вченими-криміналістами, включаючи наукові статті в фахових виданнях. Лише після цього викладачеві необхідно детально опрацювати зміст відповідної теми, який викладений в навчальній правничій літературі (особливо в підручниках). Останнє необхідно для того, щоб рекомендувати студентам які слабкі місця наявні в цій літературі і яким чином їм самостійно опрацьовувати матеріал, на які зміни законодавства слід звернути увагу й яким чином новели в правовому регулюванні трактуються лектором. Доречно узагальнити нововведення, озвучити точки зору вчених на них, акцентувати увагу на спірності поглядів і коректно озвучити власну думку щодо їхнього розуміння. Лекторові потрібно із позиції сучасності, реалій євроінтеграції України дослідити стан проблематики, що міститься в навчальній правничій літературі, скласти план лекційного заняття.

Обсяг і зміст лекційного матеріалу впливає на часові параметри проведення заняття, тому визнається суттєвим кроком їх визначення при підготовці викладача до нього. При цьому викладачеві слід відмовитися від намагання представити весь матеріал, завдяки якому розкривається відповідна тема, а зосередитися на повноті викладу ключових питань. Лекцію необхідно наповнити такою інформацією, яка може бути засвоєна студентами-правниками протягом відведеного часу, а інша її (інформації) частина має бути перенесена на самостійне опрацювання. Засвоєння самостійно опрацьованого та лекційного матеріалу

перевіряється під час підсумкового контролю, про що обов'язково зазначається лектором. Дослідження показало, що обсяг часу самостійної роботи не має перебільшувати половини часу, що відведений на проведення лекційних занять. Аналіз навчальних планів різних закладів вищої освіти свідчить про перевищення цього часу в 3, а в деяких закладах і в 4 рази. Перевантаження фактичного матеріалу лекції призводить до її неефективності та недосяжності її завдань. До того ж при розрахунках обсягу лекційного матеріалу слід брати до уваги можливості студентів-правників фіксувати необхідну інформацію, яка має відобразитися в їх конспектах і зорієнтувати на самостійне опрацювання теми.

Визначаючи обсяг і зміст лекційного матеріалу, слід враховувати специфічність ознак цієї форми проведення занять, включаючи дидактичні показники. Навчальні заняття складають певну систему, тому лекція як її елемент, має змістовно взаємодіяти з іншими компонентами цієї системи, з особливими параметрами кримінального права. Крім того, слід виходити з тієї обставини, що лекція повинна створити фундамент для наукового знання, теоретичне підґрунтя досліджуваної галузі права, ознайомити студентів-правників з методами вивчення та засвоєння відповідного матеріалу, вказати напрями їх діяльності в інших формах і з іншими методами навчальних занять.

Робота викладача над ілюстративним матеріалом пов'язана з вибором таблиць, графіків, діаграм, малюнків, схем, які він використає під час подачі лекційного матеріалу в аудиторії. При цьому лектор має визначити необхідну інформацію, яка буде ним проілюстрована, послідовність їх демонстрації при викладанні лекції. При викладанні кримінального права, кримінології показники злочинності краще демонструвати діаграмами, які наочно показують її тенденції. Можна запропонувати увазі студентів-правників, наприклад, реальні рішення судів з тих чи інших питань, ті або інші документи, пов'язані з вирішенням конкретних кримінально-правових конфліктів (демонстрація кримінально-процесуальних документів). Призначення подібних матеріалів — їх поточний перегляд слухачами, що не передбачає ретельне вивчення їх при озвученні лекції.

Осмислення логічності та послідовності подачі лекційного матеріалу визнається наступним кроком в підготовці лектора, що завершується складанням плану лекційного заняття. Такий план має включати окремі розділи, розгляд яких закінчується узагальненням (загальними висновками). При цьому слід виокремити відомості, на яких зосередити увагу студентів-правників. Логіка композиції лекції визначається за допомогою таких методів: 1) *індукції* (рух думки відбувається від часткового до загального. Однак практика свідчить, що повна індукція не може бути застосована, оскільки висновки в такому разі робляться з дослідження всіх без винятку показників або інших даних про аналізоване явище, тому матеріал видається громіздким); 2) *дедукція* (думка рухається від загального до часткового — із загальної закономірності доходимо висновку про розповсюдження її властивостей на приватне); 3) *аналогія* (досліджувані явища аналізуються за показниками відомих нам подібних явищ за суттєвими ознаками).

Кінцевим кроком (пунктом призначення) підготовки до лекційного

заняття справедливо вважається складання його конспекту (більшість респондентів саме таку відповідь вказала на питання про оформлення лекційного матеріалу — 78 із 113 опитаних викладачів — 69%). Складанням конспекту займається переважна більшість молодих викладачів, а досвідченіші лектори обходяться нотатками у вигляді тезисів і загального плану лекції. Проте без відповідних записів лектор в аудиторії може розгубитися, втрати лінію доповіді, пропустити важливе. Так, А.В. Лякішева та Л.К. Грицюк з цього приводу справедливо зауважують, що «відсутність будь-яких записів призводить до нераціонального використання лекційного часу, відволікання від стратегічної лінії викладу навчального матеріалу, порушення його системи» [5].

Пошук стилю озвучення тексту лекції вважається важливим і тривалим періодом при підготовці до лекційного заняття. Взагалі не можна переходити до простого читання тексту лекції. Завжди лектор має перебувати в активному діалозі зі студентами-правниками, триматися вільно (без напруги), упевнено, постійно здійснювати рух в аудиторному приміщенні, спостерігаючи за слухачами з метою встановлення того, чи встигають слухачі занотовувати прослухане. Опитування студентів вказує на необхідність повторів найважливіших положень, вони позитивно ставляться до зміни тональності (логічних наголосах) при акцентуації уваги на певних моментах лекційного матеріалу (роздумах, поглядах науковців, коментарях законодавства іншими авторами, висновках або узагальненнях). До цього слід готуватися заздалегідь, обираючи тактику проведення лекційного заняття.

Більшість опитаних студентів (майже 73%) цікавляться про особу викладача, який проводитиме лекції з кримінального права. Також вони запитують і про саму дисципліну — що саме вивчається, які складності в оволодінні матеріалом можливі й які кодекси або правничу літературу слід придбати. До викладачів, які працюють не один рік, виробляється певне ставлення студентства, що впливає на подальше ставлення і до кримінального права. Студенти оцінюють лектора, виходячи з його здібностей до ораторського мистецтва та спроможності довести свою думку до аудиторії, його професійних знань, авторитету в правничій науці. Разом з тим 56,5% (173 із 306) опитаних студентів вдавалися до критичного ставлення до викладача, не зважаючи на його професійні знання.

Враховуючи висловлене, ще до перетинання кордону лекційної зали викладач має подбати та думати завжди про свою репутацію, психологічно спрямовано впливати на студентів-правників, формуючи манеру інтеракцій з ними. Входячи до зали заволодіти аудиторією, постійно тримаючи її в напрузі й активності до оволодіння професійними знаннями. Викладачеві слід із самого початку довести до відома студентів вимоги до рівня знань кримінального права. Починаючи оголошення лекції, викладач має впливати на мотиваційну сферу студента, щоб сконцентрувати його увагу на її засвоєнні та запам'ятовуванні.

При експертному опитуванні викладачів встановлено, що обов'язковим атрибутивом лекційного заняття вважається рівень володіння викладачем навичками ораторського мистецтва. «Різнобарвність» мови та «різнокольоровість» висловлювань, багата палітра способів викладання лекційного матеріалу є запорукою

нормального та правильного сприйняття його змісту. У вступній частині лекції чітко сформулювати й озвучити її тему та мету, уникаючи формальної невизначеності матеріалу, що буде викладатися. Здебільшого на початкових лекціях з кримінального права спостерігається певна настороженість з боку слухачів. Тому починати подачу лекційного матеріалу з яскравих, зрозумілих прикладів судової, адвокатської або слідчої практики, пов'язаних з предметом кримінального права. Тобто, необхідно зацікавити студента в предметі лекції та пробудити інтерес до особи викладача.

В основній частині лекційного заняття обґрунтовуються основні тези та положення через сукупність аргументів і фактів. Подання матеріалу в такому випадку може носити проблемний (встановлення та дослідження невирішених питань та пошук способів їх вирішення), хронологічний, причиново-наслідковий (від причин до наслідків), індуктивний або дедуктивний характер. Максимального завантаження потребує перша двадцятихвилинка, що пояснюється зосередженою увагою студентів-правників в цей період лекції. Опитування показує, що із поступовим зниженням уважності відзначається крокове падіння ексергії слухачів, що досягає максимальних показників всередині лекційного заняття. Для цього викладач має бути озброєний необхідними способами привертання уваги студентів (повернення до головної ідеї — вивчення необхідного матеріалу для становлення студента як висококваліфікованого юриста, здатного вирішувати проблеми клієнта в будь-якій ситуації і в будь-якому стані самого юриста).

Особлива роль відводиться заключній частині лекційного заняття, яку необхідно детально обміркувати, повторити його основні тезиси, а на послідуючому занятті викладач має починати саме з них. У заключній частині лекційного заняття підводяться підсумки, узагальнюється висловлене, а також самостійно вивчений студентами матеріал тощо. При цьому акцентується увага на питаннях, які слід розглянути студентам поза академічною аудиторією, яку літературу та нормативні джерела необхідно використати для самостійної роботи. Слід озвучити проблемну ситуацію (бажано із судової практики), яку студенти мають вирішити із обов'язковим посиланням на норми права, якими таке вирішення уможливлюється. До того ж проголошується перелік питань, які будуть розглядатися на практичних заняттях — для підготовки студентів.

Опитування викладачів свідчить про те, що необхідно обов'язково виділяти декілька хвилин для відповідей на запитання, які виникли у слухачів під час проведення лекції. Анкетування студентів показало, що такі запитання бажано порушувати під час заняття у вигляді записок (про що студенти мають попереджатися завчасно — на початку лекції). Із слухачами, які виявили зацікавленість темою лекційного заняття, корисно було б поспілкуватися після його закінчення, призначити їм час для консультування для повернення до обговорення озвучених проблем. Це пов'язано з тим, що вплив лекції не припиняється після її завершення, тому лекція корисна своєю пролонгованою дією, вона має залишитися в пам'яті слухачів і підштовхувати їх до подальшого, поглибленого вивчення предмета [6].

У науковій літературі висловлюються думки щодо шляхів удосконалення організації проведення лекцій у

вищій школі за рахунок: 1) інтенсифікації застосування технічних приладів у навчанні (презентації, відеоматеріали, скринкасти, відеолекції тощо); 2) заміни інформаційного джерела (діалог протягом всієї лекції, заміна лекції розгорнутою доповіддю студента-правника або групи слухачів); 3) впровадження інтерактивних моментів (від запитань студентів до проведення тестування впродовж лекції шляхом використання мобільного обладнання).

Разом з тим лекція була та залишається досі основним інструментом, оскільки є вагомим засобом доведення до аудиторії викладачем, який володіє видатною ерудицією, точним знанням законодавчих і інших нормативно-правових актів та правилами формальної логіки, своєї думки. Із кожного лекційного заняття слід робити зразок ораторського мистецтва й, як би не змінювалися технічні можливості аудиторних приміщень, живе спілкування студента та викладача-лектора не зникне в освітньому просторі при підготовці фахівців-юристів.

Висновки.

1. Виводити лектора із аудиторії зарано, оскільки нестабільне законодавство потребує його постійного тлумачення, що може бути зроблено лише досвідченими науковцями-правниками. До лекцій зазвичай залучаються доктори юридичних наук, які мають величезний досвід наукової діяльності, і трактування новел ЗУпКВ не викликає в них ускладнень.

2. Лекція наповнює «живим» змістом кримінального права, створюючи його теоретичний фундамент, викликаючи зацікавленість студентів-правників до наукової діяльності та цієї дисципліни, формуючи напрями для самостійного опрацювання навчальним матеріалом.

3. Лекція залишається надійним способом одержання навчальної інформації студентами-правниками із супроводом відповідного коментування від лектора-науковця, а також методом його виховного впливу на слухачів, спрямованим на підвищення їх пізнавальної активності. Цьому сприяє педагогічна майстерність викладача, його висока правова культура й ораторське мистецтво.

4. Педагогічна наука в разі заміщення або відмови від традиційної лекції в закладах вищої юридичної освіти має виробити певні правила з огляду на комплексність такого заміщення та необхідність перебудови всього навчального процесу. Подібні зміни мають носити поступовий характер і функціонально повно враховувати сфери юридичної діяльності фахівців-юристів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Мачинська Н. І., Стельмах С .С. Сучасні форми організації навчального процесу у вищій школі: навчально-методичний посібник. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 180 с.
2. Gordon Robert W. Legal education in the U.S.: origin and development. Legal education in the United States. 2002. Vol. 7. № 2. P. 6–11.
3. Singer J. W., Rakoff T. D. Problem Solving for First-Year Law Students. Elon Law Review. 2015. Vol. 7. P. 6–11.
4. Загвязинский В. И. Теория обучения: Современная интерпретация: учеб. пособие. Москва: Издательский центр «Академия», 2001. 192 с.

5. Лякішева А. В., Грицюк Л. К. Методика викладання навчальних дисциплін соціально-педагогічного напряму студентам ВНЗ: навч.-метод. посіб. Луцьк: Східноєвроп. нац. ун-т ім. Лесі Українки, 2013. 504 с.

6. Тимофеев А. А. Лекция — высший уровень педагогического мастерства. Стоматолог — практик. 2013. № 4. С. 70—73.

Митрофанов И.И.

Отдельные вопросы уголовно-правовой педагогики.

Аннотация. Актуальность темы объясняется тем, что требования к преподавателям при подготовке специалистов-юристов со стороны руководства образовательной отраслью не содержат обязательности наличия ни педагогического образования, ни, даже, прохождения специализированных курсов педагогического мастерства. В связи с этим поиск педагогических начал проведения занятий по уголовному праву происходит в «полевых» условиях. Вместе с тем современная педагогическая наука не учитывает особенностей юридического образования, а, следовательно, не уделяет надлежащего внимания модерновым вызовам к выпускникам-юристам и их профессиональной подготовки. Иначе говоря, уголовно-правовая педагогика как часть общей педагогики остается без соответствующего научного обоснования, что обусловливает актуальность предложенной статьи. Целью исследования является формулирование педагогических и организационных начал проведения лекционных занятий по уголовному праву на основе обобщения мировых подходов и непосредственно опыта заведений высшего образования Украины. Для написания статьи использованы методы научного познания: анализа и синтеза, сравнительного, эксперимента, опрашивания и анкетирования студентов-юристов. Вследствие исследования сформированы основные подходы к подготовке и проведению лекционных занятий по уголовному праву.

Ключевые слова: юридическое образование, занятия по уголовному праву, лекция, интерактивные методики преподавания, учебные материалы, уголовно-правовая педагогика, педагогика и уголовное право.

I. Mitrofanov

Selected issues of criminal law pedagogy.

Summary. The relevance of the topic is explained by the fact that the requirements for teachers in the training of legal specialists from the management of the educational sector do not necessarily imply the presence of either pedagogical education, or even passing specialized courses of pedagogical skills. In this regard, the search for pedagogical beginnings of classes in criminal law takes place in «field» conditions. At the same time, modern pedagogical science does not take into account the peculiarities of legal education, and, therefore, does not pay proper attention to modern challenges for law graduates and their professional training. In other words, criminal law pedagogy as part of general pedagogy is left without a corresponding scientific substantiation, which makes the proposed article relevant. The aim of the research is to formulate the pedagogical and organizational principles of conducting lectures on criminal law based on the generalization of world approaches and directly the experience of institutions of higher education in Ukraine. For writing the article, the methods of scientific knowledge were used: analysis and synthesis, comparative, experiment, interrogation and questioning of law students. As a result of the research, the main approaches to the preparation and conduct of lectures on criminal law are formed.

Keywords: legal education, classes in criminal law, lecture, interactive teaching methods, teaching materials, criminal law pedagogy, pedagogy and criminal law.

УДК 159.9:328.185(045)

В.В. Гладкий,
аспірант Навчально-наукового інституту права
імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної Академії управління персоналом

СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ФЕНОМЕНУ КОРУПЦІЇ

Анотація. Феномен корупції, як відомо, характерний практично для всіх сфер життєдіяльності людини. При цьому, тотальне панування корупції у державі досягається за рахунок стратегічного поширення цього явища в інститутах, покликаних запобігати та протидіяти корупції, тобто тими інститутами влади, яким держава і суспільство виказує надзвичайно високу довіру, надаючи відповідні публічні владні функції. У той же час, визнаючи корупцію в якості одного з найбільш небезпечних феноменів, обумовлених людиною, сучасне українське суспільство є надзвичайно толерантним до хабарництва — базисної форми корупції, досить терпимо ставиться до інших форм проявів корупції. Критично аналізуючи етимологічне тло корупції, її соціально-правову природу, автор стверджує, що окреслений парадокс приховується у конфлікті натуральної та соціальної природи корупціонерів, котрі визначають сутність і значення феномену корупції.

Ключові слова: детермінація корупції, корупція, панування корупції, природа людини, психологія корупції, соціальна патологія, сутність корупціонера, феномен корупції.

Постановка проблеми. Сьогочасна реалізація державної антикорупційної політики в Україні залишається неефективною, пронизаною стійкими корупційними зв'язками, а українське суспільство, котре засуджувало корупційність політичного режиму, який було змінено у 2014 р., по сьогодні є активним учасником підтримання триваючого панування корупції в Україні, яке на теперішній час набуло найбільш руйнівних масштабів. При цьому слід звернути увагу на те, що вказана проблема, дійсно, щонайперше стосується як невідповідності суспільної свідомості українського суспільства його ж антикорупційним очікуванням, так і суттєвих вад суспільної антикорупційної освіченості, обізнаності [1, с. 117]. На вказане звертають увагу також зарубіжні вчені [див., напр.: 2, с. 40], головним чином, у контексті вчинення українцями корупційних діянь поза межами України.

Утім, звернемо увагу й на те, що окреслений стан справ сьогодні часто офіційно виправдовується «кризою у державі» — у відповідь на зауваження про критично високий рівень корупції у державі ми можемо почути роздратовані посилання на численні кризові явища в державі, а щонайперше — проведення антитерористичної операції на території невіддільної від нас Донецької та Луганської областей

України. Поряд із тим, численні свідчення про факти корупції в оборонній сфері держави, а також різноманітні корупційні схеми, пов'язані із наявністю в Україні непідконтрольних Уряду територій (товарообіг, перетинання межі між відповідними територіями, наркотрафік, потоки зброї тощо), свідчать про зовсім інше — «не кризові явища обумовили розгул корупції в державі, а ці кризові явища є наслідком масштабної корупції в нашій країні» [3, с. 60]. Поширення неприпустимих сепаратистських ідей та здійснення АТО, «Кримська криза», зубожіння населення та розширення структури андеркласу тощо — лише посилює деструктивний вплив корупції та є забезпечувальними умовами для її нормального існування в державі, яку вона (тобто, особи, що її об'єктивують) знищує вже тривалий час.

Таким чином, актуальність дослідження феномену корупції та її соціально-правової сутності, значення у контексті теорії кримінології, юридичної психології та соціальної психології є безумовним. Додатково актуалізує вказане той факт, що окреслене питання по сьогодні закономірним чином ще залишається недостатньо дослідженим.

Аналіз наукової літератури та невирішені питання. Вказуючи на недостатність вирішення питання комплексного визначення соціально-правової сутності та значимості корупції українськими науковими колами, слід зробити застереження, що ми в жодному разі не бажаємо применшити ґрунтовний вклад у розв'язання цієї проблеми українських науковців, котрі раніше вже опублікували власні загальні підходи до розуміння сутності та значення вказаного феномену (це, зокрема, В.О. Векліч, В.Д. Гвоздецький, проф. С.М. Серьогін, М.І. Копитко, Д.П. Красносілецький, М.І. Мельник, В.Є. Скулиш та ін.). Справа у тому, що феномен корупції є вкрай мінливим — він постійно еволюціонує, зокрема, у своєму фактичному виразі. Приміром, польські вчені Анна Робак (Anna Robak) та Марек Чая (Marek Czaja), аналізуючи феномен корупції, цілком справедливо констатують, що він є «багатогранним та мультиплощинним явищем, який через зміни стилів життя суспільства піддається постійній еволюції» [4, с. 16]. Відтак, корупція потребує постійного критичного перегляду, зокрема, й у частині її соціально-правової сутності.

Зважаючи на викладене, метою цієї наукової статті є з'ясування соціально-правової сутності та значення феномену корупції. При цьому окреслена мета нами буде досягатись шляхом розв'язання наступних завдань: (1) здійснити етимологічний аналіз поняття «корупція» й крізь призму отриманих результатів, з'ясувати первинну сутність і значення цього явища; (2) визначити сутнісну природу феномену корупції в контексті її об'єктивації, з'ясувавши, чи є генезис цього феномену соціальним або ж природнім.

Методи дослідження. Дослідження соціально-правової сутності та значення феномену корупції ґрунтувалось на тому, що сутність — це «найголовніше, основне, істотне в кому-, чому-небудь; суть, сенс, зміст» [5, с. 1417], а значення — це «громадська, політична, історична і т. ін. вага, роль кого-, чого-небудь; важливість; сутність чого-небудь; зміст» [5, с. 470]. Окрім того, у рамках дослідження застосовувалися теоретичні методи аналізу, синтезу та порівняння. Серед іншого, проведено аналіз різних підходів до розуміння сутності феномену корупції

та детермінації цього явища. Також, при написанні роботи комплексно аналізувалися праці вчених у галузі юридичної психології, соціальної психології кримінології та соціології.

Виклад основного матеріалу дослідження. Визначенню поняття корупції присвячено низку досліджень українських та зарубіжних правників, соціологів, економістів, політологів та філософів (З.С. Варналія, В.О. Веклича, В.О. Мандибури, T.F. Burke, M. Czaja, H. Kostanyan, T. Kuzio, Ø. Kvalnes, M. Levin, A. Pavroz, A. Robak, G. Satarov, V. Shlapentokh, E.G. Valdés та ін.). Окрім того, аналізуючи актуальні напрацювання, присвячені феномену корупції, академічних кіл правників, економістів, психологів, політологів та соціологів, примітною в них вбачається відсутність ґрунтовних сумнівів з приводу того, що корупція становить значну небезпеку як для державно-владних, так і приватних інтересів, зокрема, будучи вагомим інструментом для підриву національної безпеки країни, адже, як слушно зауважує В.О. Веклич, корупція «фактично дозволяє маніпулювати ресурсами і виробничими потужностями, створюючи незадовільні умови існування як для бізнесу, так і для більшості пересічних громадян, що можна було спостерігати протягом значного періоду незалежності України (як й інших пострадянських країн)» [6, с. 81]. Саме тому, розглядуване негативне соціальне явище, як справедливо зазначає проф. В.І. Литвиненко, щороку приносить значну матеріальну та репутаційну шкоду державно-владним органам та зумовлює їх неефективність. Відтак, обов'язком держави та всього суспільства загалом є здійснення заходів щодо протидії корупції та її негативним наслідкам [7, с. 153]. У зв'язку із цим, починаючи з 2014 р. та по сьогоднішній день державою продукуються антикорупційні органи. При цьому, хоча мета діяльності суб'єктів протидії корупції полягає в створенні системи дійової й ефективної протидії корупції, в уповільненні темпів зростання корупції, а також у зменшенні її обсягів, виявленні та усуненні причин та умов, що сприяли вчиненню корупційних правопорушень, проте, в практичній дійсності збільшення кількості антикорупційних органів в Україні не зумовлює зниження рівня корупції у цій державі. Навпаки, за останні роки Україна стала однією з найбільш корумпованих держав у світі [8, с. 4002].

1. Етимологічне тло сутнісної природи корупції. Не відкидаючи очевидну доцільність визначення соціально-правової сутності та значення корупції на основі відповідних вітчизняних та зарубіжних здобутків теорії корупції, зауважимо, що найбільш повне дослідження соціально-правової сутності та значення означеного феномену можливе лише на підставі етимологічного аналізу поняття «корупція». Вказане можна пояснити тим, що лише на основі означеного аналізу уможливлюється більш глибоке дослідження первинної сутності та концептуальної спрямованості цього поняття. При цьому зазначимо, що пропонований підхід до вирішення поставленого завдання, звісно, не є оригінальним. Адже, як зазначає німецька вчена та філософ проф. Карен Йостін (Karen Joisten), кожна зі спроб науковців перекласти цей термін, «одночасно є спробою його тлумачення, завдяки чому надається контур відповідному яскравому явищу» [9, с. 19].

Відтак, здійснюючи етимологічний аналіз поняття «корупція», спершу звернемо увагу на те, що це поняття,

на думку переважної більшості вчених (наприклад, E. Abdyli, T.A. Gumerov, B. Schoor, P. Stein), має давньоримське походження. Власне, це підтверджується тим, що слово «корупція» є поєднанням латинських слів *corruptio* та *-onis*. Зважаючи на це, чилійський вчений проф. Луїс Родрігес Коллао (Luis Rodríguez Collao) з Папського католицького університету Вальпараїсо, вказує, що похідна словесна фраза *corrumpere*, котра є сполученням слів *com* (разом) та *rumpere* (ламати), дозволяє зрозуміти етимологічний підтекст «корупції», адже вказане словосполучення «виражає ідею акту, який змінює стан речей через співучасть або спільну дію двох або більше осіб» [10, с. 341]. Поряд із цим, необхідно зазначити, що такі руйнівні дії, як «пошкодження», «ламання», «розривання» в період Стародавнього Риму позначались словом *rupio*, а слово *ruptor*, таким чином, римлянами використовувалось відносно того, хто шкодить, ламає, руйнує відносини чи домовленість. Між тим, термін *erruptio* римляни використовували для того, щоби описати вибух чи руйнівні дії зсередини, а слово *irrumptio* — для позначення вторгнення, руйнування або деструктивних дій, що відбуваються ззовні. З іншого боку, як зазначає польська вчена з Краківського економічного університету д-р Яніна Філек (Janina Filek), термін *corruptio* використовувався римлянами для опису, по-перше, псування та забруднення, а, по-друге, для визначення спокушання та хабарництва. Таким чином, у понятті корупції зустрічаються дві сутнісні лінії, основна — пов'язана із руйнуванням (фізичний аспект — розрив, ламання, пошкодження), друга — пов'язана з обманом (моральний аспект — розрив відносин або договору, спокуса). Між тим, слід звернути увагу на те, що термін *corruptio* містить префікс, значення якого означає певну взаємність, взаємодію та навіть співпрацю. Зважаючи на викладене, термін *corrumpo* означає певний тип руйнації та фальсифікації, спокуси чи ганьби, що здійснюються в межах відносин — хтось когось спокушає, ображає, дає (отримує, вимагає) хабар. Отже, «в одному з первісних значень корупція є суб'єктивною і двоелементною. *Corruptor* — це той, хто руйнує, спокушає, а *corruptus* — той, хто може спокуситися, і тому зіпсований (й у моральному сенсі), продажний, злий» [11, с. 159].

Таким чином, орієнтуючись на первісне сутнісне значення терміну «корупція» (*corruptio*), можемо дійти до наступних висновків: (1) корупція — це феномен, об'єктивований діяннями людей, що спрямовані на задоволення власних інтересів в рамках механізму, що функціонує в інтересах суспільства та держави й фінансується ними, у результаті чого цей механізм «приватизується», а усі потужні способи та засоби забезпечення «Загального блага», як структурні елементи цього механізму, починають використовуватись для досягнення приватних цілей; (2) моральна збоченість (розбещеність) людської істоти — це соціальний феномен, що існує лише в оцінці одними людьми інших скрізь призму пануючого на сьогоднішній час еталону моралі; (3) корупційна поведінка — це поведінка людини, що оцінюється людьми, котрі не вчиняють корупційних діянь (чи не визнають цього, не помічають в своїй поведінці корупційних діянь), як морально збочену поведінку та, відповідно, соціально недопустиму; (4) корупція — це феномен, об'єктивований діяннями людей, котрі засуджуються іншими

людьми та оцінюються ними як такі, що є несправедливими, а також морально збоченими (розбещеними).

2. Сутнісна природа феномену корупції крізь призму її об'єктивації: соціальна чи природна генеза? Можна припустити, що люди, які вчиняють корупційні діяння (чим обумовлюють феномен корупції, живлять його та дозволяють встановлювати у суспільстві диктат корупції), та ті, котрі не вчиняли цих діянь (чи вчиняли лише правопорушення, пов'язані з корупцією), взаємно існують в межах одного світу, суспільства, утім не поділяють одну й ту ж саму реальність, у тій чи іншій мірі по-різному розуміючи, серед іншого, сутність суспільства, держави й процесів у них, а також свою роль й роль інших людей у цих процесах. Тобто, можна вести мову про різницю способів існування людей: просоціальний та проіндивідуальний (хоча вони не є суто антагоністичними).

Приймаючи до уваги основоположні позиції щодо розуміння «світу» проф. С.Л. Рубінштейна [12, с. 264, 295] та проф. Г.С. Батищева [13, с. 85–87], можемо дійти думки, що сучасна людина спроможна панувати над логікою свого існування, визначати пріоритети моделі існування. Утім, з вказаним можна погодитись лише частково. Будучи прибічником ідеї детермінованості поведінки людини та людської свідомості зовнішнім світом, в якому людина, не стаючи поруч з предметом, є предметом, котрий лише починає сьогодні розуміти свою предметність, можемо припустити, що уся ця сукупна детермінація створює «первинний контекст» (інакше — «некритичний контекст») поведінки людської істоти (моделює характер, рамки та вторинні закономірності поведінки людини, її цілепокладання й життєві прагнення). «Первинний контекст» поведінки визначає для людини придатність того чи іншого способу існування, а вже у межах «вторинного контексту» (також, його можна назвати «критичний контекст») поведінки людської істоти, придатність існування людини піддається критиці індивіда (при цьому сама критика сформована переважно у межах первинного контексту та зовнішнього впливу на людину; тому, цілком закономірно, що первинний контекст є домінуючим особливо тоді, коли людина повинна вчинити так, як це продиктовано зовнішнім впливом, але цього зовнішнього впливу в належній потужності в конкретному випадку недостатньо чи він відсутній взагалі), а, відтак, цей індивід або обирає, або відхиляє потенційну поведінку, продиктовану «первинним контекстом». При цьому, «вторинний контекст» поведінки досить часто коригується «третинним контекстом» (тобто, «ситуаційним контекстом»; його ми раніше описували в якості феномену «прозерпінне потрясіння» (*Proserpina shock*) [14, с. 52–53]). Вказана позиція є важливою у контексті питання, яке ми досліджуємо, адже дозволяє зрозуміти сутність корупції, як віддзеркалення не суто психофізіологічної активності людини, а саме як звичайний прояв природи людини, що засуджується суспільством — неприроднім для людської істоти способом існування.

Окреслене ми пояснюємо тим, що корупція — це феномен, обумовлений симбіозом природного та соціального життя: цей феномен за своєю сутністю є, з одного боку, соціально обумовленим, а, з іншого — обумовленим природою людини (корупція народжується в суспільстві завдяки природній логіці поведінки людинки, що пристосована у суспільстві).

В окресленому сенсі звернемо увагу на припущення про онтологічний статус корупції, що було сформульоване російською вченою-психологом О.В. Ванновською. Вчена припускає, що «ми, скоріше за все, маємо справу з явищем, що володіє онтологічним статусом, адже воно стало органічною частиною загальнокультурного стилю життя багатьох людей. А це означає, що цей стиль життя об'єктивний, його не можна штучно створити, відтворити, вибрати як готову систему форм, котру можна переносити в будь-яку соціокультурну ситуацію, він виступає в якості моделі, якогось закону або правила, способу поведінки або ідентифікації суб'єкта культури» [15, с. 55]. Утім, з цим припущенням погодимось лише частково, зокрема, тому що корупція може викликатись до життя штучно та використовуватись в стратегічних цілях. Що ж стосується загальності корупції, то, слід визнати той факт, що корупція відома усім суспільствам, а так само, в тій чи іншій мірі — усім людським істотам.

У доповіді «Корупція як найбільш руйнівна зброя» [3], ми наголошували на тому, що розглядуваний феномен є універсальним, поширеним у всьому світі, утім, фактичний вияв корупції та її вплив у різних суспільствах є цілком очевидно неоднаковим. Розбещення суспільства корупцією та корупційне руйнування держави залежить від контексту, в якому встановлюється верховенство корупції. Зокрема, завершення Холодної війни стало початком періоду жахливого хаосу у багатьох державах світу, в котрих, як зазначає австралійський вчений ад'юнкт-проф. Джон Макфарлан (John McFarlane), добре врядування було замінено анархією (держави колишнього СРСР і колишньої Югославії), міжобщинна гармонія була зруйнована міжетнічними конфліктами й актами геноциду (Руанда та Боснія) тощо [16, с. 131—132]. Між тим, наголосимо, що перераховані Макфарланом обставини тісно пов'язані із корупцією — вони обумовлені нею та/або ж нею посилені. Більш того, руйнівний вплив корупції проявляється не лише у дестабілізованих державах (в яких мають місце соціально-економічні, політичні чи інші кризові явища), адже корупція є надзвичайно агресивним соціально-економічним і політичним злочином, котрий має численні фактичні прояви [див.: 8] та паразитарним чином впливає абсолютно на усі уряди, державні органи, підприємства, благодійні організації та громадян по всьому світу.

Фактично підтверджує сформульовану нами позицію, зокрема, американський вчений Фейсаль Хан (Feisal Khan). Розглядаючи поширення корупції у Пакистані, вчений наголошує: в академічних колах наразі загальноприйнятою є думка про те, що найбільш небезпечною загрозою для Пакистану є зростаюча сила ісламських фундаменталістів, що кидають виклик її легітимності. Утім, насправді, не це знесилює пакистанську владу, а постійне послаблення управлінського потенціалу пакистанської держави дозволяє фундаменталізму оскаржувати легітимність влади. Ця проблема, на думку вченого, суттєво посилена корумпованістю легітимної пакистанської влади [17, с. 219—220]. Як вбачається, зауваження Хана відносно ситуації у Пакистані є досить близькими й для сьогочасної України, в якій корупція, на що ми вже неодноразово наголошували, знищує державу та, безумовно, знищить її в повній мірі у тому разі, якщо влада, що потопає в корупції, не буде проти-

стояти цьому явищу. Вказане підтверджується тим, що досвід України та зарубіжних держав (щонайперше нестабільних держав; попри вдавану заборону корупції та широке здійснення антикорупційної політики [див., напр.: 18, с. 335–338]) демонструє абсолютну неспроможність влади протистояти іншим загрозам держави, щонайперше у зв'язку із корупційною зацікавленістю в існуванні цих загроз (про це свідчать, як ми вже зазначали, численні докази корупції в оборонній сфері тощо), робить державу та суспільство безсилими перед деструкційним впливом корупції (тут, на нашу думку, діє принцип «найбільш ефективна корупція можлива під час війни та розпаду держави»), а, відтак, й перед іншими військовими, економічними, соціально-політичними та культурними загрозами існуванню держави та цілісності суспільства.

Поряд із тим, звернемо увагу на те, що вчені, досліджуючи проблематику соціально-правової сутності та значення корупції або доходять до близьких викладеній нами позиції (про симбіотичну природу корупції — природну та соціальну) думок, або ж, не розглядаючи вказану сутність у відповідному контексті, вказують на певні парадокси феномену корупції. Зокрема, д-р Я. Філек наголошує на тому, що корупція належить до групи соціальних явищ, котрі іноді називають парадоксальними. Зокрема, «парадоксальний характер цього явища полягає в протиріччі почуттів, які воно викликає». Вчена пояснює це тим, що, з одного боку, «члени суспільства супроводжуються переконанням у повсюдності цього явища, що обумовлює їх сильне занепокоєння та навіть страх, а з іншого ж боку, в соціальному просторі можна зустрітись з деякою вражаючою соціальною пасивністю, що дозволяє цьому явищу продовжувати поширюватися (незважаючи на спротив і страх, який воно викликає)». Відтак, «як суспільство ми боїмося корупції, але ми мало що робимо, щоб усунути це явище» [11, с. 158].

Висновки. Отже, на основі проведеного дослідження, можемо дійти висновку, що повноцінне з'ясування сутності та значення феномену корупції можливе лише у разі відходу від невиправдано наївного, інфантильного розуміння природної та соціальної сутності людини, її можливостей у соціальному житті. Саме тому, з'ясувавши той факт, що людина вчиняє корупційні діяння, щонайперше тому, що вона є людською істотою, психофізіологічні особливості якої сприяють діяти в межах корупційної логіки та, відповідно, корупційної моделі поведінки, у подальшому можна буде вибудовувати антикорупційну політику держави саме, спираючись не на ефемерні підходи до детермінації корупційної поведінки ззовні, а зсередини. Утім, це не означає, що зовнішніми факторами впливу на свідомість людини в контексті питання, що розглядається, слід безапеляційно нехтувати, адже, ці фактори, звісно, відіграють важливу допоміжну роль — дозволяючи «розкритися» корупційній природі людини.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Заросило В.О., Гладкий В.В. Хабарництво як базисна форма прояву корупції // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2018. № 16. С. 116–132. DOI:10.5281/zenodo.1465480.

2. Stankiewicz W. Proces integracji Ukrainy z Unią Europejską // Nowa Polityka Wschodnia. 2013. Nr 2(5). S. 27–53.

3. Гладкий В.В. Корупція як найбільш руйнівна зброя // Вища освіта – студентська наука – сучасне суспільство: напрями розвитку: матеріали Міжнар. студ. наук.-практ. конф. (Київ, 20 квітня 2018 р.). Київ: Вид-во ПВНЗ «МНТУ ім. акад. Ю. Бугая», 2018. С. 59–61.

4. Robak A., Czaja M. Korupcja – zarys istoty zjawiska // Postawy wobec korupcji w samorządzie terytorialnym / red. nauk.: A. Turska-Kawa, M. Czaja. Katowice: Fundacja Akademicka IPSO ORDO, 2015. S. 9–18.

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

6. Веклич В.О. Питання щодо удосконалення соціального партнерства бізнесу у напрямку боротьби з корупцією // Участь молоді у розвитку економіки та суспільства України: матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. студ., аспірант. та молод. учен. (Київ, 24–25 березня 2016 р.). Київ: Вид-во НУХТ, 2016. С. 81–83.

7. Литвиненко В.І. Напрями адміністративно-правової протидії корупції в Україні // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право. 2015. № 1(1). С. 152–158.

8. Hladky V. The Manifestation of Corruption in Eastern Europe // Path of Science. 2018. Vol. 4, No 1(30). P. 4001–4012 DOI:10.22178/pos.30–5.

9. Joisten K. Vom Zerreißen und Stürzen. Ein Versuch zur corruptio humana // Korruption. Interdisziplinäre Zugänge zu einem komplexen Phänomen / V. von Nell, G. Schwitzgebel, M. Vollet (Hrsg.). Verlag: Deutscher Universitats, 2003. S. 19–30. DOI:10.1007/978-3-322-81310-7_2.

10. Collao L.R. Delimitación del concepto penal de corrupción // Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2004. № 25. P. 339–359. DOI:10.4151/ISSN.07186851-Vol.0-Num.25-Fulltext.559.

11. Filek J. Polski trójkąt korupcyjny // Annales: etyka w życiu gospodarczym. 2006. Vol. 9, Nr 1. S. 157–171.

12. Рубинштейн С.Л. Проблемы общей психологии. Москва: Изд-во «Педагогика», 1973. 423 с.

13. Батищев Г.С. Деятельностная сущность человека как философский принцип // Проблема человека в современной философии. Москва: Изд-во «Наука», 1969. С. 73–144.

14. Гладкий В.В. Бедность, нищета и криминализация общества // Актуальные научные исследования в современном мире. 2017. № 6(26), Ч. 6. С. 35–55. DOI:10.5281/zenodo.572330.

15. Ванновская О.В. Проблема коррупции в психологической феноменологии // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 12: Психология. Социология. Педагогика. 2009. № 3-2. С. 54–62.

16. McFarlane J. Transnational crime: corruption, crony capitalism and nepotism in the twenty-first century // Corruption and Anti-Corruption / P. Larmour, N. Wolanin (ed.). Adelaide: Griffin Press, 2013. P. 131–145. DOI:10.22459/cac.03.2013.08.

17. Khan F. Corruption and the Decline of the State in Pakistan // Asian Journal of Political Science. 2007. Iss. 2. P. 219–247. DOI:10.1080/02185370701511644.

18. Гладкий В.В. Заборона непотизму в Україні // Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі: матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 7 грудня 2018 р.): у 2 ч. Київ: Вид-во Нац. академ. внутр. справ, 2018. Ч. 2. С. 335–338. DOI:10.5281/zenodo.2526394.

Гладкий В.В.

Сущность и значение феномена коррупции.

Аннотация. Феномен коррупции, как известно, характерен практически для всех сфер жизнедеятельности человека. При этом, тотальное господство коррупции в государстве достигается за счёт стратегического распространения данного явления в институтах, призванных предотвращать и противодействовать коррупции, т. е. теми институтами власти, которым государство и общество оказывает чрезвычайно высокое доверие, предоставляя соответствующие публичные властные функции. В то же время, признавая коррупцию в качестве одного из наиболее опасных явлений, обусловленных человеком, современное украинское общество представляется крайне толерантным к взяточничеству — базовой форме коррупции, а также достаточно терпимо относится к другим формам проявления коррупции. Критически анализируя этимологический фон коррупции, её социально-правовую природу, автор утверждает, что очерченный парадокс скрывается в конфликте натуральной и социальной природы коррупционеров, которые определяют сущность и значение феномена коррупции.

Ключевые слова: господства коррупции, детерминация коррупции, коррупция, природа человека, психология коррупции, социальная патология, сущность коррупционера, феномен коррупции.

V. Hladky

Essence and value of the phenomenon of corruption.

Summary. The phenomenon of corruption, as we know, characterizes almost all the spheres of human activities. In this, the total domination of corruption within the state is being achieved through the strategic expediency of this phenomenon at institutes aimed at avoiding and counteracting the corruption, that is, by those authority institutes, which are being provided with an extremely high confidence by the state and society while granting with the appropriate public functions. At the same time, while recognizing corruption as one of the most dangerous phenomena caused by the human, the modern Ukrainian society is very tolerant of bribery — the basial form of corruption. The author argues that the pointed paradox is hidden within the conflict of the natural and social nature of corruptionists, who determine the essence and value of the phenomenon of corruption.

While investigating critically the etymological essence of the corruption phenomenon, as well as the social and legal one, the author concludes that the fully-fledged determination of the essence and role of the corruption phenomenon is possible only in case of avoiding an unjustifiably naive, infantile understanding of the natural and social nature of a human, his opportunities in social life. That is why, after establishing the fact that the person commits corruption activities because, first of all, he is a human being with those psychophysiological features that facilitate acting in terms of corruption logics and, relatively, the corruption behavior model, it will be possible in the future to construct the state anti-corruption policy , based not on ephemeral approaches to the determination of corrupt behavior from outside, but from inside. However, this does not mean that external factors influencing human consciousness in the context of the issue under consideration should be categorically ignored, because these factors, certainly, play an important supporting role — they allow to "uncover" the corrupt nature of a person.

Keyword: cause of corruption, corruption, determination of corruption, essence of corruptor, human nature, phenomenon of corruption, psychology of corruption, rule of corruption, social pathology.

УДК 343.3

С.О. Муха,
аспірант кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ ОСОБИ НА ПОРУКИ

Анотація. У статті висвітлені погляди щодо поняття «правова природа» та його змісту. Зроблено висновок, що звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема й у зв'язку з передачею особи на поруки, не можна вважати формою реалізації кримінальної відповідальності, натомість доцільніше відносити його до форм реалізації заходів кримінально-правового характеру. Підтримано позицію вчених, які вважають, що звільнення від кримінальної відповідальності є формою реалізації кримінально-правових норм поза інститутом кримінальної відповідальності, що виключає, у свою чергу, можливість його віднесення до засобів диференціації кримінальної відповідальності. Визначено що моментом, з якого особа вважається звільненою від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки, є безпосередньо момент її передачі на поруки.

Ключові слова: інститут кримінального права, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки; кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми. Сучасна доктрина кримінального права та чинне законодавство про кримінальну відповідальність перебувають в активному пошуку альтернативних форм боротьби зі злочинністю [1, с. 141]. Потреба держави у цих формах протидії злочинності викликана низькою ефективністю досягнення цілей кримінально-правової політики виключно за рахунок каральних засобів. Одним із наслідків відмови від суворо традиційної залежності покарання від злочину є включення до законодавства про кримінальну відповідальність такої альтернативи покаранню, як інститут звільнення від кримінальної відповідальності. Чільне місце у структурі цього інституту займає такий субінститут, як звільнення від відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки. Соціальна необхідність уведення останнього до законодавства України про кримінальну відповідальність та проблеми його застосування потребують поглибленого наукового вивчення.

Аналіз останніх публікацій та досліджень. Попри численну кількість наукових праць на тему звільнення від кримінальної відповідальності питання звільнення у зв'язку з передачею особи на поруки поставало об'єктом вивчення невеликого кола вчених, до яких слід віднести Ю.В. Бауліна, Г.Б. Віттенберга, І.М. Гальперіна, С.Г. Келіну, Г.О. Мендельсона, Т.Б. Ніколаєнко та ін.

Метою цієї статті є висвітлення власне правової природи звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки.

Виклад основних положень. Вивчення розвитку вітчизняної наукової думки засвідчує чітку та послідовну тенденцію використання фахівцями у сфері юриспруденції поняття «правова природа» (або «юридична природа»[1]) для висвітлення сутності того чи іншого об'єкта дослідження. Втім, у більшості випадків з невідомих причин останні уникають поглибленого дослідження на загальнотеоретичному рівні змісту поняття «правової природи» [5, с. 1-4; 6, с. 264-267; 7, с. 161-167; 8, с. 42-53]. Тому виглядає доречним з цього приводу зауваження Д.О. Братуся, який, визнаючи факт наявності значного попиту його використання в юридичній теорії, одночасно підкреслює, що поняття «правова природа» та його зміст залишаються недостатньо вивченими, а в численних дослідженнях розглядаються як щось само собою зрозуміле [2]. До теперішнього часу в теорії права залишається неузгодженим саме визначення поняття «правова природа», а щодо розуміння його змісту, то серед науковців взагалі відсутні принципові суперечності з цього питання. Так, С.С. Алєксєєв розглядає правову природу як юридичну характеристику явища, яка відображає його специфіку, місце і функції серед інших правових явищ відповідно до його соціальної природи [9, с. 227]. З точки ж зору О.Г. Дергільової під юридичною природою слід розуміти правову категорію, яка відображає правоутворюючий взаємозв'язок юридичного факту і норми права, визначаючи не тільки конкретні юридичні наслідки, але і розкриваючи сутність окремого правового феномена, його структуру, місце і роль серед інших правових явищ [10, с. 19] Л. Л. Кругліков з приводу розуміння змісту поняття «правова природа» зазначає, що висновок про правову природу має базуватися на аналізі відповідної кримінально-правової норми, її місця в системі законодавства, на співвідношенні цієї норми з іншими нормами й інститутами, а досліджуване поняття — із суміжними правовими поняттями і принципами кримінального права [11, с. 35][2].

Наведені твердження вчених щодо поняття «правова природа» та його змісту дають всі підстави вважати, що їх вивчення не може обмежуватися судженнями лише у площині загальнотеоретичних питань. У цьому контексті набувають важливого значення прикладні дослідження відповідно до галузевих потреб права, у тому числі й дослідження кримінально-правого характеру на рівнях родових та видових понять, що пов'язані зі звільненням від кримінальної відповідальності.

Розпочати мову про правову природу звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки варто з того, що вона випливає з природи самого звільнення від кримінальної відповідальності. Викликано це тим, що родовим ознакам інституту звільнення від кримінальної відповідальності мають відповідати всі його складові субінститути, у тому числі звільнення у зв'язку з

[1] У літературі окремі науковці використовують поняття «юридична природа» [2; 3, с. 279-284; 4, с. 84-102]. Поняття «правова природа» та «юридична природа» є співпадаючими, їх зміст однаковий.

[2] Подібний висновок також підтримує М.Є. Григор'єва [12, с. 13-14].

передачею особи на поруки. У цьому випадку стосовно звільнення від кримінальної відповідальності йдеться про такі його ознаки, як відсутність офіційного осуду особи з боку держави у вигляді обвинувального вироку суду, офіційна відмова від застосування до особи, яка вчинила злочин, обтяжень кримінально-правового характеру та припинення усіх кримінально-правових відносин між державою та звільненою особою [13, с. 135].

Разом із тим вищевказаний субінститут також має специфічні (видові) ознаки, що власне і робить його особливим у системі загального інституту звільнення від кримінальної відповідальності. По-перше, мова йде про умовність звільнення у зв'язку з передачею особи на поруки; по-друге, його застосування на відміну від спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності є можливим у разі вчинення досить значного спектру злочинів (обмеження якого здійснюється лише за принципом тяжкості та некорупційної приналежності); по-третє, цей вид звільнення є дискреційним повноваженням суду, що, у свою чергу, виключає імперативний характер його застосування; і, по-четверте, для нього характерні власні принципи застосування.

З огляду на актуальність наукової полеміки на предмет окреслення змісту кримінальної відповідальності та виділення форм її реалізації, одне з перших питань, яке потребує відповіді у визначенні правової природи звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, полягає у тому чи можливо віднести вказане звільнення до форм реалізації кримінальної відповідальності?

У теорії кримінального права існує відносно усталена концепція, згідно з якою реалізація кримінальної відповідальності здійснюється у трьох формах [14, с. 65-72; 15, с. 345-346; 16, с. 56; 17, с. 602], а саме: засудження особи без призначення покарання, засудження з призначенням покарання і звільнення від його відбування, а також засудження з призначенням покарання і його реальним відбуванням. Проте деякі науковці стверджують, що до них варто також відносити звільнення від кримінальної відповідальності [18, с. 124-125; 19, с. 24; 20, с. 30; 21, с. 101; 22, с. 152].

Вбачаючи в реалізації кримінальної відповідальності належне реагування на вчинений злочин і застосування до винної особи передбачених кримінальним законом каральних заходів впливу, Л.В. Багрій-Шахматов вважав за можливе віднесення звільнення у зв'язку з передачею особи на поруки до форм реалізації кримінальної відповідальності, обґрунтовуючи це тим, що винний не залишається без відповідальності, оскільки він несе її в іншій формі, а саме — перед трудовим колективом, і враховуючи, що цей спосіб реагування та впливу передбачено кримінальним законом, автор вважає його кримінально-правовим інститутом [18, с. 124-125].

З вищенаведеною аргументацією автора важко погодитися, оскільки, як зазначає А.М. Ященко, мова йде про заходи кримінально-правового характеру, які реалізуються виключно поза межами кримінальної відповідальності та є проявами відмінної від кримінальної відповідальності реакції на порушення кримінально-правових заборон [23, с. 218]. Більше того, Ю.В. Баулін справедливо зауважує, що якщо особа звільняється від кримінальної відповідальності (а таке звільнення можливе лише після набрання законної сили обвинувальним вироком

суду) і реальна кримінальна відповідальність починається (реалізується) саме з цього моменту, то незрозуміло як звільнення від кримінальної відповідальності можна віднести до форм її реалізації [24, с. 342].

У контексті цього питання слушною є також думка Ю.А. Пономаренка, який доводить, що в тій моделі, в якій інститут звільнення від кримінальної відповідальності реалізований у чинному кримінальному законодавстві України, при застосуванні його норм держава фактично відмовляється від кримінального переслідування особи, яка вчинила злочин, не вирішуючи питання про її винуватість. Таким чином, навіть осуду з боку держави при звільненні від кримінальної відповідальності особа не зазнає, не говорячи вже про інші заходи кримінальної відповідальності» [14, с. 65-72].

Проаналізувавши доводи двох сторін, ми дійшли висновку, що все ж таки звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки та й у цілому звільнення від кримінальної відповідальності не можна вважати формою реалізації кримінальної відповідальності. Більш виправданою у теоретичному аспекті виглядає можливість віднесення такого звільнення до форм реалізації заходів кримінально-правового характеру [23, с. 219].

Не менш дискусійним є питання належності звільнення від кримінальної відповідальності до засобів диференціації кримінальної відповідальності. Так, одна група науковців, зокрема, Д.А. Плетенева [25, с. 649-650], М.В. Ремизов [26, с. 39], А.А. Тер-Акопов [27, с. 71-78], Т.О. Лєснієвські-Костарєва [28, с. 179], В.В. Антипов [29, с. 159-160], вважають звільнення від кримінальної відповідальності одним із засобів її диференціації.

Зокрема, Д.А. Плетенева висловлює позицію, що диференціація кримінальної відповідальності реалізується, у тому числі шляхом встановлення підстав для звільнення від кримінальної відповідальності. Разом із тим така диференціація забезпечується не всіма видами звільнення від кримінальної відповідальності, а лише тими, підставою застосування яких є фактичне досягнення цілей кримінальної відповідальності або можливість їх досягнення без реалізації заходів кримінальної відповідальності. Інші види звільнення є засобами стимулювання позитивної посткримінальної поведінки, заохочення до дійового каяття та сприяння розкриттю злочинів [25, с. 649-650].

Заслуговує на увагу і думка М.В. Ремизова, який аргументує належність звільнення від кримінальної відповідальності до засобів її диференціації тим, що законодавець встановлює у кримінальному кодексі обставини, за наявності яких обсяг несприятливих наслідків для особи, яка вчинила злочин, не тільки збільшується, але й зменшується включно до «нульового» рівня при звільненні від кримінальної відповідальності [26, с. 39]. Однак він також наголошує, що в кримінальному законодавстві мають місце випадки коли суд не зобов'язаний застосовувати норму про звільнення особи від кримінальної відповідальності, а лише наділяється правом (аналогом у вітчизняному законодавстві є, зокрема, ст. 47 КК України). У такому разі науковець погоджується, що законодавець фактично не «розділив» відповідальність залежно від наявності певних обставин: використовувати вказані у законі критерії чи діяти на власний розсуд. Враховуючи, що диференціації має бути притаманна імперативність при-

писів, М.В. Ремизов, розділяючи погляди С.Н. Сабаніна [30, с. 76], вважає, що в цьому випадку має місце «неповна, усічена диференціація», а аналізовані засоби є засобами диференціації неповною мірою [26, с. 39].

Інша ж група правників, яку складають Ю.В. Баулін [24, с. 342], П.П. Андрушко [31, с. 18-24], О.М. Лемешко [32, с. 102, 108], П.П. Сердюк [33, с. 882-892] стверджують протилежне. Як аргумент Ю.В. Баулін наводить таке судження: суб'єктом диференціації кримінальної відповідальності виступає лише законодавець, а суд на підставі закону тільки індивідуалізує підхід до визначення долі особи, яка вчинила злочин, а саме звільняє її від кримінальної відповідальності [24, с. 342]. П.П. Сердюк, у свою чергу, зазначає, що домінуюча теорія диференціації кримінальної відповідальності фактично передбачає диференціацію покарання, а не відповідальності, оскільки в ній не йде мова про диференціацію ступенів засудження чи стигматизації. Тим більше, якщо особу звільняють від самого засудження, то навряд чи можна стверджувати, що неіснуюче може диференціюватися» [33, с. 882-892].

У вищевказаній дискусії ми поділяємо позицію вчених, які вважають, що звільнення від кримінальної відповідальності є формою реалізації кримінально-правових норм поза інститутом кримінальної відповідальності [34, с. 145], що виключає, у свою чергу, можливість його віднесення до засобів диференціації кримінальної відповідальності.

Актуальним для звільнення від кримінальної відповідальності у цілому також залишається спір у поглядах щодо компромісного або заохочувального характеру відповідних норм. Так, Х.Д. Алікперов доходить висновку, що з аналізу змісту інституту звільнення від кримінальної відповідальності вбачається, що за допомогою цих норм держава, виходячи з пріоритетних інтересів суспільства, охоронюваних кримінальним законодавством, а також загальнолюдських цінностей, дозволяє компроміс з особою, яка вчинила той чи інший злочин у вигляді гарантій звільнення від кримінальної відповідальності чи такої можливості в обмін на його позитивні дії, перелік яких вказано в цих нормах [35, с. 107]. На більш загальному рівні Н.А. Орловська також розглядає кримінально-правове заохочення як сферу компромісу між державою та винним у вчиненні злочину, сферу нормативно визначеного «обміну» позитивних посткримінальних дій на повне або часткове усунення кримінально-правових обмежень [36, с. 3].

На противагу цим позиціям в науковій літературі наявні погляди, що звільнення від кримінальної відповідальності не може розглядатись як компроміс між державою та особою, яка вчинила злочин, оскільки характер публічно-владних правовідносин у сфері кримінального права не залишає особі ніяких можливостей щодо компромісу з державою, а останній за своєю природою передбачає досягнення взаємоприйнятного рішення на засадах поступок, зменшення вимог кожної із сторін суспільного конфлікту [37, с. 129]. Як слушно вказує П.В. Хряпінський, держава як абсолютно домінуючий суб'єкт публічних правовідносин підкорення і послухання не має потреби домовлятися з іншим суб'єктом [38, с. 201], при цьому для стимулювання соціально корисної поведінки, реалізації принципів гуманізму та економії кримінальної репресії нею встановлюються моделі позитивної

посткримінальної поведінки, що заохочуються звільненням від кримінальної відповідальності, але ці норми не слід розглядати як результат взаємних поступок [37, с. 129].

Досліджуючи питання юридичної природи звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, С.Г. Келіна абсолютно справедливо акцентувала увагу на умовному характері цього виду звільнення від кримінальної відповідальності [39, с. 193]. Ця особливість є притаманною лише двом видам звільнення — у зв'язку з передачею особи на поруки, а також звільнення із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 97 КК). З першого погляду її зміст є зрозумілим і полягає в тому, що звільнення від кримінальної відповідальності може мати місце за умови, що особа протягом року з дня її передачі на поруки виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку. Однак умовність такого звільнення викликає досить логічне питання: з якого часу особа вважається звільненою від кримінальної відповідальності — з моменту винесення судом відповідної ухвали про передачу її на поруки або ж спливу однорічного іспитового строку?

Відповідь, на нашу думку, слід шукати у площині кримінально-правових відносин, які виникають між державою та особою, яка вчинила злочин, щодо звільнення останньої від кримінальної відповідальності. Вказані відносини не є новими, вони являють собою трансформацію первинного кримінально-правового відношення, що складається внаслідок вчинення злочину. Так, якщо змістом попередніх правових відносин було покладення на особу кримінальної відповідальності, то зміст видозмінених відносин становить право суду відмовитися від кримінального переслідування особи, яка вчинила злочин, та право останньої бути звільненою від такої відповідальності. Ухвалення рішення звільнити особу від кримінальної відповідальності та закрити кримінальне провадження на цій підставі є тим юридичним фактом, що припиняє кримінально-правові відносини, про які йшла мова, оскільки їх зміст було повністю реалізовано. У подальшому виникають нові суспільні відносини — між звільненою від відповідальності особою, а також колективом підприємства, установи чи організації, що взяв особу на поруки. Разом із тим протягом одного року з часу передачі особи на поруки первинні кримінальні-правові відносини все ж можуть бути відновлені й юридичним фактом, який здатний викликати вказаний результат, є порушення умов передачі особи на поруки (за наявності відповідного клопотання колективу). При цьому слід пам'ятати, що юридичні наслідки самого звільнення від кримінальної відповідальності вже почали діяти (відсутність судимості, вчинений злочин не може враховуватися при визначенні повторності, сукупності та рецидиву злочинів тощо).

Таким чином, вважаємо правильним висновок, що особа звільняється від кримінальної відповідальності у момент її передачі на поруки, оскільки з цього часу вона відповідальна лише перед трудовим колективом, який взяв її на поруки [39, с. 193].

Висновки. Субінститут звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки займає особливе місце у структурі самого інституту звільнення від кримінальної відповідальності. За правовою природою вказаний вид звільнення є

заходом кримінально-правого характеру, умовність якого надає йому винятковості серед інших суміжних субінститутів. Подальше дослідження звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки вбачаємо у визначенні передумов та підстав його застосування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Хряпінський П.В. Звільнення від відповідальності у кримінальному праві України. Збірник наукових праць Ірпінської фінансово-юридичної академії (економіка, право). 2013. № 2. С. 141-148. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpifyua_2013_2_24 (дата звернення: 15.02.2018).
2. Братусь Д.В. Понятие «юридическая природа»: актуальные проблемы теории и практики. Юрист. 2009. № 8. URL: https://journal.zakon.kz/162986-ponjatie-juridicheskaja-priroda.html) (дата звернення: 15.02.2018).
3. Сахнюк С.В. Юридична природа звільнення від кримінальної відповідальності. Часопис Київського університету права. 2015. № 4. С. 279-284. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2015_4_65 (дата звернення: 15.02.2018).
4. Дудоров О.О. Поняття злочину. Класифікація злочинів. Вісник Асоціації кримінального права України: електрон. наук. фах. вид. 2013. N 1 (1). С. 84-102. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/1_6.pdf) (дата звернення: 15.02.2018).
5. Гнатів І.М. Правова природа складених злочинів крізь призму принципу «non bis in idem». Часопис Академії адвокатури України. 2012. № 14 (1). С. 1-4. URL: http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/356/377 (дата звернення: 15.02.2018).
6. Степаненко О.В. Правова природа інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Гуманізація кримінальної відповідальності та демократизація кримінального судочинства: матеріали міжнар. наук.-практ. симпозіуму, м. Івано-Франківськ, 18–19 листоп. 2016 р. Івано-Франківськ: Ред.-вид. відділ Івано-Франківського ун-ту права ім. Короля Д. Галицького, 2016. С. 264-267.
7. Отчак Н.Я. Юридична природа особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх. Митна справа. 2014. № 6 (96), част. 2, кн. 1. С. 161-167. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ms_2014_6%282.1%29__30 (дата звернення: 15.02.2018).
8. Задоя К.П. Правова природа заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб. Право і громадянське суспільство. 2014. № 4. С. 42–53.
9. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. Москва : Юрид. лит., 1989. 288 с.
10. Дергільова О.Г. Мутуальні акти як особливий вид правових актів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Вип. 41. Т. 1. С. 15-19.
11. Кругликов Л.Л. Правовая природа квалифицирующих обстоятельств, или средства дифференциации уголовной ответственности. Уголовное ответственность: проблемы сознания, установление, реализации. Воронеж : Изд-во Воронежского ун-та, 1989. С. 238. С. 35
12. Григор'єва. М.Є. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2007. 204 с.
13. Хряпінський П.В. Доктринальне визначення поняття та ознак звільнення від кримінальної відповідальності. Юридична наука. 2015. № 3. С. 129-137. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/jnn_2015_3_17. С. 129-137.
14. Пономаренко Ю.А. Форми реалізації кримінальної відповідальності за кримінальним законодавством України. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». 2013. Вип. 20. С. 65-72. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpkhnpu_pravo_2013_20_13 (дата звернення: 15.02.2018).
15. Оніщенко Н.М., Шевченко А.Є., Скрипнюк О.В. та ін. Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / відп. ред. Ю.В. Баулін. Донецьк : Кальміус, 2013. 424 с.
16. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб. для студентів вищ. навч. закладів. Київ : Центр навчальної літератури, 2004. 360 с.

17. Митрофанов І.І. Форми реалізації кримінальної відповідальності. Актуальні питання реформування правової системи України : зб. наук. ст. за матеріалами VI міжнар. наук.-практ. конф., м. Луцьк, 29-30 трав. 2009 р. Луцьк : Волин. обл. друкарня / уклад. Т.Д. Климчук, 2009. С. 600-604.

18. Багрий-Шахматов Л.В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и форм ее реализации: курс лекций. Одесса: Бахва, 1998. 192 с.

19. Михеев Р.И. Проблемы вменяемости, вины и уголовной ответственности (теория и практика): дисс. ... докт. юрид. наук в форме научного доклада. Москва, 1995. 70 с.

20. Журавлев М., Журавлева Е. Понятие уголовной ответственности и форм ее реализации. Уголовное право. 2005. № 3. С. 28-31.

21. Келина С.Г. Меры ответственности, предусмотренные уголовным законом, и основания их применения. Советское государство и право. 1982. № 5. С. 100-108.

22. Школа С.М. Кримінальна відповідальність: загальна характеристика та форми реалізації. Право і суспільство. 2012. № 6. С. 149-153.

23. Ященко А.М. Деякі міркування щодо форм реалізації кримінальної відповідальності та інших заходів кримінально-правового характеру. Вісник Кримінологічної асоціації України : зб. наук. пр. / Харків. нац. ун-т внутр. справ, Кримінол. асоц. України. Харків : ХНУВС, 2015. № 1(9) 2015. С. 212-223.

24. Баулін Ю.В. Вибрані праці. Харків : Право, 2013. 928 с.

25. Плетенева, Д.А. Средства дифференциации уголовной ответственности. Научные труды Академии управления при Президенте Республики Беларусь. Вып. 4. Минск : Академия управления при Президенте Республики Беларусь, 2004. С. 649 — 650.

26. Ремизов М.В. Дифференциация уголовной ответственности за преступления против интересов публичной службы (Гл. 30 УК РФ): дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Ярославль, 2004. 177 с.

27. Тер-Акопов А.А. Основания дифференциации ответственности за деяния, предусмотренные уголовным законом. Советское государство и право. 1991. № 10. С. 71—78.

28. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика : монография. Москва : НОРМА, 2000. 400 с.

29. Антипов В.В., Антипов В.І. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання : монографія. Київ : Атіка, 2004. 208 с.

30. Сабанин С.Н. Институт условно-досрочного освобождения и принцип индивидуализации уголовного наказания. Дифференциация ответственности в уголовном праве и процессе. Ярославль: Ярославский гос. ун-т, 1994. С. 75-86.

31. Андрушко П.П. Поняття та види диференціації кримінальної відповідальності. Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності : міжнар. симпозіум, м. Львів, 11—12 вересня 2009 р. Львів : ЛьвДУВС, 2009. С. 18—24.

32. Лемешко О.М. Звільнення від кримінальної відповідальності: диференціація чи індивідуалізація кримінальної відповідальності? Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол.: В.І. Борисов та ін. 2010. Вип. 20. С. 95-108.

33. Сердюк П.П. Диференціація кримінальної відповідальності: проблема вибору концепту. Форум права. 2013. № 1. С. 882—892. URL : http:// nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index (дата звернення: 15.02.2018).

34. Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / П.С. Берзін, Т.А. Денисова, О.О. Дудоров та ін. ; за заг. ред. В.О. Навроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 711 с.

35. Аликперов Х.Д. Освобождение от уголовной ответственности. Москва: Воронеж, 2001. 128 с.

36. Орловська Н.А. Економія заходів заохочення як принцип побудови кримінально-правових санкцій. Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 18 (1). С. 1-7.

37. Олійниченко В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) за ч. 4 та ч. 5 ст. 212 КК України: дис.... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2018. 257 с.

38. Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. 840 с.

39. Келина С.Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. Москва: Наука, 1974. 231 с.

Муха С.А.

Правовая природа освобождения от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки.

Аннотация. В статье освещены взгляды на понятие «правовая природа» и его содержание. Сделан вывод, что освобождение от уголовной ответственности, в том числе и в связи с передачей лица на поруки, нельзя считать формой реализации уголовной ответственности, вместе с тем целесообразнее относить его к формам реализации мер уголовно-правового характера. Поддержана позиция ученых, которые считают, что освобождение от уголовной ответственности является формой реализации уголовно-правовых норм вне института уголовной ответственности, что исключает, в свою очередь, возможность его отнесения к средствам дифференциации уголовной ответственности. Определено, что моментом, с которого лицо считается освобожденным от уголовной ответственности в связи с передачей его на поруки, является непосредственно момент его передачи на поруки.

Ключевые слова: институт уголовного права, освобождение от уголовной ответственности, освобождение от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки; уголовная ответственность.

S. Mukha

The legal nature of discharge from criminal liability in view of admission by bail.

Summary. In the article the views on the concept of legal nature and its content are highlighted. It is concluded that discharge from criminal liability in general and in view of admission by bail in particular can not be considered as a form of realization of criminal liability. At the same time it is more expedient to assign such a release to forms of implementation of criminal law measures. The position of scientists who believe that discharge from criminal liability is a form of implementation of criminal law norms outside the institution of criminal liability, that excludes, in its turn, the possibility of its consideration as means of differentiation of criminal liability. It was determined that the moment from which a person is considered to be released from criminal liability in view of admission by bail is the moment of admission to bail.

Keywords: institute of criminal law, discharge from criminal liability, discharge from criminal liability in view of admission by bail; criminal liability.



УДК 343.9

О. Мельник,
Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

Р. Брянгін,
Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ НЕЗАКОННОЇ МІГРАЦІЇ ЧЕРЕЗ ДЕРЖАВНИЙ КОРДОН УКРАЇНИ З ТЕРОРИСТИЧНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню деяких особливостей взаємозв'язку незаконної міграції через державний кордон України з терористичною діяльністю. На основі проведеного аналізу статистичних даних, міжнародного досвіду, та законодавства України визначено особливості загроз, які прямо чи опосередковано можуть виникати у сфері забезпечення національної безпеки в контексті зв'язку незаконної міграції з терористичною діяльністю. Констатовано необхідність комплексного планування та проведення заходів з метою посилення можливостей нашої держави у протидії незаконній міграції та терористичним загрозам з врахуванням їх взаємозв'язку. На основі отриманих результатів, встановлено що більшість проявів незаконної міграції через державний кордон України та терористичної діяльності можуть бути виявлені, розкриті та припинені лише заходами оперативної та оперативно-розшукової діяльності. На основі виокремленого взаємозв'язку незаконної міграції через державний кордон України з терористичною діяльністю визначено основні напрямки яким повинна відповідати оперативно-розшукова діяльність оперативних підрозділів Державної прикордонної служби України.

Ключові слова: незаконна міграція; терористична діяльність; загрози національній безпеці; державний кордон; оперативно-розшукова діяльність.

Постановка проблеми. Явище незаконної міграції та терористичної діяльності, давно вийшло за рамки окремих регіонів і своїми масштабами досягло рівня міжнаціональної загрози. Як показують дослідження міжнародного проекту регулярних опитувань громадської думки "Eurobarometer", що проводились під егідою Європейської Комісії в 2017 році, на думку респондентів головними загрозами безпеці громадян країн членів Європейського Союзу (далі ЄС) в майбутній перспективі, являється терористична діяльність (44% опитаних) та незаконна міграція (38% опитаних) [1]. Стан занепокоєності населення ЄС об'єктивно зумовлений рядом процесів та подій, які відбулися за минулі роки. Так, за даними Глобального індексу тероризму, у світі в період з 2000 р. до 2015 р. внаслідок вчинення більше ніж 70 тис. терористичних актів загинуло понад 170 тис. осіб. При цьому

найвищий рівень збільшення цих показників спостерігався у 2014–2015 роках, коли у терактах загинуло 62 034 особи [2]. Формування загрози незаконної міграції також мало свої передумови, яскравим прикладом яких є, так звана «міграційна криза» апогеєм якої став 2015 рік. Саме в цей період за даними Міжнародної організації міграції в країнах Західної Європи спостерігалося наймасштабніше збільшення числа мігрантів (в тому числі незаконних), яке перевищило 1 мільйон осіб [3].

На основі вищенаведених даних можна зробити висновок, що актуалізація загроз терористичної діяльності та незаконної міграції внутрішньому та зовнішньому безпековому середовищі країн ЄС відбувалася в один і той же період часу, що і відобразилося на громадській думці опитаних. За таких умов почала прослідковуватися тенденція ототожнення незаконної міграції з терористичною діяльністю. Проте з'ясувати достовірність та обґрунтованість цих тверджень з огляду на відсутність достатніх комплексних наукових досліджень явища незаконної міграції в контексті взаємозв'язків з терористичною діяльністю вкрай важко. Це може породжувати ряд проблем, починаючи з неправильного визначення та реалізації цільових програм спрямованих на протидію незаконній міграції та терористичній діяльності, і закінчуючи викривленням реального стану проблеми для досягнення політичних інтересів.

На прикладі загострення проблем та загроз в міжнародному безпековому середовищі країн ЄС, пов'язаних із явищем незаконної міграції та терористичною діяльністю можна припустити, що ступінь їх ризику для України в подальшому буде тільки зростати. Цьому сприяє геополітичне становище нашої держави, що стає передумовою до використання її території в якості транзитної зони для здійснення незаконної міграції та терористичної діяльності. Наведені фактори на сьогоднішній день мають вплив на забезпечення національної безпеки України, не лише у зовнішньому, а й у внутрішньому аспекті.

Так, з початком агресії Російської Федерації, яка порушила територіальну цілісність України, особливо загострилось питання загрози терористичної діяльності, що перш за все посягає на фундаментальні національні інтереси, закріплені в п. 3, ст. 3, розділу II Закону України "Про національну безпеку", а саме: державний суверенітет і територіальну цілісність, демократичний конституційний лад та недопущення втручання у внутрішні справи нашої держави [4]. Враховуючи, що більшість каналів незаконної міграції функціонують через Східну ділянку державного кордону України з Російською Федерацією, активізуються ризики використання спецслужбами держави агресора цієї обставини для здійснення терористичної діяльності. На підставі вищевикладеного виникає необхідність визначення особливостей взаємозв'язку незаконної міграції через державний кордон України з терористичною діяльністю. Це на нашу думку сприятиме зміцненню захисту національних інтересів України та комплексній реалізації державної політики у сфері забезпечення безпеки державного кордону України, як складової частини національної безпеки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на підвищений інтерес до явища незаконної міграції та терористичної діяльності, необхідно визнати, що на теперішній час вкрай недостатньо наукової літератури, яка

б являла собою комплексні, системні дослідження нелегальної міграції через державний кордон України у взаємозв'язку з терористичною діяльністю, що й обумовлює актуальність та вибір теми статті.

Велике значення для розуміння окремих питань взаємозв'язку незаконної міграції з терористичною діяльністю мають дослідження наукового співробітника Міжнародного центру протидії тероризму доктора А. Шмід. В своїй праці "Зв'язки між тероризмом і міграцією: дослідження" він комплексно визначає можливі зв'язки незаконної міграції з терористичною діяльністю, на основі чого виокремлює причинно-наслідкову взаємообумовленість цих явищ [5].

Але вказане дослідження в більшій мірі стосується розгляду взаємозв'язку терористичної діяльності з незаконною міграцією в контексті країн ЄС, що не в повній мірі відповідає характерним особливостям тих процесів, які на теперішній час відбуваються в Україні.

На вітчизняному рівні аналізом питання взаємозв'язку незаконної міграції з терористичною діяльністю займалися такі вчені: В. Канцір, М. Семенкова, А. Попович та інші.

Мета статті. На основі аналізу статистичних даних, законодавчих актів України, наукових досліджень та міжнародного досвіду, з'ясувати деякі особливості взаємозв'язку незаконної міграції через державний кордон України із терористичною діяльністю.

Виклад основного матеріалу дослідження. На теперішній час загроза терористичної діяльності та незаконної міграції для України є найвищою за усі попередні роки незалежності. Відповідно до рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 року "Про нову редакцію Воєнної доктрини України" затвердженої Указом Президента України від 24 вересня 2015 року, тероризм і незаконна міграція визначаються одними із воєнно-політичних викликів, які можуть перерости в загрозу застосування воєнної сили проти України [6]. Така нормативна-правова позиція, щодо віднесення загроз терористичної діяльності та незаконної міграції до воєнно-політичних викликів державній безпеці, може бути зумовлена розпалюванням Російською Федерацією збройного конфлікту в східних регіонах України та прямим втручанням у внутрішні справи нашої держави. В таких умовах можна стверджувати, що на сьогоднішній день загроза терористичної діяльності для України, передусім виходить не з боку міжнародних терористичних організацій, а від терористичної діяльності квазідержавних утворень так званих "ДНР" і "ЛНР", підтримуваних Російською Федерацією. Методи, які вони використовують для досягнення своїх політичних цілей (обстріли мирного населення, здійснення диверсій, створення перешкод у роботі міжнародних безпекових організації, а також загроз життю і здоров'ю їх членів тощо), відповідають методам діяльності угруповань, визнаних терористичними низкою країн та міжнародних організацій [7, с. 18]. Про актуалізацію загрози терористичної діяльності для України свідчить статистика. Так, за даними Генеральної Прокуратури України в 2013 році було зареєстровано всього лиш 10 кримінальних проваджень пов'язаних з терористичною діяльністю, а вже на кінець 2014 року число кримінальних проваджень пов'язаних з терористичною діяльністю досягло 2088 [8, с. 55].

Розглядаючи потенційні небезпеки терористичної діяльності, на думку

В. Канціра слід звернути увагу на неврегульованість протидії незаконній міграції. Послаблення контролю у цій сфері може помітно впливати на становлення та поширення на території нашої держави передумов виникнення терористичної діяльності [9]. Ми погоджуємось з думкою В. Канціра, оскільки станом на тепер не має законодавчого визначення незаконної міграції у зв'язку з чим постає ряд проблем у сфері організації та проведення заходів з її протидії.

На відміну від відсутності нормативного визначення поняття незаконної міграції, Законом України "Про боротьбу з тероризмом" від 20 березня 2003 року визначено ключові поняття, що стосуються тероризму. Так, відповідно до абзацу 5 статті 1 вказаного закону, терористичною діяльністю є діяльність, яка охоплює планування, організацію, підготовку та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів, так само як і участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму [10]. У подальшому в статті ми будемо використовувати вищевказане визначення терористичної діяльності під час встановлення деяких особливостей її взаємозв'язку з незаконною міграцією через державний кордон України.

Щодо поняття незаконної міграції то ми цілком погоджуємся з думкою тих вчених, які вважають, що нелегальна міграція — це перетинання кордонів держави з метою чи в порядку, які порушують її законодавство [11, с. 9].

Оскільки державний кордон України є першою та основною "перешкодою" на шляху розповсюдження незаконної міграції та терористичних загроз в країні то основна увага повинна приділятися удосконаленню системного підходу в сфері забезпечення його охорони. Це на нашу думку сприятиме попередженню, своєчасному виявленню та протидії незаконній міграції і терористичної діяльності, як загроз і викликів державній та національній безпеці України.

Аналізуючи поняття незаконної міграції через державний кордон України та терористичної діяльності спробуємо виокремити деякі особливості їх взаємозв'язку.

По-перше, терористична діяльність є детермінантом незаконної міграції через державний кордон України. Тероризм за своїм змістом становить небезпеку цивільним особам, що у свою чергу породжує передумови виникнення вимушеної міграції з держав для яких він характерний. Враховуючи ряд об'єктивних причин у більшості випадків така вимушена міграція набуває рис незаконної.

Як зазначав у своїх дослідженнях В. Половніков, з 85 тисяч незаконних мігрантів, затриманих на кордонах України, переважна більшість потрапила в Європу з регіонів охоплених військовими конфліктами та тих, які перебувають під впливом міжнародного тероризму. 70% усіх затриманих мігрантів становили громадяни Афганістану, Пакистану, Індії, Іраку, В'єтнаму і Шрі-Ланки [12].

На основі вказаних даних можемо стверджувати, про ознаки статис-

тичного зв'язку незаконної міграції з терористичною діяльністю, коли збільшення проявів терористичної діяльності прямо викликає збільшення активності процесів незаконної міграції.

По-друге, незаконна міграція є сприятливим середовищем для поширення терористичної діяльності. Інтенсифікація процесів пов'язаних з незаконною міграцією створює додаткові можливості для активізації діяльності міжнародних терористичних організацій. Саме у середовищі незаконних мігрантів, терористичні організації можуть знаходити безпосередніх виконавців терористичних актів, розповсюджувати радикальні настрої помсти та формувати почуття ненависті до країн перебування незаконних мігрантів та їх громадян. Знаходячись між двома культурами, в пошуку ідентичності та ідеологічного спрямування мігранти розглядають етнічні терористичні організації як приклад для наслідування, що в подальшому створює передумови до терористичної діяльності. Звідси починає побутувати думка, щодо ототожнення мігрантів з терористами. Але як показують дослідження Державного департаменту Міграції, в період з осені 2001 року до початку 2016 року у Сполучені Штати Америки прибуло більше 800 000 біженців. В подальшому лише п'ять осіб з вказаної чисельності, було заарештовано за звинуваченням у тероризмі. Що стосується ситуації в Європі, згідно проведених досліджень встановлено, що з 600 000 іракців і сирійців, які прибули в Німеччину в 2015 році тільки 17 осіб проходили фігурантами в розслідуваних справах, порушених через можливу причетність до зав'язків з терористичними організаціями [5, с. 43].

Також слід звернути увагу на зростання ксенофобії, расизму та антисемітизму, який часто виникає у зв'язку із збільшенням кількості незаконних мігрантів в країні, не слід виключати розширення використання терористичної діяльності праворадикальними рухами або угрупуваннями. Це створює ризик, що табори біженців, центри притулку та тимчасового утримання мігрантів, можуть бути об'єктами терористичних актів.

По-третє, канали незаконної міграції можуть використовуватися для налагодження надходжень матеріально-технічних та інших засобів сприяння терористичним групам і організаціям, які можуть виникати на території України, а також окремим терористам. Йдеться про можливість контрабанди різноманітного устаткування, зброї, вибухових речовин через державний кордон України. Найбільш характерними сферами діяльності злочинних угрупувань, що створює терористичні загрози є: організація та переміщення незаконних мігрантів і торгівля людьми [9].

Завдяки використанню каналів нелегальної міграції на державному кордоні України, існує реальна можливість проникнення та створення на території нашої держави терористичних груп чи терористичних організацій із громадян тих держав, уряди яких підтримують вчинення терористичних актів як спосіб задоволення своїх інтересів.

В цьому контексті, цікавою видається позиція А.А. Поповича, який запропонував розглядати створення терористичними організаціями каналів незаконної міграції для здійснення терористичної діяльності, як окремий вид незаконної міграції. В його розумінні канал незаконної міграції в інтересах терористичних організацій це сталий, сформований організаторами, порядок незаконного переправлення

осіб через кордон та організація такого переправлення, з метою їх участі у терористичній діяльності. Виходячи з такої позиції, він пропонує уточнити склад злочину, передбаченого ст. 332 КК України "незаконне переправлення осіб через державний кордон України", додавши, як мету незаконного переправлення осіб через державний кордон України, ще й сприяння тероризму [13].

На підставі виокремленого взаємозв'язку незаконної міграції з терористичною діяльністю, доцільно на нашу думку уточнити склад злочину передбаченого диспозицією ст. 332-2 КК України, шляхом зміни спеціальної мети: "заподіяння шкоди інтересам держави", на: "з метою здійснення терористичної діяльності".

Але, встановлення наявності чи відсутності означеної спеціальної мети в діях особи, як обов'язкової частини суб'єктивної сторони складу злочину, без здійснення заходів оперативно-розшукової діяльності на практиці буде досить складно. В таких умовах посилюється необхідність конкретизації заходів державного регулювання в сфері оперативної протидії незаконній міграції з врахуванням терористичних загроз які з неї виникають. Це на нашу думку, може стати передумовою для мінімізації їх можливих негативних наслідків. Враховуючи сучасний стан незаконної міграції та рівень її загрози не лише міжнародним відносинам, а у першу чергу державним інтересам постає необхідність запровадження не окремих заходів протидії нелегальній міграції, а цілого механізму протидії як комплексної динамічної, взаємоузгодженої, нормативної системи заходів, яка б усебічно охоплювала всі складові незаконної міграції, а також терористичних загроз які з неї виходять [11, с. 17].

Відповідно до Концепції інтегрованого управління метою якої є підвищення ефективності реалізації державної політики, одним із пріоритетних напрямків є: забезпечення охорони державного кордону, пропуску через державний кордон осіб, транспортних засобів, вантажів, провадження інформаційної та оперативно-розшукової діяльності, проведення аналізу ризиків та здійснення запобіжних заходів, а також проведення суб'єктами інтегрованого управління кордонами діяльності із запобігання, виявлення, розкриття транскордонних злочинів [14].

Розглядаючи детальніше оперативну складову в системі інтегрованого управління охорони державного кордону з врахуванням виокремлених особливостей зв'язку незаконній міграції з терористичною діяльністю, за своєю сутністю вона повинна передбачати: своєчасне отримання оперативної інформації про підготовку до організації та здійснення незаконної міграції та терористичної діяльності на державному кордоні; інформаційно-аналітичну діяльність оперативних підрозділів, шляхом створення (накопичення) і використання інформаційних баз даних, які б відображали реальний стан незаконної міграції та терористичної діяльності на державному кордоні з диференціацією рівня їх загрози; застосування для реалізації оперативної інформації та силової підтримки дій оперативних сил та засобів спеціальних мобільних підрозділів; спільні скоординовані дії оперативних підрозділів Державної прикордонної служби України з підрозділами інших правоохоронних органів України та суміжних країн [15].

Висновки та перспективи подальших досліджень. Таким чином на підставі вищевикладеного можна

стверджувати, що між тероризмом і незаконною міграцією є прямий зв'язок, який проявляється у взаємообумовленості процесів незаконної міграції рівнем терористичної діяльності, що підтверджується статистичними даними. Відповідно до цього, терористична діяльність може розглядатися, як детермінант незаконної міграції. Виокремлені особливості взаємозв'язку цих двох явищ, дають підстави констатувати факт, що незаконна міграція є сприятливою умовою для розвитку та поширення терористичної діяльності. Враховуючи вищевикладене питання зв'язку між тероризмом і міграцією є багатою сферою для досліджень, яка заслуговує уваги, з тим щоб можна було розділити обґрунтовані й необґрунтовані проблеми і використовувати це в подальшому під час здійснення оперативно-розшукової діяльності оперативних підрозділів Державної прикордонної служби України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. European Commission — Press release. A European spring? Latest Standard Eurobarometer shows Optimism is on the rise. Brussels, 2 August 2017 URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2127_en.htm (дата звернення 11.01.2019).
2. The Global Terrorism Index 2016 URL: http://visionofhumanity.org/app/uploads/2017/02/Global-Terrorism-Index-2016.pdf (дата звернення: 11.01.2019).
3. За 2015 до Європи прибуло вчетверо більше мігрантів, ніж за 2014. URL: http://texty.org.ua/pg/news/textynewseditor/read/63965/Za_2015_do_Jevropy_prybulo_vchetvero_bilshe (дата звернення 11.01.2019).
4. Про національну безпеку: Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. Дата оновлення: 08.07.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2469-19 (дата звернення: 17.01.2019).
5. Schmidt P.A. Links between Terrorism and Migration / ICCT Research Paper. The Hague: ICCT, 2016. 63 p. URL: https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2016/05/Alex-P.-Schmid-Links-between-Terrorism-and-Migration-1.pdf (дата звернення: 19.01.2019).
6. Про затвердження рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 року "Про нову редакцію Воєнної доктрини України" від 02.09.2015 Затверджено Указом Президента України від 24 вересня 2015 року № 555/2015. Дата оновлення: 26.09.2015 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555/2015 (дата звернення: 26.01.2019).
7. Міжнародний тероризм: загрози для України, аналітична записка : Національний інститут стратегічних досліджень. Київ : 2017 32 с. URL: http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/mizhnar_teror-17f29.pdf (дата звернення: 07.02.2019).
8. Актуальні питання протидії тероризму у світі та в Україні, аналітична доповідь, Національний інститут стратегічних досліджень, А.О. Місюра, та інші, за заг. ред. О.О. Резнікової. Київ : 2017 60 с.
9. Канцір В. Взаємообумовленість нелегальних міграційних процесів та міжнародної терористичної активності URL: http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2018/jun/13353/36.pdf (дата звернення: 19.01.2019).
10. Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV Дата оновлення: 04.11.2018 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15 (дата звернення: 28.01.2019).
11. Бахін В.П., Капітанчук Л.Ю., Літвін Ю.І. Виявлення та розслідування нелегальної міграції : монографія. Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2013. 164 с.
12. Половніков В.В. Запобігання терористичним актам на державному кордоні. Тероризм і національна безпека України : матеріали міжнар. конф., (м. Київ) 2003. С. 247—251.
13. Попович А.А. Протидія тероризму, що здійснюється з використанням каналів нелегальної міграції. Освітньо-наукове забезпечення діяльності правоохоронних органів і військових формувань України : тези IX Всеукраїнської науково-практичної конференції, (м. Хмельницький) 8 грудня 2016 року. С. 216—217.

14. Про схвалення Концепції інтегрованого управління кордонами: Розпорядження Кабінету міністрів України від 28.10.2015 р. № 1149-р Дата оновлення: 01.01.2016. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1149-2015-р. (дата звернення: 20.01.2019).

15. Білецький В.О. Оперативно-розшукова діяльність як складова інтегрованого управління кордонами. Державне управління : удосконалення та розвиток. 2013. № 7. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=602 (дата звернення: 07.02.2019).

Мельник О., Брянгин Р.

Некоторые особенности взаимосвязи незаконной миграции через государственную границу Украины и террористической деятельности.

Аннотация. Статья посвящена освещению некоторых особенностей взаимосвязи незаконной миграции через государственную границу Украины с террористической деятельностью. На основе проведенного анализа статистических данных, международного опыта, и законодательства Украины определены особенности угроз, которые прямо или косвенно могут возникать в сфере обеспечения национальной безопасности в контексте связи незаконной миграции с террористической деятельностью. Констатировано необходимость комплексного планирования и проведения мероприятий с целью усиления возможностей нашего государства в противодействии незаконной миграции и террористическим угрозам с учетом их взаимосвязи. На основе полученных результатов, установлено, что большинство проявлений незаконной миграции через государственную границу Украины и террористической деятельности могут быть обнаружены, раскрыты и пресечены только мерами оперативно-розыскной деятельности. На основе выделенной взаимосвязи незаконной миграции через государственную границу Украины с террористической деятельностью определены основные направления, которым должна отвечать оперативно-розыскная деятельность оперативных подразделений Государственной пограничной службы Украины.

Ключевые слова: незаконная миграция; террористическая деятельность; террористические угрозы; интегрированное управление границами; оперативно-розыскная деятельность.

O. Melnyk, R. Bryangin

Some features of interrelation of illegal migration through frontier of Ukraine and terrorist activity.

Summary. The article is sanctified to illumination of some features of intercommunication of illegal migration through the state boundary of Ukraine with terrorist activity. On the basis of the conducted analysis of statistical data, international experience, and the legislation of Ukraine are certain features of threats, that straight or mediated can arise up in the field of providing of national safety in the context of connection of illegal migration with terrorist activity. The necessity of the complex planning and realization of events is established on the target of strengthening of possibilities of our state in counteraction to illegal migration and terrorist threats taking into account their intercommunication. On the basis of the got results, it is set that most displays of illegal migration through the state boundary of Ukraine and terrorist activity can be reduced, exposed and stopped only by the events of operative and operational-search activity. On the basis of the distinguished intercommunication of illegal migration through the state boundary of Ukraine with terrorist activity, basic directions are certain that operational-search activity of operative subdivisions of Government frontier service of Ukraine must answer.

Keywords: illegal migration; terrorist activities; terrorist threats; integrated border management; operational search activities.

УДК 343.122

Dr Paweł Czarnecki,
Doctor of Law, Assistant Professor in the Department
of Criminal Procedure of the Jagiellonian University in Cracow

Mgr Mateusz Popiel,
PhD student at the Department of Criminal Procedure
of the Jagiellonian University in Cracow

THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE INJURED PERSON IN THE POLISH CRIMINAL PROCEDURE AGAINST INTERNATIONAL STANDARDS

Summary. The article deals with the rights and obligations of the injured person in the Polish criminal procedure against international standards. The conclusion is that it is desirable to increase the rights of the injured person, but at the same time to enable the injured person to relinquish the compulsory execution. Such balancing between the amount of rights and obligations guaranteed by the law for the injured person can not violate international standards for the protection of the rights of the injured person or cause detriment to the principle of an accurate penal response.

Keywords: rights and obligations of the injured person, injured person, Polish criminal procedure international standards, rights and obligations, the principle of an accurate penal response

1. Introduction

In recent years, there has been a growing interest in the problem of the injured person, in particular the extent of his rights and obligations. This tendency is present both in the Polish literature of the criminal process as well as in European literature and science. The cause of this fact is both the increase in the importance of human rights, the widening and strengthening of the standard of protection of the injured person in international law, and the development of criminology (science of crimes), and in particular its related science which is victimology (science of victim).

The legislator affirms this state of affairs and over the past 20 years in Poland successively widens the scope of the rights of the injured person. Owing to a number of instruments provided for in the Code of Criminal Procedure (CCP), but also other acts, the suspect can actively participate in criminal proceedings. The legislator can not arbitrarily change the catalog of rights and obligations, because it is obliged to take into account the standard resulting from the constitutional regulations as well as the international agreements ratified by Poland.

Before analyzing the title issue, it should be emphasized that the reflections are of a framework nature and serve

only to outline the research problem. The frameworks do not allow for more in-depth analysis, but by pointing out the subject literature the reader can explore the problem in question. It is worth mentioning that this article was created as a result of a research project[1] aimed at comprehensive analysis of the status of the injured persons in the system of Polish criminal procedure law. This applies both to the rights and obligations of the injured person indicated in the rules of the CCP as well as those mentioned in other normative acts in the field of the repression law.

2. The position of the victim in the acts of international law

A number of rights and freedoms for crime victims are provided in international law acts[2]. Recently, the highest importance for criminal proceedings has the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the protection of the victims of crime and the Council Decision 2001/220/JHA[3]. The purpose of this normative act is to ensure that the victims of crime receive appropriate information, support and protection. The protection of victims of crime is also provided for in Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European protection order[4]. This last directive sets out rules allowing a judicial or equivalent authority in a Member State, in which a protection measure has been adopted with a person who may endanger his or her life, physical or psychological integrity, dignity, personal liberty or sexual integrity, to issue a European protection order enabling a competent authority in another Member State to continue the protection of the person in the territory of another Member State, following criminal conduct, or alleged criminal conduct, in accordance with the national law of the issuing State.

In the 2012 directive in terms of providing information and support (provision of information and support) the following rights are provided: "right to understand and to be understood" (art. 3), right to receive information from the first contact with a competent authority (art. 4), right of victims when making a complaint (art. 5), right to receive information about their case (art. 6), "right to interpretation and translation" (art. 7), "right to access victim support services" (art. 8), "support from victim support services" (art. 9). On the other hand, with regard to the rights of the injured person to participate in the criminal proceedings, the following rights can be found in the directive: "right to be heard" (art. 10), "rights in the event of a decision not to prosecute" (art. 11), "right to safeguards in the context of restorative justice services" (art. 12), "right to legal aid" (art. 13), "right to reimbursement of expenses" (art. 14), "right to the

[1] "Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek tryjkąta?" (The injured party as a participant in repressive criminal proceedings. The fourth vertex of triangle?), nr 2016/23/B/HS5/00437 financed by the National Science Centre.

[2] See enumeration in: J. Szymańczak, Prawa i uprawnienia ofiar przestępstw, Biuro Sejmu i Ekspertyz, Warszawa 2004, p. 1-4, http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf_04/i-1030.pdf (access: July 20th 2017). See also enumeration in: E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009, p. 536.

[3] Dz. Urz. UE L 315 z 14.11.2012 r., p. 57.

[4] Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21.12.2011, p. 2.

return of property" (art. 15), "the right to decide on compensation from the offender in the course of criminal proceedings" (art. 16), "right of victims resident in another Member State" (art. 17). In the following articles, there are a number of rights regarding the protection of victims and "recognize victims of specific protection needs": "right to protection"(art. 18), "right to avoid contact between victim and offender" (art. 19), "right to protection of victims during criminal investigations" (art. 20), "right to protection of privacy" (art. 21), "individual assessment of victims to identify specific protection needs" "(art. 22), "the right to protection of victims with specific protection needs during criminal proceedings" (art. 23), "right to protection of child victims during criminal proceedings" (art. 24). The Directive also includes other provisions in the scope of: Training of practitioners and cooperation and coordination of services. The deadline for implementation of the Directive is November 16th 2015 and until that moment Member States are oblige to bring into force the acts, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive[1].

The injured person has specific rights, including the right to a court under art. 6 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, primarily in the field of civil law standards, civil actions, as well as injured persons of a privately prosecuted offence. However, it could not be derived from art. 6 ECHR the right to equalize their rights with the rights of the accused.

3. Definition of the injured person and his status in criminal proceedings

The Polish legislator placed the definition of the injured person. According to art. 49 § 1 CCP "The injured person is a natural or legal person whose legal interest has been directly infringed or threatened by the offense". This definition is of a material nature, according to the settled case law of the Supreme Court "a circle of injured persons within the meaning of art. 49 § 1 CCP is limited by the ensemble of the features of the act of the subject matter of proceedings and co-punished acts, which results in the need to establish an infringement of the penal norm, define the subject matter and scope of this norm and the search for a link between the features of the offense and the threat of the legal interest of the specific entity"[2]. This is a direct violation or threat, and therefore without intermediary links, where the legal interest may be the principal or secondary object of protection[3]. In turn, art. 49 § 2 CCP states that "the injured person may also have no legal personality: 1) state institution or self-government; 2) another organizational unit whose separate provisions confer legal capacity".

[1] See E. Bieńkowska (red.), L. Mazowiecka (red.), *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz,* Warszawa 2014, p. 292 and Bieńkowska E., *Uprawnienia pokrzywdzonego w ujęciu nowych projektyw nowelizacji prawa karnego,* Prok. i Pr 2014, no 11-12, p. 68-86.

[2] Resolution of the Supreme Court of 15.9.1999 r., I KZP 26.99, OSNKW 1999, no 11-12, pos. 69 and Resolution of the Supreme Court of 21.10.2003 r., I KZP 29/03, OSNKW 2003, z. 11-12, pos. 94.

[3] K. Dudka, H. Paluszkiewicz, *Postępowanie karne,* Warszawa 2016, p. 89-91. See also D. Stachurski, *Definicja pokrzywdzonego w polskim prawie karnym procesowym a pojęcie dobra prawnego,* Państwo i Prawo 2013, p. 41-53.

The legislator distinguishes the concept of "injured person" from the term "sufferer" (harmed person), which is an entity demanding compensation upon civil law or redress for damage or harm. The term "injured person" should also be distinguished from the term "victim", which refers to terminology in the field of criminology or victimology, and means any person who suffers from a crime and also a relatives of such person[1]. In turn, according to art. 2 sec. 1 point a of the mentioned 2012 Directive, the term "victim" means either "a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss which was directly caused by a criminal offence" and "family members of a person whose death was directly caused by a criminal offense and who have suffered harm as a result of that person's death".

The injured person in a criminal proceeding is a party to the preparatory proceedings (art. 299 § 1 of the CCP), but becomes a party to the proceedings because of the fact of the harm (injury), regardless of whether he or she would be involve in further proceedings[2]. On the other hand, at the stage of court proceedings at first instance or in appeal proceedings, he or she is entitled to the status of a party, usually when he or she becomes an auxiliary prosecutor (art. 54 CCP) or a subsidiary prosecutor (art. 55). Having the status of the party to the proceedings allows him to use all of the privileges that are provided to the party to the proceedings in the rules of k.p.k. (e.g. issuing means of lodging a plaint, file evidence means, speak during the process, take part in the specific stages of the proceedings, etc.). The injured person thus implements the adversarial rule[3]. It may therefore actively support the prosecutor in the prosecution action, and sometimes work against the defendant's and his defense's claims.

It is worth bearing in mind that, according to art. 51 § 1. CCP "All actions pertaining to the proceedings on behalf of an injured person who is not a natural person, shall be conducted by an agency authorized to act in this manner". The following paragraphs of this article indicate that if the victim is a minor or is totally or partially incapacitated, the representative or the person under whose care the victim remains exercise his rights. If the victim is an incapacitated person, especially because of age or health condition, its right may be exercised by the person under the custody of which the injured person remains (see art. 51 § 2-3 CCP).

It is worth bearing in mind that, according to art. 52 CCP in the case of the death of the injured person rights entitled to him may be exercised by the nearest or dependent persons, and in case of their absence or non-disclosure, the public prosecutor acting ex officio. In case the investigating authority has information about the closest persons

[1] In the "Declaration of the Basic Principles of Justice Relating to Victims of Crime and Abuse of Power. "UN General Assembly resolution 40/34 of November 29th 1985" states that the victim is "a person who, individually or jointly with others, has suffered injury including physical or psychological harm, emotional discomfort, material injury or significant breach of its fundamental rights as a result of acts or omissions in breach of criminal law in force in the Member States, including those prohibiting criminal misuse of power".

[2] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* Warszawa 2016, p. 703.

[3] See S. Waltoś, Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu,* Warszawa 2016, p. 188.

to the injured person or his dependents, shall inform about the the privileges at least one of them.

4. The rights of victims in criminal proceedings

The provisions of the CCP provides a number of privilages for the injured person, and the injured person in numerous regulations is instructed to use them. The catalogue of these privileges changes. Sometimes, considerations of criminal policy indicate that it is necessary to limit the catalog of possible rights and privileges of the victim. There are arguments for increasing the role of the injured person as well as limiting his or her powers in criminal proceedings[1].

A number of these powers are included in the Regulation of the Minister of Justice of April 13th 2016 on defining the model of instruction on the rights and obligations of the injured person in criminal proceedings (Journal of Laws of 2016, position 514). The injured person has the right to use the assistance of his or her attorney, who may be a solicitor or legal adviser, and if the victim shows that he or she can not afford the attorney, the court may appoint a plenipotentiary (art 78 § 1, art. 87 § 1 and 2, art. 88 CCP); the right to gratuitous interpreter assistance, when interviewed or acquainted with the content of evidence, if the victim does not speak Polish and, if necessary, if he is deaf or dumb (art. 204 § 1 and 2 CCP); the right to file a complaint against the decision to refuse to initiate or discontinue the proceedings (investigation or inquiry) and to file a complaint against the authority's inactivity (art. 306 § 1, 1a and 3, art. 325a § 2 CCP); The right to apply for acts of investigation or inquiry, such as the hearing of a witness, obtaining of a document, the admission of an expert opinion (article 315 § 1 and art. 325a § 2 CCP); the right to participate in proceedings at the request of the injured person and in actions that will not be repeated at the hearing, such as witness hearing. On request, the victim should also be allowed to participate in other actions (art. 317 § 1 CCP); The right to attend an expert's hearing and the right to get acquainted with his or her written opinion (art. 318 CCP); the right to access the files, including the review of the file and to make duplicates and copies (art. 156 § 1 CCP). The injured party may also receive duplicates and copies of the files (art. 156 § 2 CCP). Access to the file may be denied because of a valid state interest or proceeding interest (art. 156 § 5 CCP); the right to submit motion to supplement inquiry or investigation. (art. 321 § 5 CCP); the right to file a motion to mediate in order to reconcile with the suspect and possibly reconcile the damage (art. 23a CCP); the right to file a motion for compensation for the damage or redress until the closure of the trial (art. 49a CCP); the right to be informed of the repeal of the pre-trial detention of a suspect or of his escape from a detention place (art. 253 § 3 CCP); The right to lodge a complaint against the decisions and orders in the cases indicated in the act (art. 459 CCP) and against other acts infringing his rights (art. 302 § 2 CCP); the right to request information about allegations to the defendant and the date and place of the hearing or court session during which discontinuance of legal

[1] C. Kulesza, *Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajyw zachodnich,* Białystok 1995, p. 29, 35-42.

proceeding, conditional discontinuance of proceedings or conviction of the accused without conducting a hearing may occur (art. 337a CCP).

It should be borne in mind that information on the place of residence and workplace of the injured person are not disclosed in the files. They shall be placed in a separate Annex solely for the attention of the authority conducting the proceeding. They can be disclosed only exceptionally (art. 148a CCP). Unfortunately, the legislator has introduced this obligation even when the injured persons know each other what seems to be a non-functional solution.

In addition, an injured person who is a Polish citizen or a citizen of another EU Member State may apply for state compensation on the basis of the provisions of the Act of July 7th 2005 on the State Compensation for Victims of Some Prohibited Actions (Journal of Laws of 2016, position 325). The injured person and his or her next of kin can receive free medical, psychological, rehabilitation, legal and financial help in the Injured Person Support Network.

In the event of a threat to the life or health of the victim or his next of kin, they may receive police protection for the duration of the act in connection with legal proceeding, and if the degree of danger is high, they may receive personal protection or relocation assistance. The application for protection is addressed to the Chief of Police of the Voivodeship through the authority conducting the proceedings or the court[1].

The increase of the rights of the injured person has been stopped by the amendment of the provisions of the CCP of 11.3.2016, which came into force on 15.4.2016. This amendment restricted the possibility of submitting an application for discontinuation of criminal proceedings against the accused (removing art. 59a of the Penal Code), limiting the possibility of concluding consensual agreements (amendment of art. 338a and art. 387 CCP) and the possibility of final acquaintance with the materials of the proceedings (art. 321 CCP) and deprived the injured person and its plenipotentiary of final acquaint with the proceedings materials (art. 321 CCP). Thus, the legislature limited the catalog, although he did not specify the reasons for such decision.

5. Obligations of the injured in criminal proceedings

The injured person has not only the rights but is obliged to take part in certain activities or make specific statements.

The abovementioned regulation also states that the injured party is obliged: to be examined and examined not connected with surgery or observation in a medical establishment if the condition of his or her health depends on the punishment of the offense (art. 192 § 1 CCP); indicate the addressee (i.e. person or institution with address data) for service in the country when he or she is abroad; otherwise, the letter sent to the last known address in the country will be deemed to have been effectively served, and the action or hearing will be conducted in the absence of the victim; the refusal of the indication of the addressee may also make it not impossible to file a motion, complaint or appeal due to

[1] See Act of 28.11.2014 on protection and assistance to the injured person and witness (Journal of Laws of 2015 pos. 21).

expiration of time (art. 138 CCP) and to provide a new address in case of a change of place of residence or stay, including due to deprivation of liberty in another case (detention, imprisonment for punishment); otherwise, the letter sent to the current address will be deemed effectively delivered and the action or hearing will be conducted in the absence of the injured person; the refusal to indicate the address may also prevent from filing an application, complaint or appeal because of the expiration of the time limit (art. 139 CCP).

It is worth bearing in mind that the injured person is most often involved in the criminal trial as a witness, and therefore has the rights and duties which the legislator provides for witnesses. In this respect, the obligation to appear and to give testimony is the most important (art. 177 CCP).

6. Conclusions

It seems that the tendency in the introduction to widening the rights of the injured person will deepen and the standard of protection of the injured person will be constantly increased. This is a result of progressive cooperation between the members of the European Union and the signatories of the Council of Europe.

However, it should be borne in mind that increasing the rights of the injured person creates two dangers. The injured person, while pursuing the given entitlement, usually takes a particular procedural step and, in turn, increases the procedural steps of the parties to the proceedings, always influencing the prolongation of the criminal proceedings. Thus, the excess of rights of the injured person can make it difficult to carry out the procedure and at the same time it generates its long-term consequences. This means that the principle of an accurate criminal reaction may be weakened.

Second, the injured person is not always interested in active participation in criminal proceedings. Sometimes, the legislator provides for his powers, most of whom he is never intended to use. It is worth to take into account that often injured person in criminal proceedings only strives to compensate the damage caused by crime. The injured person almost in every process acts as a witness and is interviewed at least twice: both in the preparatory proceedings and in the course of the main hearing. The necessity of multiple appearances of injured person at the trial is a nuisance for him, and sometimes not only will he not be interested in participating in the trial, but also in general informing the law enforcement authorities of the offense. The injured person thus receives not only further victimization but, due to his or her procedural responsibilities, is forced to exercise his or her procedural rights in a specific way.

The question arises: How to reconcile the tendency of the legislator to increase the rights of the injured person while generating the length of criminal proceedings while coercing the injured person to participate in criminal proceedings? It seems only to find the Aristotle's golden means. It is therefore desirable to increase the rights of the injured person, but at the same time enable the injured person to relinquish the compulsory (forced) execution. Such balancing between the amount of rights and obligations guaranteed by the law for the injured person can not, however, violate international standards for the protection of the rights of the injured person or cause detriment to the principle of an accurate penal response.

BIBLIOGRAPHY:

1. Bieńkowska E. (red.), L. Mazowiecka (red.), Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz, Warszawa 2014.
2. Bieńkowska E., Mazowiecka L., Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych, Warszawa 2009.
3. Bieńkowska E., Uprawnienia pokrzywdzonego w ujęciu nowych projektyw nowelizacji prawa karnego, Prok. i Pr 2014, nr 11-12.
4. Dudka K., H. Paluszkiewicz, Postępowanie karne, Warszawa 2016.
5. Kulesza C., Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajyw zachodnich, Białystok 1995.
6. P. Czarnecki (red.), Czerwińska M. (red.), Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r. Komentarz praktyczny, Warszawa 2015.
7. Sakowicz A. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2016.
8. Stachurski D., Definicja pokrzywdzonego w polskim prawie karnym procesowym a pojęcie dobra prawnego, Państwo i Prawo 2013.
9. Szymańczak J., Prawa i uprawnienia ofiar przestępstw, Biuro Sejmu i Ekspertyz, Warszawa 2004.
10. Waltoś S., Hofmański P., Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2016.

Чарнецькі П., Попєль М.

Права та обов'язки потерпілого в польському кримінальному процесі проти міжнародних стандартів.

Анотація. У статті розглядаються права та обов'язки потерпілого в польському кримінальному процесі проти міжнародних стандартів. Висновок полягає в тому, що бажано розширити права потерпілого, але водночас дозволити потерпілому відмовитися від примусового виконання. Такий баланс між кількістю прав і обов'язків, гарантованих законом для потерпілого, не може порушувати міжнародні стандарти захисту прав потерпілого або призвести до порушення принципу точного кримінального реагування.

Ключові слова: права і обов'язки потерпілого, потерпілий, кримінальний процес Польщі, міжнародні стандарти, права і обов'язки, принцип точного кримінального реагування.



УДК 343.13

І.В. Гловюк,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат АО «Barristers»

ПРАВО ІНШОЇ ОСОБИ, ПРАВА ЧИ ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ЯКОЇ ОБМЕЖУЮТЬСЯ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ, НА ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню проблем реалізації положення ч. 9 ст. 284 КПК України. Зазначено, що для забезпечення належної правової процедури такого закриття кримінального провадження необхідно: регламентувати права іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представника отримувати витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань та на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення; уточнити у КПК України порядок розгляду клопотання слідчим суддею (підсудність клопотання; учасники розгляду; строки розгляду; обставини, які мають бути встановлені у ході розгляду (локальний предмет доказування); межі повноважень слідчого судді); указати у п. 13 ч. 1 ст. 309 КПК України на можливість оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про «відмову у закритті кримінального провадження на підставі частини дев'ятої статті 284 цього Кодексу».

Ключові слова: інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, слідчий суддя, закриття кримінального провадження, клопотання, ухвала, строки досудового розслідування.

Постановка проблеми. Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 18.09.2018 р. № 2548-VIII (далі — Закон № 2548-VIII) було передбачено ряд змін та доповнень до КПК України, які, судячи з пояснювальної записки до проекту цього закону, спрямовані на забезпечення неухильного дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час досудового розслідування кримінальних правопорушень та посилення відповідальності службових, посадових осіб правоохоронних органів за неналежне виконання покладених на них обов'язків під час досудового розслідування, а внесені зміни дозволять попередити випадки безпідставного продовження строків досудового розслідування у кримінальному проваджені, в якому жодній особі не повідомлено про підозру, що призводить до завдання шкоди особам, які не є

підозрюваними, однак стосовно яких фактично проводяться процесуальні дії [1]. Відмітимо, натомість, що закон зазнав також критики серед фахівців [2; 3]. Зокрема, О. Татаров стверджує, що його положення суперечать чинному законодавству та створюють умови для неефективного досудового розслідування; у підсумку це призведе до колапсу в роботі органів досудового розслідування та суду [3]. На думку Е. Лазаренко, покладені багатьма на закон «маски-шоу стоп-2» очікування не виправдалися, оскільки зазначені зміни в КПК не є механізмом захисту бізнесу від протиправних дій правоохоронців, а лише розширюють випадки реалізації державою права на зворотну вимогу до особи, яка заподіяла таку шкоду. Очевидно, що на сьогодні як і раніше залишається актуальною необхідність додаткового законодавчого удосконалення механізму притягнення до відповідальності правоохоронців за їх незаконні дії і отримання відповідної компенсації [2].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Не надаючи оцінку Закону № 2548-VIII у цілому, відмітимо, що питання реалізації положення ч. 9 ст. 284 КПК України, яка передбачає: «якщо закінчилися строки досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру, встановлені частиною першою статті 219 цього Кодексу, слідчий суддя може винести ухвалу про закриття кримінального провадження за клопотанням іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника», не піддавалися спеціальним дослідженням у кримінально-процесуальній доктрині.

Тому **метою статті** є аналіз положень ч. 9 ст. 284 КПК України у контексті відстоювання прав та законних інтересів іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, якою, у відповідності до п. 16-1 ст. 3 КПК України, є особа, стосовно якої (в тому числі щодо її майна) здійснюються процесуальні дії, визначені КПК України, та їх кореляції із іншими положеннями КПК України.

Виклад основного матеріалу. Перелік осіб, які підпадають під п. 16-1 ст. 3 КПК України, є по суті, відкритим, і як слушно зауважується, до цієї категорії можна віднести значну кількість суб'єктів кримінальних процесуальних відносин: особу, стосовно якої здійснюється досудове розслідування (особу, якій не вручено повідомлення про підозру, але орган досудового розслідування збирає докази щодо її причетності до вчинення кримінального правопорушення); особу, стосовно якої проводяться негласні слідчі (розшукові) дії; власника житла чи іншого володіння, де проводиться обшук; особу, котра перебуває в житлі чи іншому володінні під час обшуку, але не є його власником; особу, щодо якої проводяться негласні слідчі (розшукові) дії; володільця тимчасово вилученого майна; володільця тимчасово вилучених речей та документів; третю особу, щодо майна якої вирішується питання про арешт [3]. Відмітимо, що невирішеним, виходячи з положень КПК України, є і питання стосовно можливості поєднання статусів іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, із статусом іншого учасника кримінального провадження.

Частиною 9 ст. 284 КПК України у редакції Закону від 18.09.2018 р. передбачено: «якщо закінчилися строки

досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру, встановлені частиною першою статті 219 цього Кодексу, слідчий суддя може винести ухвалу про закриття кримінального провадження за клопотанням іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника». Без сумніву, логічна та обґрунтована норма у ситуаціях «прихованого кримінального переслідування», умисного затягування строків досудового розслідування з різними цілями. Проте, як видається, для досягнення нею тієї мети, яка указана у пояснювальні записці, цьому новому повноваженню слідчого судді не вистачає ряду положень, які б уточнювали механізм її реалізації та використання цього механізму для відстоювання прав та законних інтересів іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування.

По-перше, виникає питання стосовно обрахування строків досудового розслідування, адже, на жаль, право іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представника на отримання витягу з ЄРДР не передбачено, а це ускладнює можливість оцінки, закінчились чи ні строки досудового розслідування з моменту внесення відомостей до ЄРДР до дня повідомлення особі про підозру.

По-друге, для належної підготовки клопотання іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представника про закриття кримінального провадження, необхідно ознайомитися з матеріалами кримінального провадження. І тут виникає відразу ряд складнощів. Зокрема, у ст. 220 КПК України передбачено право іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника заявляти клопотання «у випадках, установлених цим Кодексом». На жаль, ст. 221 КПК України, яка регламентує ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, прямо не передбачає право іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представника про закриття кримінального провадження, її представника здійснювати таке ознайомлення, що може спричинити формальні відмови у задоволенні таких клопотань. А враховуючи, що такі відмови у порядку ст. 303 КПК України не оскаржуються, то виникає питання, яким же чином може бути реалізовано право на подання клопотання іншою особою, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представником про закриття кримінального провадження до слідчого судді, якщо нормами КПК України вони фактично позбавлені можливості його належним чином мотивувати, навіть у аспекті того, що особа дійсно підпадає під п. 16-1 ст. 3 КПК України? На жаль, поки що це питання залишається без відповіді.

По-третє, порядок розгляду клопотання слідчим суддею не регламентовано. Адже не встановлено підсудність клопотання; учасників розгляду, і чи є обов'язковою участь слідчого, прокурора; строки розгляду; обставини, які мають бути встановлені у ході розгляду (локальний предмет доказування); межі повноважень слідчого судді (зокрема, стосовно витребування матеріалів кримінального провадження, проведення допитів, дослідження документів та речових

доказів тощо). Це викликає критику також у такому аспекті, що в КПК не передбачено права витребування провадження від слідчого, прокурора чи іншої процедури, яка дала би змогу переконатись у правильності кваліфікації, тобто чи належить цей склад злочину до тієї категорії, що може підлягати закриттю, чи не вбачається в матеріалах ознак іншого складу злочину та необхідності продовження його розслідування тощо [3].

Без сумніву, у цій ситуації можна було б використати, керуючись ч. 6 ст. 9 КПК України, аналогію, проте, враховуючи істотну диференціацію правил (і порядку, і строків, і кола учасників) розгляду слідчим суддею клопотань у досудовому розслідуванні, виділити якість загальні норми, які б можна було застосувати за аналогією, практично неможливо; єдиний виняток становлять положення ч. 4 ст. 107 КПК України, яка передбачає, що фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження під час розгляду питань слідчим суддею, крім вирішення питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, є обов'язковим.

По-четверте, зауваження викликає положення п. 13 ч. 1 ст. 309 КПК України, яка передбачає можливість оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про «закриття кримінального провадження на підставі частини дев'ятої статті 284 цього Кодексу», а апеляційне оскарження відмови у закритті кримінального провадження, натомість, не передбачає.

Слід розглянути таке обмеження у контексті конституційних засад судочинства та засад кримінального провадження. Стаття 129 Конституції України передбачає, що однією з основних засад судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення. У Законі України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 р. зазначена засада сформульована як «Право на перегляд справи та оскарження судового рішення. Учасники справи, яка є предметом судового розгляду, та інші особи мають право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення» (ст. 14). Буквальне тлумачення цих положень вказує на те, що забезпечується перегляд «справи» у значенні остаточного вирішення питання цивільного, господарського, адміністративного спору або про обґрунтованість обвинувачення. Разом з тим, враховуючи дію в Україні засади верховенства права, а також те, що субстантивним елементом верховенства права є доступ доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами. Кожному має бути надана можливість оскаржувати дії та рішення влади, якщо вони не відповідають правам чи інтересам особи. Заборона такого оскарження є порушенням верховенства права (п. 53), а також дотримання прав людини, а правами, що найочевидніше пов'язані з верховенством права, є такі: (1) право на доступ до правосуддя; (2) право на законного і компетентного суддю; (3) право на виклад своєї позиції (the right to be heard); (4) неприпустимість подвійної загрози [подвійного покарання за одне і те саме діяння] (ne bis in idem) (ст. 4 Протоколу 7 до ЄКПЛ); (5) юридичний принцип, згідно з яким заходи, що накладають обтяження, не можуть мати зворотної сили; (6) право на ефективні засоби юридичного захисту в будь-якому спорі (ст. 13 ЄКПЛ); (7) презумпція невину-

ватості; та (8) право на справедливий суд, або — в англо-американській традиції — принцип природної справедливості чи принцип справедливої [юридичної] процедури; мають бути забезпечені: справедливе і відкрите слухання справи, відсутність упередженості та слухання і вирішення справи упродовж розумного строку (п. 60) [4], проблему обмеження права на оскарження ухвал слідчих суддів слід розглядати у більш широкому змістовному контексті. У кримінальному провадженні ця засада має спеціальний зміст, враховуючий дворівневий судовий контроль (слідчий суддя — апеляційні суди). У відповідності до ст. 24 КПК України, — «Забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності», кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом. Гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді». Конституція України не вказує прямо у ст. 129 на слідчих суддів. Разом з тим, ряд засад, передбачених ст. 129 Конституції, реалізуються, виходячи з положень КПК України, і у діяльності слідчих суддів, а саме: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; забезпечення права на захист; гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; розумні строки розгляду справи судом; забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення; обов'язковість судового рішення. Таким чином, ця засада охоплює можливість апеляційного оскарження і ухвал слідчого судді та забезпечення права на апеляційний перегляд ухвал слідчих суддів.

У доктрині є позиція, що норми ст. 309 КПК України прямо суперечать Конституції та обмежують гарантування кожному права на судовий захист. Зазначається, що не зрозумілою є логіка законодавця щодо надання можливості оскарження певних ухвал слідчого судді, водночас, залишаючи осторонь інші. Конституція України запровадила розширене право на апеляційне оскарження, ніж чинна раніше редакція і з формальної точки зору є більш загальною, ніж попередня, оскільки відповідає міжнародним стандартам оскарження рішень суду, які можуть і не передбачати поділу судових інстанцій на апеляційну та касаційну, проте гарантують право особи на перегляд її справи вищим судом [5, с. 61-62]. Відмітимо також, що у рішенні Конституційного Суду України від 23 листопада 2018 р. № 10-р/2018 зазначено, що відповідно до принципу верховенства права держава має запровадити таку процедуру апеляційного перегляду справ, яка забезпечувала б ефективність права на судовий захист на цій стадії судового провадження, зокрема давала б можливість відновлювати порушені права і свободи та максимально запобігати негативним індивідуальним наслідкам можливої судової помилки.

У контексті практики ЄСПЛ слід зазначити, що попри те, що ст. 6 Конвенції прямо не передбачає право на доступ до вищестоящого суду, його можна вивести з положень ст. 2 протоколу № 7 до Конвенції та тлумачення

положень ст. 6 Конвенції щодо основоположних процедурних гарантій, які реалізуються у разі наявності у національній судовій системі апеляційного та касаційного проваджень. Таким чином, за загальним правилом, особа має право на доступ до вищестоящого суду. Проте, право на доступ до вищестоящого суду, як і до суду першої інстанції, не є абсолютним. Принципом усталеної практики є те, що будь-які обмеження права на перегляд, що містяться у національному законодавстві, мають за аналогією з правом на доступ до суду, який закріплено п. 1 ст. 6 Конвенції, переслідувати законну мету та не порушувати саму суть цього права (рішення «Руслан Яковенко проти України» (заява № 5425/11)) [6, с. 42].

Крім того, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом є однією з основних засад судочинства. У кримінальному провадженні вона деталізована у ст. 10 КПК України. Як зазначає В.В. Городовенко, зміст цього принципу розкривається в таких елементах: а) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак; б) рівність процесуальних прав щодо доведення своєї правової позиції перед судом, а також рівність обов'язків, які випливають із процесуального законодавства; в) застосування судом матеріального і процесуального закону однаково для всіх незалежно від правового і соціального статусу особи, фактичних і юридичних обставин справи; г) існування єдиної для всіх судової системи, яка передбачає можливості розгляду справи по суті, а також оскарження рішення у справі у вищих судах [7, с. 185-186]. Як вказує Г.М. Мамка, «конституційна засада рівності перед законом і судом у кримінальному провадженні гарантує ... недопустимість дискримінації в діяльності державних органів і посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження [8, с. 110]. Таким чином, елементом змісту цієї засади є відсутність привілеїв чи обмежень у процесуальних правах, передбачених КПК України, що безпосередньо корелює цю засаду із засадою змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Відповідно, наведена норма п. 13 ч. 1 ст. 303 КПК України є дискримінаційною для сторони захисту, що свідчить про її невідповідність п. 1 ст. 129 Конституції України.

Висновки. Попри потенційну ефективність положення ч. 9 ст. 284 КПК України, яка передбачає: «якщо закінчилися строки досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру, встановлені частиною першою статті 219 цього Кодексу, слідчий суддя може винести ухвалу про закриття кримінального провадження за клопотанням іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, або її представника», для забезпечення належної правової процедури такого закриття кримінального провадження необхідно: регламентувати права іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, її представника отримувати витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань та на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його за-

вершення; уточнити у КПК України порядок розгляду клопотання слідчим суддею (підсудність клопотання; учасники розгляду; строки розгляду; обставини, які мають бути встановлені у ході розгляду (локальний предмет доказування); межі повноважень слідчого судді); указати у п. 13 ч. 1 ст. 309 КПК України на можливість оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про «відмову у закритті кримінального провадження на підставі частини дев'ятої статті 284 цього Кодексу».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування, 8490 від 18.06.2018, пояснювальна записка. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=64238&pf35401=458708

2. Лазаренко Э. Закон «маски-шоу стоп-2» не оправдал ожиданий, остается надеяться на «маски-шоу стоп-3» — адвокат. Режим доступу: http://pravo.ua/news.php?id=0657464

3. Татаров О. Дрібниці вирішують усе! Чергові зміни до КПК забезпечать хіба що колапс досудового розслідування. Режим доступу: https://zib.com.ua/ua/134754-zmini_do_kpk_zabezpechat_kolaps_dosudovogo_rozsliduvannya.html

4. Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» «Про верховенство права». Режим доступу: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr

5. Музиченко Т.О. Апеляційне оскарження ухвал слідчого судді щодо правомірності обмеження права власності особи у досудовому розслідуванні: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. Київ, 2018. 326 с.

6. Гловюк І.В. Резолютивна частина ухвали слідчого судді та право на справедливий суд. Практика Європейського суду з прав людини в діяльності органів прокуратури і суду: виклики та перспективи: матеріали І Міжнародної науково-практичної конференції (13 червня 2018 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2018. С. 40-44.

7. Городовенко В. Принцип рівності громадян перед законом і судом. Вісник Конституційного Суду України. 2012. № 1. С. 178-186.

8. Мамка Г.М. Рівність перед законом і судом — конституційна засада кримінального провадження, її сутність і зміст. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція. — 2014. Вип. 9-2(2). С. 108-111.

Гловюк И.В.

Право иного лица, права или законные интересы которого ограничиваются во время досудебного расследования, на прекращение уголовного производства: проблемы нормативной регламентации и реализации.

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблем реализации положения ч. 9 ст. 284 УПК Украины. Отмечено, что для обеспечения надлежащей правовой процедуры такого прекращения уголовного производства необходимо: регламентировать право иного лица, права или законные интересы которого ограничиваются во время досудебного расследования, его представителя получать выписку из Единого реестра досудебных расследований и на ознакомление с материалами досудебного расследования до его завершения; уточнить у КПК Украины порядок рассмотрения ходатайства следственным судьей (подсудность ходатайства, участников рассмотрения; сроки рассмотрения; обстоятельства, которые должны быть установлены в ходе рассмотрения (локальный предмет доказывания) пределы полномочий следственного судьи), указать в п. 13 ч. 1 ст. 309 УПК Украины на возможность обжалования в апелляционном порядке определения следственного судьи об «отказе в прекращении уголовного производства на основании части девятой статьи 284 настоящего Кодекса».

Ключевые слова: иное лицо, права или законные интересы которого ограничиваются во время досудебного расследования, следственный судья, прекращение уголовного производства, ходатайство, определение, сроки досудебного расследования.

I. Hloviuk

The right of another person whose rights or legitimate interests are limited during the pre-trial investigation, on the closing of criminal proceedings: the problems of normative regulation and implementation.

Summary. This article is devoted to the analysis of implementation problems of Part 9 Article 284 of the CPC of Ukraine. It was noted that in order to ensure the proper legal procedure for such closing of criminal proceedings it is necessary: to regulate the rights of another person whose rights or legitimate interests are limited during pre-trial investigation, his representative to receive an extract from the Integrated Register of Pre-trial Investigations and to familiarize with the materials of pre-trial investigation until it is completed; to specify in the CPC of Ukraine the procedure for examining a motion by an investigating judge (jurisdiction of motion, participants of consideration, terms of consideration, circumstances to be established during the examination (local circumstance in proof), authority limits of an investigating judge); to indicate in Paragraph 13 Part 1 Article 309 of the CPC of Ukraine on the possibility of appeal in court investigating judge's ruling on "refusal to close the criminal proceedings according to Part 9 Article 284 of this Code".

Keywords: other person whose rights or legitimate interests are limited during pre-trial investigation, investigating judge, closure of criminal proceedings, motion, ruling, terms of pre-trial investigation.



УДК 343.985.3

К.О. Сандул,
Національна академія Служби безпеки України

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО АНАЛІЗУ В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена визначенню основних організаційно-правових засад кримінального аналізу в оперативно-розшуковій діяльності Державної прикордонної служби України. Автор акцентує увагу на проблеми у нормативно-правовому регулюванні здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності Державної прикордонної служби України.

Ключові слова: оперативно-розшукова діяльність, кримінальний аналіз, інформаційно-аналітична діяльність.

Постановка проблеми. У сучасних умовах протидії організованій транснаціональній злочинності аналітичне забезпечення оперативно-розшукової діяльності Державної прикордонної служби України набуває першочергового значення.

Відповідно до Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. № 1023-р, визначено, що подолання викликів у боротьбі зі злочинністю здійснюватиметься шляхом запровадження використання різних джерел інформації в діяльності органів системи Міністерства внутрішніх справ, комплексного впровадження сучасних систем кримінального аналізу, в тому числі методології Європолу з оцінки загроз тяжких злочинів та організованої злочинності (SOCTA) [1].

Відповідно до Стратегії розвитку Державної прикордонної служби, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1189-р, посилення оперативно-розшукової діяльності Держприкордонслужби забезпечуватиметься шляхом удосконалення відомчої системи кримінального аналізу, визначення механізму та запровадження використання результатів кримінального аналізу в кримінальному судочинстві [2].

Водночас стрімкий розвиток сучасних інформаційних і телекомунікаційних технологій вимагає не тільки нових підходів до застосування аналітичних інструментів в оперативно-розшуковій діяльності але й удосконалення нормативно-правового регулювання процесу здійснення кримінального аналізу та використання отриманих результатів.

Саме тому існує необхідність більш детального дослідження організаційно-правових засад здійснення кримінального аналізу в оперативно-розшуковій діяльності Державної прикордонної служби України з метою

їх адаптації до норм міжнародного та національного права.

Стан дослідження: Аналіз стану досліджень свідчить про те, що багато вітчизняних науковців таких як, А. Мовчан, О. Деревягін, О. Заєць, Д. Узлов присвятили свої праці вивченню питання застосування аналітичних інструментів, у тому числі кримінального аналізу, в процесі оперативно-розшукової діяльності та під час досудового розслідування, однак окремого комплексного дослідження організаційно-правових засад здійснення кримінального аналізу в оперативно-розшуковій діяльності Державної прикордонної служби України не проводилось. Саме тому, метою статті є подальше вивчення питання застосування кримінального аналізу в оперативно-розшуковій діяльності Державної прикордонної служби України.

Виклад основного матеріалу. Стрімкий розвиток інформаційних і телекомунікаційних технологій дає змогу інтегрувати й опрацьовувати значну кількість даних про конкретні об'єкти з відкритих джерел інформації та спеціалізованих автоматизованих інформаційних систем, одержуючи нові знання про способи їх взаємодії та взаємозв'язки, що в сучасних умовах протидії організованій транснаціональній злочинності набуває першочергового значення.

Застосування сучасних інформаційних і телекомунікаційних технологій в оперативно-розшуковій діяльності дає змогу за короткий проміжок часу отримати достовірну інформацію про конкретні об'єкти, необхідну для виявлення та викриття злочинних намірів.

З правової точки зору кримінальний, як один з видів інформаційно-аналітичної діяльності, виступає в двох якостях — як специфічна форма оперативно-розшукової діяльності, а також як діяльність у сфері обігу інформації взагалі.

В зв'язку з цим правову основу кримінального аналізу складають:

— нормативно-правові акти, які регулюють оперативно-розшукову діяльність Державної прикордонної служби України як правоохоронного органу (Конституція України, Закони України, відомчі нормативно-правові акти);

— нормативно-правові акти, які регулюють відносини в сфері інформації, використання комп'ютерних програм та банків даних, тощо.

Для того, щоб ґрунтовно розглянути організаційно-правові засади здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності, спочатку визначимо нормативні передумови такої діяльності в Державній прикордонній службі України через поняття «правове забезпечення інформаційно-аналітичної діяльності в Державній прикордонній службі України», яке є підґрунтям та основою такої діяльності.

Дослідження наукових джерел свідчить, що правове забезпечення інформаційно-аналітичної діяльності в Державній прикордонній службі України у науці і практиці екстраполюється за сутністю на загальносистемне для предметної галузі поняття — «правове забезпечення інформатизації», яке виникло в період бурхливого розвитку та впровадження комп'ютерних технологій у різні сфери життєдіяльності суспільства.

У сучасному розумінні правове забезпечення інформатизації — це діяльність відповідних суб'єктів суспільних відносин щодо формування комплексу правових норм правил поведінки, прав і обов'язків учасників у сфері інформатизації [3].

Виходячи із зазначеного формулювання, можливо визначити категорію «правове забезпечення інформаційно-аналітичної діяльності в Державній прикордонній службі України», як діяльність відповідних державних органів щодо формування комплексу правових норм правил поведінки, прав і обов'язків відповідних підрозділів щодо збору, обробки з використанням інформаційних і телекомунікаційних технологій та використання інформації в процесі оперативно-службової діяльності.

До найважливіших нормативно-правових актів України, що за своєю сутністю складають правові основи здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності Державної прикордонної служби України, потрібно віднести насамперед Конституцію України, Кримінальний кодекс України та Кримінальний процесуальний кодекс України, Закони України: «Про державну прикордонну службу України», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про державну таємницю», «Про захист персональних даних», «Про інформацію», «Про захист інформації в автоматизованих системах», «Про науково-технічну інформацію», «Про Національну програму інформатизації», «Про концепцію Національної програми інформатизації», тощо.

Аналізуючи чинне законодавство України, найбільш доцільно буде побудувати ієрархію законодавчих актів, починаючи з Конституції України та Закону України «Про Державну прикордонну службу України», як основного нормативно-правового акту для діяльності Державної прикордонної служби України.

Нормативно-правове регулювання кримінального аналізу, як специфічної форми оперативно-розшукової діяльності, бере свій початок в Конституції України.

Конституція України, як основний закон держави, закладає найважливіші принципи відносин між правоохоронними органами та громадянами у сфері боротьби зі злочинністю, основи діяльності правоохоронних органів, а закони та підзаконні акти розвивають та конкретизують конституційні норми.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про державну прикордонну службу України» до основних функцій Державної прикордонної служби України відносяться:

— ведення розвідувальної, інформаційно-аналітичної та оперативно-розшукової діяльності в інтересах забезпечення захисту державного кордону України;

— участь у боротьбі з організованою злочинністю та протидія незаконній міграції на ДК України та в межах контрольованих прикордонних районів;

— участь у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом, а також припинення діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань (груп), організованих груп та злочинних організацій, що порушили порядок перетинання державного кордону України.

Військовослужбовці та працівники Державної прикордонної служби України під час виконання покладених на них обов'язків керуються тільки законами, діють на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [4].

Власне, кримінальний аналіз виступає у двох якостях: як вид інформаційно-аналітичної діяльності та як специфічна форма оперативно-розшукової діяльності Державної прикордонної служби України.

Відповідно до статті 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні [5].

Отже необхідно керуватися положеннями Кримінального процесуального кодексу України в частині, що стосується системи збору та фіксації доказів.

Значення Кримінального процесуального кодексу України для кримінального аналізу визначається в першу чергу через положення статтей 84, 99, 104, 105 зазначеного Кодексу.

Дані, які отримані під час здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності, будучи відповідним чином документально зафіксованими і оформленими, можуть стати доказами у кримінальному провадженні. При цьому слід мати на увазі, що тільки правильно оформлені результати оперативно-розшукових заходів можуть мати кримінально-процесуальну значимість.

Кримінальному аналізу як виду інформаційно-аналітичної діяльності притаманні три взаємопов'язані компоненти:

1) інформаційні системи та банки даних у межах яких здійснюється збирання, накопичення, системне опрацювання, зберігання й надання споживачу необхідної інформації;

2) аналітична робота, що полягає у здійсненні комплексу організаційних заходів і методичних прийомів з опрацювання та синтезу наявної оперативної та іншої інформації;

3) управлінська діяльність, яка забезпечує прийняття необхідних рішень.

Пунктом 10 частини 1 статті 20 Закону України «Про державну прикордонну службу України» та пунктом 18 "частини 1 статті 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» визначено, що Державна прикордонна служба України має право «створювати і використовувати в інтересах оперативно-розшукової діяльності, участі у боротьбі з організованою злочинністю та протидії незаконній міграції інформаційні системи у тому числі банки даних...».

Наведене вище свідчить, що кримінальний аналіз є складовою частиною процесу оперативно-розшукової діяльності.

Особливе значення для правового регулювання здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності також мають Закони України «Про інформацію», «Про захист персональних даних», «Про державну таємницю», «Про доступ до публічної інформації», «Про Концепцію Національної програми інформатизації».

Дані нормативно-правові акти регулюють правові відносини, які виникають при формуванні та використанні інформаційних ресурсів на основі створення, збору, обробки, накопичення, зберігання, пошуку, розповсюдження та наданню споживачеві документованої інформації; при створенні та використанні інформаційних технологій і засобів їх забезпечення; при захисті інформації, прав суб'єктів інформаційних відносин, які беруть участь в інформаційних процесах та інформатизації.

Виходячи з проведеного аналізу нормативно-правових актів, кримі-

нальний аналіз знаходиться на перехресті таких областей діяльності як інформатизація, аналітична робота та оперативно-розшукова діяльність. При цьому специфічні правовідносини, які врегульовані законодавством України, висувають особливі вимоги до організації та здійснення кримінального аналізу в процесі оперативно-розшукової діяльності Державної прикордонної служби України та потребують удосконалення та адаптації до норм міжнародного та національного права.

Висновок. Використання сучасних інформаційних технологій та кримінального аналізу не лише є необхідною передумовою ефективної протидії злочинності, але й в умовах сьогодення фактично стає самостійним інструментом завдяки якому Державна прикордонна служба України може ефективно реагувати на загрози у сфері безпеки державного кордону України.

Особливо важливим є кримінальний аналіз у сфері боротьби з транснаціональною організованою злочинністю, оскільки лише завдяки йому, як правило, вдається встановити зв'язки в середині кримінальних структур і поєднати окремі злочинні дії кримінального угрупування.

З огляду на зазначене, на наш погляд, удосконалення національного законодавства щодо запровадження поняття кримінального аналізу в законодавство про оперативно-розшукову діяльність та під час досудового розслідування дозволить створити єдину систему аналітичного забезпечення національних правоохоронних органів, що в свою чергу дозволить їм реагувати на сучасні загрози ефективно та із дотриманням норм закону, забезпечуючи при цьому права та свободи людини та в подальшому інтегруватися в загальноєвропейську правоохоронну структуру.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про схвалення Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. № 1023-р https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-2017-р
2. Про схвалення Стратегії розвитку Державної прикордонної служби: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1189-р https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1189-2015-р
3. Інформаційне забезпечення управлінської діяльності в умовах інформатизації: організаційно–правові питання теорії і практики: Монографія / Калюжний Р.А., Шамрай В.О., Гавловський В.Д., Гуцалюк М.В., Швець М.Я., Цимбалюк В.С., Яцишин Ю.В., Ластовецький А.С. / За ред. Р.А. Калюжного, В.О. Шамрая. — Київ: АДПС України, 2002. — 95 с.
4. Про Державну прикордонну службу України: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2003, № 27. — Ст. 208.
5. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992, № 22. — Ст. 303.

Сандул К.О.

Организационно-правовые основы осуществления криминального анализа в оперативно-розыскной деятельности Государственной пограничной службы Украины.

Аннотация. Статья посвящена определению основных организационно-правовых основ криминального анализа в оперативно-розыскной деятельности Государственной пограничной службы Украины. Автор акцентирует внимание на проблемы в нормативно-правовом регулировании осуществления криминального анализа в процессе оперативно-розыскной деятельности Государственной пограничной службы Украины.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, криминальный анализ, информационно-аналитическая деятельность.

K. Sandul

Organizational and legal basis of implementation criminal analysis in operational activity of the State border service of Ukraine.

Summary. The article discloses to the definition of the basic organizational and law principles of criminal analysis, used in the operational activity of the State Border Guard Service of Ukraine. The author focuses on the problems in the legal regulation of the implementation of criminal analysis in the process of operational activity of the State Border Guard Service of Ukraine.

Keywords: Operational activity, criminal analysis, informational and analytical activity.



УДК 343.14

В.О. Соловйов,
аспірант кафедри кримінального процесу,
Національний університет «Одеська юридична академія»

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАХИСНИКА В ДОКАЗУВАННІ ПІД ЧАС ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ПРО ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ

Анотація. Стаття присвячена визначенню особливих рис участі захисника в доказуванні на стадії досудового розслідування під час вирішення слідчим суддею питання про обрання, зміну, скасування заходів забезпечення кримінального провадження. Розглянуто проблему визначення доказами матеріалів, які збирає захисник, запропоновано алгоритм формування доказів в залежності від суб'єкта прийняття процесуального рішення та мети, яку прагне досягти суб'єкт під час доказування. Виділено особливості участі захисника в доказуванні при вирішенні питання про заходи забезпечення кримінального провадження та запропоновано подальші напрямки впровадження принципу змагальності сторін в доказування, яке здійснюється сторонами під час розгляду слідчим суддею клопотань про заходи забезпечення кримінального провадження.

Ключові слова: досудове розслідування, змагальність, доказування, сторони кримінального провадження, захисник, матеріали, докази, збирання доказів, заходи забезпечення кримінального провадження, слідчий суддя.

Постановка проблеми. Останнім часом спостерігається стрімкий розвиток кримінального процесуального законодавства, що свідчить про позитивну динаміку в даній галузі. Внесення змін до КПК України обумовлюється як гармонізацією національного законодавства з міжнародним, приведенням у відповідність до нових норм українського законодавства, посиленням кримінальної відповідальності у відповідній сфері, так і іншими факторами. Одним із корисних та позитивних мотивів внесення змін до КПК України, на нашу думку, є зміни, пов'язані із розширенням змагальних засад у кримінальному провадженні.

В науці кримінального процесу доволі часто змагальність розглядають як принцип, який реалізується лише на стадії судового розгляду, що на сьогоднішній день є дещо застарілим підходом, у зв'язку з трансформацією кримінального процесу за останні двадцять з лишнім років, зокрема у зв'язку з встановленням КПК України можливості захисника збирати та подавати докази слідчому судді. Про необхідність впровадження нових елементів змагальності та рівності сторін на стадії досудового розслідування свідчить і прийняття Закону України №2147а-VIII від 03.10.2017 року, яким внесено зміни до КПК України — передбачено новий порядок

залучення експерта в кримінальному провадженні на змагальних засадах. В пояснювальній записці даного закону передбачено покликання акта вирішити проблеми формального ставлення судів до дотримання принципу змагальності сторін та невиправдані формальні та неформальні обмеження у використанні деяких засобів доказування. Необхідно наголосити на існуванні вектору руху в напрямку розширення елементів змагальності у досудовому розслідуванні не тільки в науці, а й на законодавчому рівні.

Змагальність, серед іншого, передбачає рівність можливостей сторін в доказуванні. На наш погляд, дана тема потребує активного опрацювання в науці саме на даному етапі, адже незважаючи на існування в КПК України принципу, який передбачає рівність прав сторін, існує багато проблем, які унеможливлюють реалізацію захистом своїх прав нарівні з протилежною стороною. Актуальність даної теми зумовлює практична необхідність та все частіше обговорення в науці кримінального процесу необхідності впровадження елементів змагальності в процес вирішення слідчим суддею питання про заходи забезпечення кримінального провадження (далі — ЗЗКП), в тому числі створення механізму повноцінного дослідження слідчим суддею доказів під час вирішення питання про ЗЗКП, з можливістю визнавати докази недопустимими, відкладати судові засідання для з'ясування відповідних обставин та використовувати інші процесуальні можливості для прийняття законного, обґрунтованого рішення. При цьому захисник повинен мати реальні можливості для збирання доказів для підготовки до розгляду слідчим суддею відповідних клопотань. Для того, щоб створити ефективний механізм реалізації захисником прав на збирання та подання доказів слідчому судді, необхідно визначитись з питаннями сутності доказування, в якому бере участь захисник під час вирішення питання про ЗЗКП, правовою природою матеріалів, які збирає захисник для подання слідчому судді, а також необхідно виокремити особливі риси доказування, в якому бере участь захисник під час обрання, зміни, скасування ЗЗКП.

Аналіз останніх досліджень. Проблемами участі сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні, визначення правової природи зібраних стороною захисту матеріалів та сутності доказування, яке здійснює захисник на стадії досудового розслідування, займались такі вчені: Ю.П. Аленін, І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, Я.П. Зейкан, Л.М. Лобойко, Т.В. Лукашкіна, О.В. Малахова, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, М.Є. Шумило та ін. Більш детально дані питання досліджували І.В. Гловюк, В.А. Завтур, Т.В. Лукашкіна, Л.М. Лобойко, О.В. Малахова. Незважаючи на актуальність даної тематики, сьогодні не існує єдиного погляду на питання збирання захисником доказів на стадії досудового розслідування та правової природи матеріалів, зібраних захисником. Детально не проаналізований алгоритм формування доказу, а саме перетворення зібраних сторонами матеріалів в докази. Підходи до поняття доказування, яке здійснює захисник, залишаються традиційними та не переглядаються у зв'язку з трансформацією доказування на стадії досудового розслідування. Питанню визначення особливостей доказування, яке здійснює захисник під час обрання, зміни, скасування

слідчим суддею ЗЗКП загалом не відведено достатньої уваги.

Метою статті є визначення особливостей доказування, яке здійснюється захисником під час вирішення слідчим суддею питання про ЗЗКП, на основі аналізу існуючих підходів до поняття доказування, правової природи матеріалів, зібраних сторонами, законодавчо закріплених процесуальних повноважень сторін кримінального провадження, кінцевої мети, яку ставлять перед собою суб'єкти доказування.

Виклад основного матеріалу. Захисник, будучи суб'єктом доказування, бере участь у доказуванні на стадії досудового розслідування у різних формах. У зв'язку з тим, що захисник має особливий процесуальний статус, доказування в якому він бере участь також має свої особливості. Для початку треба внести відповідну ясність та відмітити, що доказування в науці традиційно розглядають у двох значеннях [1, с. 220; 2, с. 9-11]. При цьому, погоджуємось, що друге значення доказування — обґрунтування власної тези перед іншим суб'єктом, уповноваженим приймати процесуальне рішення, завжди спрямоване на зовнішнього адресата [3, с. 157]. Згодні, що виділення двох значень доказування є дуже зручним для розмежування категорій обов'язок доказування та тягар доказування [4, с. 190]. Знов ж таки, погоджуючись з видатним науковцем, зауважимо, що доказування в першому значенні здійснюється з метою формування внутрішнього переконання суб'єкта, який пізнає [3, с. 157].

В процесі доказування, яке здійснюється під час досудової стадії сторонами кримінального провадження, у відповідного суб'єкта виникають декілька варіантів подальших дій, в залежності від того чи уповноважений суб'єкт збирання фактичних даних за власною ініціативою приймати відповідне процесуальне рішення та з якою метою суб'єкт збирає матеріали.

Перший: зібравши докази, сформувавши внутрішнє бачення, суб'єкт, в залежності від статусу та наявних повноважень, самостійно приймає процесуальне рішення (слідчий, прокурор виносить постанову про закриття кримінального провадження або складають повідомлення про підозру), при цьому в нього не виникає необхідності доводити свою позицію зовнішньому адресату (в даному випадку доказування становить перший етап правозастосовного процесу, який здійснює сам суб'єкт прийняття рішення). При наведеному варіанті доказування здійснюється тільки в першому значенні.

Другий: зібравши матеріали, суб'єкт внутрішньо переконався в неможливості на підставі отриманих фактичних даних самостійно прийняти відповідне процесуальне рішення, а тому на даному етапі можна говорити, що зібрані матеріали будуть використовуватися для прийняття процесуального рішення іншим суб'єктом (цей випадок стосується тільки слідчого, прокурора на стадії досудового розслідування). В другому випадку доказування здійснюється в першому значенні, однак в подальшому доказування може здійснюватися і в другому значенні. Вищенаведені варіанти стосуються тільки сторони обвинувачення, адже на неї розповсюджується обов'язок доказування.

Третій варіант суттєво відрізняється від перших двох: суб'єкт збирає докази з конкретною заздалегідь визначеною метою — звернутися до суб'єкта прийняття відповідного процесуального рішення з метою переконання його, використовуючи при цьому

зібрані матеріали. Суб'єкт прийняття рішення встановлює фактичні обставини, отримуючи відповідні матеріали від суб'єкта ініціювання. В даному випадку можна спостерігати комплексний підхід до значення доказування, тобто доказування здійснюється в два етапи: 1) збирання матеріалів (перше значення); 2) подання їх суб'єкту прийняття рішення та доведення (друге значення).

Що стосується сторони захисту, вважаємо, що в силу відсутності у неї обов'язку доказування та можливості приймати процесуальні рішення, остання завжди здійснює доказування у значенні, наведеному у даному варіанті, що є однією із особливостей участі сторони захисту в доказуванні взагалі та на стадії досудового розслідування зокрема (вказане розповсюджується як на випадок збирання стороною захисту матеріалів для подання слідчому судді, так і збирання їх на досудовому розслідуванні для подання в суді).

Наведене вище дає змогу зрозуміти та відслідкувати процесуальний момент перетворення зібраних матеріалів на докази, а також відповісти на спірні питання — чи формуються докази під час досудового розслідування та чи збирають сторони докази на даній стадії.

В науці існує багато думок з приводу того, що саме вважається доказом [5, с. 166; 6, с. 47]. Одні науковці вважають неможливим існування доказів на досудовій стадії, мотивуючи це законодавчою необхідністю дослідження усіх матеріалів безпосередньо судом [7, с. 186]. Інші говорять про наявність доказів в обох стадіях, поділяючи останні на досудові та судові [8, с. 86]. Для надання відповідей на вищезазначені питання використаємо законодавчо визначену дефініцію.

Згідно ст. 84 КПК України доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

З урахуванням даного визначення та викладеного в роботі вище, відзначимо, що слідчий, прокурор на стадії досудового розслідування збирають саме докази як в першому так і в другому випадку, адже на підставі зібраних фактичних даних встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. На нашу думку, обставини, що мають значення для кримінального провадження та обставини, що підлягають доказуванню мають дещо різну природу[1].

В третьому ж, наведеному вище випадку, сторони збирають саме матеріали, які перетворюються на докази в момент їх подачі суб'єкту прийняття процесуального рішення. Вважаємо саме в цьому варіанті здійснення доказування найбільше знаходить своє відображення засада змагальності.

Сторона обвинувачення на досудовому розслідуванні з ініціативою

[1] Вважаємо, обставини, що підлягають доказуванню — перелік яких визначений ст. 91 КПК України та які становлять загальний предмет доказування. Обставини, що мають значення для кримінального провадження — це всі інші, які стосуються відповідного провадження, основний масив яких спрямований на вирішення проміжних питань і які становлять локальний предмет доказування в кожному окремо взятому випадку. За критерієм мети, яку необхідно досягти в результаті доказування можна виділити два види доказів відповідно.

про прийняття процесуального рішення може звернутися до слідчого судді або слідчий може звернутися до прокурора (наприклад про продовження строку досудового розслідування). Матеріали, які слідчий, прокурор подають суб'єкту прийняття відповідного процесуального рішення, перетворюються на докази в момент розгляду їх останнім.

Що стосується захисника, то він може звернутися з ініціативою про прийняття процесуального рішення як до слідчого судді, так і до сторони обвинувачення. Статтями 151, 156, 172, 193 КПК України передбачено, що слідчий суддя має право за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання. І хоча дані норми містять формулювання «слідчий суддя має право», погоджуємось з Т.В. Лукашкіною, що слідчий суддя не може відмовити захиснику в дослідженні поданих ним матеріалів [4, с. 193]. Це підтверджує і принцип змагальності сторін, який передбачає свободу та рівність в поданні суду матеріалів сторонами[1]. Отже, матеріали, що підтверджують сутність доводів захисника, стають доказами під час їх розгляду слідчим суддею. Це стосується і подання захисником матеріалів під час розгляду слідчим суддею клопотання, поданого стороною обвинувачення, а також подання матеріалів суду.

На підставі викладеного стверджуємо, що захисник на досудовому розслідуванні збирає докази саме при участі в доказуванні, яке здійснюється під час обрання, зміни, скасування ЗЗКП, що є особливістю доказової діяльності захисника в кримінальному провадженні.

Взагалі, вважаємо, що на досудовому розслідуванні захисник, реалізуючи повноваження, надані йому для здійснення доказування, в залежності від мети, яку ставить перед собою, діє в таких напрямках:

1) бере участь в доказуванні у двох формах, запропонованих Т.В. Лукашкіною, яке спрямоване на отримання матеріалів захисником, а також стороною обвинувачення, які будуть використані для прийняття процесуального рішення, яким кримінальне провадження вирішується по суті (в тому числі і в суді) [4];

2) збирає матеріали самостійно або за допомогою слідчого судді з метою використання їх для переконання суб'єкта прийняття відповідного проміжного процесуального рішення, що включає в себе саме участь захисника під час вирішення питання про ЗЗКП.

Відмітимо, що особливостями останнього напрямку є: постійний статус захисника як суб'єкта ініціювання прийняття відповідного процесуального рішення; особлива природа доказування, в якому він бере участь, яке завжди складається з двох етапів: збирання доказів і формування внутрішньої позиції до інформації, яку

[1] У зв'язку з цим пропонуємо наведене формулювання у відповідних статтях КПК України замінити наступним: «слідчий суддя зобов'язаний за клопотанням сторін кримінального провадження (учасників розгляду – для вирішення питання про арешт майна у ст. 173 КПК України) та має право за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання». Взагалі КПК України не містить єдиної загальної процедури розгляду клопотань про ЗЗКП. В кожній окремій статті містяться різні формулювання. На нашу думку, з метою формування сталості практики застосування норм КПК України, необхідно доповнити КПК України окремою статтею, в якій передбачити загальну процедуру розгляду клопотань про ЗЗКП.

вони містять та доведення своєї позиції до слідчого судді.

Незважаючи на специфіку вказаного напрямку доказування, законодавець не визначає окремої процедури збирання доказів захисником під час вирішення питання про деякі ЗЗКП. Захисник має майже ідентичні можливості як і під час збирання матеріалів, необхідних йому для стадії судового розгляду. На наш погляд, з причини обмеженості короткими строками, встановленими для прийняття процесуальних рішень про деякі ЗЗКП, законодавчо необхідно передбачити окремий порядок збирання доказів захисником для підготовки його до участі в засіданні слідчого судді, адже на відміну від збирання матеріалів для судової стадії, де у захисника є приблизно один — два місяці, підготовка захисника до розгляду питання про обрання запобіжних заходів обмежується в кращому випадку 72 годинами. Це стане ще однією особливістю доказування під час вирішення питання про ЗЗКП.

Висновки. Захисник у стадії досудового розслідування бере участь в доказуванні, зокрема під час вирішення питання слідчим суддею про обрання, зміну, скасування ЗЗКП. Особливістю доказування, в якому він бере участь є: по-перше, комплексний підхід до поняття доказування, кінцевою метою якого завжди є прийняття відповідним суб'єктом процесуального рішення, при цьому доказування, в якому він бере участь, завжди складається з двох етапів: збирання матеріалів і формування внутрішньої позиції до інформації, що в них міститься та подання матеріалів суб'єкту прийняття процесуального рішення і доведення своєї позиції перед ним. По-друге, захисник завжди має статус суб'єкта ініціювання прийняття відповідного процесуального рішення. Матеріали, які збирає захисник на стадії досудового розслідування, перетворюються на докази саме в момент розгляду їх слідчим суддею, адже останній не має права відмовити в їх дослідженні, а тому захисник на досудовому розслідуванні збирає матеріали, які стають доказами тільки тоді, коли в подальшому подає їх слідчому судді. Ще однією особливістю, на нашу думку, має стати особливий порядок збирання матеріалів захисником, які необхідні йому для подання під час розгляду слідчим суддею питання про обрання, зміну чи скасування деяких ЗЗКП. Для цього необхідно створити ефективний змагальний механізм, при якому захисник отримає реальну можливість збирати відповідні матеріали в стислі строки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінально-процесуальне право України: Підручник / За загальною редакцією Ю.П. Аленіна. — Х.: ТОВ "Одіссей", 2009. — 816 с.
2. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев. 1984. — 134 с.
3. Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. — М.,1971. — 343 с.
4. Лукашкіна Т.В. Участь сторони захисту в доказуванні на досудовому розслідуванні у кримінальному провадженні України // Порівняльно-аналітичне право : електрон. наук. фахове вид.2017.№2. URL: http://pap.in.ua/2_2017/53.pdf (дата звернення: 09.02.2019).
5. Трофименко В.М. Особливості участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні: деякі теоретико-прикладні аспекти / В.М. Трофименко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія, Право. — 2015. — Вип. 33(2) — С. 165-168.

6. Шумило М.Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі / М.Є. Шумило // Вісник Верховного Суду України. 2013. — №2(150). — С. 40-48.
7. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: навч.посіб. Київ: Ваіте, 2014. 280 с.
8. Шумило М.Є. Досудові і судові докази у КПК України, Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. №1. С. 82-86.

Соловьев В.

Особенности участия защитника в доказывании во время решения вопроса о мерах обеспечения уголовного производства следственным судьей.

Аннотация. Статья посвящена определению особенностей участия защитника в доказывании в стадии досудебного расследования во время решения следственным судьей вопроса об избрании, изменении, отмене мер обеспечения уголовного производства. Рассмотрена проблема определения доказательствами материалов, которые собирает защитник, предложен алгоритм формирования доказательств в зависимости от субъекта принятия процессуального решения и цели, которую желает достичь субъект, осуществляя доказывание. Выделены особенности участия защитника в доказывании при решении вопроса о мерах обеспечения уголовного производства и предложены дальнейшие направления внедрения принципа состязательности сторон в доказывание, которое осуществляется сторонами во время рассмотрения следственным судьей ходатайств о мерах обеспечения уголовного производства.

Ключевые слова: досудебное расследование, состязательность, доказывание, стороны уголовного производства, защитник, материалы, доказательства, собирание доказательств, меры обеспечения уголовного производства, следственный судья.

V. Soloviov

Features of the Participation of a Defender in Proving when the Investigating Judge Resolves the Issue of the Determination, Change and Abolition of Measures to Ensure Criminal Proceedings.

Summary. The article is devoted to the identification of the specific features of the participation of a defender in proving at the stage of pre-trial investigation when the investigating judge resolves the issue of the determining, change and abolition of measures to ensure criminal proceedings. The issue of recognition of materials collected by the defender as the evidence is considered. The author introduces an algorithm for the formation of evidence, depending on the subject of the adoption of the procedural decision and the purpose the subject seeks to achieve at the proving stage. The author also describes the peculiarities of the participation of the defence counsel in proving at the stage of determining of the measures to ensure criminal proceedings. Finally, the author proposes the further directions on the implementation of the principle of adversarial nature of parties in proving during the consideration by the investigating judge of the petitions regarding the measures to ensure criminal proceedings.

Keywords: pre-trial investigation, adversarial, proving, parties of criminal proceedings, defender, materials, evidence, collection of evidence, measures to ensure criminal proceedings, investigating judge.



УДК 343.163(477)

М.І. Петрушко,
аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності
імені академіка В.В. Сташиса Національної академії
правових наук України

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ВИПАДКАХ ЗМІНИ ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ ПРОКУРОРА У СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Анотація. У статті розглядаються процесуальні наслідки зміни прокурором обвинувачення, висунення додаткового обвинувачення та відмови від обвинувачення для обвинуваченого та потерпілого. Аналізуються процесуальні гарантії прав обвинуваченого та потерпілого у випадках зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції. Формулюються пропозиції щодо удосконалення захисту прав учасників кримінального провадження в таких ситуаціях.

Ключові слова: кримінальне провадження, зміна правової позиції прокурора, підтримання обвинувачення, обвинувачений, потерпілий.

Постановка проблеми. Процесуальне законодавство передбачає випадки корегування прокурором своєї правової позиції в суді. Актуальність обраної теми зумовлена тим, що в результаті зміни правової позиції прокурора змінюються процесуальні відносини в суді першої інстанції. Це суттєво позначається на становищі учасників судового провадження. У зв'язку із цим права і законні інтереси учасників кримінального провадження потребують належного механізму забезпечення. Це обумовлює необхідність теоретичного дослідження вказаних питань.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції були предметом наукового дослідження таких учених, як В.С. Зеленецький, П.М. Каркач, А.В. Лапкін, В.Т. Маляренко, В.Д. Фінько, В.М. Юрчишин та ін. Разом з тим, у вітчизняній юридичній науці в умовах дії чинного КПК України бракує критичного аналізу питань забезпечення прав учасників судового провадження у випадках зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції.

Метою статті є визначення проблем забезпечення прав учасників судового провадження у випадках зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції та формулювання пропозицій щодо їх розв'язання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Частиною 2 ст. 337 КПК України передбачено, що під час судового розгляду прокурор може змінити обвинувачення, висунути додаткове обвинувачення, відмовитися від підтримання державного обвинувачення, розпочати провадження щодо юридичної особи. Вказані випадки варто розглядати в контексті єдиного

поняття — зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції. На практиці такі ситуації є досить поширеними. Зокрема, за даними офіційної статистики Генеральної прокуратури України у 2018 р. мав місце 1 271 випадок зміни прокурором обвинувачення та 14 випадків висунення прокурором додаткового обвинувачення [1].

Кожен із таких випадків позначається на процесуальному становищі учасників судового провадження. Зважаючи на те, що коло учасників судового провадження, визначене у п. 26 ст. 3 КПК України, є досить широким, в межах однієї статті розглянути вплив на них зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції не уявляється можливим. Крім того, необхідно враховувати, що така зміна позначається на процесуальному становищі учасників судового провадження різним чином. З огляду на це, варто зосередити увагу на забезпеченні прав і законних інтересів тих учасників судового провадження, на яких зміна прокурором своєї правової позиції позначається найбільшим чином. До них можна віднести обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача й відповідача. Проте, враховуючи, що у більшості кримінальних проваджень цивільний позивач та потерпілий, а також цивільний відповідач та обвинувачений співпадають в одних особах, то увага буде приділена таким учасникам судового провадження, як обвинувачений та потерпілий.

На думку дослідників, обвинувачений, будучи одним з найважливіших учасників кримінального процесу, володіє певним колом прав, з яких одним з найголовніших є його право на захист [2, с. 213]. Забезпечення права обвинуваченого на захист визнається законодавцем однією із основних засад кримінального провадження. Це підкреслює важливість забезпечення прав обвинуваченого у судовому провадженні загалом, і під час зміни прокурором правової позиції в суді зокрема. Кожний випадок зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції безпосередньо впливає на обвинуваченого. Це зумовлюється тим, що корегування прокурором своєї правової позиції стосується зміни обсягу та змісту твердження прокурора про вчинення особою кримінального правопорушення та необхідність притягнення її до кримінальної відповідальності. Відповідно, будь-які зміни цієї позиції мають першочерговий вплив на становище обвинуваченого.

Не менше значення має забезпечення в цих ситуаціях прав потерпілого. У науковій літературі справедливо зазначається, що захист за допомогою кримінально-процесуального регулювання порушених злочином майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів потерпілих осіб (як фізичних, так і юридичних) випливає з безпосередніх завдань кримінального судочинства [3, с. 44]. Додержання справедливого балансу прав і інтересів обвинуваченого і потерпілого, на необхідності додержання якого наголошують фахівці [4, с. 101], вимагає забезпечення прав потерпілого у разі зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції. Така зміна безпосередньо впливає на процесуальне становище потерпілого, який зацікавлений у притягненні винного до кримінальної відповідальності та відшкодуванні заподіяної йому шкоди, особливо у випадках, які полегшують процесуальне становище обвинуваченого.

Випадки зміни прокурором правової позиції в суді першої інстанції позначаються на процесуальному ста-

тусі обвинуваченого та потерпілого по-різному. Проаналізуємо їх більш детально. Так, приміром, зміна прокурором обвинувачення має місце з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа. Як наголошують фахівці, зміна обвинувачення в суді можлива як на менш тяжке, так і на більш тяжке. Зміна обвинувачення на більш тяжке — це така зміна, якою погіршується становище підсудного: застосування іншої норми кримінального закону, яка передбачає більш тяжке покарання, доповнення обвинувачення новими епізодами злочинів, що збільшує фактичний обсяг обвинувачення, чи змінює юридичну оцінку дій обвинуваченого [5, с. 59]. Отже, залежно від того, як це позначається на процесуальному становищі обвинуваченого, зміну публічного обвинувачення прокурором можна поділити на такі види: (1) нейтральна відносно обвинуваченого зміна обвинувачення (без зміни правової кваліфікації вчиненого та обсягу обвинуваченого, приміром, коли уточнюється час чи місце події кримінального правопорушення тощо); (2) зміна обвинувачення, яка покращує процесуальне становище обвинуваченого (у бік пом'якшення кримінальної відповідальності — коли зникають додаткові кваліфікуючі ознаки, відпадають окремі епізоди вчиненого діяння тощо); (3) зміна обвинувачення, яка погіршує процесуальне становище обвинуваченого (у бік обтяження кримінальної відповідальності, зокрема, застосування більш суворого покарання за вчинене).

Разом з тим, наведена класифікація зміни прокурором публічного обвинувачення має значення також для потерпілого. Якщо нейтральна відносно обвинуваченого зміна прокурором обвинувачення виступає нейтральною також щодо потерпілого, то інші її варіанти, виходячи із тези про протилежний характер процесуальних інтересів обвинуваченого та потерпілого, мають діаметрально протилежний вплив на положення потерпілого в суді першої інстанції. Так, зміна обвинувачення у бік пом'якшення погіршує процесуальне становище потерпілого, оскільки дозволяє обвинуваченому частково уникнути кримінальної відповідальності. Зміна у бік обтяження загалом може розглядатися як сприятлива для потерпілого. В більшості випадків вона не передбачає збільшення розміру відшкодування потерпілому заподіяної злочином шкоди, проте дозволяє притягнути обвинуваченого до кримінальної відповідальності у повному обсязі, що відповідає інтересам потерпілого.

Процесуальні гарантії забезпечення прав обвинуваченого та потерпілого у разі зміни прокурором публічного обвинувачення передбачені у ст. 338 КПК України. Їх можна поділити на загальні (спільні для цих учасників кримінального провадження) та спеціальні (особливі для потерпілого та обвинуваченого). Загальні гарантії закріплені у ч. 2 ст. 338 КПК України та передбачають: (1) погодження прокурором рішення про зміну обвинувачення з прокурором вищого рівня в порядку, передбаченому ст. 341 КПК України; (2) складання прокурором обвинувального акту, в якому формулюється змінене обвинувачення та викладається обґрунтування прийнятого рішення; (3) надання копії обвинувального акта обвинуваченому, його захиснику, потерпілому, його представнику та законним представникам, а також представнику юридичної особи,

щодо якої здійснюється провадження; (4) долучення обвинувального акту до матеріалів кримінального провадження. В результаті відповідне процесуальне рішення прокурора про зміну обвинувачення проходить процедуру відомчого контролю з боку прокурора вищого рівня, набуває офіційного оформлення в обвинувальному акті, а учасники кримінального провадження належним чином інформуються про його прийняття.

Спеціальні гарантії прав обвинуваченого передбачені частинами 4 та 5 ст. 338 КПК України та зводяться до наступного: (1) роз'яснення судом обвинуваченому, що він буде захищатися в судовому засіданні від нового обвинувачення; (2) надання обвинуваченому, його захиснику можливості підготуватися до захисту проти нового обвинувачення шляхом відкладення судового розгляду не менше ніж на сім днів; (3) можливість продовження або скорочення цього строку за клопотанням сторони захисту; (4) складання досудової доповіді (застосовується судом лише у разі зміни ступеня тяжкості злочину з тяжкого чи особливо тяжкого на злочин, передбачений ч. 2 ст. 314-1 КПК України). Закріплення цих гарантій пояснюється тим, що кожний випадок зміни обвинувачення ставить обвинуваченого у ситуацію захисту від нового обвинувачення, що може негативно позначитися на здійсненні його процесуальних прав, особливо у випадках зміни обвинувачення у бік обтяження. Натомість реалізація цих гарантій дозволяє обвинуваченому усвідомити сутність нового обвинувачення та належним чином підготуватися до захисту від нього, а також забезпечити суд необхідною інформацією про обвинуваченого, що міститься у досудовій доповіді.

Спеціальні гарантії прав потерпілого закріплені у ч. 3 ст. 338 КПК України і передбачають: (1) роз'яснення головуючим потерпілому його права підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі; (2) підтримання потерпілим обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі. Показово, що вказані гарантії прав потерпілого мають виключний характер і застосовуються тільки якщо в обвинувальному акті зі зміненим обвинуваченням ставиться питання про застосування закону України про кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, чи про зменшення обсягу обвинувачення, тобто в разі зміни обвинувачення у бік пом'якшення. Це можна пояснити тим, що в результаті такого варіанту зміни прокурором обвинувачення найбільш істотно зачіпаються саме інтереси потерпілого [6, с. 11], тоді як інші види зміни обвинувачення розглядаються як нейтральні або сприятливі для потерпілого, тому не позначаються на реалізації його прав. Разом з тим, зміна обвинувачення у бік обтяження також ставить потерпілого перед новими реаліями, які можуть вимагати належної підготовки. Тому видається доцільним закріпити обов'язок суду роз'яснити потерпілому, що обвинувачений буде захищатися в судовому засіданні від нового обвинувачення, а також надати йому часу, необхідного для підготовки до участі у судовому розгляді на підставі нового обвинувачення.

Надання потерпілому права підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі передбачає здійснення потерпілим обвинувальної діяльності поряд з прокурором. При цьому співвідношення цих обвинувачень розуміється дослідниками по-різ-

ному. Так, одні автори наголошують на тому, що коли прокурор змінює обвинувачення, сутність останнього не змінюється: воно залишається державним, а обвинувачення, здійснюване потерпілим, — додатковим до нього [7, с. 162]. На думку інших фахівців, при цьому має місце конкуренція двох обвинувачень: того, яке підтримує потерпілий, і «пом'якшеного» державного обвинувачення, яке підтримується прокурором. Обсяг останнього завжди вужчий, а значить, обвинувачення з боку потерпілого має доповнювати змінене державне обвинувачення. Це означає, що в таких випадках потерпілий виступає «субсидіарним» обвинувачем по відношенню до прокурора [8, с. 116]. На наш погляд, надання потерпілому права підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі є важливою гарантією прав потерпілого, яка дає йому змогу самостійно відстоювати правову позицію, втілену у первісному обвинуваченні. Так, у 2018 р. судами було ухвалено 11 вироків згідно з позицією потерпілого, який не погодився зі зміною обвинувачення прокурором [1]. Тож, хоча реалізація потерпілим цього права пов'язана із низкою ускладнень, проте практика показує, що в деяких випадках вона може бути ефективною.

Висунення прокурором додаткового обвинувачення має місце у разі отримання відомостей про можливе вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення, щодо якого обвинувачення не висувалось і яке тісно зв'язане з первісним та їх окремий розгляд неможливий (ч. 1 ст. 339 КПК України). Додаткове обвинувачення розглядається в одному провадженні з первісним обвинуваченням. Його висунення негативно позначається на процесуальному становищі обвинуваченого, адже завжди означає збільшення обсягу обвинувачення, до якого сторона захисту на попередніх стадіях кримінального провадження не готувалася. Тому першочерговим завданням в таких випадках є забезпечення прав обвинуваченого.

На це спрямовані такі гарантії, передбачені ст. 339 КПК України: (1) погодження відповідного рішення з прокурором вищого рівня; (2) прийняття рішення про розгляд додаткового обвинувачення в одному провадженні з первісним обвинуваченням судом на підставі відповідного клопотання прокурора; (3) виконання прокурором вимог, передбачених статтями 276-278, 290-293 КПК України щодо складання обвинувального акту, надання обвинуваченому його копії, відкриття матеріалів кримінального провадження тощо; (4) надання стороні захисту можливості підготуватися до захисту проти нового обвинувачення шляхом відкладення судового розгляду на строк, необхідний для підготовки до захисту від додаткового обвинувачення, але не більше ніж на чотирнадцять днів; (5) можливість продовження цього строку за клопотанням сторони захисту у випадку, якщо обсяг або складність нового обвинувачення вимагають більше часу для підготовки до захисту; (6) необхідність початку судового провадження з підготовчого судового засідання. В результаті обвинувачений отримує майже той самий обсяг процесуальних гарантій, що і за загального розвитку кримінального провадження з обвинувальним актом. Очевидно, що строк підготовки до захисту в такій ситуації є скороченим, проте обсяг матеріалів, якими прокурор обґрунтовує обвинувачення, зазвичай є обмеженим, що певною мірою «урівноважує» процесуальні можливості сторін кримінального провадження.

Закон не передбачає жодних спеціальних гарантій прав потерпілого в разі висунення прокурором додаткового обвинувачення. Це можна пояснити тим, що законодавець розглядає такі ситуації як сприятливі або нейтральні щодо процесуального становища потерпілого. Водночас, забезпеченню прав останнього сприяє ряд гарантій, передбачених для обвинуваченого. Зокрема, потерпілий отримує можливість ознайомитися з обвинувальним актом та підготуватися до відстоювання своєї позиції нарівні з обвинуваченим. Проте засаді рівності сторін та змагальності сприяла б вказівка у законодавстві не лише на наданні відповідних можливостей стороні захисту, а й потерпілому.

Відмова прокурора від підтримання обвинувачення має місце, якщо в результаті судового розгляду прокурор дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується (ч. 1 ст. 340 КПК України). Сутність відмови від підтримання публічного обвинувачення, на думку дослідників, полягає у припиненні прокурором відповідної активної діяльності в напрямку обвинувачення [9, с. 51]. Це суттєво позначається на процесуальному становищі учасників судового провадження. З огляду на це, ч. 1 ст. 340 КПК України встановлює такі загальні гарантії прав учасників кримінального провадження в разі відмови: (1) погодження рішення про відмову прокурора від підтримання обвинувачення з прокурором вищого рівня; (2) оформлення рішення прокурора про відмову від обвинувачення у вигляді постанови, що дає можливість оцінити його обґрунтованість і мотивованість; (3) надання копії цієї постанови обвинуваченому, його захиснику, потерпілому, його представнику та законним представникам, а також представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Це дозволяє забезпечити законність і обґрунтованість цього рішення, а також проінформувати про нього зацікавлених осіб.

Разом з тим, необхідно враховувати, що відмова прокурора від обвинувачення позначається на обвинуваченому та потерпілому непропорційно. Так, відповідне рішення прокурора позитивно впливає на положення обвинуваченого, адже означає припинення прокурором обвинувальної діяльності щодо нього. Це дозволяє особі уникнути притягнення її до кримінальної відповідальності та призначення покарання обвинувальним вироком суду. Водночас, звертає на себе увагу та обставина, що відмова прокурора від підтримання обвинувачення не передбачає ухвалення виправдувального вироку суду, тобто особа не отримує офіційної позиції суду щодо визнання її невинуватості. У зв'язку із цим, не можна вважати виправданим той факт, що закон не передбачає жодних процесуальних гарантій забезпечення прав обвинуваченого при відмові прокурора від підтримання обвинувачення. Щонайменше суд повинен з'ясовувати позицію сторони захисту щодо цього рішення прокурора та надавати обвинуваченому можливість вимагати ухвалення вироку у відповідному кримінальному провадженні.

На відміну від обвинуваченого, на процесуальному становищі потерпілого рішення прокурора про відмову від підтримання обвинувачення позначається негативно, адже дозволяє обвинуваченому уникнути кримінальної відповідальності, а також позбавляє потерпілого можливості отримати відшкодування через залишення цивільного позову у кримінальному провадженні без розгляду. Враховуючи

це, законодавець надає потерпілому істотні спеціальні гарантії забезпечення його прав, які полягають у можливості підтримувати обвинувачення, а саме: (1) роз'яснення головуючим потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді; (2) надання потерпілому часу, необхідного для підготовки до судового розгляду, якщо він висловив згоду на підтримання обвинувачення в суді; (3) надання потерпілому, який погодився підтримувати обвинувачення в суді, всіх прав сторони обвинувачення під час судового розгляду; (4) набуття кримінальним провадженням за відповідним обвинуваченням статусу приватного і здійснення за процедурою приватного обвинувачення.

Попри надання потерпілому таких широких повноважень науковці наголошують на тому, що недостатня процесуальна визначеність статусу потерпілого у зв'язку з відмовою і законодавча «невідпрацьованість» самого механізму відмови прокурора від обвинувачення породжують низку проблем у реалізації прав потерпілого, внаслідок яких на практиці останні ними не користуються [10, с. 85]. Підтримання обвинувачення вимагає від потерпілого активної процесуальної позиції, адже ч. 6 ст. 340 КПК України встановлює, що повторне неприбуття в судове засідання потерпілого, який був викликаний у встановленому порядку, без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття, прирівнюється до його відмови від обвинувачення і має наслідком закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням.

Висновки. На підставі викладеного, можна дійти висновку про те, що зміна прокурором правової позиції в суді першої інстанції істотно позначається на процесуальному становищі учасників судового провадження, передусім потерпілого та обвинуваченого. З огляду на це, законодавство встановлює гарантії законності і обґрунтованості прийняття прокурором рішень про зміну його правової позиції в суді, які можна вважати загальними, оскільки вони рівною мірою спрямовані на забезпечення прав як обвинуваченого, так і потерпілого. Разом з тим, протилежність процесуальних позицій цих суб'єктів зумовлює той факт, що відповідні рішення прокурора позначаються на них по-різному: ті, що є сприятливими для обвинуваченого, негативно впливають на становище потерпілого, і навпаки. Враховуючи це, виникає потреба у закріпленні комплексу спеціальних гарантій, які б урівноважували процесуальні позиції обвинуваченого та потерпілого у ситуаціях того чи іншого різновиду зміни прокурором правової позиції в суді задля надання їм рівних можливостей для відстоювання своїх прав та законних інтересів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Звіт про роботу прокурора за 12 місяців 2018 р. URL: http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html (дата звернення: 18.02.2019).
2. Сопільник Р. Обвинувачений (підсудний) — основний учасник кримінального судочинства. Юридичний вісник. 2014. №. 4. С. 210-214.
3. Нор В. Захист у кримінальному судочинстві майнових та особистих прав потерпілих від злочину за проектами КПК України: здобутки та прорахунки. Право України. 2009. № 2. С. 43-51.

4. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. Київ: Юрінком Інтер, 1998. 192 с.
5. Лотоцький М.В. Зміна обвинувачення та часткова відмова від підтримання державного обвинувачення у суді. Науково-інформаційний вісник: Право. 2012. № 6. С. 57-62.
6. Ковбаса Ю.П. Правова характеристика кримінально-процесуального інституту недопустимості повороту до гіршого: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2008. 19 с.
7. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне дослідження) / за заг. ред. Ю.В. Баулiна, В.І. Борисова. Харків: Вид-во Кроссроуд, 2008. 364 с.
8. Лапкін А.В. Організаційно-правові основи діяльності прокурора із забезпечення прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному судочинстві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Х., 2011. 279 с.
9. Михайленко О., Юрчишин В. Проблеми відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді. Юридична Україна. 2004. № 4. С. 50-55.
10. Каркач П., Лапкін А. Проблемні аспекти участі потерпілого у кримінальному процесі при відмові прокурора від державного обвинувачення. Вісник Академії прокуратури України. 2007. № 3. С. 83-88.

Петрушко М.И.

Обеспечение прав участников уголовного производства в случаях изменения правовой позиции прокурора в суде первой инстанции.

Аннотация. В статье рассматриваются процессуальные последствия изменения прокурором обвинения, выдвижения дополнительного обвинения и отказа от обвинения для обвиняемого и потерпевшего. Анализируются процессуальные гарантии прав обвиняемого и потерпевшего в случаях изменения прокурором правовой позиции в суде первой инстанции. Формулируются предложения по совершенствованию защиты прав участников уголовного производства в таких ситуациях.

Ключевые слова: уголовное производство, изменение правовой позиции прокурора, поддержание обвинения, обвиняемый, потерпевший.

M. Petrushko

Ensuring the rights of participants of criminal proceedings in cases of change of a legal position of the prosecutor in court of first instance.

Summary. In article procedural consequences of change by the prosecutor of charge, promotion of additional charge and refusal of charge for the defendant and the victim are considered. Procedural guarantees of the rights of the accused and the change by the prosecutor of a legal position in court of first instance which was injured in cases are analyzed. Suggestions for improvement of protection of the rights of participants of criminal proceedings in such situations are formulated.

Keywords: criminal proceedings, change of a legal position of the prosecutor, charge maintenance, defendant, victim.



УДК 35.072.3

В.В. Гелетей,
Начальник Управління державної охорони України

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ
(на прикладі Управління державної охорони України)

Анотація. Стаття висвітлює наукові підходи до визначення правоохоронних органів. Проводиться аналіз основних нормативно-правових актів у цій сфері. Формулюються критерії віднесені державних органів до правоохоронних. На прикладі Управління державної охорони України охарактеризовано специфіку цих критеріїв в аспекті правоохоронних органів спеціального призначення.

Ключові слова: правоохоронні органи, спеціальне призначення, критерії, Управлення державної охорони України.

Постановка проблеми. У ч. 2 ст. 17 Конституції України визначено, що «забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом». Важливість зазначених завдань мала б сприяти розробці концептуального нормативного акту, який би регламентував правоохоронну діяльність та визначив перелік правоохоронних органів. Однак замість цього законодавець сформулював ряд різних за змістом приписів, наприклад:

— «правоохоронні органи — органи державної влади, на які Конституцією і законами України покладено здійснення правоохоронних функцій» (ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» [1]);

— «правоохоронні органи — державні органи, які відповідно до законодавства здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції» (ст. 1 Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» [2]);

— у ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» зафіксовано відкритий перелік певних органів, «які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції» без чіткого визначення ознак таких органів [3] тощо.

Але при цьому чинне законодавство не визначило поняття «правоохоронні» і «правозастосовні» функції, і немає жодного державного органу, який би у своїй діяльності не застосовував правові норми, тобто не виконував певні правозастосовні функції [4, с. 23].

Відсутність належного унормування правоохоронних органів тягне за собою і суперечливість правового статусу правоохоронних органів спеціального призначення, яких в Україні значна кількість, зокрема, таким є Управління державної охорони України (далі — УДО). Однак при цьому не визначаються та, як

наслідок, не витримуються критерії спеціалізації окремих правоохоронних органів. Неоднозначним є навіть загальний підхід до класифікації певних державних органів. Так, у п. 17, 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» наголошується, що і сили безпеки, і сили оборони включають правоохоронні органи; державні органи спеціального призначення з правоохоронними функціями; органи спеціального призначення з правоохоронними функціями [5].

Таким чином, на законодавчому рівні немає виваженого рішення щодо правоохоронних органів спеціального призначення. Зазначене питання щільно **пов'язане з тактичними та стратегічними завданнями** розробки сучасної концепції правоохоронної діяльності в Україні.

Як свідчить **аналіз останніх досліджень та публікацій**, проблематика правоохоронних органів спеціального призначення, як правило, є складовою більш широкого кола питань, пов'язаних з правоохоронної діяльністю та правоохоронними органами. Ним приділяли увагу авторитетні вітчизняні фахівці, серед яких О.М. Бандурка, В.Я. Таційй, В.Т. Маляренко, М.І. Мельник, І.В. Зозуля та ін. Широко відомі праці таких авторів як П. Біленчук, Ю. Битяк, М. Ковалів, А. Куліш, О. Музичук, М. Погорецький, В. Середа та ін. Зокрема, в Інституті УДО активно проводяться дослідження у цій сфері, у тому числі й на рівні дисертаційних робіт.

Однак вітчизняні фахівці продовжують дискусії по принципових аспектах, а законодавці не визначили навіть системоутворюючих понять.

З огляду на це, **метою статті** є аналіз теоретичного підґрунтя та нормативно-правових засад виокремлення правоохоронних органів спеціального призначення (на прикладі УДО) як різновиду правоохоронних органів в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. У першу чергу, слід визначити обсяг поняття «правоохоронний орган», від чого залежатиме той зміст, яким буде наповнюватися поняття «правоохоронний орган спеціального призначення».

Як наголошується в літературі, в сучасній державі правова охорона є завданням всього суспільства, а не лише держави. Однак ядро всієї правоохоронної системи утворює саме спеціалізована державна система правової охорони, яка функціонує відносно самостійно, що створює умови для її відокремлення від громадських структур [6]. Таке бачення правоохоронної діяльності є принципово важливим, оскільки обмежує постановку питання про правоохоронні органи загалом та правоохоронні органи спеціального призначення, зокрема, лише державними структурами.

Ще у другій половині XX ст. фахівці запропонували розгляд поняття «правоохоронні органи» в широкому та вузькому розумінні:

— в широкому — це всі державні органи, наділені певними повноваженнями в галузі контролю за дотриманням законності;

— у вузькому — це ті державні органи, спеціально створені для забезпечення законності та правопорядку, боротьби зі злочинністю, і саме з цією метою їм надані повноваження застосовувати заходи примусу та перевиховання правопорушників [7, с. 53].

Немає сенсу підтримувати позицію про широке розуміння правоохоронних органів, оскільки воно нівелює специфіку останніх. Однак навіть вузьке розуміння вимагає уточнення, адже оз-

наки, які наведені цитованим автором, дозволяють включити в одну групу суди, Національну поліцію та, наприклад, Державну екологічну інспекцію України. У зв'язку із цим вбачається, що у ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [3] фактично сформульований «широкий перелік правоохоронних органів у вузькому розумінні», і навіть цей широкий перелік законодавець зробив відкритим, включивши в нього «інші органи».

Вважаємо, мав рацію В.Я. Тацій, наголосивши на збереженні поняття «правоохоронні органи» лише як узагальнюючого наукового поняття і здійсненні поділу цієї системи органів залежно від їх конкретних функцій та призначення в механізмі охорони права. Було запропоновано виокремлювати органи охорони правопорядку; контрольні (юрисдикційні) органи виконавчої влади; органи охорони Конституції та державного контролю [8, с. 6].

Відповідно, доцільно конкретизувати поняття «правоохоронні органи» та розуміти їх у площині забезпечення (охорони) правопорядку. У зв'язку із цим можна розглянути питання щодо критеріїв віднесення певних структур до тих, які забезпечують правопорядок. У якості таких переважно називаються формальний (який відображає нормативний статус структури як правоохоронної) та фактичний (який відбиває спрямування її діяльності).

Зокрема, як зазначає О.Л. Соколенко, приналежність структури до правоохоронних органів визначається переважно з огляду на нормативне визначення її як правоохоронної, тобто застосовується формальний підхід, який, у силу відсутності послідовної державної правоохоронної політики, автор вважає неприйнятним [9, с. 699-700].

Вбачається, що доцільно погодитися з такою думкою, адже, наприклад, Національна поліція, правоохоронне призначення якої не викликає сумніву, в Законі України «Про Національну поліцію» [10] не визначається як правоохоронний орган. При цьому її завдання, виходячи зі ст. 2 згаданого Закону, лежать у правоохоронній площині.

Як побічний аргумент щодо такого бачення можна навести позицію І.М. Паньонка стосовно того, що пересічний громадянин під правоохоронними органами розуміє саме ті, які повинні здійснювати повсякденний захист його прав, свобод та інтересів від різноманітних злочинних посягань [11, с. 196].

З огляду на це, слід визнати, що саме функції окремого органу держави свідчать про соціальне призначення цього органу як особливого елементу механізму держави. Фактичний критерій є первинним стосовно формального. Тим більше, що правоохоронна діяльність здійснюється не тільки спеціально уповноваженими органами, а й структурними підрозділами окремих органів [12].

Дещо інакше дивиться на зазначене питання М.В. Ковалів, наголошуючи, що наведене бачення руйнує розмежування між правоохоронними органами і органами, що виконують правоохоронну функцію [13, с. 172].

У зв'язку із цим є сенс приєднатися до позиції В.Я. Тація, який, як вже було зазначено, запропонував виходити з конкретних функцій державного органу та його призначення в механізмі охорони права. На відміну від інших органів виконавчої влади, для органів охорони правопорядку (найбільш вузьке та конкретне ба-

чення «традиційних» правоохоронних органів) правоохоронна функція є основною і тому вони здійснюють повноваження, спрямовані на захист прав і свобод людини та охорону правопорядку. Автор звертає увагу, що цей термін має відповідні аналоги в законодавстві європейських країн (Великої Британії, Німеччини, Франції), у якому увага акцентується на трьох складових: праві; примусі (силі); порядку. Зазначені органи мають право легального застосування примусу, що зумовлює особливості їх статусу, накладає на працівників цих органів особливі вимоги щодо фахової підготовки, психологічних і моральних якостей [8, с. 6, 7].

Таким чином, правоохоронні органи доцільно розуміти суто як органи охорони правопорядку, тобто ті державні органи, основне призначення яких — захист людини, суспільства та держави від правопорушень, у чому і проявляється захист ними правопорядку.

Поряд із цим було запропоновано тезу стосовно виокремлення такого критерію віднесення органу до правоохоронного як здійснення оперативно-розшукової діяльності [9, с. 703] (далі — ОРД). Звернемо увагу, що Національний інститут стратегічних досліджень в аналітичній записці «До проблеми визначення базових понять у контексті реформування правоохоронних органів» зазначив, що оперативна діяльність входить у повноваження спецслужб, які можуть бути не тільки зовнішньо-розвідувальними, а й правоохоронними. Визначальною ознакою спецслужб є специфіка методів і засобів виконання покладених на них завдань, а не загальне спрямування цієї діяльності [14].

Таким чином, було запроваджено ще один критерій віднесення державного органу до правоохоронного, який умовно можна назвати інструментальним.

Вбачається, що аналіз ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [15] дає підстави наголосити, що ОРД здійснюється чітко визначеними підрозділами переважно правоохоронних органів. Тоді ж, коли ОРД здійснюється підрозділами державних структур, що не мають правоохоронного спрямування, то серед таких підрозділів наявні ті, завданням яких є охорона правопорядку в межах відповідної державної структури. Однак здійснення ОРД неможна вважати самостійним критерієм правоохоронного органу, адже ці повноваження — лише інструмент правоохоронної діяльності: ОРД здійснюється з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави (ст.1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). Відповідно, ОРД не є самоціллю, навпаки, вона призначена для досягнення чітко визначеної мети, яка є правоохоронною за своєю сутністю.

Поряд із цим можна згадати позицію В.Я.Тація щодо такої ознаки правоохоронного органу як наявність у складі такого органу озброєних формувань [8, с.6]. Вбачається, що вона є змістовним продовженням виокремлення повноважень щодо застосування примусу. Відповідно, державний орган, який уповноважується чинним законодавством на здійснення правоохоронної діяльності, реалізує свої повноваження на професійній основі, тому визначаються особливі умови проходження працівниками правоохоронних органів спеціальної професійної підготовки, порядок і особли-

вості проходження якої можуть мати відмінності у різних правоохоронних органах [13, с. 170-171]. З огляду на це, можна говорити про структурний критерій віднесення державного органу до правоохоронного — наявність озброєного формування у його складі.

Таким чином, викладене дає можливість сформувати сукупність критеріїв, які дають підстави для віднесення державного органу до правоохоронного (органу охорони правопорядку):

— фактичний критерій — орган призначений для захисту людини, суспільства та держави від правопорушень, у чому проявляється захист ним правопорядку;

— формальний критерій — орган текстуально або контекстуально визначається як правоохоронний у законодавчих актах;

— інструментальний критерій — методи та засоби здійснення повноважень органом, визначені законом, включають примус та специфічні заходи (зокрема, оперативно-розшукові);

— структурний критерій — в склад органу входить озброєне формування.

З огляду на представлене бачення критерії віднесення державного органу до правоохоронного, можна обговорювати теоретичне підґрунтя виокремлення правоохоронних органів спеціального призначення та наявні суперечності у нормативно-правовій регламентації їх статусу (на прикладі УДО). При цьому виходимо з того, що визначені критерії для таких органів мають бути наповнені специфічним змістом.

Фактичний критерій. Правоохоронний орган спеціального призначення спрямований на захист людини, суспільства та держави від правопорушень. Спеціальне призначення обумовлено предметом спеціальної правоохоронної діяльності, що виражається у спрямованості на вирішення вузьких (порівняно з органами, які не мають статусу спеціальних) правоохоронних задач.

Зокрема, спеціальне призначення УДО — це здійснення державної охорони щодо органів державної влади України; забезпечення безпеки визначених Законом посадових осіб за місцем їх перебування на території України і за її межами; забезпечення безпеки членів сімей посадових осіб, визначених Законом, які проживають разом з ними або супроводжують їх; охорона об'єктів, визначених Законом; виявлення та припинення протиправних посягань на посадових осіб і членів їх сімей та об'єкти, щодо яких здійснюється державна охорона; забезпечення безпечної експлуатації транспортних засобів, призначених для визначених Законом посадових осіб. Поряд із цим УДО бере участь у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом.

В.В. Кузнецов обґрунтовано звертає увагу на суперечність нормативних приписів в частині повноважень УДО [16, с. 321]. Зокрема, Закон України «Про національну безпеку України» [5] визначає лише окремі завдання: УДО здійснює державну охорону органів державної влади України, забезпечення безпеки посадових осіб та охорони об'єктів, визначених Законом. Однак це не співпадає з завданнями УДО, які визначені у ст. 12 Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» [17].

Формальний критерій. Згідно ч. 1 ст. 11 Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» УДО визначається як «державний правоохоронний орган спеціального призначення» [17]. З огляду на те, що, як

було зазначено, правоохоронні органи можуть бути лише державними, то це є обов'язковим і для органів спеціального призначення, і інститути громадянського суспільства в принципі не можуть отримати такого статусу. Відповідно, законодавство містить пряму вказівку на спеціальний правоохоронний статус УДО.

Однак у ст.17 Закону України «Про Службу безпеки України» вказано, що СБУ «взаємодіє з Управлінням охорони вищих посадових осіб України, правоохоронними та органами доходів і зборів» [18]. Слід погодитися з О.Л.Соколенко, що зазначену невідповідність необхідно розглядати не як заперечення правоохоронної сутності УДО, а як недосконалість юридичної техніки [9, с.700].

Доцільно звернути увагу на п. 17, 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку», де взагалі не згадуються правоохоронні органи спеціального призначення: у перелік сил безпеки включені «державні органи спеціального призначення з правоохоронними функціями», а у перелік сил оборони — «органи спеціального призначення з правоохоронними функціями» [5]. Це дає підстави В.В. Кузнецову поставити питання: чи є УДО державним органом спеціального призначення з правоохоронними функціями? І якщо так, то логічно, що УДО виконує правоохоронні функції. Але використання законодавцем терміну «державний орган спеціального призначення з правоохоронними функціями» без визначення його змісту породжує певну плутанину при його тлумаченні та встановлення співвідношення з іншими суміжними поняттями [16, с. 321].

Звернемо увагу, що у ст. 21 Закону України «Про національну безпеку» [5] особливості статусу УДО взагалі не визначаються. Тому питання слід ставити не про те, що УДО — це державний орган спеціального призначення з правоохоронними функціями, а визнати порушення юридичної техніки, коли загальні норми Закону України «Про національну безпеку» суперечать спеціальним приписам Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб».

Також необхідно зазначити, що у п. 1 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» УДО відноситься до «інших утворених відповідно до законів України військових формувань». Окрім УДО до таких формувань віднесено Службу безпеки України, Національну гвардію України, Державну прикордонну службу України тощо. При цьому зазначений Закон окремо говорить про правоохоронні органи спеціального призначення, не називаючи жодного з них [19]. З огляду на це деякі фахівці відносять УДО до військових формувань зі статусом правоохоронного органу [20, с. 54].

Відповідно, формальний критерій щодо правоохоронного органу спеціального призначення не знайшов свого послідовного втілення при визначенні статусу УДО. Вбачається, що така ситуація не є прийнятною. Але навіть за таких умов немає підстав заперечувати загальне бачення законодавцем УДО як правоохоронного органу спеціального призначення. Правовий статус УДО повинен бути однаково закріплений в усіх нормативних актах, що безпосередньо чи опосередковано стосуються його діяльності [16, с. 321-322].

Інструментальний критерій. У ст. 15 Закону України «Про державну охо-

рону органів державної влади України та посадових осіб» визначаються способи здійснення державної охорони, серед яких пошук і фіксація даних про протиправну діяльність, оснащення об'єктів технічними засобами охорони проведення профілактичних заходів з метою запобігання протиправним посяганням. Згідно п. 6 ч. 1 ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» ОРД здійснюється підрозділом оперативного забезпечення охорони виключно з метою забезпечення безпеки осіб та об'єктів, щодо яких здійснюється державна охорона [15].

У цьому плані УДО як правоохоронний орган спеціального призначення є близьким до спецслужб в їх звичному (західному) розумінні. Спецслужби негласними методами і засобами контролюють криміногенне середовище, виявляють ознаки підготовки і вчинення злочинів, документують злочинну діяльність, однак самі не провадять слідство. За наявності достатніх підстав спецслужби передають відповідні матеріали у поліційні органи [14].

Примус посідає велике значення у діяльності УДО, адже завдання, які поставлені перед цим правоохоронним органом спеціального призначення, не можуть бути вирішені без примусового впливу на правопорушників. Реалізація примусових заходів співробітниками УДО унормована в спеціальному підзаконному акті — Порядку забезпечення безпеки посадових осіб, щодо яких здійснюється державна охорона у місцях постійного та тимчасового перебування [21].

Відповідно, УДО у повній мірі відповідає інструментальному критерію, адже в коло його повноважень, визначених законом, входить право на застосування примусу та на здійснення ОРД.

Структурний критерій. Як випливає з ч. 1 ст. 16 Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб», кадри УДО складаються з військовослужбовців за контрактом, військовослужбовців строкової служби та працівників за трудовим договором [17]. Відповідно, УДО являє собою озброєне державне формування і це відповідає вимогам, які висуваються до правоохоронних органів.

З огляду на викладене можна дійти наступних **висновків**:

1. Вітчизняне законодавство містить низку суперечливих приписів, аналіз яких не дозволяє сформувати перелік правоохоронних органів.

2. Узагальнення теоретичних розробок дає підстави виокремлювати такі критерії віднесення державних органів до правоохоронних як фактичний, формальний, інструментальний, структурний.

3. Зазначені критерії застосовуються й при виокремленні правоохоронних органів спеціального призначення.

4. Комплексний аналіз фактичної спрямованості та нормативної регламентації діяльності УДО дає підстави говорити про нього як про правоохоронний орган спеціального призначення, який відповідає всім наведеним критеріям. Однак констатовані проблеми нормативної регламентації спеціального правоохоронного статусу УДО, що вимагає усунення виявлених недоліків.

Таким чином, вбачається необхідним наголосити на чіткій та послідовній регламентації статусу правоохоронних органів загалом та правоохоронних органів спеціального призначення, зокрема. Це має стати складовою концепції правоохоронної діяль-

ності, її інституціоналізації, взаємин між державними структурами та громадянським суспільством тощо. Розробка такої концепції вбачається **перспективним напрямом подальших досліджень**.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про осн ови національної безпеки України: Закон України. Відомості Верховної Ради України, 2003. №39. Ст.351 (Закон втратив чинність на підставі Закону №2469-VIII від 21.06.2018 р.)
2. Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України. Відомості Верховної Ради України, 2003. №46. Ст.366 (Закон втратив чинність на підставі Закону №2469-VIII від 21.06.2018 р.)
3. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р. №3781-XII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12 (дата звернення — 5.02.2019 р.)
4. Мельник М., Хавронюк М. Правоохоронні органи та правоохоронна діяльність: навч. посіб. К.: Атіка, 2002. 576 с.
5. Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. №2469-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19 (дата звернення — 5.02.2019 р.)
6. Судові та правоохоронні органи: навч. посіб. / Ковалів М.В., Єсімов С.С., Назар Ю.С. та ін. Львів: ЛьвДУВС, 2016. 388 с.
7. Тевлін Р. Про поняття «правоохоронні органи» у вузькому та широкому розумінні. Радянське право. 1985. №7. С.52-54.
8. Тацій В. Поняття та система правоохоронних органів: у контексті системних змін до Конституції України. Вісник Академії правових наук України. 2012. №4. С.3-17.
9. Соколенко О.Л. Види правоохоронних органів України. Форум права. 2012. №3. С.699-705.
10. Про Національну поліцію: Закон України від 02 липня 2015 р. №589-VIII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 40-41. ст. 379.
11. Паньонко І.М. Причини та заходи щодо реформування правоохоронних органів. 2014. С. 195-201. URL: Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua (дата звернення — 6.02.2019 р.)
12. Волоско В.В. Функції правоохоронної держави у демократичній державі. Науковий вісник ЛьвДУВС. Серія юридична. 2008. №2. URL: http://www2.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/visnyky/nvsy/02_2008/08vvvudd.pdf (дата звернення — 6.02.2019 р.)
13. Ковалів М.В. Адміністративно-правове регулювання діяльності правоохоронних органів у демократичній державі. Науковий вісник ЛьвДУВС: Серія юридична. 2018. №1. С.166-173.
14. До проблеми визначення базових понять у контексті реформування правоохоронних органів: аналітична записка / Національний інститут стратегічних досліджень. URL: http://www.niss.gov.ua/articles/1153 (дата звернення — 7.02.2019 р.)
15. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст.303.
16. Кузнецов В.В. Окремі питання удосконалення правового статусу Управління державної охорони України. Стан та перспективи реформування сектору безпеки і оборони України: матер. II Міжнар. наук.-практ. конф. (30 листопада 2018 р., м. Київ). К.: ФОП Кандиба Т.П., 2018. С.319-322.
17. Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб: Закон України від 4 березня 1998 р. №160/98-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. №35. Ст. 236.
18. Про Службу безпеки України: Закон України від 25 березня 1992 р. №2229-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. №27. Ст.382.
19. Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях: Закон

України від 18 січня 2018 р. № 2268-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018. №10. Ст. 54.

20. Настільна книга військового прокурора: наук.-практ. посіб. / кол. авторів. К.: Національна академія прокуратури України, 2017. 530 с.

21. Про затвердження Порядку забезпечення безпеки посадових осіб, щодо яких здійснюється державна охорона у місцях постійного та тимчасового перебування: Наказ Управління державної охорони України від 27 травня 2011 р. №210. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0700-11 (дата звернення — 7.02.2019 р.)

Гелетей В.В.

К вопросу о правоохранительных органах специального назначения (на примере Управления государственной охраны Украины).

Аннотация. Статья освещает научные подходы к определению правоохранительных органов. Проводится анализ основных нормативно-правовых актов в этой сфере. Формулируются критерии отнесения государственных органов к правоохранительным. На примере Управления государственной охраны Украины охарактеризована специфика этих критериев в аспекте правоохранительных органов специального назначения.

Ключевые слова: правоохранительные органы, специальное назначение, критерии, Управление государственной охраны Украины.

V. Geletei

Concerning law enforcement special purpose bodies context (on the Department of the State Guard of Ukraine example).

Summary. The article is devoted to scientific approaches for law enforcement bodies' definition. The analysis of basic legal acts in corresponding sphere is suggested. The attribution criteria for government agencies including into law enforcement bodies list were formulated out. On the Department of the State Guard of Ukraine example such criteria specifics is characterized in law enforcement special purpose bodies' aspects.

Keywords: law enforcement bodies, special purpose, criteria, Department of the State Guard of Ukraine.



УДК 347.78

Karolina Gorczyca-Barszczewska,
Third year of doctoral studies, Intellectual Property Law Institute
of the Jagiellonian University

JUDICATURE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND «DISTRIBUTION OF WORKS» IN POLISH COPYRIGHT LAW

Summary. The rapid development and creation of the new ways of distributing copyrighted material makes it difficult for both European, and Polish lawmakers to keep pace with it. The article mentions recent changes in the jurisprudence concerning important aspects starting with the extended definition of piracy. It handles also the intricacies of public communication vs. public sharing and resulting criteria for a copyright infringement. The civil and criminal responsibility of providers of different Internet services e.g. peer-to-peer is also discussed.

Keywords: distribution of works, copyright law, intellectual property, public communication, peer-to-peer network administrators.

Art. 116 of the Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights (Journal of Laws 2017.880, consolidated text as of 5 May 2017) stipulates that anyone who distributes a somebody else's work in its original form or developed, an artistic performance, phonogram, videogram or broadcasting without authorisation or against its conditions, shall be subject to a fine, penalty of restriction of liberty or imprisonment of up to 2 years. The amendment, which entered into force on 1 September 1998, changed the threat for the underlying misdemeanour from fine, penalty of restriction of liberty or imprisonment for up to one year, to the current threat of fine, restriction of liberty or imprisonment for up to two years[1]. Although this provision, apart from the threat of punishment, has not been changed in its content, it should be pointed out that, with the development of technology, its application has changed significantly. Challenges related to the development of the Internet, as well as the possibility of making works publicly available have significantly influenced not only the civil law aspect of copyright protection, but also the understanding of hallmarks of the types of prohibited acts indicated in criminal regulations of the Act on Copyright and Related Rights (hereinafter referred to as "copyright"). The abundant judicature of the Court of Justice of the European Union, which actively develops the understanding of concepts such as distribution of a work or making it available, is also important for understanding and interpretation. This, in turn, directly influences the shape of national judicature and current trends in the application of criminal

[1] Journal of Laws 1997.88.554 Art. 5 s. 2 subpara. 36.

copyright laws.

Art. 116 para. 1 of the copyright act penalizing distribution of a work without permission refers to the phenomenon of "piracy", which most often, today, terms the manufacture or distribution of products infringing intellectual property rights (copyright and related rights, patent, trade mark, utility model)[1]. The doctrine states that piracy is also considered to be an illegal interception of radio and television broadcasts, as well as other services provided in information society[2]. In the age of information society, illegal copying and using intellectual property on the Internet are also regarded as piracy. The Internet also creates new opportunities for forms and ways of distributing works of others. For the purposes of this study, it should be pointed out that the doctrine takes into account the terminology used in various legal acts, and consequently distinguishes two general categories of on-line distribution, namely public communication and public sharing[3].

The form of distribution of a work on the Internet, which is the public communication, has repeatedly been the subject of considerations of the CJEU. What is important, in the current jurisprudence, there is a tendency to extend the responsibility for infringements of copyright on the Internet. To see the development of understanding of the distribution of a work by public communication, it is important to analyse the key judgements of the CJEU, forming, and often substantially altering the interpretation of the concept of "distribution" of a work.

In the first place, it should be pointed out that the activity of the CJEU in terms of understanding the distribution of a work on the Internet and possibility of assigning responsibility for a distribution was reflected in the judgement of 13.02.2014, where, referring to linking works, the court indicated that sharing, on a website, of clickable links to protected works generally available on another website, was not an act of public sharing (C-466/12)[4]. At the same time, the Court emphasized that this did not preclude Member States from granting wider protection to copyright holders. This ruling has had a significant impact on the perception of distribution of works on the Internet, since it is clear from its content that linking is, in principle, an "act of sharing" of a work, but it requires consent from the author only if it leads to sharing of the content with a new audience, i.e. an audience that originally did not have access to the work[5].

In the verdict issued to the case C-466/12 the Court did not, however, refer to the significant problem of linking to works distributed in violation of copyright. This problem was raised in the decision of the CJEU of 12.10.2014 issued to the case C-348/13. The ruling was issued based on a dispute regarding embedding of content of a web site in another web site, which can be viewed without having to change the web site

[1] Cf. Z. Ćwiąkalski [in:] Barta Janusz (ed.), Markiewicz Ryszard (ed.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz,* fifth edition, Lex/el.

[2] J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne,* Kraków 2004, p. 189.

[3] J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie,* Warszawa 2013, p. 400.

[4] http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&doclang=PL

[5] Ibidem.

as it is in the case of linking. In the aforementioned judgement, the CJEU considered that in the case of embedding the content infringing copyright, no copyright infringement was committed, since the film (work) had previously been uploaded to YouTube, and thus embedding it on another web site had not presented it to a new audience, and embedding itself is not using of a new technology or means of communication, so it cannot be distinguished as a new form of distribution. The embedding entity cannot be held responsible for copyright infringement committed by the original infringer, who infringed copyright while uploading the video on YouTube.

Another significant decision that clearly influences the understanding of distribution in the form of public sharing is the judgement of the CJEU of 26.04.2017 in the Stichting Brein case, C-527/15[1]. In that judgement, the Court, referring to its settled judicature, stated that recognition that "public sharing" required the protected work to be shared based on using of a special technology other than those used so far, or — in the event of non-fulfilment of the above condition — to a "new audience", i.e. an audience who had not yet been taken into account by the copyright holder allowing for the original public sharing of the work. It was important that it was enough for the work to be shared with the public in a manner that gave its members an access to it — at the place and time they chose — regardless of whether or not they made use of it[2]. Such an understanding of sharing corresponds also to an adopted in the Polish doctrine conception on the analysed Art. 116 s. 1 of the copyright act, according to which the fact that the legislator, in the rule, used an imperfective form of "distributes" and not "distributed", determines that to satisfy the criteria of a prohibited act, the behaviour of the violator is important, and not the result of his behaviour[3]. Otherwise, it would be necessary to show that any person became acquainted with the distributed work.

From the point of view of responsibility for distribution of works on the Internet, the judgement of the CJEU of 14 June 2017, issued in case C-610/15, is also very significant[4]. Making a preliminary ruling, the Court analysed the responsibility of the peer-to-peer network administrators and pointed out that the concept of "public sharing" included on-line management and giving access to an exchange platform, which, by indexing protected works' metadata and providing a search engine, enabled users to find these works and exchange them within a peer network. This ruling may be a breakthrough in the current understanding of the concept of distribution of a work, and in particular, it unfairly, in the view of the author of this work, opens the possibility to assign responsibility for distribution to peer-to-peer networks' administrators. All the more so as, as stated by Advocate General Maciej Szpunar in

[1] http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=186069&occ=first&dir=&cid=349428.

[2] Ibidem.

[3] Cf. Z. Ćwiąkalski [in:] Kardas Piotr (ed.), Sroka Tomasz (ed.), Wrybel Włodzimierz (ed.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla,* Vol. II, Lex/el.

[4] http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191707&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=353526.

his opinion in case C-610/15, operators of peer-to-peer web sites create a system that allows users to access works that are communicated by other users. Their participation can therefore be considered essential[1].

By analysing the aforementioned judgements, there can be noticed an emerging tendency to clarify the understanding of the notion of distribution of a work - by introducing the requirement of sharing on the basis of a special technology other than technologies used until now or the requirement of sharing with a new audience. This tendency should be considered right - allowing to mark boundaries more precisely when it comes to distribution.

On the other hand, it should be noted that, particularly in the last judgement (C-610/15), the Court is gradually seeking to extend the scope of entities which, in its opinion, distribute works by sharing them. Such an interpretation may affect the way of assigning responsibility for the performance of features of a prohibited act under Art. 116 s. 1 of the copyright act, because, following the Court's interpretation, there can be considered the assignment of perpetration of the criminal offence under Art. 116 s. 1 of the copyright act to the intentionally acting peer-to-peer network administrator, and not, as previously presupposed, a mandate in committing the forbidden act. Considering such significance, an ongoing observation of national judicature in the short term, in particular as regards the possible taking into account of the Court's deliberations in the issuance of criminal judgements concerning the assignment of performance of criteria of offence to the perpetrators of a forbidden act under Art. 116 s. 1 of the copyright act.

BIBLIOGRAPHY:

1. Barta J., Markiewicz R., Prawo autorskie i prawa pokrewne, Kraków 2004.
2. Barta J., Markiewicz R., Prawo autorskie, Warszawa 2013.
3. Ćwiąkalski Z. [in:] Barta Janusz (ed.), Markiewicz Ryszard (ed.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, fifth edition, Lex/el.
4. Ćwiąkalski Z. [in:] Kardas Piotr (ed.), Sroka Tomasz (ed.), Wróbel Włodzimierz (ed.), Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Vol. II, Lex/el.
5. CJEU judgement of 14/06/2017, C-610/15.
6. CJEU judgement of 26/04/2017, C-527/15.
7. CJEU resolution of 12/10/2014, C-348/13.
8. CJEU judgement of 13/02/2014, C-466/12.
9. Opinion of Advocate General Maciej Szpunar of 08/02/2017, c-610/15.
10. Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights (Journal of Laws 2017.880, consolidated text as of 05/05/2017).

[1] http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187646&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=353526.

Кароліна Горчица-Барщевська

Судочинство Суду Європейського Союзу та "розповсюдження творів" у польському авторському праві.

Анотація. Швидкий розвиток і створення нових способів розповсюдження матеріалів, захищених авторським правом, ускладнює європейським і польським законодавцям можливість йти з ним в ногу. У статті згадуються останні зміни в судовій практиці щодо важливих аспектів, починаючи з розширеного визначення піратства. Вона охоплює також тонкощі протиставлення публічного спілкування публічному обміну і отримані критерії порушення авторських прав. Також обговорюється цивільна та кримінальна відповідальність постачальників різних Інтернет-послуг, наприклад, мережі рівноправних вузлів.

Ключові слова: розповсюдження творів, авторське право, інтелектуальна власність, публічне спілкування, адміністратори мережі рівноправних вузлів.



УДК 347.8

С.В. Нечипорук,
кандидат юридичних наук

ПРАКТИЧНА ПІДГОТОВКА МАЙБУТНІХ СУДДІВ ЯК ЗАПОРУКА НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Анотація. Належна підготовка майбутніх суддів є передумовою забезпечення незалежності судової влади. У статті формулюються пропозиції щодо удосконалення правового регулювання практичної підготовки суддів у контексті реалізації судової реформи в Україні. Такі пропозиції враховують міжнародний досвід здійснення практичної підготовки суддів та шляхи його адаптації у вітчизняне законодавство.

Ключові слова: практична підготовка, стажування, суддя-наставник, міжнародний досвід, адаптація.

Постановка проблеми. Одним із принципів діяльності судової влади є її незалежність. Однією із граней незалежності є свобода від незнання.

«Коли ж суддя невіглас, — примітив Лафонтен («Вислюк, нав'ючений скарбами»), — мантії шану усю віддають». Якщо хочемо, щоб ця мантія опинилася на тому судді, якого в суді справді шанують і який цілком вільний у рішеннях, що він ухвалює, то такий суддя мусить досконало знатися на предметі, з яким він має справу. Що кращу науку він здобув, то більш незалежний [1].

Відповідно до Рекомендації №(94)12 Комітету Міністрів Ради Європи «Незалежність, дієвість та роль суддів», сьогодні навчання — це безсумнівне право європейського судді. Принцип III — Відповідні умови праці, цієї Рекомендації закликає «укомплектувати штати достатньою кількістю суддів та забезпечити їм перед їхнім призначенням та протягом їхньої кар'єри необхідну професійну підготовку, прикладом якої може бути стажування у судах та, за можливості, в інших органах та інстанціях влади. Судді не повинні оплачувати таку професійну підготовку; ця підготовка має бути спрямована на вивчення нового законодавства та судової практики. У разі необхідності така підготовка повинна включати навчальні візити до органів влади та судів в європейських та інших зарубіжних країнах»[2].

З кожним роком, тема навчання, як суддів, так і майбутніх суддів, посідає все помітніше місце в міжнародних документах стосовно статусу суддів та їх незалежності.

Метою дослідження є здійснення порівняльно-правового аналізу практичної підготовки суддів у країнах західної Європи для розробки пропозицій з удосконалення процесу практичної підготовки суддів в Україні.

Виклад основного матеріалу. У ряді країн Європи можна бачити кандидатський ценз, як систему вимог та умов допуску до посади судді, що включає загальні та спеціальні кандидатські вимоги. Як правило, до

загальних вимог відноситься громадянство, вища юридична освіта, допустимий вік, практичний досвід роботи в галузі права, високі ділові та моральні якості. Водночас, до спеціальних вимог відноситься спеціальна судова освіта, а також (чи) проходження необхідного стажування.

За міжнародними стандартами держава зобов'язана створити умови для підготовки високопрофесійних суддів, які будуть виконувати роль не лише виконавців, що чітко додержуються букви закону, але й наділити їх критичним мисленням, розумінням духу та принципів закону.

Стажування для майбутніх суддів є поширеною європейською практикою. Так, у Висновку Консультативної ради європейських суддів №4 від 27.11.2003 щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях наголошується на тому, що в деяких європейських країнах для кандидатів на посаду судді передбачається своєрідне стажування під наглядом досвідченого судді, який ділиться своїми знаннями та надає професійні поради на конкретних практичних прикладах, показуючи, який підхід слід обрати, уникаючи дидактизму [3].

Отже, звернемось до зарубіжного досвіду з аналізованого нами питання.

Відповідні традиції в питаннях формування суддівського корпусу склались у Франції. Досвід цієї країни був широко використаний правовими системами багатьох країн Європи, Азії, Африки та Південної Америки, де протягом останніх десятиріч створені відповідні навчальні заклади із спеціальної підготовки майбутніх суддів. Цей досвід отримав світове визнання [4].

Так, у Франції діє один із перших європейських спеціалізованих навчальних закладів суддівської освіти — Національна школа магістратури, заснована у 1958 році. Навчальні програми цього навчального закладу підготовлені так, що при роботі в аудиторіях з суддею-інструктором, значний час відведено розгляду окремих судових справ і тривалим стажуванням у різних органах юстиції.

Загальний курс навчання триває 31 місяць. Початковий курс триває 3 тижні. Перед початком навчання слухачі проходять тижневе стажування в суді. З метою ознайомлення слухачів із порядком функціонування судових установ, викладачі ведуть з ними жваві дискусії щодо сенсу професії судді.

Наступний етап навчання — «зовнішнє стажування», яке триває 3 місяці і здійснюється поза судовими установами Франції, на підприємствах, в органах місцевого самоврядування, префектурі, іноземних судових установах, інших організаціях.

Після 8 місяців навчання безпосередньо в Школі, слухачі проходять стажування в судових установах, яке триває 14 місяців. Вони знайомляться з діяльністю суду всіх інстанцій, органів розслідування та прокуратури, поліцейських та жандармських служб, виправних установ, судових виконавців.

Стажування у адвокатів протягом 2-х місяців дає можливість слухачам вивчити на практиці їх повноваження та обов'язки.

І завершальним етапом навчання в Національній школі магістратури — є стажування в судових установах на тій посаді, яку слухач буде займати надалі [4].

Слухачі Національної школи магістратури відносяться до суддівського корпусу, вони мають право брати участь у судовій діяльності, однак без

права підпису, та їм виплачується державне утримання. Слухачі зобов'язані зберігати службову таємницю. Перед участю у судовій діяльності вони приймають перед апеляційним судом присягу [5].

Як бачимо, практична підготовка майбутніх суддів у Франції проходить у вигляді стажування у різноманітних органах та інститутах послідовно: адаптація у суді, стажування у адвоката, в органах розслідування, в пенітенціарній службі, в апеляційному суді, у судах цивільної і кримінальної юрисдикції, у суді для неповнолітніх, також секретарем судового засідання. Стажування проводиться під керівництвом судді-наставника, що визначається на законодавчому рівні. Тут же визначаються права кожного, як слухача, так і наставника. Таке стажування в рамках Навчальної програми займає майже 70% часу.

Звернемось до досвіду підготовки суддів у Австрії.

В Австрії обов'язковою вимогою для претендентів на посаду судді є отримання спеціальної освіти, строк набуття якої становить 5 років.

Практична частина освіти майбутніх суддів здійснюється під керівництвом спеціально виділених та закріплених за ними суддів-наставників, яких призначає колегія суду.

Весь цикл спеціальної освіти (до призначення на посаду судді) розбивається на сім етапів. Перший етап включає в себе як мінімум річну судову практику під керівництвом не менше трьох суддів-наставників з одночасним проходженням підготовчих курсів. На другому — відбувається призначення на посаду судді-стажера Міністерством юстиції на підставі рекомендації колегії Вищого суду землі. На третьому етапі (після призначення на посаду судді-стажера) здійснюється дворічне навчання при суді, прокуратурі чи інших органах (адвокатурі, органах управління, Міністерстві юстиції чи в органах виконання покарання).

Четвертий етап — це рік навчання безпосередньо у судовій академії. Навчання в судовій академії сприяє здійсненню самої мети навчання, орієнтує теоретичні знання кандидата і його майбутню практичну діяльність на правильне застосування закону. На цьому етапі передбачається не тільки проведення інтенсивних курсів навчання з окремих галузей права, але й спеціальну судову практику. Наприклад: двотижневий курс із земельного права — потім чотиритижнева практика в земельних органах; однотижневий курс житлового права — чотиритижнева практика в житлових органах; тритижневий курс виконавчого права — шеститижневий курс практики у виконавчих органах. На п'ятому етапі проводиться практика при суді, прокуратурі, адвокатурі чи в одному з перерахованих вище органів управління, чи виконання покарання з метою закріплення отриманих знань та навиків.

З австрійського досвіду можемо бачити складний і тривалий процес підготовки професійних суддів, головними рисами якого є гнучке поєднання практичної підготовки протягом стажування в різних державних органах (з перевагою судових) та спеціальним, теоретичним вдосконаленням при навчанні в судовій академії [6]. Відповідно, акцент у підготовці майбутніх суддів ставиться на практичну підготовку, яка серед передбачених етапів навчання складає майже 80% часу. Така підготовка забезпечується призначеними колегією суддів суддями-наставниками, що закріплено відповідними нормативними актами.

Більш спрощену, ніж у Австрії та Франції, має процедура спеціальної судової освіти в Німеччині та Італії.

У Німеччині питання практичної підготовленості претендентів на посаду судді, подібно австрійському та французькому, вирішується на законодавчому рівні. Так, згідно "Німецького закону про суддів" право претендувати на заняття судової посади набуває особа, яка пройшла підготовче службове стажування, так звану підготовчу службу і здала після цього державний іспит. В §5b закону встановлюється, що підготовче службове стажування продовжується два роки. Стажування проводиться в обов'язковому порядку перш за все в суді, який розглядає справи загальної цивільної підсудності, в суді по кримінальним справам або в прокуратурі, в установі управлінського профілю, а також при адвокатові.

Згідно §10 даного закону, в дворічний строк обов'язкового стажування можуть бути зараховані стаж роботи в якості чиновника високого рангу, в якості службовця на державній службі в Німеччині чи на службі в якій-небудь міждержавній чи міжнародній організації, якщо ця діяльність за своїм характером і значенням відповідала службовій діяльності високого рангу; в якості такого, що захистив докторську дисертацію викладача права в німецькому університеті; в якості адвоката, нотаріуса чи асесора при адвокатові чи нотаріусові; в іншій сфері, де робота сприяє отриманню знань і досвіду, які необхідні для виконання суддівських обов'язків.

В Італії ті претенденти на посади суддів, які успішно склали відкриті конкурсні іспити, направляються, в якості кандидатів на відповідні посади, у суди першої інстанції при апеляційних судах для проходження передбаченої підготовки (Указ Президента від 17 липня 1998 р.) [7].

Тривалість підготовки визначається Вищою радою магістратури Італії і зазвичай складає дванадцять місяців. Навчання передбачає перебування в суді і виконання певних службових обов'язків щодо цивільних і кримінальних справ, одноосібно або ж якості заступника судді.

Італія належить до тих небагатьох європейських країн, де нема школи або академії для підготовки судових кадрів. Відтак, вся підготовка суддів безпосередньо організується, здійснюється і контролюється Вищою радою, якій допомагають інші колегіальні органи (судові ради чи окружні комісії) та окремі досвідчені й авторитетні судді та прокурори. Процес навчання кандидатів у судді спрямовується на забезпечення належної професійної підготовки та перевірку їхньої спроможності до виконання судових обов'язків.

Важливо, що термін навчання складається з двох основних частин:

— період загальної підготовки, коли кандидати працюють у різних структурних підрозділах судів;

— період спеціалізованої підготовки, коли кандидат за направленням працює саме в тій палаті суду, на якому він зупинив свій вибір після одержання остаточної оцінки на конкурсних іспитах.

Таким чином, особливі кандидатські вимоги щодо професійності встановлено в Німеччині та Італії. В цих країнах головний важіль професіоналізму суддів зосереджений на практичній підготовці кандидатів. До призначення на посаду, асесор (стажер) під наглядом суддів-наставників проходить обов'язкове стажування в судових установах, державних органах та адвокатурі. Однак, на відміну від

Австрії та Франції, спеціальне судове навчання кандидатів у цих країнах не передбачено.

Слід відзначити, що з появою в Україні спеціального закладу для підготовки суддів, а саме Національної школи суддів, Україна врахувала міжнародні стандарти у вирішенні питання навчання майбутніх суддів.

Відповідно, виконується пункт 2 Висновків першої експертної комісії Міжнародної асоціації суддів «Добір та підготовка суддів у сучасному суспільстві» 1996 р. [8] про те, що суддя повинен отримувати спеціальні знання, які він не міг здобути в університеті.

Так, відповідно до вимог статті 70 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» однією із вимог для призначення на посаду судді є проходження кандидатами на посаду судді спеціальної підготовки.

Стаття 77 закону передбачає складові спеціальної підготовки, а саме: теоретичну та практичну підготовку судді в Національній школі суддів України.

«Програму, навчальний план та порядок проходження спеціальної підготовки кандидатами на посаду судді затверджує Вища кваліфікаційна комісія суддів України за рекомендацією Національної школи суддів України. Спеціальна підготовка проводиться протягом дванадцяти місяців (якщо інший строк не визначений рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України) за рахунок коштів Державного бюджету України» [10].

Навчальний план, відповідно до якого сьогодні проводиться спеціальна підготовка, передбачає 41% часу на практичну підготовку (стажування) в місцевих судах та 5% — на ознайомчі візити (зустрічі).

У багатьох європейських державах строк спеціальної підготовки кандидатів набагато довший, ніж в Україні, при цьому акцент відведено на практичну підготовку із законодавчим визначенням порядку її проведення, що слід підтримати. Адже, стажування повинно, насамперед, готувати у практичному вимірі до виконання професії судді; надавати можливість застосовувати матеріальне право при підготовці до ухвалення рішення; формувати навики об'єктивної і неупередженої оцінки обставин, засвоєння дотримання своєчасності виконання завдань та ефективного використання часу — шляхом правильного планування діяльності і організації роботи; формування культури роботи — проявів культури ставлення до сторін і співробітників, належного одягу, стилю і мови висловлювань на робочому місці та створення позитивної атмосфери на роботі.

Належний практичний рівень підготовки сприятиме зменшенню кількості помилок у діяльності майбутнього судді.

Також, видається доречним конкретизувати органи, установи та їх структури, в яких має проводитись практична підготовка та відповідно у якій формі. Передбачити можливості визначення (призначення) в кожній установі відповідальних (контактних осіб) для забезпечення реалізації та проходження стажування.

Досвід підготовки кадрів для судової системи, що існує в європейських країнах, може бути корисний для України у частині, що стосується наставництва. Адже, наставник відіграє ключову роль у процесі практичної підготовки, тому що майбутній суддя перейматиме його досвід та буде оцінений наставником. Саме за порадами наставника будуватимуться основи професійної ідентичності майбутнього служителя Феміди.

Висновки. Наведене порівняння порядку практичної підготовки майбутніх суддів у Франції, Австрії, Німеччині, Італії та Україні засвідчує, що на сьогодні існуюча в нашій державі система практичної підготовки майбутніх суддів потребує удосконалення з метою адаптація національного законодавства до положень міжнародно-правових норм та з урахуванням світового досвіду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Освіта суддів упродовж життя: законодавче забезпечення, фінансування та змістовне наповнення. Досвід країн Європи. Матеріали круглого столу. — Київ, 13-14 вересня 2007 р.
2. Рекомендація N (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів». [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_323.
3. Висновок № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях // Право України. — 2011. — № 11-12. — С. 334.
4. Халдеев Л., Симкин Л. Подготовка судей во Франции// Российская Юстиция.—1994. — №1.— С.54-62
5. Органический закон о статусе магистратуры : Ордонанс № 58-1270 от 22 декабря 1958 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://constitutions.ru/?p=8150.
6. Марцинкевич А. Вимоги до кандидата на посаду судді: зарубіжний досвід [Електронний ресурс]. — Режим доступу : irbis-nbuv.gov.ua|...|giirbis_64.exe.
7. Италия. Конституция и законодательные акты: Пер. сит. — М.: Прогресс,1998. — 428 с.
8. Висновки «Набір та навчання суддів у сучасному суспільстві». Перша експертна комісія Міжнародної Асоціації Суддів // [Електронний ресурс]. — Амстердам. — 1996, 22-26 вересня. — Режим доступу: http:// www.judges.org.ua/article/int_stand.pdf.
9. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06. 2016 р. № 1402-VIII. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19
10. Міжнародні стандарти незалежності суддів: Збірка документів. — К.: Поліграф-Експрес, 2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.judges.org.ua/article/int_stand.pdf

Нечипорук С.В.

Практическая подготовка будущих судей как гарантировать независимость судебной власти.

Аннотация. Надлежащая подготовка будущих судей является основаним обеспечения независимости судебной власти. В статье сформулированы предложения по улучшению правового регулювания практической подготовки и обучения судей, в контексте осуществления судебной реформы в Украине. Эти предложения основываются исходя из существующего международного опыта практического обучения судей и его адаптации в национальное законодательство.

Ключевые слова: практическое обучение, стажировка, судья-наставник, международный опыт, адаптация.

S. Nechyporuk

Practical training of future judges how to guarantee the independence of the judiciary.

Summary. Proper training of future judges are a prerequisite for ensuring the independence of the judiciary in the village dads those proposals uof oto improve legal regulation of practical training of judges in the context of the implementation of the judicial reform in Ukraine such offers take into account the international experience of realization of practical training of judges and how to adapt it in domestic legislation.

Keywords: practical training, internships, judge-tutor, international experience, adaptation.

341:314.15

Ю.В. Чайковський,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету "Одеська юридична академія"

ДЕТЕРМІНАНТИ РОЗВИТКУ МІГРАЦІЙНИХ ПОЛІТИК ДЕРЖАВ У СУЧАСНИХ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ УМОВАХ

Анотація. Досліджено явище міграції у позитивному розрізі, проаналізовано детермінанти формування міграційної політики держав. Виявлено недоліки вітчизняного законодавства у сфері регулювання міграції й вимоги приведення його у відповідність до законодавства ЄС. Піднято проблему незавершення створення зони реадмісії навколо України. Запропоновано конкретні пропозиції щодо вдосконалення законодавчого регулювання. Зроблено висновок про еволюцію міграційної політики держав під впливом міграційних детермінантів.

Ключові слова: міграція, біженці, інтеграція, реадмісія, міжнародне право, еволюція міграційної політики.

Навколишній світ стає все більш взаємозалежним, інтенсивна глобалізація світової економіки і міжнародних відносин надає спеціальної актуальності дослідженню впливу міграційних процесів на розвиток держав та еволюцію суспільства. Загальний характер і важливість міграційних явищ підносить процес міграції майже до рівня розвитку людини в сучасному світі. Глобалізація і універсалізація міграції проявляється у зникненні поділу на країни еміграції та країни імміграції. Ускладнення засобів комунікації призводить насправді до спрощення комунікації між різними регіонами земної кулі. Міграційні процеси поступово стають фактором розвитку. У нових умовах фактори часу і вартості набувають нового значення, а міграційні процеси через побудову грамотної міграційної політики можуть допомогти державі зекономити і перше і друге. Економіка, ми погоджуємося із К. Марксом, дійсно має первинне значення, а все інше спрямоване на її обслуговування. Глобалізація — явище економічне і найбільш інтенсивно і всебічно змінюються власне економічні процеси. З цієї точки зору, держава не завжди встигає реагувати на світові економічні виклики. Так, наприклад, глобалізація ринку праці призводить до неможливості планування підготовки кадрів і оперативно вплинути на ці процеси практично неможливо — це питання стратегічного планування. Однак, "перетік мозгів", поява нових професій, що викликані зміною структури виробництва чи надання послуг, кидають виклики державній політиці. У цих умовах державі значно простіше і швидше зреагувати на ці виклики далекоглядною міграційною політикою. Дійсно, дешевше і швидше привабити

працівника необхідної професії і кваліфікації, ніж підготувати власні кадри закладами освіти держави. Тобто, даний приклад свідчить про важливість міграційної політики і створення умов для оперативного реагування на швидкі економічні зміни завдяки врахуванню гнучкої міграційної політики.

У даній статті ми хочемо відійти від негативної оцінки міграційних процесів, окреслення "міграційні колапси", "міграційні кризи" і т.д. Провідні держави світу навчилися використовувати і скеровувати міграцію на розвиток власних економік, створення полікультурного суспільства, інтеграцію правових систем. Тож, що таке міграція? Явище міграції є предметом багатьох наукових дисциплін, завдяки цьому ми можемо знайти значну кількість визначень поняття «міграція». Міграція визначається як постійна зміна місця проживання або зміна проживання на певний період, пов'язана із перетином кордону іншої держави. Поняття міграції включає в себе два різноспрямовані процеси: еміграцію, тобто залишення батьківщини і імміграцію — прибуття на територію юрисдикції іншої держави. Міграція може розглядатися з точки зору країни походження мігрантів в приймаючій країні або обох країн. Питання міграції також може розглядатися на рівні декількох держав, регіонів світу або в загальносвітовому сенсі [1].

Професор-міграціолог Мангалама пропонує інше визначення міграції: міграція — це відносно постійний вихід групи людей — званих емігрантами, з однієї географічної точки в іншу, яка передує системі прийняття рішень на основі ієрархічної системи цінностей [3, с. 5]. А. Баштейнер і Ф. Дассетто розглядають питання міграції в контексті інтеграції нових популяцій населення в суспільство [2, с. 22-29].

Картина світу, в якому ми живемо сьогодні в значній мірі є результатом міграційних процесів та їх наслідків. Сучасні потоки іноземних працівників характеризує масовість, глобалізація та універсалізація, еволюція складу населення та інтернаціоналізація міграційних проблем.

Масовість полягає у безперервному потоці людей з однієї країни в іншу. Масштабні міграції дев'ятнадцятого століття відбувалися протягом 80 років і охопили близько 65 мільйонів осіб, після Другої світової війни число міжнародних мігрантів досягло близько 120 мільйонів, що становить приблизно 2% усього людства. Кількість мігрантів продовжує зростати. Основними країнами міграції в даний час є США та Канада, які приймають емігрантів, насамперед з країн Латинської Америки та Європи [5]. Сьогоднішні мігранти селяться в першу чергу в регіонах і містах з високою щільністю населення, високим економічним і цивілізаційним розвитком. Урбанізація — це явище, притаманне всьому світу, а не лише тенденція певних держав. На сьогоднішній день кількість населення, що проживає в містах і селах практично зрівнялась і рухається це співвідношення у бік збільшення кількості міського населення. Проте в 2008 р., за даними ООН, вперше в історії кількість жителів міст перевищила кількість жителів сільських районів. Дійсно, це пов'язано із розвитком цивілізації, створенням робочих місць, механізацією й автоматизацією процесів сільськогосподарського виробництва.

Величезний попит на мігрантів виникає у зв'язку з розширенням виробництва і зростанням потреби в робочій силі. Масові міграції стали можливими також завдяки розвитку засобів

комунікації, що значно полегшує пересування робочої сили. Міжнародна міграція супроводжується також внутрішньою міграцією, яка інтенсивніша за неї в десять разів і часто доповнюють одна одну [6].

Проведений у 2006 році Діалог на високому рівні з питань міжнародної міграції і розвитку став визначальним моментом у справі розгляду державами-членами шляхів і засобів максимально ефективного використання переваг міжнародної міграції для розвитку і зведення до мінімуму її негативних наслідків. До 2006 року на жодному великому заході, що проводився в Організації Об'єднаних Націй, увага не приділялася виключно взаємінам між міжнародною міграцією та розвитком. Зокрема, увага приділялася в основному захист прав людини-мігранта, чому неодноразово присвячувала свою увагу комісія міжнародного права.

Традиційно, найбільші міграційні потоки завжди мали місце на європейському континенті. Європа, яка в минулому була джерелом іммігрантів, в даний час притягує їх з різних регіонів Землі. Все це поставило перед державами, зокрема і Україною, складне завдання правового регулювання міграції. Тому в державах розроблено свої власні спеціальні правові норми, що регламентують міграційні процеси. Ці норми традиційно є складовою частиною міграційної політики держави. Міграційною політикою можна визнати каталог існуючих інструментів, створених державою або її складовими частинами, що охоплює однаково як пасивні, так і активні форми управління імміграцією і еміграцією. Водночас основа міграційної політики — застосування стратегічних цивілізаційних передумов і модернізацій, а також національних звичаїв чи основних міжнародних документів [6, с. 36].

Аналіз змін, які відбуваються в останні роки в міграційних політиках держав, схиляє до думки, що головною детермінантою розвитку певної міграційної політики є її тісний зв'язок з потребами ринку праці, а також домінуюча концепція суспільства (модель політичного чи етнічного суспільства). Водночас все більшу роль відіграє громадська думка, яка в деякій мірі накладає на політичних керівників певні обов'язки у сфері міграційної політики. Крім того, ЗМІ здатні створити в суспільстві відмінну від реалій картину міграції. Ті або інші обумовленості мають вплив на ступінь відкритості/закритості приймаючої держави, а також на остаточну форму міграційної політики.

Отже, які чинники активно впливають на розвиток міграційної політики. Міграція належить до тих соціальних явищ, які сильно реагують на зміни демографічних, політичних та економічних умов. При чому це стосується не лише еміграції, але й імміграції. Звісно, жодна держава не може стимулювати еміграцію зі своєї країни, проте еміграційна політика держави повинна враховувати відтік власних громадян за кордон з метою коректного прогнозування, наприклад, кількості і якості (кваліфікації) іммігрантів, які повинні будуть замінити на робочих місцях тих, хто виїхав. Цікаво, що частіше особи покидають державу не у пошуках праці через неможливість знайти її у власній державі, а з метою зміни місця праці та поліпшення оплати або умов праці. Тобто, відтік цих осіб потребує адекватної заміни для економіки держави-постачальника робочої сили. Крім того, ці особи продовжують перебувати під захистом держави грома-

дянства, і ця обставина також враховується при формуванні міграційної політики [1, с. 39].

Імміграційна політика є другою складовою політики у сфері міграції і для держави обидві складові є рівнозначно важливі. Вона необхідна для того, щоб захистити інтереси власного населення від некерованого припливу робочої сили і для цього необхідний більший контроль нелегальної зайнятості. При чому успіх такого контролю буде досягнутий, якщо держава не перекладе цю функцію, не обтяжить роботодавця. І в першу чергу, це можна досягти не засобами покарання, а стимулювання і заохочення і роботодавців, і нелегальних працівників, до легального працевлаштування [4, с. 12].

Крім того, міграційна політика повинна також сприяти інтеграції іноземців в державі прибуття, враховуючи те, що іноземцям з певних країн значно легше інтегруватися в суспільство через подібність мовну, культурну або правову. Тобто за необхідності забезпечення економічного розвитку через залучення мігрантів слід стимулювати міграцію з певних країн враховуючи майбутню легкість їх інтеграції.

Вдала міграційна політика — запорука розвитку держави. Так, працевлаштування власних громадян за межами держави стимулює приплив валюти, яку працюючі висилають родині з-за кордону, що покращує рівень життя громадян, стимулює власну економіку і в деяких випадках навіть може впливати на валютно-фінансову політику держави.

В області імміграційної політики повинні також враховуватися інтереси охорони інтелектуального і людського потенціалу для власної економіки і політики. Важливо створити такі умови, які б унеможливили еміграцію молодих людей і професіоналів в тих сферах, які мають значення для власної економіки і науки.

Отже, міграція залежить від демографічних, політичних і та економічних чинників. Дуже важливим фактором як для еміграції, так й імміграції є рівень економічного розвитку. Умовами, що не сприяють еміграції є високий рівень економічного розвитку, збільшення виробництва, інвестицій, зростання кількості робочих місць, високий рівень оплати праці, висока занятість, що водночас є і факторами притягнення іммігрантів. Тобто, держава завжди повинна формувати свою міграційну політику беручи до уваги обидві її складові.

Тому, враховуючи ці особливості, ми не можемо створювати власну міграційну політику за відсутності багатьох законодавчих інструментів протидії нелегальній міграції. Так, в протидії нелегальній міграції виділяють: укладення міжнародних договорів (наприклад, про полегшення працевлаштування), візову політику, прикордонний контроль і контроль безпосередньо при перетині кордону, контроль міграційної служби на території держави, засоби відповідальності за нелегальний перетин кордону і нелегальне перебування особи на території держави, попередження незаконного працевлаштування, депортація, реадмісія, а також добровільне повернення і амністія для нелегальних мігрантів [5]. На сьогоднішній день, це напрацьовані міжнародним суспільством ефективні інструменти міграційної політики держав. На жаль, в Україні на сьогоднішній день багато із цих інструментів не працюють, при чому як через об'єктивні причини військових дій всередині держави, так і певні суб'єктивні причини, пов'язані із

високим рівнем корупції і відсутності реального контролю з боку держави над кордоном. Як наслідок — відсутність системного підходу в напрацюванні міграційної політики із широким залученням до цього процесу громадянського суспільства і міжнародного досвіду формування.

В Україні до прийняття у 2011 році Закону України "Про біженців та осіб, які мають право на допоміжний або тимчасовий захист" [7] не існувало правового інституту допоміжного та тимчасового захисту, що не сприяло належній повазі до прав людини в Україні. За відсутності спільної між Україною і ЄС бази даних осіб, які отримали статус біженця або пробували отримати статус біженця, мігранти могли звернутися за наданням статусу біженця в Україні та інших європейських країнах одночасно. Внесені зміни до міграційного законодавства України значно покращили регулювання у даній сфері й наблизили наше законодавство до законодавства Європейського Союзу.

Не вирішена проблема створення зони реадмісії навколо України. Доступні в Україні бази даних депортованих, які отримали право на проживання, а також іноземців, які на законних підставах в'їхали в Україну, ускладнює ідентифікацію нелегальних іммігрантів, які приїхали в Україну. Випадки добровільного повернення затриманих, що є найкращим методом видалення, є винятком для України. Кількість депортованих нелегальних іммігрантів збільшується, у зв'язку з цим більше уваги має приділятися реалізації громадського контролю за дотриманням правових процедур для висилки з країни. Існує термінова потреба у підписанні між Україною та іншими країнами угод про реадмісію та спрощення візового режиму.

Україна межує з чотирма державами-членами ЄС (Польщею, Словаччиною, Угорщиною та Румунією) і стикається з серйозними проблемами у сфері незаконної міграції. Крім того, Україна є важливим партнером для співпраці з ЄС, про що свідчить підписання угоди про реадмісію 18 червня 2007 р. (набрала чинності 15.01.2008 р.). В даний час угода про реадмісію поширюється як на громадян України, так і громадян третіх країн. Причому, імплементаційні протоколи с окремими країнами-підписантами Кабінет Міністрів України підписує досі. Наприклад, із Польщею КМ України підписав лише 6 червня 2018 року [8].

Перешкодою на шляху ефективного здійснення договорів України про реадмісію є недостатні організаційні механізми, правова невизначеність та фінансові труднощі. На даний час міграційна політика України залишається невизначеною. Крім того, Єврокомісія у своїй «Доповіді щодо поступів України у реалізації Європейської політики сусідства» ще у квітні 2009 року зазначила: «Незважаючи на численні реформи, в Україні немає чіткої політики міграції і універсального ефективного імміграційного органу. Україна продовжує відмовляти заявникам у наданні притулку в сфері захисту та депортує мігрантів до країн їх походження, де вони піддаються тортурам або жорстокому поводженню з ними». Необхідно зазначити, що ситуація у цій сфері за десять років не досить змінилася і висновок Європейської комісії виглядає дотепер актуальним.

Протягом всієї історії людства міграція була проявом активної волі індивіда подолати всі негаразди і домогтися кращого життя. Сьогодні в результаті глобалізації та досягнень в галузі комунікацій значно збільши-

лася кількість людей, які прагнуть переміститися в інші місця і здатні легко інтегруватися в нове суспільство через відкритість і доступність інформації про ту чи іншу державу світу.

Наступила нова ера, що відкрила нові можливості і одночасно поставила нові виклики перед суспільствами в усьому світі і міжнародно-правовим регулюванням цих відносин зокрема. Вона також виявила очевидний зв'язок між міграцією та розвитком, а також можливості, які вона надає для взаємного розвитку, тобто послідовного поліпшення економічних і соціальних умов в країнах походження і призначення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Беницький О.М. Окремі питання вдосконалення міграційного законодавства / О.М. Беницький // Форум права. — 2010. — № 2. — С. 35—39 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10bomvmz.pdf

2. Bastenier A., Dassetto F., Nodi conflittuali conseguenti all' insediamento definitivo delle popolazioni immigrate neipaesi europei (w:) AA.VV, Italia, Europa e nuove immigrazioni, Torino 1990, str. 22-29.

3. Mangalam J.J., Some Guidelines Torward a General Theory of Migration, Second World Congress of Rural Sociology 1998, str. 5-11

4. Міграційна політика України: стан і перспективи розвитку / О.А. Малиновська. — К. : НІСД, 2010. — 32 с.

5. Розширений міграційний профіль України // http://dmsu.gov.ua/images/stories/files/Ukraine-Extended-Migration-Profile%20RU.pdf

6. Чайковський Ю.В. Спільна міграційна політика країн-членів Європейського Союзу: напрацювання моделі, правове регулювання і участь у цьому процесі України // Актуальні проблеми політики. Зб. наукових праць. - Одеса: "Фенікс", 2011. — Вип. 44. — С. 35-43.

7. Закон України "Про біженців та осіб, які мають право на допоміжний або тимчасовий захист" від 08.07.2011 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, № 16, Ст. 146

8. Постанова Кабінету Міністрів України від 6 червня 2018 р. № 457 Про затвердження Імплементаційного протоколу між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Польща про виконання Угоди між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію осіб, вчиненої 18 червня 2007 р. у м. Люксембурзі // https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457-2018-п

Чайковский Ю.В.

Детерминанты развития миграционных политик государств в современных международно-правовых условиях.

Аннотация. Исследовано явление миграции в положительном разрезе, проанализированы детерминанты формирования миграционной политики государств. Выявлены недостатки отечественного законодательства в сфере регулирования миграции и требования приведения его в соответствие с законодательством ЕС. Поднята проблема незавершения создания зоны реадмиссии вокруг Украины. Предложены конкретные предложения по совершенствованию законодательного регулирования. Сделан вывод об эволюции миграционной политики государств под влиянием миграционных детерминант.

Ключевые слова: миграция, беженцы, интеграция, реадмиссия, международное право, эволюция миграционной политики.

Yu.V. Chaykovskyy

Determinants of the development of migration policies of states in modern international legal conditions.

Summary. The article analyzes the concepts of modern migration policy, the search for an optimal model for Ukraine and its legal registration in view of European integration trends in our state. Also studied the migration situation in Ukraine and an analysis of factors affecting migration.

The article analyzes the modern measures to combating illegal migration. The search for a new tendency of using traditional measures to combating illegal migration a seek of optimal instruments for Ukraine and its legal registration in view of European integration trends in our state. The purpose of this paper is to analyze the modern changes and trends in migration politics. The analysis system of the EU and adopt the experience of struggle against illegal migration to the legislation of Ukraine. One of the objectives of the study should outline the migration situation in the EU and Ukraine and analysis of the factors influencing the use of certain drugs. The following features of measures on prevention of irregular migration were analyzed: Border security and control at the border (The Schengen Borders Code governs the crossing of the external border, facilitating access for those who have a legitimate interest to enter into the EU); Control on the territory of the State (usually The Border Guard and the Police are those institutions which control the legality of residence of foreigners); Return, deportation and readmission (Europeans features); Integration. Also have given the recommendations for migration politics formation.

Keywords: migration, refugees, integration, readmission, International Law, evolution of migration policy.



УДК 341.233:327.8

В.А. Ващенко,
аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ДЕНОНСАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ДОГОВОРУ

Анотація. В статті розглянуто правові наслідки денонсації міжнародного договору. Зазначається, що денонсація міжнародного договору створює нову правову ситуацію та має прояви в предметній, суб'єктній, територіальну та темпоральній сфері. Основним правовим наслідком денонсації є звільнення ініціатора денонсації від обов'язку подальшого виконання договору, а також припинення права вимагати виконання договору іншими учасниками у відносинах з ними. Денонсація припиняє всі обов'язки ініціатора денонсації, що полягають у продовженні виконання чи утриманні від певних дій, а також всі повноваження та переваги за договором.

Ключові слова: денонсація, припинення міжнародного договору, часткова денонсація, принцип паралелізму, pacta sunt servanda.

Постановка проблеми. Денонсація міжнародного договору створює нову правову ситуацію, що визначається нормами універсального міжнародного права. В деяких договорах сторони встановлюють положення, що регулює певні наслідки денонсації. Дані положення мають завжди пріоритетне значення перед нормами загального міжнародного права, які в такому випадку лише заповнюють прогалини. Дане положення підтверджується статтею 70 Віденської конвенції, яка присвячена наслідкам припинення договору. Згідно з нею, правовими наслідками денонсації є наступні: "...припинення договору <...>: 1) звільняє учасників договору від будь-якого зобов'язання виконувати договір в майбутньому; 2) не впливає на права, обов'язки чи юридичне положення учасників, що виникло в результаті виконання договору до його припинення".

Наведені наслідки мають місце, "якщо договором не передбачається інше або якщо учасники не погодилися про інше".

Мета статті. Для того, щоб отримати уявлення про правову ситуацію, яка виникає в результаті денонсації міжнародного договору необхідно проаналізувати: предметну, суб'єктну, територіальну та часову сфери наслідків денонсації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед вчених, які внесли вагомий внесок в розгляд даного питання, можна назвати таких видатних зарубіжних міжнародників, як Д. Анцилотти, Ф. Мартенс, Г. Кельзен, Ч. Хайд, Х. Лаутерпахт, Л. Оппенгейм, Дж. Фітцморіс, Х. Уолдок, Е.Х. де Аречага. Дана тема супроводжувалася запеклими дискусіями під час Віденської конференції по праву міжнародних договорів 1968-1969 рр. У радянській доктрині це питання до-

сліджувалося в роботах Р.А. Каламкаряна, Р.А. Мюллерсона, А.Н. Талалаева, Г.І. Тункіна, І.І. Лукашука. Серед українських вчених до даної проблеми зверталися такі юристи, як С.Р. Кравченко, С.В. Шульга.

Виклад основного матеріалу. Основним правовим наслідком денонсації є звільнення ініціатора денонсації від обов'язку подальшого виконання договору, а також припинення права вимагати виконання договору іншими учасниками у відносинах з ними. Денонсація припиняє всі обов'язки ініціатора денонсації, що полягають у продовженні виконання чи утриманні від певних дій, а також всі повноваження та вигоди за договором.

Віденська конвенція передбачає, що припинення договору звільняє сторони від обов'язку подальшого дотримання договору. Проте слід звернути увагу також на інше положення Віденської конвенції. Зокрема, на статтю 43, в якій вказується, що денонсація чи вихід з договору однієї зі сторін "ні в якій мірі не зачіпають обов'язку держави виконувати будь-яке записане в договорі зобов'язання, яке має силу для неї у відповідності з міжнародним правом, незалежно від договору". Цю норму закріплюють, зокрема, всі Женевські конвенції 1949 року. Наприклад, стаття 63 I Конвенції про поліпшення участі поранених та хворих в діючих арміях встановлює, що: "Денонсація буде чинною лише по відношенню до денонсуючої держави. Вона ніяк не буде впливати на зобов'язання, які сторони, що знаходяться в конфлікті, будуть зобов'язані продовжувати виконувати в силу принципів міжнародного права, оскільки вони витікають зі звичаїв, що встановилися серед цивілізованих народів, із законів людяності та велінь суспільної совісті".

Денонсація стосується, в принципі, всього договору, всіх його положень. За відсутності положення договору з іншим змістом чи іншої домовленості сторін, держава не може денонсувати лише одну або декілька статей договору. Така денонсація не буде чинною [1, с. 315].

Згідно з п. 1 статті 44 Віденської конвенції: "Право учасника денонсувати договір, вийти з нього або зупинити його дію, яке було передбачене в договорі або випливає із статті 56, може бути використано відносно тільки всього договору, якщо договір не передбачає інше або якщо його учасники не домовилися про інше". Віденська конвенція підтверджує тут існуючу в загальному міжнародному праві презумпцію цілісності договору. Проте це положення має застосовуватися обмежено. Згідно зі статтею 44, держава може припинити частину положень договору, коли вона посилається на інші, окрім права на денонсацію, правові підстави.

Сторони договору, очевидно, мають повну свободу стосовно допущення денонсації лише частини договору. Даний намір, однак, має бути явно вираженим [2, с. 476]. Зазвичай він фіксується в договорі, рідше — в іншій угоді.

Застереження про часткову денонсацію зазвичай кореспондує положенням, які допускають часткове прийняття договору. Наприклад, Женевський загальний акт про мирне вирішення міжнародних спорів від 26 вересня 1928 року передбачає в статті 38 часткове приєднання, а в § 4 статті 45 постановляє: "Денонсація може бути лише частковою чи полягати в нотифікації про нові застереження".

Часткова денонсація може бути погоджена в ході виконання договору. Це має місце частіше за все у зв'язку

з заявою однією зі сторін про денонсацію договору згідно з його положеннями, а в подальшому — іноді в результаті дій іншої сторони — часткове відізвання такої денонсації. В якості прикладу можна навести часткову денонсацію США в 1919 році договору про торгівлю та мореплавство 1827 року з Норвегією і Швецією, або денонсацію в 1917 році Консульської конвенції, укладеної між США та Італією [3, с. 314-315].

Можна відмітити, що — принаймні, в практиці США, — часткова денонсація, погоджена поза договором, не трактується як зміна договору. Держава, якій пропонується узгодити часткову денонсацію, має повну свободу зайняти позицію проти. Як вказував А. Макнейр, уряд Великобританії, як правило, в таких випадках виступав проти [2, с. 476]. Наприклад, було відмовлено США у частковому денонсуванні торгового договору від 2 жовтня 1886 року, укладеного між США, Великобританією та Конго.

У Віденській конвенції щодо денонсації мова йде про "весь договір", однак відповідно до практики, що склалася, денонсація договору стосується не лише цього договору і всіх документів (протоколів, нот, декларацій і т.д.), що складають його інтегральну частину, але також інших документів, які тісно з ним пов'язані [4]. Застосування даного положення на практиці є відносно простим, якщо сам договір або супроводжуючі договори прямо встановлюють тісний зв'язок між ними. Однак мають місце ситуації, коли тісний зв'язок між основним договором і додатковою угодою не є чітким. Отже, оцінка предметної сфери наслідків денонсації може бути різною і породжувати спори між сторонами.

В якості прикладу можна навести спір, що виник між Румунією та Грецією, коли в 1905 році румунський уряд нотифікував свій намір денонсувати торгову конвенцію від 19 грудня 1902 року, укладену між цими державами, разом з протоколом, пов'язаним із конвенцією. Уряд Греції не визнавав право Румунії на денонсацію протоколу, стверджуючи, що він представляє собою окреме міжнародне зобов'язання, незалежне від Конвенції, а також, що денонсація Конвенції, що міститься в її положеннях, не може розповсюджуватися *ipso facto* на протокол, який не містив жодних положень, що стосувалися б денонсації. На думку Колєра, вирішальним в такому випадку має бути тлумачення положень обох документів з метою з'ясування намірів сторін [5, с. 264].

З метою уникнення непорозумінь, держави в нотифікації про денонсацію конкретизують всі додаткові договори, яких стосується денонсація разом з головним договором. Автори Гарвардського проекту навіть стверджують про такий обов'язок [4].

Суб'єктна сфера наслідків денонсації різниться у випадку з двота багатосторонніми договорами. В першому випадку наслідки денонсації розповсюджуються на обох учасників. В другому, суб'єктна сфера правових наслідків денонсації, як правило, обмежена.

Денонсація багатостороннього договору виключає з договору лише ініціатора денонсації. Вона може призвести до абсолютної денонсації договору лише тоді, коли внаслідок здійсненої денонсації кількість сторін договору стане менше двох. В цілому, не існує норми загального міжнародного права, згідно з якою денонсація, що призводить до зменшення кількості сторін договору нижче, ніж кількість, необхідна для набрання ним чинності, яка б викликала абсолютне

припинення договору. Не існує принципу паралелізму між вимогами про набрання договором чинності та його припиненням [6, с. 66].

Це питання прямо регулюється Віденською конвенцією в статті 55, відповідно до якої: "якщо договором не передбачається інше, багатосторонній договір не припиняється з причини тільки того, що кількість його учасників стала меншою від кількості, потрібної для набрання договором чинності".

В практиці держави передбачають частіше за все кількість держав, участь яких є достатньою для дії договору менше від кількості, необхідної для набрання договором чинності. Наприклад, Конвенція про митні пільги для туристів, укладена в Нью-Йорку 4 червня 1954 року, вимагає для набрання нею чинності 15 ратифікаційних грамот чи грамот про приєднання (стаття 16) і ставить свою дію в залежність від участі в ній не менш, ніж восьми держав (стаття 18).

Також слід відмітити ситуацію, коли договір називає участь однієї з держав, яку прямо названо або зазначається іншим способом, в якості обов'язкової умови набрання договором чинності. Віденська конвенція не регулює це питання. На думку Є. Жиро, в такому разі також не можна застосовувати принцип паралелізму між вимогами договору про набрання ним чинності та умовами його припинення [6, с. 67]. Однак, видається, що ситуація такого роду може бути значно складнішою порівняно з випадками звичайного зменшення кількості учасників договору. Принциповим питанням в такому випадку є тлумачення самого договору. Тільки аналіз змісту договору може дозволити встановити наміри сторін договору з цього питання.

Зазвичай, в силу положень договору денонсація призводить до абсолютного припинення договору, укладеного тільки між декількома державами — трьома або чотирма. Наприклад, Конвенція про збереження та захист морських котиків, укладена у Вашингтоні 7 липня 1911 року між США, Великобританією, Японією та Росією, встановлювала в статті XVI, що зі спливом 15 років дії, Конвенція буде діяти доти, доки вона не буде денонсована однією або більшою кількістю сторін. Вона втратила чинність в 1941 році після її денонсації Японією [7, с. 449].

На суб'єктну сферу наслідків денонсації договору суттєво впливає правовий характер його положень.

Спробу зв'язати характер договору з наслідками, які для обсягу застосування його положень може мати денонсація його однією зі сторін, здійснив, зокрема, Дж. Фітцморіс. В своєму проекті, який він запропонував Комісії міжнародного права в 1957 році, він детально дослідив в цьому контексті договори, що мають характер законів (*traits-lois*), договори взаємного та консенсуального характеру і договори, що спираються на тісний взаємозв'язок між сторонами [8, с. 31].

Правотворчі договори, на думку, Дж. Фітцморіса, є джерелом зобов'язань, які існують самостійно і не залежать від принципу взаємності. У зв'язку з тим, що держави зобов'язані дотримуватися положень, що містяться в них, незалежно від того, будуть їх дотримуватися інші сторони чи ні, факт виходу одної сторони або навіть декількох сторін не впливає на поведінку останніх. Відповідних положень держави зобов'язані дотримуватися без змін не тільки між собою, але також і надалі по відношенню

до, наприклад, громадян, власності чи кораблів держави-ініціатора денонсації. До договорів такого роду можна віднести конвенції МОТ, конвенції з прав людини тощо [8, с. 35-37].

Інша ситуація має місце, коли денонсація стосується багатосторонніх договорів, які є джерелом зобов'язань взаємного та консенсуального характеру. Інші сторони в цілому звільнені від виконання договору по відношенню до ініціатора денонсації і застосовують його виключно між собою.

Нарешті, є багатосторонні договори, які створюють систему зобов'язань, які спираються на тісну взаємозалежність (*fully interdependent type obligations*), в яких участь всіх сторін є умовою існування такої системи і денонсація такого договору одним з учасників руйнує цю систему, призводячи до абсолютного припинення договору.

До наведеного розмежування схиляється також французька доктрина [6, с. 67]. Це свідчить про те, що предметна сфера правових наслідків денонсації договору не є питанням, що має однозначне рішення. Встановлення цього обсягу має залежати від дослідження намірів сторін договору і суттєвим елементом визначення змісту даного наміру є характер зобов'язань, узгоджених в договорі.

Денонсація договору стосується в цілому всієї території ініціатора денонсації. Відповідно до статті 29 Віденської конвенції "якщо інший намір не випливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то договір є обов'язковим для кожного учасника щодо всієї його території". Також, якщо сторони не погодили інше, денонсація договору означає, що на всій території ініціатора договір надалі діяти не буде. Одностороннє обмеження територіальної сфери наслідків денонсації є неприпустимим.

Однак трапляється, що сторони допускають в договорі можливість часткової денонсації, обмеженої територіальним застосуванням договору. Застереження про часткове територіальне денонсування найчастіше кореспондує колоніальним застереженням, відповідно, положенням, що уповноважують держави в односторонньому порядку приймати рішення про поширення дії договору на залежні території і колонії. Колоніальні імперії мають право розширити сферу дії договору на такі території чи виключити їх зі сфери дії договору [9, с. 169-171]. Застереження про часткове територіальне денонсування доповнює і розширює це право шляхом надання зацікавленій державі більше можливостей для маневрування. Прийняте при підписанні, ратифікації чи приєднанні рішення поширити дію договору на залежні території чи колонії не зв'язує державу на весь час дії цього договору.

Прикладом положення, що дає державі повноваження, про які йде мова може бути стаття 39 Женевської конвенції про сильнодіючі речовини від 19 лютого 1925 року в редакції, прийнятій в Нью-Йорку 11 грудня 1946 року. Вона передбачає наступне: "кожна держава, яка підписує або приєднується до цієї Конвенції, може заявити в момент підписання, ратифікації або приєднання, що прийняття положень даної Конвенції не поширюється на певну або всі його колонії, заморські володіння, протекторати або заморські території, які залежать від її суверенітету або влади [...] і може в подальшому приєднатися [...] від імені такої колонії, заморського володіння, протекторату чи заморської території [...]. Денонсація також може бути

здійснена окремо щодо однієї з колоній, заморського володіння, протекторату або заморської території [...]".

Право на часткову територіальну денонсацію належить, як правило, тільки державі, яка представляє в міжнародних відносинах зазначені залежні території. Положення договорів, які допускали часткове територіальне денонсування, відходять в минуле, оскільки зникають відносини, які зробили можливим їх існування.

Денонсація договору, що призводить до його припинення — відносного або абсолютного — спричиняє наслідки *ex nunc*, а не *ex tunc*. Це принципово відрізняє денонсацію договору від визнання його недійсним [1, с. 280].

Денонсація не має ретроактивних наслідків. Вона відбувається в конкретний момент виконання договору, у певній правовій ситуації, створеній в результаті її здійснення і положення, створеного тривалим способом, не порушує. Як закріплено в п. b) статті 70 Віденської конвенції, припинення договору "не впливає на права, обов'язки чи юридичне положення учасників, що виникло в результаті виконання договору до його припинення".

Денонсація не порушує прав, здобутих у зв'язку з договором, не відновлює *status quo ante*, який було змінено договором. Як зазначав Дж. Фітцморіс, "[...] виплата, здійснена у зв'язку з договором не стає неоплаченою; дозволений на підставі договору спір не починається заново тому, що договір було денонсовано; встановлений кордон не стає непозначеним; цесія території не відміняється і т.д." [8, с. 269].

Хоча таке нерідко трапляється, але сторони можуть обмежувати темпоральну сферу наслідків денонсації договору. Можна навести приклади, наведені в коментарі до проекту Комісії міжнародного права 1963 року, а саме статтю XIX Брюсельської конвенції про відповідальність операторів ядерних суден від 25 травня 1962 року. Згідно з нею, "навіть після припинення дії цієї Конвенції чи її денонсації одною з держав-учасниць [...] положення конвенції продовжують застосовуватися щодо будь-якої ядерної шкоди, що було спричинено ядерним інцидентом, [...] за умови, що ядерний інцидент відбувся до дати припинення її дії чи денонсації або, якщо він відбувся після цієї дати, але не пізніше двадцятип'ятирічного строку, починаючи з дати надання дозволу на експлуатацію".

Відмежування темпоральної сфери наслідків денонсації передбачає також, наприклад, і Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод, підписана в Римі 4 листопада 1950 року, яка встановлює в частині 2 статті 58, що "денонсація не звільняє відповідну Високу Договірну Сторону від її зобов'язань за Конвенцією щодо будь-якої дії, яка могла бути порушенням таких зобов'язань і могла бути здійснена нею до дати набрання денонсацією чинності".

У випадку непогодженої денонсації правові наслідки подання відповідної заяви можуть бути різними в залежності від реакції інших учасників договору. У випадку, коли денонсація договору не викликає заперечень іншої сторони чи сторін, вона призводить до всіх наведених вище наслідків. Денонсація, яка зіштовхується з запереченням, створює певну фактичну ситуацію, правова характеристика якої не є до кінця визначеною.

Вона призводить до міжнародного спору, вирішення якого може наступити внаслідок застосування

певного мирного засобу вирішення міжнародних спорів, передбаченого статтею 33 Статуту ООН.

Що відбувається з договором, відносно якого мала місце денонсація, до моменту вирішення спору? Дане питання не є до кінця зрозумілим. На думку А. Девіда, офіційне тлумачення положень Конвенції, що випливає з коментаря Комісії міжнародного права до проекту статті 65 Конвенції, є класичним прикладом порочного кола. З принципу *pacta sunt servanda* витікає обов'язок сторін добросовісно дотримуватися договору, який є обов'язковим згідно зі статтею 65 Конвенції. З іншої сторони, згідно цієї ж статті, питання про те, чи є договір обов'язковим чи ні, залежить виключно від поведінки сторін згідно з принципом добросовісності. "Діяти добросовісно" в контексті міжнародного договору означає те саме, що діяти в правовому полі. В той же час, мова власне йде про вирішення питання, яке згідно з правом призводить до припинення договору. А. Девід закінчує свій висновок тим, що дана критика витікає з труїзму про те, що умовою підпорядкування дій людини певним нормам є, в першу чергу, існування таких норм [10, с. 170].

З тексту положень Конвенції, зокрема зі статті 42, можна зробити висновок, що в принципі договір до вирішення спору є дійсним і зберігає свою силу. Це відстрочує правові наслідки односторонньої денонсації, визнаної правомірною. На думку деяких авторів, таке рішення не представляється "ані належним, ані справедливим". Однак відступ від принципу *in dubio pro libertate* має в цьому випадку безумовне обґрунтування, оскільки ним закріплюється стабільність договірних відносин.

В такій ситуації необхідно звернути увагу на той факт, що в практиці держав може мати місце також і конструкція призупинення дії договору. Згідно з положеннями Віденської конвенції, сторони, у взаємовідносинах між якими призупиняється дія договору, звільняються від зобов'язання виконувати договір між собою протягом періоду такого призупинення. Призупинення дії договору не впливає в іншому на правові відносини між учасниками, встановлені договором (п. 1 статті 72). В період призупинення дії договору учасники утримуються від дій, які могли б завадити поновленню дії договору (п. 2 статті 72). Конструкція призупинення дії договору, як видається, в більшій мірі відповідає наступному: договір не застосовується, але залишається в силі.

Вирішення спору, що виник у зв'язку з запереченням проти денонсації, буде остаточно визначати правові наслідки неузгодженої денонсації. У випадку підтвердження того, що право на денонсацію фактично існувало, вона буде мати всі наслідки погодженої денонсації. У випадку визнання денонсації неправомірною, такою, що суперечить праву, вона має бути визнана ініціатором як така, яка не набрала чинності. В той же час, коли держава не згодна з таким рішенням спору, така денонсація буде представляти собою порушення договору. Інша сторона або сторони договору одночасно отримають можливість застосувати норму статті 60 Віденської конвенції, яка стосується припинення договору внаслідок його порушення, або вимагати, щоб ініціатора було притягнено до міжнародної відповідальності на загальних підставах.

Спірним є питання, чи можна у випадку денонсації, яка не має достатніх правових підстав, або іншими словами — у випадку розірвання договору,

розглядати ініціатора надалі в якості однієї зі сторін договору. На думку Є. Жиро, "було б мало реалістично стверджувати, що держава, яка розірвала договір, і надалі залишається його стороною, оскільки розірвання, як протиправний акт, має бути визнано недійсним", додаючи, що "право ніколи не виграє, допускаючи фікцію" [6, с. 30].

Складно також не звернути увагу на те, що застосування теоретично обґрунтованої і такої, що не викликає сумнівів, концепції визнання стороною договору держави, яка припинила його у спосіб, який не узгоджується з правом, на практиці буде спричиняти ряд труднощів. Вони виникають, зокрема, через неясність норм звичаєвого права, які стосуються дорозумілого права на денонсацію, а також внаслідок труднощів оцінки конкретної дії держави. Ця концепція заслуговує на увагу, якщо буде справедливим припущення, що держава здійснила фактичне розірвання договору. Однак "оскільки в міжнародному співтоваристві немає центральної влади, яка б встановлювала без виникнення сумнівів, що відповідає, а що не відповідає праву [...] не завжди є можливість встановити відповідає чи не відповідає цей факт міжнародному праву" [11, с. 13]. Також і неузгоджена денонсація, здійснена з посиланням на право на денонсацію, яке виникає зі звичаєвих норм, може бути предметом різних оцінок.

Висновки. Отже, юридичними наслідками денонсації є: 1) в предметній сфері: ініціатор денонсації позбавляється всіх прав, обов'язків і переваг за договором; часткова денонсація допускається лише за наявності відповідних положень договору, інші міжнародні зобов'язання залишаються чинними; 2) в суб'єктній сфері: ініціатор денонсації виходить зі складу учасників договору, який в свою чергу, будучи двостороннім втрачає силу, а будучи багатостороннім — залишається в силі щодо інших учасників, якщо тільки участь ініціатора не була ідейно важливою для дійсності договору; 3) в територіальній сфері: денонсація звільняє від обов'язку дотримуватися договору всі території, які належать ініціатору, на яких він здійснює свою суверенну владу; автономні одиниці, наявні в складі його територій, можуть вирішувати це питання самостійно лише за наявності відповідної компетенції згідно з внутрішнім правом; 4) в темпоральній сфері: денонсація припиняє дію договору надалі, не маючи ретроактивних наслідків. Вона відбувається в конкретний момент виконання договору, у певній правовій ситуації, створеній в результаті її здійснення і положення, створеного тривалим способом, не порушує. В окремих випадках денонсація не впливає на чинність окремих зобов'язань. У випадку виникнення спору щодо заявленої денонсації, видається найбільш доцільним визнати, що дія договору все ж призупиняється, але ініціатор денонсації все ще є його учасником і зобов'язаний діяти добросовісно і не порушувати договір.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Nahlik S. Przyczyny niewaznosci i wygasniecia traktatow w świetle kodyfikacji prawa traktatow przez ONZ. // Panstwo i prawo. 1970. № 10.
2. McNair A.D. The Law of Treaties. / by Lord McNair. Oxford: Clarendon Press, 1961. 789 p.

3. Hackworth G. Digest of International Law. Vol. V / Hackworth, Green Haywood. Washington: Published by Wash. DC GPO, 1943. 957 p.
4. Draft Convention on the Law of Treaties / Harvard Law School Research in International Law. // The American Journal of International Law. — 1935. — Vol. 29. — Supplement: Research in International Law. New-York: American Society of International Law. P. 657-665.
5. Kohler F.J. Ein Griechisch-Rumanischer Konflikt // im: Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht. 1 Bd. Breslau : J. Kern, 1907.
6. Giraud E. Modification et terminaison des traités collectifs: Exposé préliminaire // Annuaire de l'Institut de Droit International Annuaire de l'Institut de droit international. 1961. Vol. 49. — 1. P. 5-153.
7. Whiteman M. Digest of International Law. Vol. 14 / by Marjorie M. Whiteman. U.S. Government Printing Office, 1970.
8. Fitzmaurice G. Second Report on the Law of Treaties / Document A/CN.4/107; G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur // Yearbook of the International Law Commission. 1957. Vol. II. URL: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf.
9. Lachs M. Umowy wielostronne. Warszawa: PWN, 1958.
10. David A.E. The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Retaliations. Yale University Press, 1977. 368 p.
11. Symonides J. Zasada efektywności w prawie międzynarodowym. Toruń: Wydawnictwa Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 1967. 298 p.

Ващенко В.А.

Правовые последствия денонсации международного договора.

Аннотация. В статье рассмотрены правовые последствия денонсации международного договора. Отмечается, что денонсация международного договора создает новую правовую ситуацию и имеет проявления в предметной, субъектной, территориальной и темпоральной сфере. Основным правовым последствием денонсации является освобождение инициатора денонсации от обязанности дальнейшего исполнения договора, а также прекращение права требовать исполнения договора другими участниками в отношениях с ним. Денонсация прекращает все обязанности инициатора денонсации, заключающиеся в продолжении выполнения или воздержании от определенных действий, а также все полномочия и преимущества по договору.

Ключевые слова: денонсация, прекращение международного договора, частичная денонсация, принцип параллелизма, pacta sunt servanda.

V. Vashchenko

Legal consequences of denunciation of international treaty.

Annotation. The article discusses the legal consequences of the denunciation of an international treaty. It is noted that the denunciation of an international treaty creates a new legal situation and has manifestations in the subject, object, territorial and temporal sphere. The main legal consequence of denunciation is the release of the initiator of denunciation from the obligation to further execute the treaty, as well as the termination of the right to demand the execution of the treaty by other parties in relations with him. Denunciation terminates all obligations of the initiator of denunciation, which consists in continuing to perform or refraining from certain actions, as well as all the powers and advantages under the treaty.

The legal consequences of denunciation are: 1) in the object sphere: the initiator of denunciation loses all rights, obligations, and benefits under the treaty; partial denunciation is allowed only to the relevant provisions of the treaty, other international obligations remain in force; 2) in the subject area: the initiator of the denunciation withdraws from the parties to the treaty, in turn, being bilateral, becomes invalid, and being multilateral — remains in force with respect to other participants, unless the participation of the initiator is ideologically important for the validity of the treaty; 3) in the territorial sphere: the denunciation exempts from the obligation to comply with the treaty all the territories that belong to the initiator, in which he exercises his sovereign power; autonomous units within its territories can decide this question independently only if they have the appropriate competence in accordance with domestic law; 4) in the temporal sphere: denunciation terminates the contract in the future without retroactive consequences.

Keywords: denunciation, termination of an international treaty, partial denunciation, the principle of parallelism, pacta sunt servanda.



РЕЦЕНЗІЯ

на монографію В.П. Кононенка «Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика»

У 2018 р. у видавництві «Фенікс» вийшла друком монографія В.П. Кононенка «Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика». У роботі на прикладі діяльності Постійної палати міжнародного правосуддя, Міжнародного Суду ООН, Європейського суду з прав людини, Суду ЄС, Суду Євразійського економічного співтовариства та ін. досліджується еволюція міжнародної судової процедури, діяльність вказаних міжнародних судових установ, правова природи їх рішень та вплив останніх на розвиток міжнародного та внутрішньодержавного права. Також розглядається проблема вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН. Актуальність обраної теми обумовлена потребами сучасної політико-правової теорії та практики, необхідністю формування ефективної системи захисту територіальної цілісності держави, оптимізації судової практики та діяльності державних закладів, що здійснюють представництво України в міжнародних судових інституціях.

В першій главі «Міжнародні судові органи: генезис, юридична природа» досліджуються історичні закономірності виникнення й розвитку міжнародних судових органів й застосування феномену «прецедент». У якості висновків зазначено, зокрема, що звернення до арбітражу є добровільним і здійснюється шляхом укладення сторонами особливого міжнародного договору — компромісу, в якому обумовлюється предмет спору, порядок призначення складу арбітрів, компетенцію арбітражу, процедуру розгляду справи, характер і джерела норм, на підставі яких буде виноситися рішення, порядок постановлення такого і його обов'язковість. Договір про проведення міжнародного арбітражу (або арбітражне застереження) повинен відповідати вимогам, що пред'являються до міжнародних договорів і містити чітко виражену згоду сторін на арбітражне врегулювання спору (наявного або потенційно можливого). В актах Міжнародного Суду ООН з перегляду рішень постановлених іншими судовими органами можна простежити небажання порушувати принцип «правової визначеності», ще їм не названий, але як обов'язковий (розвинений пізніше Європейським судом з прав людини). Міжнародний Суд ООН, встановлюючи наявність, наприклад, звичаєвої норми і формулюючи її, надає їй позитивні властивості, коли у справі, що вирішується Міжнародним Судом, зацікавлені одна або більше держав, які не є її сторонами, судом здійснюється охорона їх інтересів. За загальним правилом рішення має силу лише щодо певної справи, представленої на розгляд Суду і не зобов'язує держави, які не є сторонами у справі. Однак зростання авторитету міжнародних судів і, відповідно, їх актів, а також тенденція визнання прецедентного характеру їх рішень поступово змінює категоричність даного правила; практика міжнародних судів тяжіє до англосаксонського права, що розглядає в якості джерела судовий прецедент.

Друга глава «Міжнародний Суд ООН — головний судовий орган Організації Об'єднаних Націй» присвячена всебічному дослідженню обставин заснування Міжнародного Суду ООН, формуванню його суддівського корпусу, внутрішній організації, процедурі відправлення правосуддя. Зазначено, що за винятком незначних змін суто формального характеру, Статут Міжнародного Суду тотожний Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя, а в його діяльності вбачається континуітет щодо останньої. Питання, які виникають у процесі застосування норм Статуту, Суд ООН вирішує самостійно з урахуванням норм міжнародного права і прецедентів. Для сторін спору діє принцип взаємності, який полягає в тому, що з приводу конкретного спору кожна з держав погоджується лише на той обсяг юрисдикції Суду, який не перевищує обсягу юрисдикції, визнаного іншою державою-учасницею спору. Взаємність у випадку з односторонніми деклараціями про визнання обов'язкової юрисдикції Суду дозволяє стороні послатися на застереження, яке вона не заявляла, але яке включила в свою декларацію інша сторона. Аналіз розвитку сучасного міжнародного права і міжнародних відносин показує, що Міжнародний Суд ООН перетворився на один з важливих центрів розвитку сучасного міжнародного права. Однак, як в питанні застосування тимчасових заходів, так і при розгляді справ по суті (в меншій мірі), Суд не можна назвати абсолютно вільним від політичного впливу.

Третя глава «Правова природа рішень Міжнародного Суду ООН» містить розгляд юридичної природи рішень Міжнародного Суду ООН. В якості висновків автором зазначено наступне: основою судового прецеденту служить викладений у мотивувальній частині рішення принцип *ratio decidendi*, що пояснює, чому саме так було вирішено конкретну справу. *Ratio decidendi* базується на фактичних обставинах справи, нормах міжнародних договорів, внутрішньому законодавстві, попередніх прецедентах, доктринальних джерелах і мотивах. Політична та економічна ситуація в світі, розстановка сил на міжнародній арені, геополітичні інтереси, як окремих акторів міжнародних відносин, так і їх об'єднань — все це впливає на формування правової позиції міжнародних судів, і як наслідок, на прийняття рішення. Вплив політичної та економічної ситуації в світі на прийняття рішення не є порушенням принципу об'єктивності або рівності сторін — це означає, що на даний момент розвитку міжнародного співтовариства міжнародне право відповідно змінилося. І цю зміну міжнародний суд може «виявити» і «продекларувати» згідно з декларативною теорією.

Норма п. 1 «*d*» ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, яка говорить, що «Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує... із застереженням, зазначеної в ст. 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй, як допоміжний засіб для визначення правових норм», означає процес кваліфікації спірних правовідносин, тобто встановлення (або відшукання) правової норми , що їх регулює. Іншими словами, Суд ідентифікує правову норму з тими фактичними обставинами, в яких вона повинна бути застосована.

Для сторін спору, за результатами розгляду якого було постановлено прецедентне рішення, воно має ознаки «твердого права», обов'язкового для виконання, для інших країн, що навіть не є учасниками Статуту Суду ООН

— «м'якого права»; практика Міжнародного Суду ООН має прецедентний характер, який випливає з міжнародного звичаю.

Четверта глава «Особливості вирішення Міжнародним Судом ООН суперечок, що стосуються сухопутних територій» присвячена аналізу рішень Міжнародного Суду ООН з питань розмежування сухопутних територій між державами, процедурі доказування в судовому процесі головного судового органу ООН. Автор підкреслює, що ідентичність правосуб'єктності держави, незалежно від її офіційного найменування і різних обставин, що мали місце за весь час її існування (окупацій, анексій тощо) випливає з континуітету народу, що мешкає на території його історичного проживання.

Міжнародний Суд ООН охарактеризував спір між державами як конфлікт правових поглядів, виявлений і сформульований до початку розгляду і існуючий об'єктивно. А територіальна суперечка характеризується трьома елементами в сукупності: суб'єктами-державами, наявністю оспорюваної лінії кордону або території і чітко визначеним збігом об'єкта і предмета спору. Суб'єктами територіального спору можуть бути тільки держави. Територіальні суперечки поділяються в основному на два типи: щодо становища лінії кордону і про приналежність певної ділянки території. Спори першої категорії поділяються на питання про проходження лінії кордону за відсутності відповідної делімітації та (або) демаркації або коли існують дві конкуруючі делімітації. Розбіжності між сторонами повинні збігатися як по об'єкту спору (сторони повинні говорити про одну й ту ж ділянку кордону або території), так і по предмету (розбіжності сторін стосуються твердження або заперечення існуючого проходження лінії кордону або приналежності ділянки території). Тільки в такому випадку можна казати про наявність спору. Якщо розбіжності сторін не встановлені досить ясно, а їх позиції непослідовні, слід вважати, що є розбіжності з територіальних питань за відсутності територіальної суперечки.

Територія суходолу, яка не належить ніякій державі (*terra nullius*) з прилеглими до неї прибережними водами, може бути набута шляхом стійкої, тривалої окупації, що задовольняє наступним вимогам: окупант повинен бути суверенною державою, територія спочатку повинна бути нічиєї або знову стати нічиєю, окупант має затвердити там фактичне панування (принцип ефективності) і здійснювати це панування *amino domini*, тобто з наміром стійко зберігати територію.

Легітимне вирішення територіальної суперечки здійснюється в договірній та/або судовій формах. Остання характеризується діями компетентного міжнародного суду або арбітражу з дослідження позицій сторін спору та винесення рішення і має на меті встановлення в судовому рішенні переважного права тієї чи іншої сторони щодо спірної території. Судова форма вирішення територіального спору передбачає процесуальну можливість послідовного дотримання основ процедури доведення: змагальності та рівності сторін, застосування концепції «критичної дати» і естопеля, перевірки доказів на предмет належності, допустимості, достовірності та достатності. Під час вирішення територіальних суперечок Суд ООН надає пріоритет юридичному титулу (договірний титул, *uti possidetis*) над фактичним (ефективне володіння і управління територією, мовчазне визнання, набувальна давність).

Географічні карти можуть певною мірою служити доказом того чи іншого положення лінії кордону. Вважається, що видана державними установами

географічна карта з позначенням на ній кордонів даної держави відображає офіційну позицію цієї держави в питанні про межі його території. Однак самі по собі географічні карти не можуть бути незаперечним доказом вірності позиції сторони спору. Карти, що є частиною договору про делімітацію, володіють всіма якостями міжнародно-правового документа і служать вагомим доказом проходження лінії кордону.

При розгляді територіальних суперечок можуть застосовуватися показання свідків, які, однак, не є поширеним засобом доведення. До того ж непрямі докази у вигляді показань свідків без можливості їх перевірки перехресним допитом безпосередньо в судовому засіданні, визнаються Судом неприпустимими; пояснення представників сторін є доказами в тій частини, що містить інформацію про обставини справи. Особливість пояснень сторін полягає в тому, що вони надаються особами, зацікавленими у результаті справи. Це змушує суд ставиться до них з обережністю. Щодо офіційних заяв представників держав Суд ООН дотримується думки, що такі заяви мають особливу доказову цінність, коли вони підтверджують факти несприятливого характеру для держави, представленої особою, яка зробила таку заяву.

П'ята глава «Проблеми делімітації морських просторів у практиці Міжнародного Суду ООН» присвячена практиці Суду ООН з питань розмежування морських територій. У висновках до зазначеної глави йдеться: якщо в результаті делімітації відбувається частковий збіг територій, вони повинні бути розділені між сторонами в узгоджених пропорціях або, у разі недосягнення угоди, порівну, якщо сторони не приймуть рішення про режим спільної юрисдикції, спільного користування або експлуатації. Принцип справедливості складається з принципу неможливості зміни географічних чинників; незазіхання будь-якої сторони на райони, що належать іншій; врахування всіх відповідних обставин; принципу, згідно з яким «справедливість не завжди означає рівність» тощо. Принципи розмежування є політико-юридичними, які можуть і повинні вирішуватися тільки на основі права, методи ж являють собою технічні картографічні прийоми і засоби побудови ліній делімітації. Практика Міжнародного Суду ООН набула ознаки прецедентної, про що говорять і держави, які були сторонами спорів, розглянутих Судом, і сам Суд ООН. Уважне вивчення його рішень по окремих категоріях справ є обов'язковим для здійснення всебічного захисту інтересів держави.

Посилання на ефективну окупацію має місце при заяві про наявність суверенітету на підставі давності володіння. Говорячи про *effectivites*, учасник спору через давність такого ефективного володіння заявляє про створення відповідного міжнародного звичаю. У відношенні дуже маленьких островів, що є безлюдними або тимчасово населеними і мають невелике економічне значення, *effectivites*, як правило, потребуються незначні; суверенітет над островами, повністю або частково розташованими в територіальних водах держави, належить останній, якщо тільки інша держава повністю не доведе протилежного.

Автором розглянуті види набуття території. Зазначено, що подібно первісній окупації, набуття території на основі давності володіння має в якості передумови тривалу і ефективну окупацію. Але остання відрізняється від початкової окупації тим, що здійснюється відносно території, яка була у момент заняття державною територією іншої держави, або якщо між двома державами

існував спір про її приналежність. Заволодіння чужою або оспорюваною територію без відповідного договору є правовстановлювальним лише у випадку, коли має місце постійне і неоспорюване здійснення панування.

Таким чином, можна стверджувати, що в роботі вирішується важливі наукові проблеми, містяться обґрунтовані наукові положення та висновки. Але треба зазначити, що рецензуємо монографія не позбавлена недоліків. Так, автор безапеляційно стверджує, що рішення Міжнародного Суду ООН мають прецедент ний характер. Так, сам Суд ООН категорично заперечує проти прецедентної природи своїх актів: 26 травня 1961 р. в рішенні про храм Преах Віхеар (Камбоджа проти Таїланду) він заявив: «Суд не вважає, що його рішення від 1959 р. має ті наслідки, про які заявляє Таїланд. ...Дане рішення не має обов'язкової сили ні для кого, крім сторін ...». Далі, в рішенні по справі про Південно-Західну Африку (друга фаза) від 18 липня 1966 р. Суд ООН чітко заявив: «Суд не є законодавчим органом. Сторони завжди можуть звернутися до Суду з проханням вирішити справу *ex aequo et bono* відповідно до п. 2 ст. 38 Статуту. Суд зобов'язаний застосувати відому йому норму в тому вигляді, в якому вона існує, а не створювати нову. Можна було наполягати на тому, що Суд має право «заповнити прогалину», застосовуючи теологічний принцип тлумачення, відповідно до якого угоди повинні бути наділені правовою силою в максимальному ступені, з тим, щоб забезпечити досягнення поставлених в них основних цілей. Принцип цей вельми суперечливий, у всякому разі, він не може бути застосований в умовах, коли Суд мав би вийти за межі того, що з повною підставою могло б розглядатися як інтерпретація і включатися в процес виправлення або перегляду. Суд не може бути засобом усунення недоліків, якщо для того, щоб це зробити, він повинен вийти за межі звичайного судового процесу». Майже те ж саме ми бачимо в консультативному висновку Міжнародного Суду ООН щодо законності загрози ядерною зброєю або її застосування від 8 липня 1996 р. під час підготовки якого деякі держави стверджували, що, відповідаючи на поставлене запитання, Суд вийде за рамки своєї судової ролі і візьме на себе нормотворчу функцію. На що Суд ООН відповів: «Цілком ясно, що Суд не може займатися нормотворчістю... Завдання Суду полягає, скоріше, у виконанні своєї звичайної судової функції визначення наявності або відсутності правових принципів і норм, які можна застосувати до загрози ядерною зброєю або його застосування. Твердження про те, що відповідь на поставлене запитання буде вимагати від Суду нормотворчості, ґрунтується на припущенні, що нинішній corpus juris не містить норм, що стосуються даного питання. Суд не може погодитися з цим аргументом; він викладає діючі норми права і не займається нормотворчістю. Це саме так, навіть якщо в ході викладу і застосування права Суду неминуче доводиться уточнювати сферу його дії і іноді відзначати його загальну спрямованість».

У заяві судді В.С. Верещетіна до даного консультативного висновку йдеться: «Навіть якби Суд просили заповнити прогалини, йому довелося б відмовитися брати на себе тягар нормотворчості, яке взагалі не повинно бути функцією Суду. Якщо в ході консультативної процедури, коли Суд знаходить прогалину в праві або знаходить право недосконалим, він повинен всього лише вказати на це, не намагаючись заповнити прогалину або поліпшити право за допомогою судового нормотворчості». Крім того, автор заявляє про політичну

заангажованість Міжнародного Суду ООН, що, за відсутності обґрунтування такого твердження, виглядає не коректно у відношенні поважного міжнародного судового органу. Та незважаючи на окремі недоліки, монографія В.П. Кононенка «Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика» є серйозним, самостійним і завершеним науковим дослідженням, виконаним на високому теоретичному та методологічному рівні у відповідності до вимог, які висуваються до такого виду робіт.

Доктор юридичних наук, професор,
перший проректор Національного університету
«Одеська морська академія» **О.М. Шемякін**

В535 **Вісник** Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. — 2019. — № 18. — 230 с.
Укр., рос. та анг. мовами.
ISSN 2312-6566.

УДК 340(477)(082)

Наукове видання

ВІСНИК

Південного регіонального центру Національної академії правових наук України

JOURNAL

of the South Regional Center of National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Українською, російською та англійською мовами

Науковий журнал

№ 18, 2019

Відповідальний за випуск Є.Л. Стрельцов

Підписано до друку 25.02.2019.
Формат 70 × 100/16. Папір офсетний. Друк офсетний. Гарнітура «Літературна».
Ум.-друк. арк. 18.69. Тираж 300 прим. Зам. № 1903-09.

Видавець ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002)
65059, м. Одеса, а/я 424
вул. Зоопаркова, 25, тел. +38 048 7959160
e-mail: fenix-izd@ukr.net
www.feniksbooks.com