НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

НАУКОВИЙ ВІСНИК ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Збірник наукових праць

Збірник засновано у 2015 році

Випуск 5, 2020
Том 1

Видавничий дім
«Гельветика»
2020

НАУКОВИЙ ВІСНИК ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Збірник наукових праць
Випуск 5, том 1, 2020
Виходить 6 разів на рік

Збірник заснований у вересні 2015 року.
Засновник: Науково-дослідний інститут публічного права.
Свідоцтво про державну реєстрацію – серія КВ № 21525-11425 Р від 08.09.2015.
Ухвалено до друку та поширення через мережу Internet
вченою радою Науково-дослідного інституту публічного права
(протокол № 9 від 04.08.2020 р.).

Збірник наукових праць «Науковий вісник публічного та приватного права» включено до переліку наукових фахових видань (Категорія «Б»), в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук з юридичних дисциплін на підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (Додаток 1).

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Галунько В.В. – доктор юридичних наук, професор (головний редактор); **Дрозд О.Ю.** – доктор юридичних наук, доцент (науковий редактор); **Журавльов Д.В.** – доктор юридичних наук, професор; **Козін С.М.** – кандидат юридичних наук; **Короєд С.О.** – доктор юридичних наук, доцент; **Курило В.І.** – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії аграрних наук, заслужений юрист України; **Мануїлова К.В.** – кандидат юридичних наук, доцент; **Севрук В.Г.** – кандидат юридичних наук; **Влад Вернигора** – L.L.M., BA (Hons), MA, DSocSc (Таллін, Естонія).

Редакційна колегія не завжди поділяє позицію автора.
За точність викладеного матеріалу відповідальність покладається на авторів.
Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

Н 34 Науковий вісник публічного та приватного права : Збірник наукових праць. Випуск 5. Т. 1. – К. : Науково-дослідний інститут публічного права, 2020. – 196 с.

У збірнику висвітлюються актуальні питання теорії та історії публічного адміністрування, адміністративного, конституційного, цивільного, трудового, екологічного, кримінального і кримінально-процесуального права.

Видання розраховане на науковців, викладачів, аспірантів і студентів, усіх, хто цікавиться проблемами публічного та приватного права.

Адреса редакції:
Науково-дослідний інститут публічного права
03118, м. Київ, вул. Козацька, 116, к. 206, тел. (044) 228-10-31
www.nvppp.in.ua

ISSN 2618-1258 (Print)
ISSN 2618-1266 (Online)

© Науково-дослідний інститут публічного права, 2020

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 340.132:81.27:070(94)(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.1

ГАВРЕЦЬКА М.Й.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ В ПЕРІОДИЧНИХ ВИДАННЯХ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XIX – НА ПОЧАТКУ XX СТОЛІТТЯ

LEGAL REGIME OF THE UKRAINIAN LANGUAGE IN PERIODICALS OF EASTERN GALICIA IN THE SECOND HALF OF THE XIX – EARLY XX CENTURY

Актуальність статті полягає в тому, що друга половина XIX – початок XX століття – важливий період для українців Східної Галичини в боротьбі за національні права, зокрема й мовні. Боротьба за реалізацію мовних прав відбувалася в усіх важливих сферах суспільного життя – в органах державної влади, місцевого самоврядування, судочинстві, освіті тощо. Окрім цього, важливим було закріплення правового режиму української мови також і в засобах масової інформації, зокрема часописах, газетах, книжках, які були однією зі складових частин у культурно-національному розвитку українського народу. Закріплення правового режиму української мови на шпальтах преси Східної Галичини несло моральну відповідальність за потужний вплив на формування україномовної особистості й виховання молодого покоління української нації. У статті досліджується питання правового режиму української мови в періодичних виданнях Східної Галичини в часи її перебування в складі Австрії, Австро-Угорщини, Західноукраїнської Народної Республіки й Другої Речі Посполитої. Створення української держави Західноукраїнської Народної Республіки сприяло розвитку української преси, що, відповідно, позначилося на кількісних та якісних показниках української періодики. Насамперед українським урядом було ліквідовано притаманну для імперії Габсбургів практику політичної цензури, що сприяло поширенню свободи слова й думки, в чому активно брали участь політичні й громадські діячі, літератори й науковці, представники молоді, студентства тощо. Зроблено висновок, що законодавством Австрії, Австро-Угорщини й Західноукраїнської Народної Республіки були створені сприятливі умови для розвитку засобів масової інформації, зокрема часописів, газет, журналів, які видавалися українською мовою. Незважаючи на те, що в період існування Західноукраїнської Народної Республіки почало видаватися українською мовою ще понад 50 періодичних видань, нормативно-правових актів, які б спеціально регулювали правовий режим української мови в періодичних виданнях, урядом Західноукраїнської Народної Республіки не було прийнято. У Другій Речі Посполитій результатом політики асиміляції українського населення стало суттєве зменшення українських періодичних видань, хоча офіційно використання української мови в засобах масової інформації не заборонялося.

Ключові слова: *правовий режим, українська мова, українські видання, часописи, журнали, газети, цензура.*

© ГАВРЕЦЬКА М.Й. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри права (Університет Короля Данила)

The relevance of the article is that the second half of the XIX – beginning of the XX century is an important period for the Ukrainians of Eastern Galicia in the struggle for national rights, including language. The struggle for the realization of language rights took place in all important spheres of public life – in public authorities, local self-government, the judiciary, education and more. In addition, it was important to consolidate the legal regime of the Ukrainian language in the media, including magazines, newspapers, books, which were one of the components in the cultural and national development of the Ukrainian people. The consolidation of the legal regime of the Ukrainian language in the press of Eastern Galicia bore moral responsibility for the powerful influence on the formation of the Ukrainian-speaking personality and the upbringing of the young generation of the Ukrainian nation. The article examines the issue of the legal regime of the Ukrainian language in periodicals of Eastern Galicia during its stay in Austria, Austria-Hungary, the Western Ukrainian People's Republic and the Second Commonwealth. The creation of the Ukrainian state of the Western Ukrainian People's Republic contributed to the development of the Ukrainian press, which accordingly affected the quantitative and qualitative indicators of Ukrainian periodicals. First of all, the Ukrainian government abolished the practice of political censorship inherent in the Habsburg Empire, which contributed to the spread of freedom of speech and opinion, in which politicians and public figures, writers and scholars, youth, students, etc. took an active part. It is concluded that the legislation of Austria, Austria-Hungary and the Western Ukrainian People's Republic created favorable conditions for the development of mass media, including magazines, newspapers, and magazines published in the Ukrainian language. Despite the fact that during the existence of the Western Ukrainian People's Republic more than 50 more periodicals began to be published in Ukrainian, the government of the Western Ukrainian People's Republic did not adopt regulations that would specifically regulate the legal regime of the Ukrainian language in periodicals. In the Second Polish-Lithuanian Commonwealth, the policy of assimilation of the Ukrainian population resulted in a significant reduction in Ukrainian periodicals, although the official use of the Ukrainian language in the media was not officially prohibited.

Key words: *legal regime, Ukrainian language, Ukrainian periodicals, magazines, journals, newspapers, censorship.*

Вступ. Друга половина XIX – початок XX століття – важливий період для українців Східної Галичини в боротьбі за національні права, зокрема й мовні. Боротьба за реалізацію мовних прав відбувалася в усіх важливих сферах суспільного життя: в органах державної влади, місцевого самоврядування, судочинстві, освіті тощо. Окрім цього важливим було закріплення правового режиму української мови також і в засобах масової інформації, зокрема часописах, газетах, книжках, які були однією зі складових частин у культурно-національному розвитку українського народу. Закріплення правового режиму української мови на шпальтах преси Східної Галичини несло моральну відповідальність за потужний вплив на формування україномовної особистості й виховання молодого покоління української нації.

Окремі аспекти досліджуваного питання знайшли своє відбиття в наукових працях О. Красівського, О. Киричука, М. Мудрого, Р. Петріва, О. Седляра, Б. Ступарика й інших.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження правового режиму української мови в періодичних виданнях Східної Галичини в другій половині XIX – на початку XX століття.

Результати дослідження. Надзвичайно важливим для реалізації мовних прав українців Східної Галичини було видання українською мовою часописів, газет, книжок тощо. Заснування та розвиток видавничих підприємств разом з українською пресою на території Східної Галичини стало одним із найважливіших елементів у процесі культурно-національного відродження української нації. Як зазначив М. Мудрий, з середини XIX ст. активним чинником, зокрема організатором суспільно-політичного життя, в Галичині були періодичні видання, адресовані масовому читачеві. У просторі польської та української преси краю неперервно народжувався та здійснювався не тільки загальноінтелектуальний, але й національний вибір окремих осіб, груп індивідів. Преса була передусім джерелом думок, а не інформації, і журналісти, що її представляли, виступали найчастіше в ролі представників та ідеологів близьких їм національно-політичних течій та угруповань [9, с. 92–93].

Для українців безпрецедентна для імперій свобода друку, яка з'явилася в монархії Габсбургів у результаті революції 1848–1849 рр., і наступне законодавче закріплення правового режиму української мови як офіційної (крайової) мови надали широкі можливості для створення україномовних видань.

У вирі революційних подій Головною Руською Радою 15 травня 1848 р. було засновано перший український часопис «Зоря Галицька» як друкований орган Ради, в першому номері якого було загострено увагу на проблемі захисту прав української нації, зокрема на питанні вживання української мови в книгодрукуванні й в інших сферах суспільного життя.

У ст. 8 та ст. 24 австрійської конституції 1849 р. проголошувалася свобода слова, думки («нікого не можна було позбавити власної думки»), друку, творчості тощо [11, с. 13, 15]. Держава проголошувала рівноправність усіх мов, якими розмовляли в краю, в школах, в органах влади й у громадському житті (ст. 25) [11, с. 15].

4 березня 1849 р. австрійським імператором Францом Йосифом I був прийнятий Закон № 151 «Про права політичні, про конституційну форму управління та дотримання прав політичних», у ст. 5 якого проголошувалося, що кожен має право вільно висловлювати свої думки вголос, письмово, друком чи образною уявою. Заборонялася цензура щодо публікацій у пресі. Зловживанням преси (перекрученню фактів, наклепам, розповсюдженню неправдивої інформації) мали запобігати цісарські патенти від 13 березня 1849 р. № 161 і від 14 березня 1849 р. № 164 [10, с. 44], якими фактично було залишено політичну цензуру.

Узявши за приклад чеську культурну організацію «Матіца», в липні 1848 р. українці заснували у Львові «Галицько-руську матицю». Цей заклад мав за мету публікувати для широкого читача дешеві книжки просвітницького характеру про релігію, звичаї, ремесла, сільське господарство й педагогіку [15, с. 223]. Це мало сприяти розвиткові української системи початкової, а в перспективі – середньої та вищої освіти, популяризації вітчизняної історії, піднесенню рівня освіти, культури й моральності народу. Основний акцент засновники й керівники товариства робили на освіті молоді й селянства [13, с. 77].

Основним державним законом про загальні права громадян Держави для королівств і країв, представлених у Державній Раді від 21 грудня 1867 р., прийнятим в Австро-Угорській монархії, а саме арт. 13 закріплювалося, що кожен громадянин мав право в межах закону вільно висловлювати свої думки усно або письмово. Цензура засобів масової інформації скасовувалася [19, с. 493]. Ніхто не міг бути покараний за висловлення своїх переконань, коли в такому висловленні усно чи письмово не містилося порушення закону, наприклад, образа честі, підбурювання до національної ворожнечі, схвалення злочинної дії тощо. Згідно з Конституційним законом видавання часопису не потребувало дозволу влади, а вистачало тільки повідомлення до державної прокуратури, староства або поліції про заснування періодичного видання та його відповідального редактора. Кожен номер видання мав надсилатися органам влади й у разі протиправності змісту міг бути конфіскований, тобто вилучався тираж видання та заборонялося його поширення [1, с. 93].

Спрощена процедура щодо видавництва газет і часописів сприяла зростанню їхньої кількості, зокрема в Галичині виходили такі популярні українські видання: «Залізничник», «Земля і Воля», «Господар і промисловець», «Громадський голос», «Господар», «Дзвінок», «Діло», «Економіст», «Записки Наукового Товариства ім. Шевченка у Львові», «Літературно Науковий Вістник», «Місионар», «Молода Україна», «Народна Часопись», «Народне слово», «Наш голос», «Нива», «Основа», «Письмо з Просьвіти», «Подільське Слово», «Перемиський Вістник», «Правничий Вістник», «Прапор», «Праця», «Руслан», «Самопоміч», «Свобода», «Учитель», «Часопись для спілок рільничих», «Наша школа», «Господарська Часописъ», «Підгірська Рада» й інші [16, с. 76–77].

З усіх 392 періодичних видань, що виходили в Галичині 1910 р., 312 були польськомовними, 42 – україномовними [6, с. 32]. У 1913 р. виходило вже понад 80 українських періодичних видань (66 – у Галичині, 8 – на Буковині, 4 – у Закарпатті, 4 – у Відні й Будапешті). Усе це активно сприяло відродженню національної свідомості українців, розвиткові зв'язків інтелігенції з селянством, яке складало переважну кількість українського населення в Східній Галичині [4, с. 69].

Окрім україномовних газет і часописів активно сприяла піднесенню освіти й культури українського народу видавнича діяльність створеного в 1868 р. громадського культурно-освітнього товариства «Просвіта». На 1890 р. товариство нараховувало 13,4 тис. осіб. У селах і містах діяли 924 читальні, які стали головними осередками національно-культурного й громадського життя. У 1909 р. відбувся перший український освітньо-економічний конгрес «Просвіти» у Льво-

ві за участю 768 освітніх діячів та економістів. У 1900–1914 рр. постало 2 000 нових читалень, 430 будинків «Просвіти», в 1914 р. 75 % українських населених пунктів Галичини мали читальні «Просвіти», 15 % мали свої будинки, а членство «Просвіти» охопило близько 20 % українських чоловіків. За 15 останніх років перед війною «Просвіта» видала понад 1,5 мільйона книг, призначених насамперед для масової освіти, зокрема селян [14, с. 13].

Окрім «Просвіти» розвитку національно-культурного життя в Східній Галичині сприяло реорганізоване в 1883 р. Наукове Товариство ім. Т. Шевченка. З 1892 р. до 1939 р. вийшло 88 випусків «Хроніки НТШ» і 446 томів праць, видавалися журнали «Літературно-Науковий Вісник» (від 1898 р.), «Часописъ Правнича» (з 1898 р.) та інші [14, с. 14].

Створення української держави Західноукраїнської Народної Республіки (далі – ЗУНР) сприяло розвитку української преси, що відповідно позначилося на кількісних та якісних показниках української періодики. Насамперед українським урядом було ліквідовано притаманну для імперії Габсбургів практику політичної цензури, що сприяло поширенню свободи слова й думки, в чому активно брали участь політичні й громадські діячі, літератори й науковці, представники молоді, студентства тощо.

За підрахунками українських дослідників, упродовж короткого періоду існування ЗУНР у повітових центрах виникло сорок друкованих видань, не рахуючи ще майже двох десятків, пов'язаних із містами – тимчасовими столицями держави: Львовом, Тернополем, Станіславом. Найбільше повітових українських часописів з'явилося в Перемишлі – 11, у Коломиї – 7, Дрогобичі – 3, по 2 видання – в Золочеві, Косові, Стрию, Товмачі, Чорткові; по одній газеті – в Бережанах, Борщеві, Жовкві, Збаражі, Калуші, Кам'янці-Струмиловій, Рудках, Самборі, Сокалі [6, с. 458].

Провідне місце серед української преси займали видання державних органів ЗУНР (урядові органи Української Національної Ради, Державного Секретаріату), якими стали щоденні газети: «Діло» – жовтень-листопад 1918 р. (місце видання – Львів); «Голос Поділля» – грудень 1918 р. (Тернопіль); «Республика» – лютий-травень 1919 р. (Станиславів); «Український голос» – листопад 1918 р. – травень 1919 р. (Львів, Тернопіль), від травня до липня 1919 р. газета виходила під назвою «Українські Вісти» (Тернопіль); тижневик «Галицький голос», який видавав уряд ЗУНР після виїзду зі Станіславова в червні-липні 1919 р. [6, с. 458–459].

З 1918 р. у багатьох повітових містах виходили власні періодичні видання як пресові органи місцевих українських повітових рад і повітових комісаріатів, зокрема «Бережанський Вістник» (Бережани), «Борщівський Голос» (Борщів), «Воля» (Перемишль), «Голос з-над Буга» (Сокаль), «Голос Калуша» (Калуш), «Громадська Думка» (Рудки), «Дрогобицький листок» (Дрогобич), «Збаражське Слово» (Збараж), «Наддністрянські Вісти» (Самбір), «Покутський Вістник» (Коломия), «Станиславівський Голос» (Станіславів), «Стрийський Вістник» (Стрий), «Товмацькі Вісті» (Товмач), «Урядові Вісти Косівського повіту» (Косів) тощо. Окрему групу друкованих періодичних видань становила військова преса Української Галицької Армії, зокрема «Стрілець», «Золочівське Слово», «У.С.С.», «Новини», «Козацький Голос», «Бомба», «Самохотник» (пізніше «Републиканський самохотник»), «Червоний стрілець», «Червоний У.С.С.», «Український Стрілець», «Український скиталець» [6, с. 460–466] тощо.

Окрім офіційних видань у часи ЗУНР створювалися друковані органи політичних партій і громадських інституцій, що спрямовували свою редакційну роботу й інформаційні потоки на широкі маси українського населення з метою його політичної та суспільної активізації, мобілізації сил і ресурсів на підтримку української справи й будівництво молодої республіки. Серед них низка часописів політичної спрямованості: тижневики Української радикальної партії «Громадський голос» (Коломия, 1919 р.) і «Народ» (Станіславів, 1919 р.), місячник Української селянської партії «Чортківський Вістник», часописи Української соціал-демократичної партії «Воля» (Станіславів, 1919 р.), «Наш Голос» (Перемишль, 1919 р.) та одноденка «Червоний прапор» (Перемишль, 1919 р.), тижневики Української націонал-трудової партії «Український Голос» (Перемишль, 1919–1932 рр.) і «Свобода», (Станіславів, 1919 р.), народно-демократичні однодніки «Українська Зоря» (Перемишль, жовтень 1920 р.), «Український молот» (Перемишль, жовтень 1920 р.), «Українська хата» (Перемишль, листопад 1920 р.), полонофільська газета «Доля» (Перемишль, 1919 р.), радянофільська однодніка «Червоний доброволець» (Золочів, 1920 р.) [7, с 467].

На території, підконтрольній ЗУНР, виходили також соціал-демократичний тижневик «Воля» (Станіславів, квітень-травень 1919 р.), революційно-демократичний тижневик «Республіканець» (Станіславів, січень-червень 1919 р.). Останнє видання за редакцією Д. Дем'янчука й О. Устияновича представляло опозиційний до політики урядових сил ЗУНР Селянсько-робіт-

ничий союз і стояло на ідеологічних позиціях «Україна без хлопа і пана» й «земля належить до селян, фабрика до робітника». У ньому містилося чимало критичних матеріалів на адресу провідників ЗУНР, звучали заклики до робітників і селян про перебудову суспільного життя на соціалістичних засадах [7, с. 468].

Досить самостійну лінію редакційної політики займала й щоденна Станіславська газета «Нове життя», яку видавали впродовж перших чотирьох місяців 1919 р. ЇЇ редактором був Л. Рудий, пізніше І. Чепіга, до редакційного комітету й, відповідно, авторів входили Р. Заклинський, М. Євшан (Федюшка), М. Ковалевський, В. Пачовський, М. Шаповал. Газета торкалася широкого спектра суспільних проблем, критикувала негаразди в державному управлінні республіки, звертала увагу на негативні вияви спекуляції, хабарництва, службових зловживань. Зрештою, за гостру критику зовнішньої політики керівництва ЗУНР за розпорядженням Державного Секретаріату внутрішніх справ 24 квітня 1919 р. газета була закрита, а редакційний комітет заарештований. Це був чи не єдиний випадок гострої реакції владних інститутів ЗУНР на журналістську критику [7, с. 468].

Попри велику кількість періодичних видань, нормативно-правових актів, які б чітко регулювали питання правового режиму української мови як мови періодичних видань, урядом ЗУНР не було прийнято. Згідно із Законом від 15 лютого 1919 р. «Про вживання мови у внутрішньому та зовнішньому урядуванні державних властей і урядів, публічних інституцій і державних підприємств на Західній Області Української Народної Республіки» встановлювалося, що українська мова є державною мовою в зовнішньому й внутрішньому використанні як державної влади, урядів, публічних інституцій, так і державних підприємств (§ 1) [5, с. 12], що стало правовою підставою існування україномовної преси в ЗУНР.

Видавнича справа на теренах Східної Галичини в період Другої Речі Посполитої, як і будь-яка сфера суспільного життя українців, зазнавала жорстких утисків через полонізаторську політику польської влади, в ході якої руйнувалися всі здобутки у сфері видавництва української преси. Видання зупинялися або обмежувалися тиражі, друкарське обладнання розграбовувалося або конфісковувалося, закривалися читальні «Просвіти», нищилися українські бібліотеки. Положення нормативних актів, які гарантували свободу преси для всіх громадян Другої Речі Посполитої, зокрема Декрету щодо тимчасових пресових приписів від 7 лютого 1919 р., де зазначалося, що преса є вільною (арт. 1) [17, с. 286], та Березневої Конституції 1921 р., де кожному громадянину гарантувалося право вільного вираження своїх думок і переконань (арт. 104), гарантувалася свобода преси й заборонялося введення цензури чи системи ліцензування на видачу друкованих матеріалів (арт. 105) [18, с. 652], виявилися нічим не гарантованими деклараціями. Свобода думки й переконань на шпальтах українських газет і часописів із критикою та власними оцінками антиукраїнської політики влади Другої Речі Посполитої підпадала під посилену увагу цензури.

Провадилися масові обшуки й ревізії редакцій газет, приміщень українських суспільно-культурних товариств. Польська влада заборонила випуск газет «Громадський голос», «Діло», «Українська думка», «Свобода», «Земля і воля», «Воля» та інших [8, с. 157]. Під наглядом цензури в 1930 р. перебували 60 українських видавництв і близько 120 редакцій українських газет і журналів. Систематично заборонялося видання книг, альманахів, календарів, журналів, газет та інших видань, що виходили як у Галичині, так і за її межами. На початок Другої світової війни до списку заборонених українських видань було внесено понад тисячу найменувань [12, с. 393].

Конфіскації підлягали будь-які українські видання, які, на думку влади, загрожували цілісності польської держави. Так, у листі L. 1831/37 Pr. від 10 червня 1927 р. Президії Дирекції Поліції у Львові до Воєводського відділу громадської безпеки у Львові містилося розпорядження щодо судової конфіскації з 24 січня 1926 р. української брошури «Україна наш рідний край». Причиною цього був додаток до брошури – карта, в якій Східну Малопольщу було представлено як складову частину України. Видана в 1921 р. брошура не підлягала на той час конфіскації, оскільки рішення у справі державної приналежності Східної Малопольщі було прийняте Радою Амбасадорів 14 березня 1923 р. [2, арк. 14]. Станом на 1926 р., а саме в час, коли Друга Річ Посполита діяла всупереч своїм міжнародним зобов'язанням, брошура, зокрема карта, стала, на думку органів прокуратури, предметом злочину проти держави. Так, у листі Прокуратури при окружному кримінальному суді у Львові (відділ пресовий) до місцевої дирекції поліції від 3 серпня 1927 р. Nst. 499/24/4 повідомлялося, що два види карт, виданих накладом видавництва наукового товариства імені Т. Шевченка в 1918 р., були конфісковані судом Речі Посполитої за наявності ознак злочину згідно з § 65 a. u. k., а саме: «Окружний кримінальний суд у Тернополі рішенням Pr. 4/26 постановив 1 грудня 1926 р. конфіскувати брошуру «Карта України» через наявність

ознак злочину § 65 a. u. k., тому що карта визнає межі України на землі, яка належить польській державі, чим виявляє неповагу до цілісності держави» [2, арк. 28]. З огляду на те, що друковані матеріали поширювалися в українських читальнях, їхня конфіскація відбувалася по всіх українських товариствах східних воєводств на території Другої Речі Посполитої.

Незважаючи на посилення цензури й репресії з боку польської влади, в другій половині міжвоєнного періоду в Другій Речі Посполитій відбувається активний розвиток української періодики. Попри жорсткий державний контроль над видавництвами спостерігалося зростання кількості суспільно-культурної періодики національного спрямування, зокрема «Новий час», «Нова зоря», «Українське життя», «Громадські вісті», «Станіславівські вісті», «Вперед», «Народ» та інші.

Стан видавничої справи на теренах Другої Речі Посполитої яскраво відбивається в листі Воєводського уряду в Станіславові до уряду міського в Станіславі Nr. BP. 48/2/34 від 8 квітня 1934 р. У ньому повідомляється, що на терені Станіславівського воєводства виходили такі часописи: 1. Повіт Коломийський: польські – Газета Коломийська, Щотижневик Покутський, Правда Коломийська, Ілюстрований кур'єр філателістичний; українські – Жіноча доля, Жіноча воля, Віра і наука, Народна трибуна, Світ молоді; єврейські – Наш голос, Самооборона, Volksblatt, Der Ojfgang. 2. Повіт Станіславський: польські – Кур'єр Станіславівський, Голос серця, Наша думка, Відомості спортивні, На шкільній хвилі, Побудка; українські – Вісник Станіславської єпархії, Прозріння, Стяг; німецькі – Ewangelisches. 3. Повіт Стрийський: польський – Газета Стрийська, український – Стрийська думка. 4. Повіт Городенківський: польсько-українські – Відомості Городенківські, Городенківські вісті [3, арк. 3]. Загалом 11 – польських, 9 – українських, 4 – єврейських, 2 – польсько-українських та 1 німецький часописи.

Висновки. Отже, започаткований у другій половині XIX століття суспільно-політичний рух розбудив до політичного й культурно-освітнього життя українців Східної Галичини, які, використовуючи конституційні гарантії, зуміли створити в краї культурно-освітні товариства, організації, видавництва тощо й впливали на формування національної свідомості галичан.

Законодавством Австрії, Австро-Угорщини й ЗУНР були створені сприятливі умови для розвитку засобів масової інформації, зокрема часописів, газет, журналів, які видавалися українською мовою. Незважаючи на те, що в період існування ЗУНР почало видаватися українською мовою ще понад 50 періодичних видань, нормативно-правових актів, які б спеціально регулювали правовий режим української мови в періодичних виданнях, урядом ЗУНР не було прийнято. У Другій Речі Посполитій результатом політики асиміляції українського населення стало суттєве зменшення українських періодичних видань, хоча офіційно використання української мови в засобах масової інформації не заборонялося.

Список використаних джерел:

1. Головні основи австрийської конституції. *Календар «Просвіта».* 1911. С. 80–96.
2. Державний архів Івано-Франківської області. Ф. 2. Оп. 1. Спр. 386. 114 арк.
3. Державний архів Івано-Франківської області. Ф. 2. Оп. 1. Спр. 1241. 29 арк.
4. Жуковський А., Субтельний О. Нарис історії України / ред. Я. Грицак, О. Романів. Львів : Вид-во Наукового товариства імені Т. Шевченка у Львові, 1991. 230 с.
5. Закон з дня 15 лютого 1919 р. про уживанє мови у внутрішнім і внішнім урядованю державних властий і урядів, публичних інституцій і державних підприємств на Західній Области Української Народної Республики. Вістник державних законів і розпорядків Західної Области Української Народної Республики. З друкарні Льва Данкевича в Станиславові. 3. Випуск. Виданий 2 марта 1919 р. Річник 1919. 70 с.
6. ЗУНР, 1918–1923: Ілюстрована історія. Львів – Івано-Франківськ : Манускрипт. Львів, 2008. 524 с.
7. Киричук О. Львівський Ставропігійський інститут у громадському житті Галичини другої половини XIX – XX ст. Львів, 2001. 204 с.
8. Красівський О. Східна Галичина і Польща в 1918–1923 рр.: Проблеми взаємовідносин. Київ : Вид-во УАДУ, 1998. 304 с.
9. Мудрий М. Ідея польсько-української унії та «русини польської нації» в етнополітичному дискурсі Галичини 1859–1869 років. *Вісник Львівського університету. Серія історична*. 2005. Вип. 39-40. С. 83–148.
10. Петрів Р. Австрійські, Австро-Угорські і Галицькі конституції (кінець XVIII – XIX ст. ст.). Івано-Франківськ : Місто НВ, 2005. 80 с.

11. Петрів Р. Східна Галичина у складі Австрійської імперії (історико-правовий аспект). Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2009. 255 с.

12. Петровський В., Радченко Л., Семененко В. Історія України: Неупереджений погляд: Факти. Міфи. Коментарі. Харків : ВД «ШКОЛА», 2007. 592 с.

13. Седляр О. Видавнича діяльність товариства «Галицько-Руська матиця» (1848–1870). *Вісник Львів. ун-ту. Серія книгознавство*. 2008. Вип. 3. С. 76–115.

14. Ступарик Б., Моцюк Б. Ідея національної школи та національного виховання в педагогічній думці Галичини (1772–1939 рр.). Коломия : Вік, 1995. 173 с.

15. Українсько-руська преса. *Календар «Просвіта»*. 1911. С. 76–77.

16. Dekret w przedmiocie tymczasowych przepisow prasowych. Dziennik praw Panstwa Polskiego. Warszawa. № 14. 1919. 1089 s.

17. Ustawa z dnia 17 marca 1921 roku Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Dziennik ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Warszawa. № 44. T. 1. 1921. 950 s.

18. Zasadnicza ustawa panstwowa z dnia 21. Grudnia 1867. r., o ogolnych prawach obywateli Panstwa dla krolestw i krajow, w Radzie Panstwa reprezentowanych. Przeklady ustaw, rozporzadzen i obwieszczen z Dzennika Praw Panstwa dla Krolestwa Galicyi i Lodomeryi, tudziez Wielkiego Ksiestwa Krakowskiego. Rocznik 1867. We Lwowe: Z ces. krol. galicyjskiej Drukarni rzadowej. S. 491–495.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.2

ДУРНОВ Є.С.

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В УМОВАХ ПЕРЕХІДНОГО СУСПІЛЬСТВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

JUDICIAL LAWMAKING IN A TRANSITIONAL SOCIETY: THEORETICAL AND LEGAL ASPECT

Актуальність статті полягає в тому, що проблема судової правотворчості набуває важливості не лише з огляду на загальнотеоретичні причини, коли виникає потреба в побудові тих чи інших теоретичних моделей розвитку, але й у межах вивчення питань взаємодії держави й права, адже характер правотворчого процесу, його властивості, а також рівень його забезпеченості формують об'єктивні підстави для того, щоби робити висновок про характер самої держави, про визначення рівня її демократизму, про те, наскільки вона відповідає вимогам правової держави. У статті здійснено дослідження теоретико-правових аспектів судової правотворчості в умовах перехідного суспільства. Проаналізовано наявні в правовій доктрині підходи до розуміння природи судової правотворчості. Розкрито специфічні риси перехідного суспільства й держави. Схарактеризовано вплив особливостей перехідного суспільства на судову правотворчість, зокрема в Україні в умовах реформування правосуддя. Встановлено, що судова правотворчість є особливим видом правотворчості й іманентною властивістю правосуддя в державах усталеної демократії. Головними проблемами забезпечення правотворчої діяльності в умовах перехідного державно організованого суспільства є досягнення балансу між правовою та політичною складовою частиною в правотворчому процесі й дотримання базових принципів правотворчості. Зміна суспільних відносин впливає на правотворчий процес, ставить ті чи інші цілі для правотворчої діяльності, визначає ті суспільні ресурси, які можуть бути застосовані для втілення прийнятих у ході правотворчої діяльності норм права. Тому нагальною потребою перехідних держав є збалансування різних впливів на правотворчий процес за умови забезпечення необхідних фахових знань усіх суб'єктів правотворчості в процесі підготовки, розробки й експертизи різноманітних форм (джерел) права. Водночас судова правотворчість у перехідних державах має стати найефективнішим засобом для того, щоб, по-перше, заповнювати прогалини у вітчизняному законодавстві; по-друге, покласти край знеціненню підзаконних нормативних актів; по-третє, усунути суперечності в чинному законодавстві.

Ключові слова: *правотворчість, судова правотворчість, судова практика, перехідне суспільство, перехідна держава, реформування правосуддя.*

The relevance of the article is that the problem of judicial lawmaking becomes important not only given the general theoretical reasons when there is a need to build certain theoretical models of development, but also within the study of the interaction of state and law, because the nature of the lawmaking process, its properties, as well as the level of its security form an objective basis for concluding on the nature of the state itself, on determining the level of its democracy, on the extent to which it meets the requirements of the rule of law. The article examines the theoretical and legal aspects of judicial lawmaking in a transitional society. The approaches to understanding the nature of judicial lawmaking available in legal doctrine are analyzed. The specific features of the transitional society and the state are revealed. The influence of the peculiarities of the transitional society on judicial lawmaking, in particular in Ukraine in the conditions

© ДУРНОВ Є.С. – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри історії держави та права (Національна академія внутрішніх справ)

of justice reform, is characterized. It has been established that judicial lawmaking is a special type of lawmaking and an immanent property of justice in the states of established democracy. The main problems of ensuring lawmaking activity in the conditions of a transitional state-organized society are achieving a balance between the legal and political component in the lawmaking process and observance of the basic principles of lawmaking. The change of social relations affects the lawmaking process, sets certain goals for lawmaking activity, determines those social resources that can be used to implement the norms of law adopted in the course of lawmaking activity. Therefore, the urgent need of the transition states is to balance the various influences on the lawmaking process while providing the necessary professional knowledge of all lawmaking actors in the process of preparation, development and examination of various forms (sources) of law. At the same time, judicial lawmaking in transition countries should become the most effective means to, first, fill the gaps in domestic legislation; secondly, to put an end to the devaluation of bylaws; thirdly, to eliminate inconsistencies in the current legislation.

Key words: *lawmaking, judicial lawmaking, judicial practice, transitional society, transitional state, justice reform.*

Вступ. Розвиток держави й права є діалектично взаємопов'язаними процесами, що активно вивчаються сучасною правовою теорією. Визнаючи факт взаємної зумовленості розвитку держави й правової системи, не можна заперечувати, що загальний стан держави, визначені для неї цілі державотворення мають істотний вплив на становлення та розвиток правової системи, а також на всі дії держави в правовій сфері. Аналізуючи конкретні процеси розвитку права, насамперед у частині правотворчості й подальшого правового регулювання, можна стверджувати, що вони відбивають загальні тенденції державного розвитку й одночасно зазнають на собі істотного впливу тієї політико-правової ситуації, яка складається в суспільстві. Процес правотворчості являє собою один із найважливіших елементів розвитку як права в цілому, так і безпосередньо правової системи тієї чи іншої країни. Характеризуючи процес розвитку права, слід визнати, що його поступовість і неперервність забезпечується саме завдяки правотворчій діяльності та її основним суб'єктам. У цьому контексті аналіз правотворчої діяльності та її різновидів, зокрема судової, становить одне з найважливіших теоретичних завдань сучасної правової науки [1, с. 1].

Проблема судової правотворчості набуває важливості не лише з огляду на загальнотеоретичні причини, коли виникає потреба в побудові тих чи інших теоретичних моделей розвитку, але й у межах вивчення питань взаємодії держави й права, адже характер правотворчого процесу, його властивості, а також рівень його забезпеченості формують об'єктивні підстави для того, щоби робити висновок про характер самої держави, про визначення рівня її демократизму, про те, наскільки вона відповідає вимогам правової держави. Тому, наголошуючи на актуальності й важливості дослідження проблем судової правотворчості в сучасній Україні, варто усвідомлювати, що ця проблематика має одночасно як суто науково-теоретичну, так і практичну значущість. Мало того, в умовах перехідних суспільств та активного розвитку правової системи питання судової правотворчості стають одними із найважливіших і найактуальніших.

Стан дослідження. Серед сучасних дослідників, які займалися проблематикою судової правотворчості, необхідно назвати праці таких вітчизняних учених-правознавців, як І.Г. Бовсуновська, М.І. Козюбра, В.В. Костицький, К.Г. Кравчук, Н.С. Кузнєцова, Б.В. Малишев, О.О. Мартиненко, О.В. Петришин, В.П. Плавич, Я.М. Романюк, О.Я. Соломонюк, О.О. Худенко, С.В. Шевчук та інших.

Постановка завдання. Метою цієї наукової розвідки є осмислення теоретико-правових аспектів судової правотворчості в умовах перехідного суспільства. Для її успішного досягнення пропонується розв'язати такі завдання: по-перше, проаналізувати наявні в правовій доктрині підходи до розуміння природи судової правотворчості; по-друге, розкрити специфічні риси перехідного суспільства й держави; по-третє, окреслити вплив особливостей перехідного суспільства на судову правотворчість, зокрема в Україні в умовах реформування правосуддя.

Результати дослідження. Судова правотворчість – досить малодосліджений аспект у вітчизняній правовій науці, що своєю чергою гальмує розвиток українського права. Загальна заборона суддям творити право, що сягає корінням у часи кодифікації Юстиніана й Великої Французької революції, як і марксистсько-ленінська концепція права, яка впродовж 70 років насаджувалася на теренах колишнього СРСР, дотепер не давала можливості об'єктивно дослідити

таке явище історії та сучасності права, як судовий прецедент і судова правотворчість [2, с. 1]. У своєму розвитку судова правотворчість прислужилася меті безпосереднього захисту конституційних прав людини, коли судді під час обґрунтування своїх рішень виходили не тільки з конституційних норм, а й із принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності й цілей конституційно-правового регулювання в суспільстві. Крім того, суттєве зростання ролі органів правосуддя для успішного функціонування системи державних органів сучасних держав пояснюється необхідністю забезпечення функціонування системи стримувань і противаг, особливо під час визначення конституційності законодавства [3, с. 92].

Історичний досвід переконливо доводить не лише факт наявності судової правотворчості в різних правових системах світу, але й те, що вона неможлива без незалежної судової влади, яка покликана здійснювати правосуддя відповідно до принципу верховенства права. Протягом століть політичні гілки влади (імператори, королі, президенти, парламенти тощо) намагалися поставити суддів під свій безпосередній контроль та офіційно «насаджували» спрощене розуміння права як команди, що походить від суверена. Будь-яке відхилення від такого спрощеного розуміння права в практичній діяльності й на доктринальному рівні вважалося забороненим. Насправді на практиці така заборона виявилася неефективною. Судова правотворчість, починаючи зі стародавніх часів і протягом століть, переживала періоди піднесення та занепаду, але її існування було зумовлено інтересами правосуддя, необхідністю розвитку правової системи з урахуванням усіх складностей і потреб суспільного життя, визнанням факту повторюваності певних соціальних відносин. Судова правотворчість також тісно пов'язана зі зміцненням судової системи й забезпеченням єдності й одноманітності судової практики: важливо, аби одні й ті ж норми закону за одних і тих самих фактичних обставин застосовувались однаково, а це досягається також і через посилання суду на певну сукупність («лінію») рішень, що розглянуті раніше, в мотивувальних частинах яких наведено обґрунтування розв'язання певного суперечливого питання. Така концепція судового правозастосування в континентальній Європі отримала назву «усталена судова практика», коли судді для підсилення аргументації посилаються не на одне судове рішення, а на кілька, вказуючи на наявність певної тенденції розв'язання певних правових питань, що склалась. У цьому полягає основна відмінність від правових систем країн англосаксонського права: там досить посилання на одне рішення прецедентного характеру, щоб підкреслити його обов'язковість [2, с. 546]. Як стверджує С.В. Шевчук, судова правотворчість – це особливий вид правотворчості, який є результатом здійснення судовою владою правотворчої функції в поєднанні з її правозастосовною та інтерпретаційною функціями в процесі розгляду конкретної справи, що міститься у сформульованих судом у мотивувальній частині рішення правоположеннях, які мають обов'язкову силу не тільки для сторін у справі, але й для інших суб'єктів права відповідно до закону або через принцип ієрархічності судової системи (обов'язковість рішень вищих судів для нижчих), або через їх переконливість у разі розгляду аналогічних справ. Поняття судової правотворчості також схоже з поняттям судової практики у вузькому значенні цього терміна, як воно вживається в нормативно-правових актах і в українській юридичній літературі [2, с. 548].

На думку М.І. Козюбри, судова правотворчість – це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча й має свої межі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій природі правосуддя [4, с. 41]. Водночас судова правотворчість не може порушувати єдності правової системи, тобто має узгоджуватися із загальними цілями права й цінностями, закладеними в правову систему, уособленням яких у демократичному суспільстві є насамперед конституція. Дотримання цих цінностей, які забезпечують наскрізну єдність і цілісність правової системи, – одна з основних цілей судової правотворчості. Судова правотворчість не повинна йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Вона має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище залишатиметься стабільним і не буде погіршене. Звідси випливають відповідні вимоги до такої складової частини судової правотворчості, як тлумачення, сформульовані, зокрема, в рішеннях Європейського Суду з прав людини. Серед них такі: права й свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення в процесі судової практики; тлумачення не може призводити до звуження змісту й обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності; всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави й громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина; всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не суду [4, с. 45].

Згідно з міркуваннями О.В. Петришина, основними напрямами регулювального впливу судової практики є:

1) вплив на формування єдиних правил прийняття рішень в однотипних фактичних ситуаціях, тобто забезпечення єдиної судової практики усуває ситуацію, коли одні й ті ж категорії справ часом розглядаються судами по-різному, а отже, сприяння забезпеченню правової визначеності як однієї з важливих вимог верховенства права;

2) конкретизування положення нормативних актів у випадках, коли їхня абстрактність допускає декілька варіантів регулювання;

3) формування одноманітного розуміння правових приписів, які сформульовані нечітко, або тих, які через свою застарілість не відповідають ціннісним орієнтирам суспільства, а тому потребують динамічного тлумачення;

4) заповнювання прогалин у правовому регулюванні, а також пропонування моделі поведінки в тих ситуаціях, де законодавець свідомо залишив простір для автономного правового регулювання, але через повторюваність спірних ситуацій, які у зв'язку з цим виникають, є потреба у виробленні усталеної моделі поведінки [5, с. 22].

За допомогою судової правотворчості основні ціннісні стандарти правосуддя, які відповідають принципам справедливості, рівності, свободи й гуманізму, проникають у систему об'єктивного права. Судова правотворчість робить правосуддя не індивідуальним регулятором суспільних відносин, а загальним, і вказані стандарти переходять від стану одиничного (розв'язаний казус) до стану загального (загальнообов'язкове правило для розв'язання певного виду казусів). Саме судова правотворчість здатна наповнити право в його конкретних проявах не тільки ідеями, а й конкретним змістом принципів справедливості, рівності, свободи й гуманізму, адже завдяки використанню зазначених принципів під час судового розв'язання конкретних правових спорів вони перестають існувати як абстракції, знаходячи своє безпосереднє втілення в правовідносинах. Судова правотворчість підкорена меті правосуддя (розв'язати правовий спір і захистити права й законні інтереси на підставі закону й на підставі вимог принципів справедливості, рівності, свободи й гуманізму) та є одним із засобів її досягнення [6, с. 265].

Імпонує думка М.М. Марченка про те, чи є суддя «простим обчислювальним або логічним механізмом» у процесі застосування права, чи повинен він завжди й за будь-яких умов бути лише тлумачем і застосовувачем закону, або ж перед обличчям конкретних життєвих обставин йому має бути надана самостійніша й творча роль, у тому числі й у царині правотворчості, коли закон як «творіння рук людських» страждає «вадами думки або вадами редакції», залишає неясності й проблеми в правовій системі законодавства – це питання червоною ниткою проходить крізь усю історію романо-германського права, зокрема й сучасність [7, с. 225–226].

Таким чином, доктринальні підходи до розуміння природи судової правотворчості здебільшого визначаються через категорії:

а) призначення як засобу забезпечення діяльності судів у сфері правосуддя, що фактично має допоміжний характер;

б) змісту, що пов'язується з державно-владною діяльністю стосовно розгляду конкретних судових справ, яка виявляється в прийнятті, зміні або скасуванні норм права;

в) суб'єктів здійснення як діяльності вищих судових інстанцій, що відбувається в порядку конституційного провадження або касаційного перегляду судових рішень;

г) місця в системі правотворчості, що визначається як самостійний її різновид, який забезпечує ефективність функціонування механізму правоутворення [8, с. 5].

Зважаючи на те, що Україна натепер так і не перейшла з розряду перехідних до типу стабільних демократій, її правовий розвиток, включаючи й судову правотворчість, значною мірою визначається властивостями перехідного суспільства. Під останнім у фаховій літературі розуміється суспільство, що здійснює свою еволюційну трансформацію від одного якісного стану до іншого. Таке суспільство постає тоді, коли в ньому виникають відносини якісно нового типу, які утверджуються не раптово, а поступово, набуваючи нових інституційних і системних якостей. Термін перехідний і, власне, транзитний (від англ. transitional) більше використовується науковцями. Коли розглядається поняття «перехідне» або «транзитивне» суспільство, маються на увазі не лише трансформаційні зміни в посткомуністичних суспільствах, тобто перехід від тоталітаризму до демократії, хоча в переважній більшості концепцій домінує саме такий підхід до аналізу проблематики. Трансформаційний (перехідний) процес містить такі стадії: переоцінку наявного стану суспільства й змісту й масштабів кризи, що, як правило, має системний характер; соціальну діагностику, тобто неупереджену об'єктивну характеристику реального стану речей,

його джерел і причин виникнення, можливостей і шляхів виходу з кризової ситуації; демонтаж віджилої системи, ліквідацію її явних невідповідностей досягнутому рівню суспільного розвитку та його тенденціям; пошук якісно нових стратегій розвитку, елементами яких є: політична, економічна й соціальна (інколи й національна) ідентичність суспільства [9].

На переконання Д.М. Моісеєнка, під перехідною державою слід розуміти різновид держави, який виникає внаслідок системної кризи державних і соціальних інститутів, характеризується запереченням державних утворень, незавершеністю державної форми, складається з синтезу старих і нових елементів держави, має тимчасовий характер і припиняє існувати із закінченням формування нової стабільної держави. Своєю чергою постсоціалістичну державу можна визначити як державу, що виникла внаслідок кризи соціалістичної системи, має на меті трансформацію в соціальну капіталістичну державу з демократичним політичним режимом, характеризується незавершеністю елементів форми держави й має ознаки капіталістичного й соціалістичного типів держави. Звідси є всі підстави стверджувати, що поняття «перехідна держава» й «постсоціалістична держава» співвідносяться як загальне й спеціальне. Постсоціалістичну державу можна визначати як перехідну державу, але не слід ототожнювати ці поняття [10, с. 16].

До основних властивостей перехідного суспільства, які безпосередньо впливають на судову правотворчість та її результати, можна віднести такі: відносно низький рівень правової культури; неусталеність правової системи; швидкі зміни законодавства; загальна інституціональна нестабільність в організації публічної влади; слабкість громадянського суспільства; тенденція до використання правових інститутів у політичних цілях; активна боротьба за політичну владу; незадовільне забезпечення принципу верховенства права й верховенства конституції тощо. Позаяк правова культура містить якісний стан правотворчості, а також правового життя суспільства, відбитий у досягнутому рівні досконалості правових актів, правової та правозастосовної діяльності, правосвідомості й правового розвитку особистості, правотворчість в усіх своїх проявах, видах і на всіх своїх стадіях визначається рівнем правової культури суспільства. Зазначена залежність має чітко виражений прямолінійний характер, оскільки підвищення рівня правової культури означає й підвищення якості правотворчої діяльності, розширення кола суб'єктів правотворчості, підвищення якості правових актів тощо [1, с. 9–12].

Відомо, що влада в моністичних системах передусім намагається замовчувати або придушувати соціальні й політичні конфлікти. У ліберальній суспільній моделі найбільш розповсюдженими стратегіями сторін конфлікту є судовий позов і взаємоприйнятна угода, й політичні конфлікти не є винятком. Ситуація перехідної доби не сприяє широкому застосуванню означених стратегій і внаслідок недосконалості судової системи відповідних держав, і за відсутністю звички гласного й відкритого обстоювання своїх інтересів у судовому або переговорному процесі [11, с. 166]. У цьому контексті, як слушно відзначає Я.М. Романюк, нині ключовим завданням для судової системи зокрема й правової системи України в цілому є визначення шляху, яким розвиватиметься вчення про судову правотворчість та аспекти її прикладного застосування в державі. У зв'язку із цим актуальним є питання існування класичних і сучасних підходів до судової правотворчості у світі. Чи корисно Україні імплементувати досвід англо-американської, романо-германської чи французької правових систем у незмінному (чистому) вигляді? Або Україні доцільно самостійно визначитися з технологією судової правотворчості, відштовхуючись від теоретичних засад до практичного втілення її механізмів з урахуванням надбань інших правових систем, адаптувавши їх до вітчизняного регулювання за допомогою звичаїв і ментальності українського суспільства [12, с. 12].

Разом із тим не слід забувати період, який зараз проживає Україна та який характеризується жорсткою недовірою до всіх державних інституцій і передусім до суду. Варто погодитися з тим, що проблема недовіри до судів нині стоїть дуже гостро. Однак судова влада концентрує в собі якості всіх інших складових частин суспільного життя. Суди функціонують не ізольовано від суспільства, тому для судової системи характерні такі ж проблеми, як і для всіх державних інститутів, у тому числі й рівень довіри. Дійсно, довіра до суду залежить від якості виконання суддями своїх обов'язків, від їх виваженості, стриманості, розсудливості, а часом і життєвої мудрості, від рівня знань та уміння поєднувати під час ухвалення рішень принципи законності, справедливості й верховенства права. Але суддівське середовище, як і будь-яке інше, – неоднорідне [12, с. 17].

Очевидно, що в умовах правової системи України в найближчій перспективі судова правотворчість буде здебільшого засновуватися на суддівському тлумаченні формальних джерел права (закони, кодекси, постанови тощо), коли судді стають «посередниками» між текстом закону й правовою реальністю, тобто на прецеденті тлумачення. Насправді віра в те, що тексти норма-

тивно-правових актів є чіткими, однозначними для розуміння та не містять прогалин, є ілюзією. Суддя під час розв'язання цих «складних» справ, тобто справ, які не можуть бути розв'язані шляхом «простого нормозастосування» та розглядаються в умовах наявності зазначених недоліків правової системи, здійснює розширене (правотворче) тлумачення норм права, застосовує аналогію права й закону, здійснює судову дискрецію (в останньому випадку судді вибирають одне з кількох правомірних рішень). Порядок мотивації, суддівські стандарти й обґрунтування того, чому саме так, а не інакше розв'язана «складна» справа, які стають обов'язковими через дію принципу «аналогічні справи розв'язуються аналогічно» й повторюваності соціальних і правових відносин у суспільстві, закладаються в основу судової правотворчості. Крім того, не виключена можливість визнання та поширення в Україні впливу переконливого прецеденту, його вертикальної та горизонтальної дії [2, с. 548].

Висновки. Отже, судова правотворчість є особливим видом правотворчості й іманентною властивістю правосуддя в державах усталеної демократії. Головними проблемами забезпечення правотворчої діяльності в умовах перехідного державно організованого суспільства є досягнення балансу між правовою та політичною складовою частинами в правотворчому процесі й дотримання базових принципів правотворчості. Зміна суспільних відносин впливає на правотворчий процес, ставить ті чи інші цілі для правотворчої діяльності, визначає ті суспільні ресурси, які можуть бути застосовані для втілення прийнятих у ході правотворчої діяльності норм права. Тому нагальною потребою перехідних держав є збалансування різних впливів на правотворчий процес за умови забезпечення необхідних фахових знань усіх суб'єктів правотворчості в процесі підготовки, розробки й експертизи різноманітних форм (джерел) права. Водночас судова правотворчість у перехідних державах має стати найефективнішим засобом для того, щоб, по-перше, заповнювати прогалини у вітчизняному законодавстві; по-друге, покласти край знеціненню підзаконних нормативних актів; по-третє, усунути суперечності в чинному законодавстві.

Список використаних джерел:

1. Ященко Р.Ю. Правотворчість в умовах перехідного суспільства: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2013. 18 с.
2. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 627 с.
3. Плавич В.П., Плавич С.В. Сучасна правотворчість: проблеми теорії і методології : монографія. Одеса : Астропринт, 2013. 276 с.
4. Козюбра М.І. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України.* 2016. № 10. С. 38–48.
5. Петришин О.В. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Право України.* 2016. № 10. С. 20–27.
6. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / А.М. Бернюков та ін. ; відп. ред. В.С. Бігун. Київ, 2009. 316 с.
7. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право : монография. Москва : Проспект, 2011. 512 с.
8. Кравчук К.Г. Теоретико-правові та практичні аспекти співвідношення правотворчості Верховного Суду та Конституційного Суду України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2020. 19 с.
9. Дармограй Н.М. Державно-владна культура управління трансформаційного періоду. URL: http://academy.gov.ua/ej/ej2/txts/philo/ 05dnmutp.pdf.
10. Моісеєнко Д.М. «Перехідна держава» та «постсоціалістична держава»: співвідношення понять. *Держава та регіони. Серія: Право.* 2014. № 1. С. 14–17.
11. Степанова Н.Є. Політична конфліктність і кризовість у сучасному українському суспільстві. *Наукові записки. Серія «Політичні науки».* 2008. Вип. 3. С. 162–170.
12. Романюк Я.М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: постановка проблеми. *Право України.* 2016. № 10. С. 9–19.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.3

КУБКО А.Є.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ ТА ДЕРЖАВНІ ІНТЕРЕСИ

TO THE ISSUE OF THE RESPONSIBILITY OF THE STATE AND THE STATE INTERESTS

У статті розглядається питання відповідальності держави у співвідношенні із проблематикою державних інтересів. Наявність дієвого інституту відповідальності держави є ключовим чинником розвитку сучасної правової системи, утвердження засад демократичної держави і верховенства права. Водночас держава повинна здійснювати захист державних інтересів, що об'єктивно існують, за допомогою застосування із цією метою правових засобів на законодавчому, адміністративному та судовому рівнях. Важливо віднайти баланс між реалізацією принципу відповідальності держави і забезпеченням можливості держави здійснювати захист своїх інтересів. Питання про співвідношення відповідальності держави з державними інтересами повинне досліджуватись також під кутом зору міжнародно-правової відповідальності держави, оскільки сучасний інститут відповідальності держави ґрунтується на підходах міжнародного права. Велике значення в рамках інституту відповідальності держави має питання теоретичного розуміння державних інтересів. Державна влада, коли здійснює захист інтересів держави, застосовує механізми обмеження приватних прав та законних інтересів. Застосування таких обмежень із боку держави є виправданим, якщо вони спрямовані на мету захисту державного інтересу, який виступає публічним інтересом. Такий інтерес повинен ґрунтуватись на суспільних потребах і не зводитись до вузькодержавних, відомчих, групових інтересів. Застосування з боку державної влади обмежень прав та законних інтересів особи без урахування публічної природи державних інтересів здатне призводити до порушення з боку держави міжнародних стандартів захисту прав особи і виступати підставою для відповідальності держави. Це має місце тоді, коли держава застосовує обмеження прав особи з метою забезпечення ніби державних інтересів, які по суті не є державними публічними інтересами. З іншого боку, коли наявний державний інтерес, що має публічний характер і потребує захисту державно-правовими засобами, відповідальність держави може наставати в разі невжиття нею необхідних заходів для захисту державного інтересу.

Ключові слова: *інтерес, державний інтерес, публічний інтерес, відповідальність держави, міжнародне право.*

The article addresses the issues of the responsibility of state in the relationship with the problematic of the state interests. An effective implementation of the responsibility of state is the key factor for the development of the modern legal system, strengthening of the principles of the democratic state and a rule of law. At the same time the state has to secure protection of the objective state interests by applying legal measures at the legislative, administrative and judicial level for this purpose. It is of importance to find a certain balance between the implementation of the principle of the responsibility of the state the possibility for the state to protect its interests. The issue of the relationship between the responsibility of the state and the state interests should be analyzed also from the perspective of the international responsibility of state since the modern concept of the responsibility of state is

© КУБКО А.Є. – кандидат юридичних наук, докторант відділу теорії держави і права (Інститут держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України)

based also on the approaches of the international law. With the framework of the responsibility of state the matters of the theoretical notion of the state interests is of high relevance. The state power when protecting the state interest applies restrictions of the private rights and the legitimate interests. The application of such restrictions by the state is justified if these are aimed at securing the state interest which is the public interest by its nature. Such interest should be based on the needs of the society and should not be limited narrow-state, ministerial, group-interests. Imposing the restrictions of the rights and the legitimate interests of person by the state power without the regard being had to the public nature of the state interests is able to result in the violation by the state of the international standards of the human rights protection and to constitute the ground for the responsibility of the state. This is the case where the state applies the restrictions of the rights of person to secure the allegedly state interests which are not the state public interest in essence. On the other side, in the events where the state interest being a public in nature exists and requires being protected by the state legal measures the responsibility of the state may arise in the event if the state fails to undertake the required measures for the protection of the state interest.

Key words: *interest, state interest, public interest, responsibility of state, international law.*

Вступ. Проблематика відповідальності держави нині одна із ключових із погляду дослідження правової системи сучасної України. Сьогодні актуальні трансформаційні процеси, пов'язані з відходом від авторитарних засад і розбудовою демократичної правової держави, утвердження верховенства права, що розпочались у 90-і рр. минулого століття. Провідну роль у контексті цих процесів відіграє інститут відповідальності держави. З іншого боку, у правовій системі України закріплені і розвиваються механізми, спрямовані на забезпечення інтересів держави в різних сферах суспільних відносин. Захист інтересів держави, що об'єктивно існують, є необхідністю з погляду як забезпечення функціонування держави, так і демократичного розвитку суспільства, реалізації базових прав і свобод особи. Особливої актуальності питання захисту інтересів держави набуває сьогодні в умовах виникнення різнопланових загроз зовнішнього і внутрішнього характеру (як-от триваючі посягання на територіальну цілісність країни, поширення пандемічної небезпеки для житті та здоров'я населення, спроби окремих груп знизити ефективність державно-правового механізму протидії корупції тощо). Ці й інші загрози вимагають від державних інституцій ужиття особливих, подекуди, умовно кажучи, екстраординарних заходів, спрямованих на захист інтересів держави.

Тому важливо віднайти оптимальне співвідношення, баланс між утіленням засад відповідальності держави та необхідністю забезпечення державних інтересів правовими засобами. Проблеми державних інтересів та відповідальності держави тісно пов'язані. Наукове дослідження державних інтересів буде позбавлено повноти без аналізу питань відповідальності держави, а розгляд проблематики відповідальності держави повинен ґрунтуватись на розумінні державних інтересів.

Постановка завдання. Мета статті – запропонувати основні теоретичні підходи до співвідношення між держаними інтересами та відповідальністю держави, до взаємодії між інститутом відповідальності держави та правовими механізмами захисту державних інтересів.

Результати дослідження. Визначальні чинники для науково-теоретичного розуміння взаємодії між інститутом відповідальності держави та державними інтересами такі.

Необхідно враховувати природу інституту відповідальності держави в сучасній правовій системі. Актуалізація цього інституту пов'язана з початком процесу розбудови демократичної правової держави в 90-і рр. минулого століття, адже втілення засад відповідальності держави – один із ключових чинників для забезпечення демократичного розвитку. На важливості інституту відповідальності держави наголошують у сучасних наукових роботах, визнають його однією з головних гарантій прав і свобод людини [1, с. 8], компонентом на шляху побудови правової держави [2, с. 44] тощо. Принцип відповідальності держави перед особою було закріплено в Конституції України. Цим було започатковано свого роду новий виток у застосуванні інституту відповідальності держави у правовій системі України, що, у свою чергу, мало вплив на подальше становлення та розвиток системи права в Україні. Офіційне тлумачення норм законів України здійснювалось Конституційним Судом України, серед іншого, у світлі конституційного принци-

пу відповідальності держави перед особою. Наприклад, рішення у справі № 1–22/2001 ґрунтувалось на аналізі принципу відповідальності держави, закріпленого в Конституції України, як одного зі складників гарантій захисту прав і свобод людини [3, п. 2].

Важливу роль у сучасному інституті відповідальності держави відіграє, умовно кажучи, міжнародно-правовий складник. Починаючи з 90-х рр. XX ст. Україною було ратифіковано низку міжнародних угод, які встановлюють зобов'язання держави з дотримання приватних прав особи та запроваджують механізми притягнення держави до міжнародно-правової відповідальності в разі порушення нею цих зобов'язань. Ідеться насамперед про Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Європейська конвенція). Вона запровадила механізм міжнародно-правової відповідальності держави, яка (відповідальність) реалізується через звернення особи до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд). Україна є стороною низки міждержавних угод у сфері захисту інвестицій, як-от Договір щодо Енергетичної хартії та двосторонні угоди про взаємний захист інвестицій. Угоди про захист інвестицій встановлюють обов'язкові для держав стандарти поводження з іноземними інвестиціями і передбачають механізм притягнення держави до відповідальності шляхом звернення особи-інвестора до міжнародних арбітражних судів із вирішення інвестиційних спорів. Положення Європейської конвенції й угод про захист інвестицій деталізовані у практиці Європейського суду та міжнародних інвестиційних арбітражів. У юриспруденції цих установ було вироблено підходи до тлумачення положень міжнародних актів, які (підходи) набули усталеного характеру. Вони вплинули на розвиток в Україні інституту відповідальності держави в теоретичному і законодавчому аспектах. Норми, закріплені в міжнародних угодах, а також положення практики міжнародних установ являють собою міжнародні стандарти захисту прав особи. Ці міжнародні стандарти виступають свого роду критеріями оцінки допустимості поведінки держави. Її рішення, дії повинні оцінюватись також із погляду відповідності даним стандартам, оскільки існує потенційна можливість притягнення держави до міжнародно-правової відповідальності в разі їх (стандартів) недотримання державною владою. Таким самим чином повинні оцінюватись і дії законодавчої гілки влади: йдеться про оцінку змісту законів щодо узгодженості з міжнародними нормами захисту прав особи та практикою міжнародних юрисдикційних установ. Що стосується стандартів (підходів), які вироблені в юриспруденції Європейського суду, законодавство України прямо встановлює, що практика Європейського суду підлягає застосуванню судами України як джерело права [4]. Водночас сфера застосування практики Європейського суду не обмежується справами, пов'язаними з виконанням в Україні конкретних рішень Європейського суду, а охоплює судову діяльність у всіх сферах правовідносини. У низці випадків положення практики Європейського суду безпосередньо зумовлюють ухвалення окремих законодавчих актів. Це насамперед характерно для ситуацій, коли держава вживає заходів загального характеру з метою виправлення системних проблем із дотриманням прав людини, якщо наявність системної проблеми констатовано в рішенні Європейського суду [5, с. 41]. Наприклад, Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень», який удосконалював правове регулювання інституту відповідальності держави, ухвалений із метою усунення системної проблеми невиконання судових рішень, встановленої Європейським судом у рішенні «Юрій Миколайович Іванов проти України» [6].

У контексті проблематики співвідношення між відповідальністю держави та державними інтересами важливо те, що сучасний інститут відповідальності держави, по-перше, виступає засобом забезпечення утвердження засад демократичної держави і верховенства права, по-друге, ґрунтується також на положеннях міжнародного права у сфері захисту прав особи. Тобто інститут відповідальності держави містить міжнародно-правовий аспект. Тому важливо схарактеризувати, яким чином міжнародне право (зокрема, доктринальний аспект і практика міжнародних юрисдикційних установ) підходить до питання відповідальності держави у зв'язку із захистом нею державних інтересів.

Насамперед визнається право держави здійснювати захист державних інтересів. Це означає, що держава має право для захисту державних інтересів допускати своїми діями, рішеннями деякі обмеження приватних прав та законних інтересів решти учасників суспільних відносин. Даний підхід був висловлений і Європейським судом. У його рішеннях неодноразово наголошувалось, що за певних обставин державна влада повинна для захисту державних інтересів втручатись у права особи, зокрема і шляхом позбавлення особи певних благ, обмеження певної діяльності, майнових, комерційних інтересів тощо [7, п. 111]. У закордонній юридичній літературі, присвяченій проблемам міжнародної відповідальності держав, право державної влади здійснювати регулювання відносин у державних інтересах визнається однією з головних

засад, на яких ґрунтується науково-теоретичне розуміння відповідальності держави. У світовій науці розвинулась концепція «права держави здійснювати регулювання» (the state's right to regulate). Дана концепція виступає певним доктринальним підґрунтям для застосування з боку держави обмежень прав та приватних інтересів особи, навіть коли їх захист гарантовано нормами міжнародного права [8, с. 33]. Визнання в теорії та на рівні практики міжнародних судових і арбітражних установ того, що держава повинна забезпечувати захист державних інтересів і здійснювати із цією метою правове регулювання суспільних відносин ґрунтується на теоретичних положеннях про природу держави. Ця природа полягає в тому, що держава покликана виражати волю суспільства і, умовно кажучи, діяти від імені суспільства та на його благо. У наукових працях обґрунтована теза, згідно з якою повноваження держави регулювати відносини є проявом суверенного права держав визначати свої політичні, соціальні й економічні пріоритети шляхом ухвалення законодавства та запровадження відповідної адміністративної практики [9, с. 9]. Безумовно, державні пріоритети пов'язані з державними інтересами. Отже, право держави регулювати відносини передбачає й повноваження держав застосовувати юридичні засоби, спрямовані на захист державних інтересів.

Наступне положення інституту відповідальності держав у міжнародно-правовому аспекті стосується природи державних інтересів. Державні інтереси, на захист яких діє державна влада тоді, коли застосовує обмеження прав та інтересів приватного характеру, повинні виступати публічними інтересами. Це означає, що такі державні інтереси мають ґрунтуватись на суспільних потребах. За цієї умов застосування державною владою обмежувальних заходів, спрямованих на захист державних інтересів, є виправданим. Це є важливими положенням, яке надає теоретико-правові та морально-етичні підстави для державної влади обмежувати права та законні інтереси особи, застосовувати юридичні механізми, які можуть призводити до виникнення конфлікту між інтересами держави й інтересами інших соціальних суб'єктів.

Відсутність публічної природи інтересів, для захисту яких держава застосовує обмежувальні механізми, є чинником, який деяким чином позбавляє дії держави правомірного характеру. Це має місце тоді, коли державна влада вдається до застосування юридичних механізмів, які обмежують приватні права та законні інтереси і призводять до конфлікту інтересів держави з іншими соціальними інтересами, приватними, колективними, корпоративними, інтересами місцевих громад тощо. Такі державно-владні механізми по суті спрямовані на захист інтересів, які лише проголошені державою як державні, але не мають публічного характеру. Такими інтересами можуть бути, наприклад, вузькодержавні, відомчі, партійні інтереси, інтереси окремих корпоративних утворень. Недостатнє врахування державними органами вимоги про публічність державних інтересів нерідко є однією з обставин, що призводять до притягнення держав до міжнародно-правової відповідальності через порушення ними міжнародно-правових стандартів захисту прав людини. Одним із прикладів є справа *Anthony Aquilina v. Malta*, яка розглядалась Європейським судом у 2011–2014 рр. Спір стосувався правомірності законодавчих обмежень майнових прав особи-заявника на отримання орендної плати відповідно до ринкової вартості за використання нерухомого майна, яке перебувало у власності заявника, а також обмежень прав заявника на володіння цим майном. Згідно з позицією держави-відповідача, такі обмеження було застосовано законодавчою владою в загальних інтересах. Європейський суд дійшов висновку, що необхідність захисту публічних інтересів, яка існувала на момент ухвалення законодавцем відповідних обмежень у 1979 р., протягом наступних десятиліть знизилась [10, п. 65]. Тобто на час розгляду справи, як випливає з рішення Європейського суду, обмежувальні заходи держави вже не були по суті спрямовані на захист публічних інтересів, а радше мали на меті захист інтересів окремих груп громадян. Це стало одним із чинників, на основі яких Європейським судом було встановлено порушення з боку держави-відповідача права особи на володіння майном у розумінні ст. 1 Додаткового протоколу № 1 до Європейської конвенції.

Такі підходи в аспекті тлумачення державних інтересів використовувались Європейським судом і в розгляді справ щодо України. Показовим прикладом є рішення у справі *Maksymenko and Gerasymenko v. Ukraine*, у якому Європейський суд визнав порушення державою міжнародно-правових гарантій захисту права власності, передбачених ст. 1 Додаткового протоколу № 1 до Європейської конвенції. Обмежувальні заходи, які були застосовані державою, полягали в позбавлені в судовому порядку заявників права власності на придбані ними житлові приміщення. Судове провадження було розпочато за позовом прокуратури, поданим на захист економічних інтересів держави. Європейський суд вказав, що з боку державних органів не було надано будь-якого обґрунтування, яким чином економічні інтереси держави виступали публічними інтересам

[11, п. 57]. Європейський суд фактично констатував, що держава влада, яка застосовувала обмеження майнових прав та законних інтересів приватних осіб-заявників, діяла не з метою захисту публічних інтересів і відповідних суспільних потреб, а в інтересах вузьковідомчого характеру. Дана обставина була врахована Європейським судом під час вирішення питання про міжнародно-правову відповідальність держави.

Аналогічним чином до питань тлумачення державних інтересів підходить світова наука. Наприклад, доктрина "state's right to regulate", яка визнає право держави обмежувати гарантовані на міжнародному рівні приватні права та законні інтереси, виходить із публічного характеру державних інтересів, які покладені в основу обмежувальних заходів держави. Публічна природа інтересів, необхідність захисту яких, так би мовити, робить виправданими обмежувальні заходи держави, кореспондується з теоретичним розумінням ролі державної влади як «охоронця» загального (публічного) інтересу [12, с. 447]. Тобто державно-владні заходи, якими обмежуються приватні права та законні інтереси, повинні розглядатись як правомірні (допустимі), якщо ці заходи спрямовані на захист державних публічних інтересів, а не інтересів вузькодержавних, відомчих, корпоративних, групових тощо. Публічний характер державних інтересів, на захист яких діє державна влада, коли обмежує права й інтереси приватних осіб, надає легітимності даним обмеженням з погляду міжнародного права.

Отже, публічна природа державних інтересів являє собою важливий аспект під час вирішення питання про міжнародно-правову відповідальність держави. Застосування державою заходів з обмеження прав та інтересів особи, коли такі заходи здійснюються з метою захисту державних інтересів, які не мають публічного характеру, а виступають вузькодержавними, груповими, корпоративними інтересами, призводить до виникнення підстав для міжнародно-правової відповідальності держави. Така відповідальність настає за недотримання державою міжнародних стандартів захисту прав особи.

Оскільки інститут відповідальності держави сьогодні значним чином розвивається під впливом міжнародно-правових підходів, можемо говорити і про актуальність вказаних положень на внутрішньому / національному рівні. Навіть більше, і у вітчизняній юридичній науці наголошується на розумінні державної влади та державних повноважень як таких, що спрямовані на публічні (загальносуспільні) інтереси [13, с. 452]. Цей підхід передбачає, що держава, яка здійснює захист державних інтересів і обмежує водночас приватні права, буде мати правові та моральні підстави застосовувати відповідні обмеження, якщо ці державні інтереси виступають публічними інтересами по своїй природі. Інакше, у разі неправильної ідентифікації державних інтересів, ідеться про виникнення підстав для відповідальності держави. Це зумовлено тим, що в даному разі держава буде діяти всупереч своїй ролі як виразника загальних (публічних) інтересів.

Визнання на міжнародному і національному рівнях призначення держави забезпечувати захист публічних (загальних) інтересів означає також обов'язок державної влади щодо вжиття правових заходів, спрямованих на захист державних публічних інтересів. Даний обов'язок, за аналогією з поняттями міжнародного права, може бути названий позитивним зобов'язанням держави – зобов'язанням, яке передбачає вжиття державною владою активних заходів (дії, рішення) для захисту державних публічних інтересів. У разі невжиття таких заходів державою, коли наявна необхідність захисту державних інтересів, наділених публічним характером, виникають підстави для відповідальності держави.

Висновки. Отже, правовий інститут відповідальності держави пов'язаний із науково-теоретичним розумінням державних інтересів. Захист цих інтересів державою є об'єктивною необхідністю, а право держави здійснювати захист державних інтересів визнано на міжнародно-правовому рівні. Водночас застосування державою засобів для захисту державних інтересів пов'язано з обмеженням із боку державної влади прав та законних інтересів приватного характеру і є передумовою відповідальної держави. Відсутність публічного характеру державних інтересів, для захисту яких держава вживає обмежувальні заходи, може розглядатись як підстава для відповідальності держави. З іншого боку, невжиття органами державної влади заходів захисту державних інтересів, коли такі інтереси мають публічну природу, також варто розглядати як підставу для відповідальності держави за невиконання нею «позитивних зобов'язань». Умовно можемо говорити про існування двох груп підстав для відповідальності держави у зв'язку з державними інтересами: по-перше, відповідальність у разі застосування обмежень прав особи для захисту інтересів, які некоректно ідентифіковані як державні публічні інтереси і не є по суті такими; по-друге, відповідальність у разі невжиття заходів для захисту наявних державних публічних інтересів, які об'єктивно існують.

Список використаних джерел:

1. Оніщенко Н.М., Сунєгін С.О.. Відповідальність держави перед особою в контексті розвитку громадянського суспільства. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2014, Вип. 64.
2. Середюк В.В. Відповідальність держави я к елемент поняття «правова держава». *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1.
3. Справа про відповідальність юридичних осіб : рішення Конституційного Суду України від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001, справа № 1–22/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01#Text (дата звернення: 14.12.2020).
4. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477–IV, ст. 17. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text (дата звернення: 14.12.2020).
5. From Judgment to Justice. Implementing International and Regional Human Rights Decisions / Ed. by David Berry, James A. Goldston, Robert O. Varenik. New York : Open Society Foundations, 198 p.
6. Пояснювальна записка від 8 вересня 2011 р. до проєкту закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=9127&skl=7 (дата звернення: 14.12.2020).
7. Case of Lekić v. Slovenia: ECHR, Judgment, 14 February 2017. URL: https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":["001-171087"]} (дата звернення: 18.12.2020).
8. Aikaterini Titi. The Right to Regulate in International Investment Law. Baden-Badem : Nomos and Hart Publishing, 2014, 240 p.
9. Mouyal L.W. International Investment Law and the Right to Regulate. New York : Routledge, 2018, 282 p.
10. Case of Anthony Aquilina v. Malta : ECHR, Judgment, 11 December 2014. URL: file:///C:/Users/se1/Downloads/001-148636.pdf (дата звернення: 18.12.2020).
11. Maksymenko and Gerasymenko v. Ukraine: ECHR Judgment, 16 May 2013. URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":["001-119688"]} (дата звернення: 18.12.2020).
12. Pellet Alain. Police Powers or the State's Right to Regulate. *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*. Wolters Kluwer, 2015. P. 447–462.
13. Теорія держави і права : академічний курс / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінком-Інтер, 2008. 688 с.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.4

ЧУДНОВСЬКИЙ О.В.

СУДОВА РЕФОРМА 1864 Р. ТА ПРОКУРАТУРА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ

JUDICIAL REFORM OF 1864 AND THE PROSECUTOR'S OFFICE ON UKRAINIAN LANDS AS PART OF THE RUSSIAN EMPIRE

У дослідженні йдеться про реорганізацію та зміни принципів діяльності прокуратури на українських землях у складі Російської імперії завдяки судовій реформі 1864 р. Зазначається, що проведення реформи було визначене низкою суттєвих хиб, які потребували виправлення. Акцентується увага, що вся система державного управління а також наявний в І половині XIX ст. стан справ у суспільстві демонстрували системну кризу, яка потребувала негайного розв'язання. Система судоустрою характеризувалася корумпованістю суддів, їхньою низькою кваліфікацією та повільністю процесу розгляду справ. Фундаментальна реформа судоустрою 1864 р. й ухвалення нових актів кримінального та цивільного судочинства вплинули на принципи діяльності та повноваження прокуратури. Вказується, що частково в межах реформи у прокуратури забрали частину наглядових і контролювальних функцій та залишили в межах компетенції тільки функції процесуальні. Наводиться думка, що серед основних завдань реорганізованої прокуратури поставав нагляд за дізнанням і слідством та державне обвинувачення в суді. У статті наводяться норми Статуту кримінального судочинства щодо завдань, які покладено на прокурорів, а також норми Статуту цивільного судочинства, що вказують на повноваження прокурорів у цивільних справах. Також наводяться норми Устрою судових установ, які визначають загальні організаційні аспекти функціонування прокуратури в Російській імперії загалом. З'ясовано, що практика прокурорської діяльності в другій половині XIX ст. в українських губерніях, окрім обвинувальних і наглядових функцій, виконувала функцію представництва у виняткових випадках державних і казенних інтересів. Акцентується увага, що з 1864 р. вперше відбулась інституалізація участі прокуратури в суді поза межами сфери суто кримінальної, оскільки започатковано їхню участь у цивільній юрисдикції. Наводяться приклади продовження реформування прокуратури протягом 1860-х років, а саме – ліквідування губернських і повітових прокуратур. Зауважується, що прокуратура отримала низку прогресивних принципів діяльності, однак залишилася діяти в межах абсолютистської монархії Романових.

Ключові слова: *прокурор, Статут кримінального судочинства, Статут цивільного судочинства, обвинувачення в суді, прокурорський контроль.*

The study deals with the reorganization and change of the principles of the prosecutor's office in the Ukrainian lands as part of the Russian Empire due to the judicial reform of 1864. It is noted that the reform was identified by a number of significant shortcomings that needed to be corrected. It is emphasized that the entire system of public administration and also available in the first half of the nineteenth century the state of affairs in society demonstrated a systemic crisis that needed to be resolved immediately. The judiciary was characterized by the corruption of judges, their low qualifications and the slowness of the case process. The fundamental reform of the judiciary in 1864 and the adoption of new acts of criminal and civil proceedings affected the principles of activity and powers of the prosecutor's office.

© ЧУДНОВСЬКИЙ О.В. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри загальноправових дисциплін (Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

It is pointed out that part of the reform of the prosecutor's office was partially taken away from the supervisory and supervisory functions, and only procedural functions were left within its competence. The article provides the norms of the Statute of Criminal Procedure in relation to the tasks assigned to prosecutors, as well as the norms of the Statute of Civil Procedure, which indicate the powers of prosecutors in civil cases. There are also rules of the Judicial Institutions, which determine the general organizational aspects of the functioning of the prosecutor's office in the Russian Empire as a whole. It is emphasized that for the first time since 1864 the participation of the prosecutor's office in the court outside the purely criminal sphere was institutionalized, as their participation in civil jurisdiction was initiated. It was found that the practice of prosecutorial activity in the second half of the XIX century. in the Ukrainian provinces, in addition to accusatory and supervisory functions, performed the function of representation in exceptional cases of state and state interests. Examples are given of the continuation of the reform of the prosecutor's office during the 1860s, namely the liquidation of the provincial and county prosecutor's offices. It is noted that the prosecutor's office received a number of progressive principles of activity, but remained to operate within the absolutist monarchy of the Romanovs.

Key words: *Prosecutor, Statute of criminal proceedings, Statute of civil proceedings, charges in court, prosecutorial control.*

Вступ. Прокуратура в демократичній державі відіграє важливу роль у питаннях розбудови правової держави та захисту прав і свобод громадян, а також відстоювання суспільних інтересів, законності тощо. У світі історично склалося, що передові демократії мають у своєму досвіді сотні років розбудови й трансформації такої інстанції, як прокуратура. Водночас Україна відносно нещодавно здобула незалежність, і різні інституції перебувають в активному процесі реформування та пошуку найбільш оптимальних й ефективних форм власної діяльності. Після 2014 р. відбуваються суттєва перебудова та реформування в Україні різних інстанцій за стандартами ЄС задля можливості продовження процесу євроінтеграції, доля кардинальних реформ не оминула й прокуратуру. Тому в умовах таких процесів досить актуальним є звернення та висвітлення вже наявного історичного досвіду діяльності органів прокуратури на українських землях, хоча й у складі інших держав (як Російська імперія або Австрійська, а згодом Австро-Угорська).

До наукового доробку проблематики висвітлення особливостей судової реформи 1864 р. в питаннях реорганізації прокуратури, правового статусу нової прокуратури, здійснили внесок такі дослідники: О. Казак, Ф. Кашарський, І. Курбатова, Н. Наулік, О. Павлюк, Н. Старченко, В. Сухонос, М. Твердохліб, О. Феоктістова, В. Юсупов та інші.

Постановка завдання. Метою статті є встановити особливості судової реформи 1864 р. та її впливу на організацію й діяльність прокуратури на українських землях у складі Російської імперії.

Результати дослідження. Протягом XIX ст. в Російській імперії стали накопичуватися та все яскравіше проявлятися системні кризові тенденції, які призвели до потреби масштабних реформ 1860–1870-х рр. Криза спіткала не тільки сферу прокуратури, а й судову систему загалом, відчувалось економічне відставання Російської імперії внаслідок загального відсталого феодального устрою. Дослідники виділяють низку фундаментальних причин, унаслідок яких відбулася судова реформа, яка стосувалась і прокуратури, в загальній конструкції кардинальних реформ. По-перше, кріпацтво суттєво гальмувало розвиток капіталістичних відносин, а передові держави Європи не знали кріпацтва вже сотні років; по-друге, катастрофічних масштабів досяг процес бюрократизації, який став створювати суттєві проблеми не тільки феодально-залежним, але й привілейованим категоріям населення, суди у своїй діяльності користувалися морально застарілим законодавством, коли навіть використовувалися ще норми Соборного уложення 1649 р.; по-третє, суди, які мали бути взірцем, перетворилися на найбільш корумповану структуру в державі, а судді часто розглядали власні посади тільки як елемент особистого збагачення; по-четверте, функціонувала значна кількість різноманітних судових органів, які характеризувалися складністю й унаслідок, зокрема, численних нормативних процесуальних документів, заплутаністю процесуальних вимог, часто виникали ситуації, коли неможливо було розв'язати коло справ, що підлягали розгляду в конкретній судовій інстанції, тому часто справи «гуляли» від одного суду

до іншого, у підсумку справа поверталася до першої інстанції, де розгляд розпочинався заново й міг тривати десятиліттями [2, с. 78–79].

Щодо цього вартий уваги досить символічний і показовий епізод, який розпочався ще в 1840-х рр. і який наводили імперські дослідники як одну з причин необхідності судової реформи. Микола І 1848 р. видав резолюцію, щодо справи, яка стосувалася маєтностей і боргів звичайного колезького регістратора І. Баташова: «Изложение причин медленности непомерной, с которою производится сие, столь известное дело, ясно выставляет все неудобства и недостатки нашего судопроизводства» *(Викладення причин непомірної повільності, з якою відбувається ця, настільки відома справа, ясно вказує на незручності та хиби нашого судочинства)* [8, с. І]. Саме ці слова попередника Олександра ІІ стали початком нової реформи.

Резолюція Миколи І з таким формулюванням ситуації із судом виникла не на пустому місці. У Рязанській губернії в 1840-х рр. у повітовому суді розглядалася справа І. Баташова, й історично склалось, що вона потрапила під «особистий контроль» імператора Миколи І. Микола І зажадав щомісячних звітів про хід цієї справи, й звіти йому надходили регулярно, щомісяця, однак відбувалося це протягом років, і вони засвідчували абсолютну відсутність прогресу. Терпець у Миколи І урвався, і він доручив підготувати аналіз стану судової системи та ймовірний план заходів із реформування цієї системи, й 1843 р. Д. Блудов, який працював в імператорській Канцелярії (установа на кшталт Секретаріату або Офісу Президента, однак зі значно ширшими повноваженнями), підготував шляхи змін системи судоустрою, однак через їхню радикальність вони знайшли спротив у Міністерстві юстиції, і реформа суду так і не відбулася. 1848 р., після чергової доповіді про хід справи І. Баташова, Микола І видав згадану резолюцію, однак утілити в життя радикальну реформу системи судоустрою, процесу та прокуратури вдалося вже за Олександра ІІ [1, с. 29–30].

Серед причин судової реформи Ф. Кашарський ще виділяє незадовільний рівень професійної кваліфікації суддів і слабку обізнаність у специфіці юридичній, що призводило до того, що правосуддя де-факто зосереджувалося в руках канцелярських чиновників і секретарів [2, с. 79–80].

І. Курбатова зазначає, що Судові статути 1864 р. стали новим етапом у системі регулювання функцій прокуратури. Частково в неї забрали наглядові та контролювальні функції й залишили в межах компетенції тільки функції процесуальні. Також передбачалася поступова ліквідація губернських прокуратур і заміна їх прокуратурами в межах судових округів, які також підлягали створенню. У перших роках реалізації реформи системи судоустрою та прокуратури існували дві системи прокуратури, а саме: прокурори при судах виконували обвинувальну функцію, а губернські прокурори здійснювали загальний нагляд. Водночас, на відміну від дореформеного періоду, відтепер система прокуратури характеризувалась єдністю засад і централізованістю [3, с. 144].

Аналізуючи реформу 1864 р., О. Павлюк наводить слушну думку, що судова реформа поруч із іншими фундаментальними реформами 1860–1870-х рр. XIX ст. не зачіпала найголовнішого, себто підвалини абсолютизму та необмеженої влади імператора. Хоча автори реформи намагалися розширити права прокуратури й наділити її новими повноваженнями за зразком найкращих прикладів інституту прокуратури в європейських державах, існує суттєвий нюанс, що в державах, де справді можна було брати приклад, давно монархія та в минулому привілейовані верстви населення були обмежені конституцією й законами. Водночас О. Павлюк під сутністю реорганізації прокуратури називає звільнення її від функції загального нагляду, як і І. Курбатова, й виділяє збереження наглядових функцій у закладах позбавлення волі [6, с. 313].

Серед основних завдань реорганізованої прокуратури постає нагляд за дізнанням і слідством та державне обвинувачення в суді. Під час проведення дізнання та слідчих дій прокурор отримав суттєві права, а саме: перевіряти кримінальні справи для перевірки від органів дізнання й досудового слідства, документи чи інші матеріали та відомості про злочини та хід дізнання; право досудового слідства та встановлення осіб, які скоїли злочин; вони могли скасувати незаконні постанови слідчих; надавати письмові вказівки під час розслідування злочинів або про обрання, заміну чи скасування запобіжних заходів, кваліфікацію злочинів, про проведення окремих слідчих дій і розшук осіб; доручати поліцейським інстанціям виконання постанов про затримання, взяття під варту тощо, проведення обшуку, розшуку та багато інших повноважень. Функція підтримки державного звинувачення полягала у праві прокурора самостійно складати обвинувальний вирок, якщо йому передавали справу, й після цього скеровувати справу до суду [6, с. 314]. В. Сухонос зазначає, що, окрім підтримання обвинувачення та інших функцій, прокурори вносили протест на рішення суддів у касаційному

та апеляційному порядку, здійснювали нагляд за своєчасністю винесення вироків у кримінальних справах [10, с. 35]. Варто зауважити, що процес став змагальним. Загалом, практика прокурорської діяльності в другій половині XIX ст. в українських губерніях, окрім обвинувальних і наглядових функцій, виконувала функцію представництва у виняткових випадках державних і казенних інтересів.

Зазначені повноваження визначались у III Відділені Статуту кримінального судочинства «Существо обязанностей и степень власти прокуроров и их товарищей» (*сутність обов'язків та ступінь влади прокурорів та їхніх товаришів).* Згідно зі ст. 278 прокурори та їхні товариші «попередніх слідчих дій не здійснюють, однак дають тільки вказівки про це судовим слідчим і здійснюють контроль за процесом слідчих дій»; відповідно до ст. 279 «за здійсненням дізнання про злочинні дії поліцейські чини безпосередньо підпорядковуються від прокурорів та їхніх товаришів»; за ст. 280 «прокурори та їхні товариші мають право бути присутніми під час усіх слідчих дій і розглядати на місці подій хід слідчих дій, не призупиняючи водночас їх»; ст. 281 – «за всіма предметами, що стосуються дослідження злочину, й до збору доказів судовий слідчий виконує законні вимоги прокурора…»; ст. 283 – «під час узяття обвинуваченого під варту судовий слідчий про підстави такого розпорядження негайно повідомляє найближчу особу прокурорського нагляду…»; ст. 284 – «судовий слідчий повідомляє прокурора або його товариша і про причини, за якими не взятий під варту або звільнений із-під варти обвинувачений у злочині…»; ст. 285 – «прокурор або його товариш має право вказати слідчому про затримання обвинуваченого, залишеного на волі або звільненого з-під варти…»; ст. 286 – «прокурор або його товариш може вимагати доповнення попереднього слідства за зробленими ними вказівками, хоча б судовий слідчий і визнав слідчі дії такими, що закінчилися»; ст. 287. – «за спостереженням за ходом слідства прокурор або його товариш не може бути усунений від виконання своїх обов'язків, але якщо він перебуває з обвинуваченим або з потерпілим від злочинного діяння в тих стосунках, які є приводом до відведення суддів (ст. 600), то зобов'язаний сам себе усунути. Скарги з цього предмета можуть подавати тільки прокурору палати» [9].

У питаннях цивільного процесу прокурор брав участь лише у справах щодо скарбниці й осіб, які перебували під опікою, безвісно відсутніх. Згідно зі ст. 343 Статуту цивільного судочинства прокурор тільки надавав висновок у справі, який був обов'язковим, у справах казенного управління; земських установ, міських і сільських громад; у справах неповнолітніх осіб, безвісно відсутніх, глухонімих або божевільних; у спорах про підроблення документів і загалом у разі, коли в цивільній справі виявляються обставини, що підлягають розгляду судом кримінальним; у шлюбних справах і про законність народження; щодо прохань про відвід судді; щодо прохань про видачу свідоцтв на соціальну допомогу [8, с. 177–178]. У справах про шлюб і у справах про законність народження в разі, коли відповідач є відсутнім, про визнання осіб божевільними прокурор отримав права сторони, зокрема, й на оскарження судових рішень, а у справах щодо визнання осіб такими, що є безвісно відсутніми, марнотратами, божевільними, й про виявлення актів цивільного стану до повноважень прокурора щодо висновків додавалися права порушувати справу [5, с. 113].

Варто зауважити, що деякі дослідники наголошують на тому, що саме з 1864 р. вперше відбулась інституалізація участі прокуратури в суді поза межами сфери суто кримінальної, оскільки започатковано їхню участь у цивільній юрисдикції. Водночас одним із головних завдань прокурора в цивільному процесі став нагляд за однаковим і точним виконанням судами вимог закону, однак це не дало змогу на законодавчому рівні запровадити прогресивну модель прокуратури з відповідністю принципам диспозитивності, гласності, змагальності та іншого [5, с. 114].

Н. Наулік наводить загальне визначення, яке давав імперський законодавець щодо посади прокурора за реформою 1864 р.: «У «Збірнику судових уставів» зазначено: "Прокурори – це органи уряду для охорони сили закону, і на цій підставі сутність їхніх обов'язків полягає у: пропозиціях суду попередніх висновків у справах, підлеглих особливому їхньому спостереженню статутами цивільного й кримінального судочинства; нагляді за однаковим і точним застосуванням закону. Прокурори повинні бути заступниками, захисниками й представниками в справах, що стосуються скарбниці, державного майна, государевого майна, а також осіб, які не здатні захищати себе, а тому мають потребу в опіці державної влади» [4, с. 31].

Як слушно зазначає Ф. Кашарський, загальне значення нової прокуратури з'ясовується після аналізу засадничих для неї нормативних актів [2, с. 97]. Устрій судових установ (Учреждение судебных установлений – мовою оригіналу) містить норми про якраз загальні організаційні моменти діяльності прокуратури. У ст. 8 цього Устрою зазначається: «Для прокурорского над-

зора при судебных местах состоят обер-прокуроры, прокуроры и их товарищи» (*для прокурорського нагляду при судових місцях перебувають оберпрокурори, прокурори та їхні товариші*), а в ст. 9 – що предмети відання й порядок діяльності прокурорів визначено в Уставах кримінального та цивільного судочинства та в цьому акті [7, с. 2].

Розділ III Устрою судових установ має назву «Про осіб прокурорського нагляду». Відповідно до ст. 124 прокурорський нагляд покладається на оберпрокурорів, прокурорів та їхніх товаришів під контролем міністра юстиції як генерал-прокурора, ст. 125 визначає, що при кожному окружному суді й при судових палатах є прокурор і штат його помічників (товаришів), у ст. 126 передбачено що один помічник обов'язково повинен бути при судові, а інші – в інших містах судового округу за особливими розпорядженнями. Оберпрокурори, зі свого боку, повинні разом із помічникам перебувати при касаційних департаментах Сенату (ст. 127). У загальних зборах касаційних департаментів Сенату прокурорські обов'язки покладаються на одного з оберпрокурорів департаментів (ст. 128). Прокурори окружних судів підпорядковуються прокурорам судових палат, а прокурори судових палат, як і оберпрокурори, безпосередньо підпорядковуються міністру юстиції (ст. 129) [7, с. 17–18].

Ст. 130 містить норми, які визначають, що особи прокурорського нагляду повинні діяти тільки на основі «своїх переконань та чинного законодавства»; ст. 131 передбачено можливість як у кримінальних, так і в цивільних справах замінити свого товариша прокурором, взявши справу під власну відповідальність; ст. 132 передбачено можливість у разі хвороби та відсутності оберпрокурора, прокурора судової палати чи окружного суду посаду їхню заміняти товаришам за їхнім призначенням чи за старшинством посад. Схожу процедуру передбачено щодо посади товариша прокурора окружного суду поза тим містом, де розташований окружний суд, у разі командирування для цього прокурором окружного суду іншого його товариша. При оберпрокурорах і прокурорах діють секретарі з передбаченим для підтримання їхньої діяльності жалуванням (ст. 134). Ст. 135 визначено, що предмет відання осіб, яким ввірено прокурорський контроль, обмежується тільки справами судового відомства, а ст. 136 вказано, якщо під час розв'язання справи судом виявлено неповноту закону й прокурор окружного суду визнає необхідним порушити законодавче питання, то незалежно від розв'язання справи судом на основі Уставів кримінального та цивільного судочинства доповідає про виявлену неповноту закону прокуророві судової палати [7, с. 17–18].

Після ухвалення нового законодавства почався процес його впровадження, зокрема, й на українських губерніях. У 1866 р. обмежили функції місцевої губернської та повітової прокуратури й присяжних, і за ними залишався тільки нагляд за рішеннями губернських правлінь, поліцейських управлінь із деяких питань, за установами, що відповідали за призначення та ведення слідства, однак протягом року ці посади ліквідовувалися, й залишились лише прокурори при судах [3, с. 144].

Висновки. Отже, реформуванню судоустрою передував тривалий час назрівання фундаментальних кризових явищ в усьому державному апараті загалом. У судах побутувала тотальна корупція, справи могли розглядатися десятиліттями, тому вже в 1864 р. відбулася радикальна судова реформа, з'явилася низка кодифікованих актів, у яких, зокрема, й визначалися повноваження та організаційні засади існування нової реорганізованої прокуратури. Хоча прокуратура ввібрала багато прогресивних норм від європейських аналогічних інстанцій, усе одно ця структура залишилась існувати в умовах необмеженого абсолютизму. На прокурора тепер покладався новий принциповий обов'язок – підтримувати обвинувачення в суді, уперше, окрім того, повноваження прокурорів отримали поширення на цивільну сферу й стосувалися захисту інтересів певного кола осіб. Загалом, прокурорам залишили процесуальні функції, суттєво обмеживши контрольні та наглядові.

Список використаних джерел:

1. Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов : в 2 т. / под ред. Е.А. Борисовой. Москва : Юстицинформ, 2014. Т. I: Устав гражданского судопроизводства. 544 с.

2. Кашарський Ф.В. Організаційно-правові засади діяльності прокуратури в українських губерніях Російської імперії у другій половині XIX – на початку XX ст. : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 / Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна. Харків, 2019. 225 с.

3. Курбатова І.С. Становлення та розвиток органів прокуратури на теренах України: історико-правовий аспект. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. Вересень 2019. С. 142–146.

4. Наулік Н.С. Основні аспекти становлення та розвитку діяльності прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2013. № 5 (33). С. 30–34.

5. Наулік Н.С., Казак О.А. Генеза інституту представництва прокурором інтересів держави в суді. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 2. С. 109–11.

6. Павлюк О.М. Правовий статус прокуратури за судовою реформою 1864 р. в Російській імперії. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наук. пр. 2012. Вип. 65. С. 312–317.

7. Судебные уставы 20 ноября 1864 г. Б. м.: Б. и., 1864. 455 с.

8. Судебные уставы 20 ноября 1864 г. : с изложением рассуждений, на коих они основаны. С.-Петербург: типография 2 отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1867. Ч. 1: Устав гражданского судопроизводства. 1867. 763 с.

9. Судебные уставы 20 ноября 1864 г. : с изложением рассуждений, на коих они основаны. С.-Петербург : в типографии 2 отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1867. Ч. 2. Устав уголовного судопроизводства. 1867., VII, XXV, 523 с.

10. Сухонос В.В. Прокуратура у державному механізмі Російської імперії після судової реформи1864 р. : монографія. Суми : Університетська книга, 2012. 104 с. URL: https://uabs.sumdu.edu.ua/images/stories/docs/K_KPD/Sukhonos_monogr_1864.pdf (дата звернення: 08.11.2019).

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.9:351.746.1(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.5

БОЙКО І.В.

ОСНОВНІ ЗАВДАННЯ ТА ФУНКЦІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ РОЗВІДУВАЛЬНИМ ОРГАНОМ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

MAIN TASKS AND FUNCTIONS OF ENSURING THE INTERNAL SECURITY OF THE STATE BY THE INTELLIGENCE BODY OF THE STATE BORDER SERVICE OF UKRAINE

У статті досліджено основні завдання та функції забезпечення внутрішньої безпеки держави розвідувальним органом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону. Установлено, що основними завданнями зазначеного розвідувального органу є такі: 1) добування, аналітичне опрацювання, оброблення і своєчасне надання розвідувальної інформації її споживачам у встановленому законом порядку для забезпечення безпеки й охорони державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні; 2) проведення оперативно-розшукової діяльності за допомогою пошукових та контррозвідувальних заходів стосовно припинення розвідувально-підривної діяльності спеціальних служб іноземних держав та організацій для забезпечення безпеки громадян, суспільства, держави та її інститутів, протидія зовнішнім і внутрішнім загрозам національній безпеці України; 3) запобігання стратегічній раптовості впливу ризиків, викликів, небезпек і загроз на міжнародну, національну і внутрішню безпеку; 4) нейтралізація та виявлення диверсійно-розвідувальних і терористичних груп противника.

Визначено, що розвідувальна діяльність цього державного органу здійснюється спеціальними засобами й методами з метою забезпечення визначених законом органів державної влади розвідувальною інформацією, сприяння реалізації національних інтересів України, протидії внутрішнім загрозам невоєнного характеру, а також зовнішнім загрозам національної безпеки й оборони України.

Викладено авторське поняття «забезпечення внутрішньої безпеки держави розвідувальним органом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону», а також сформульовано обґрунтовані пропозиції з удосконалення чинного законодавства та нормативно-правових актів у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави вказаним розвідувальним органом.

Ключові слова: *основні завдання, функції, забезпечення національної та внутрішньої безпеки, держава, розвідка, розвідувальний орган.*

The article examines the main tasks and functions of ensuring the internal security of the state by the intelligence body of the central executive body, which implements the state policy in the field of state border protection. It is established that the main tasks of the specified intelligence body are: 1) implementation of extraction, analytical

© Бойко І.В. – старший науковий співробітник (Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України)

processing, processing and timely provision of intelligence information to its consumers in the procedure established by law to ensure the security and protection of the state border and the protection of the sovereign rights of Ukraine in its exclusive (maritime) economic zone; 2) conducting operational and investigative activities with the help of search and counterintelligence measures, to stop the intelligence and subversive activities of special services of foreign states and organizations to ensure the security of citizens, society, state and its institutions, counteracting external and internal threats to national security of Ukraine; 3) prevention of strategic suddenness of impact of risks, challenges, dangers and threats on international, national and internal security; 4) neutralization and detection of sabotage and reconnaissance and terrorist groups of the enemy.

It is determined that the intelligence activity of this state body is carried out by special means and methods in order to provide the intelligence authorities defined by law with intelligence information, to promote the realization of the national interests of Ukraine, to counteract internal threats of a non-military nature, as well as external threats to the national security and defence of Ukraine.

The author's concept "ensuring the internal security of the state by the intelligence body of the central body of executive power, which implements the state policy in the field of state border protection", as well as substantiated proposals for improving the current legislation and regulations in the field of internal security of the state by the said intelligence body have been formulated.

Key words: *main tasks, functions, ensuring national and internal security, state, intelligence, intelligence body.*

Якщо історія нас чогось учить про розвідку, то це те, що найвищим ступенем ігнорування зовнішнього світу, який може представляти безліч небезпечних проблем, що серйозно загрожують нашим національним інтересам, а також ми повинні враховувати невизначене майбутнє таких країн-гігантів, як Росія, Китай.
Роберт Дж. Вулсі

Вступ. Сьогодні найважливішою умовою побудови демократичної правової держави є забезпечення її внутрішньої безпеки, яка досягається стійким, прогресивним і збалансованим розвитком та взаємною відповідальністю особи, суспільства, держави та її інститутів, які ґрунтуються на загальних принципах поваги й дотримання прав і свобод людини та громадянина, гуманізму і відкритості в суспільстві. Цьому має сприяти як чітке функціонування всіх елементів системи забезпечення внутрішньої безпеки держави, так і реалізація відповідної державної політики у цій сфері. Остання забезпечується шляхом цілеспрямованої діяльності органів системи Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС), яка має свої особливості, що залежать від характеру завдань та функцій, які вповноважені реалізовувати відповідні структурні підрозділи, зокрема розвідувальний орган спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади (далі – ЦОВВ) Державної прикордонної служби України (далі – ДПС), що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону як суб'єкт національної безпеки України.

Наразі держава бере на себе обов'язок щодо захисту суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки відповідно до положень, закріплених у ч.ч. 1–3 ст. 17 Конституції України [1]. На розвідувальний орган ЦОВВ ДПС, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, покладено обов'язок здійснювати розвідувальну діяльність у сфері охорони й безпеки державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні для забезпечення протидії держави зовнішнім і внутрішнім загрозам.

Натепер наявні теоретичні розроблення з проблем забезпечення внутрішньої безпеки держави були предметом досліджень провідних вітчизняних таких учених у галузях адміністративного права, як В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, В.П. Горбулін, С.М. Гусаров, Є.В. Додін, Р.А. Калюжний, Л.В. Коваль, В.А. Колпаков, А.Т. Комзюк, В.А. Ліпкан, В.Ф. Опришко, О.І. Остапенко, І.М. Пахомов, Г.О. Пономаренко, В.П. Пєтков, В.І. Шакун, В.К. Шкарупf, Х.П. Ярмакі та інші. У теорії оперативно-розшукової діяльності зна-

чний внесок у розроблення цієї проблеми в аспекті дослідження окремих питань розвідувальної діяльності як елементу системи розвідки в протидії злочинності щодо забезпечення внутрішньої безпеки держави зробили Б.І. Бараненко, Г.М. Бірюков, В.О. Біляєв, О.Ф. Долженков, О.О. Дульський, В.П. Захаров, І.П. Козаченко, Д.І. Никифорчук, О.П. Снігерьов, А.Г. Цветков, І.Р. Шинкаренко та інші. Та незважаючи на інтенсивність досліджень, присвячених різним аспектам проблем, основних завдань та функцій забезпечення внутрішньої безпеки держави розвідувальним органам спеціально уповноваженого ЦОВВ ДПС, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, ці питання досліджувалися фрагментарно та недостатньо, зокрема на рівні теоретичного обґрунтування, багато важливих питань залишилося поза увагою теоретиків та практиків у галузі адміністративного та інших галузей права, що і зумовлює актуальність та важливість дослідження цієї проблеми.

Постановка завдання. Метою статті є наукове дослідження сутності основних завдань та функцій щодо забезпечення внутрішньої безпеки держави розвідувальним органом ЦОВВ ДПС, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, стосовно протидії зовнішнім і внутрішнім загрозам невоєнного характеру національній безпеці України у визначених чинними правовими нормами сферах, а також формулювання обґрунтованих пропозицій з удосконалення законодавства та нормативно-правових актів України з питань діяльності вищезазначеного розвідувального органу.

Результати дослідження. Наша держава реалізує курс на європейську та євроатлантичну інтеграцію, намагається привести організацію діяльності спеціальних органів держави, зокрема розвідувального органу ЦОВВ ДПС, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, до міжнародних та європейських стандартів, приділяючи особливу увагу вирішенню ним розвідувальних завдань та функції забезпечення внутрішньої безпеки держави.

Слід зазначити, що відповідно до ч. 3 ст. 17 Конституції України, забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом [1].

Водночас згідно з ч. 1 ст. 12 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII, сектор безпеки й оборони України складається з чотирьох взаємопов'язаних складників: сил безпеки; сил оборони; оборонно-промислового комплексу; громадяни та громадських об'єднань, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки [2]. Зупинимось на *секторі безпеки,* до якого (разом з іншими органами держави) входять такі сили безпеки органів системи МВС: **1)** Національна гвардія України (далі – НГ) *як військове формування з правоохоронними функціями,* яка входить до загальної структури системи МВС; **2)** ЦОВВ *як правоохоронні органи*, а саме: Національна поліція України (далі – НП), Державна служба України з надзвичайних ситуацій (далі – ДСНС), Державна міграційна служба України (далі – ДМС), ДПС *як правоохоронний орган спеціального призначення,* діяльність яких спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра внутрішніх справ України згідно із законом.

Крім того, до ДПС входить розвідувальний орган ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, який уповноважений здійснювати розвідувальну діяльність із метою захисту національних інтересів України, на який Конституцією та законами України покладено функції із забезпечення національної безпеки України, до якої входить і внутрішня безпека держави.

Але натепер відповідно до ч. 2 ст. 10 Закону України «Про розвідку» від 17 вересня 2020 р. № 912-IX, організаційна структура та гранична чисельність розвідувального органу центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, не входять до структури та чисельності цього центрального органу виконавчої влади [3].

Водночас забезпечення внутрішньої безпеки держави здійснює ***МВС,*** *що входить до сил безпеки і забезпечує формування та реалізує* ***державну політику у сферах*** прикордонної та імміграційної політики, безпеки та охорони державного кордону, охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні.

Слід зазначити, що відповідно до Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. [2], державна політика у сферах національної безпеки, до якої входить і внутрішня безпека держави, спрямована на захист:

– *людини та громадянина* (життя і здоров'я, честі й гідності, недоторканості й безпеки, які визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю, забезпечення безпечних умов життєдіяльності, конституційних прав і свобод людини, їх гарантій, що є головним обов'язком держави);

– *суспільства* (демократичних цінностей, добробуту та умов для сталого розвитку);

– *держави* (конституційного ладу, суверенітету і незалежності, територіальної цілісності та недоторканності в межах кордону, що існує);

– *навколишнього природного середовища* (від надзвичайних ситуацій, стихійних лих тощо).

У сучасному динамічному світі, що стрімко розвивається, ООН визнає два основних компоненти безпеки людини: свободу від страху і свободу від злиденності або бідності. ООН розробила ***всеосяжну концепцію безпеки людини, яка складається з таких восьми основних категорій, як*** *економічна безпека, продовольча безпека, безпека для здоров'я, екологічна безпека, особиста безпека, соціальна безпека, громадська безпека, політична безпека* [4]. Базовою в цій системі є безпека людини, тому пріоритетом у діяльності розвідувального органу ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону щодо забезпечення внутрішньої безпеки держави, є забезпечення особистої безпеки людини та громадянина, а також громадської безпеки і порядку в межах державного кордону України.

Наразі виникнення суттєвих ризиків суверенітету та територіальної цілісності держави на Сході України внаслідок військової агресії Російської Федерації (далі – РФ), яка триває уже понад шість років, та окупації нею Автономної Республіки Крим, зумовлює зростання реальної загрози національній безпеці України, до якої входить і внутрішня безпека держави.

Звернемо увагу на те, що у XXI ст. простежується тенденція стирання кордонів між станом війни і миру. Війни вже офіційно не оголошуються, а розпочавшись, вони розвиваються не за звичним сценарієм і стереотипом. Широко використовуються асиметричні воєнні дії з використанням сил спеціального призначення та операцій, приватних військових компаній і внутрішньої опозиції для створення постійного фронту на всій території протистояння держави супротивника, а також кібернетичного та інформаційного нападу, форми і способи яких постійно вдосконалюються. Натепер це відбувається в геополітичному просторі на тлі дипломатичного, економічного та інших тисків (наприклад релігійних) й об'єднується загальним поняттям «гібридна війна».

Ось чому розвідувальні органи України в протистоянні держави «гібридним» загрозам із боку РФ потребують удосконалення її способів, сил і засобів, а також сучасного планування й організації діяльності, які ведуться в цих умовах, що суттєво відрізняються від умов традиційних війн.

Особливо це прослідковується *в добуванні застережних відомостей про плани й наміри супротивника РФ* – об'єкта потенційної загрози національній та внутрішній безпеці України, які приховуються як до початку військових дій, так і під час війни. Добування правдивої та своєчасної розвідувальної інформації про те, де і якими силами планує і здійснює диверсійні, терористичні (підривні) операції противник при підготовці й веденні «гібридної війни», є найважливішим завданням розвідувальних органів України. Оскільки згідно з ч. 1 ст. 17 Основного Закону України, захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу [1].

Тому наша держава націлює розвідувальні органи України щодо протидії зовнішнім загрозам національної безпеки й оборони України та внутрішнім загрозам невоєнного характеру держави на ефективну діяльність. Сьогодні розвідувальні органи нашої держави ***здійснюють розвідувальну діяльність у таких сферах:*** **1)** зовнішньополітичній, економічній, військово-технічній, науково-технічній, інформаційній, екологічній, кібербезпеки – *Служба зовнішньої розвідки України*; **2)** воєнній, оборони, військового будівництва, військово-технічній та кібербезпеки – *розвідувальний орган Міністерства оборони України, інші суб'єкти системи воєнної розвідки*; **3)** безпеки й охорони державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні – *розвідувальний орган ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону.*

Натепер під терміном «розвідка» розуміють організаційно-функціональне поєднання визначених розвідувальних органів та діяльності, яку вони здійснюють самостійно або у взаємодії між собою та з іншими суб'єктами розвідувального співтовариства з метою забезпечення національної безпеки й оборони України, до якої входить і внутрішня безпека держави.

На нашу думку, **«розвідувальна діяльність»** – це система розвідувальних заходів, що проводяться розвідувальними органами України для виконання покладених на них завдань та здійснення визначених законом функцій із протидії зовнішнім загрозам національної безпеки й оборони України та внутрішнім загрозам невоєнного характеру держави.

Водночас відповідно до ст. 2 Закону України «Про розвідку» від 17 вересня 2020 р. № 912-IX, **основними завданнями розвідки є такі:** *1) своєчасне забезпечення споживачів розвідувальною інформацією; 2) сприяння реалізації національних інтересів України; 3) протидія зовнішнім загрозам національній безпеці України у визначених законом сферах* [3].

Сьогодні з метою ефективного виконання завдань розвідки в Україні створено **розвідувальне співтовариство, суб'єктами якого є такі:**

– *координаційний орган із питань розвідки;*

– *розвідувальні органи;*

– Служба безпеки України;

– *визначені Радою національної безпеки й оборони України інші складники сектора безпеки й оборони,* що залучаються розвідувальними органами до виконання розвідувальних завдань та посилення розвідувальних можливостей держави.

Оперативні підрозділи Центрального управління Служби безпеки України, що здійснюють контррозвідувальну діяльність, можуть проводити розвідувальні заходи з метою отримання інформації в інтересах контррозвідки.

Координаційний орган із питань розвідки може утворюватися Президентом України як постійний допоміжний або інший (визначений ст. 106 (п. 28) Конституції України [1]) орган для сприяння реалізації повноважень Президента України, зокрема як Голови Ради національної безпеки й оборони України, забезпечення взаємодії, розвитку та координації спільної діяльності суб'єктів розвідувального співтовариства.

Положення про координаційний орган із питань розвідки та його персональний склад затверджуються Президентом України. Рішення координаційного органу з питань розвідки, введені в дію актами Президента України, є обов'язковими до виконання всіма суб'єктами розвідувального співтовариства. Загальна координація діяльності суб'єктів розвідувального співтовариства здійснюється Радою національної безпеки й оборони України [3].

Водночас **основними функціями *розвідувального органу ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, є такі:***

1) добування, аналітичне опрацювання, оброблення і надання розвідувальної інформації її споживачам у встановленому законом порядку;

2) проведення заходів із метою сприяння реалізації національних інтересів України, забезпечення безпеки та участі у формуванні і реалізації державної політики у визначених законом сферах, посилення обороноздатності держави, економічного та науково-технічного розвитку;

3) виявлення та визначення ступеня зовнішніх загроз національній безпеці України, зокрема в кіберпросторі, життю, здоров'ю її громадян та об'єктам державної власності за межами України, а також взяття участі в організації і проведенні спеціальних (активних) заходів щодо таких загроз та заходів із протидії іншій діяльності, що становить зовнішню та внутрішню загрозу національній безпеці України;

4) у межах визначених законодавством повноважень взяття участі у забезпеченні безпеки закордонних дипломатичних установ України, зокрема шляхом організації та проведення вповноваженими особами цих установ відповідних заходів;

5) здійснення у визначеному законом порядку контрольованих (під оперативним контролем) пересувань осіб та переміщень предметів через державний кордон України;

6) взяття участі:

– у боротьбі з тероризмом, протидії розвідувально-підривній діяльності проти України, транснаціональній організованій злочинності та іншій злочинній діяльності, що становлять зовнішню та внутрішню загрозу національній безпеці України;

– у заходах державного контролю за міжнародними переданнями товарів військового призначення та подвійного використання, зокрема з метою запобігання та протидії розповсюдженню зброї масового знищення і засобів її доставки, незаконному обігу товарів військового призначення та подвійного використання;

7) забезпечення власної безпеки діяльності розвідувального органу та захист своїх сил, засобів й інформації від протиправних дій та загроз, зокрема здійснення технічного захисту приміщень і об'єктів розвідувальних органів;

8) створення в установленому порядку територіальних підрозділів у межах граничної чисельності співробітників розвідувального органу;

9) вивчення, узагальнення й упровадження у свою діяльність передового і позитивного досвіду роботи з питань розвідки;

10) здійснення співробітництва з компетентними органами іноземних держав, міжнародними організаціями;

11) здійснення інших визначених законом функцій із метою забезпечення національної безпеки України.

Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. № 661-IV [5], *розвідувальний орган, який входить до складу ДПС,* ***виконує такі функції***:

– охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні та контролю за реалізацією прав і виконанням зобов'язань у цій зоні інших держав, українських та іноземних юридичних і фізичних осіб, міжнародних організацій;

– ведення розвідувальної, інформаційно-аналітичної та оперативно-розшукової діяльності, яка здійснюється в інтересах забезпечення захисту державного кордону України;

– бере участь у боротьбі з організованою злочинністю та протидії незаконній міграції на державному кордоні України та в межах контрольованих прикордонних районів; 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.

Уважаємо, що найважливішою функцією зазначеного вище розвідувального органу є добування інформації про те, що загрожує безпеці держави ***(загрози очевидні, приховані чи загрози, які можуть виникати в майбутньому).*** Практика підтверджує, що виявлення загроз – це лише перший етап. Не менш важливою фазою забезпечення безпеки держави від зовнішніх та внутрішніх загроз є моделювання і реалізація заходів протидії цим загрозам, а в ідеалі – запобігання їх виникненню.

Слід зауважити, що згідно з п. 10 ч. 1 ст. 20 вищевказаного Закону, ***ДПС має право:*** 1) створювати та використовувати *в інтересах розвідки,* контррозвідувального забезпечення охорони державного кордону України, оперативно-розшукової діяльності, участі в боротьбі з організованою злочинністю та протидії незаконній міграції *інформаційні системи,* зокрема такі ***банки даних:*** щодо осіб, які перетнули державний кордон України; осіб, які вчинили правопорушення, протидію яким віднесено до компетенції ДПС; осіб, яким згідно з чинним законодавством не дозволяється в'їжджати в Україну або тимчасово обмежується право виїзду з України; недійсних, викрадених і втрачених документів на право виїзду за кордон та в інших випадках, передбачених законами України; 2) здійснювати розвідувальні, контррозвідувальні та оперативно-розшукові заходи згідно із законами України (п. 31 ч. 1 ст. 20 Закону) [5]. Оскільки в загальній частині правової норми ч. 1 ст. 20 вищевказаного Закону зазначено, що органам, підрозділам, військовослужбовцям, а також працівникам ДПС України, які відповідно до службових обов'язків можуть залучатися до оперативно-службової діяльності, для виконання покладених на них завдань надається на це право.

Отже, п. 31 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» [5] необхідно викласти в новій редакції, позаяк здійснювати розвідувальні, контррозвідувальні заходи згідно із законами України за своїми функціональними обов'язками мають право тільки співробітники розвідувального органу ДПС *(див. нижче у висновках статті – І.Б.).*

Слід зазначити, що відповідно до абз. 6 ч. 1 ст. 5. Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII, до підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, належить *розвідувальний орган ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону ДПС України* (агентурної розвідки, оперативно-технічний, власної безпеки), підрозділи забезпечення внутрішньої безпеки та власної безпеки, оперативного документування, оперативно-розшуковими заходами та оперативно-технічними засобами [6].

Підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності для розвідувального органу ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, є:

1) наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: а) *кримінальні правопорушення*, що готуються; б) *осіб, які* готують вчинення кримінального правопорушення, переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; в) *безвісно відсутніх осіб;* г) *розвідувально-підривну діяльність спецслужб* іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; д) *реальну загрозу* життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів

їх сімей та близьких родичів із метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; співробітників розвідувальних органів України у зв'язку зі службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співробітничають або співробітничали з розвідувальними органами України та членів їх сімей із метою належного здійснення розвідувальної діяльності;

2) запити повноважних державних органів, установ та організацій про перевірку осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці і до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках, а також осіб, яким надається дозвіл на перебування без супроводу в контрольованих та стерильних зонах, зонах обмеженого доступу, що охороняються, та критичних частинах таких зон аеропортів;

3) потреба в отриманні розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави;

4) наявність узагальнених матеріалів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, отриманих в установленому законом порядку.

Забороняється ухвалювати рішення про проведення оперативно-розшукових заходів за відсутності вищезазначених підстав.

Натепер ***основними завданнями оперативно-розшукової діяльності*** *для розвідувального органу спеціально уповноваженого ЦОВВ*, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, про розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій із метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства, держави та її інститутів.

Необхідно зауважити, що пріоритет оперативно-розшукової діяльності в такому випадку пов'язаний із тим, що цінність інформації, яка отримується в результаті тих або інших оперативно-розшукових, розвідувальних й контррозвідувальних заходів, визначається ступенем її правового статусу, тобто тим, наскільки вона має доказовий характер і може бути використана в подальших слідчих діях і безпосередньо в судовому процесі. Ця обставина відрізняє оперативно-розшукові, розвідувальні й контррозвідувальні заходи від інших видів оперативно-розшукової, діяльності, вимагає для їх проведення обґрунтування згідно з чинним законодавством та правового оформлення і документування одержаних розвідувальних і контррозвідувальних даних.

Слід зазначити, що відомий китайський філософ Сунь-Цзи у своїх філософських поглядах говорив: «Немає нічого, в чому не можна було б користуватися шпигунами. Вони – скарб для володаря» [7]. «Тому оцінюючи супротивника, пізнають його план із його позитивами та його хибами; вплинувши на супротивника, пізнають закони, що управляють його рухом і спокоєм; зіткнувшись із ним, дізнаються, де в нього надлишок і де нестача» [8, с. 56].

У главі XIII «Використання шпигунів» своєї книги «Мистецтво війни (Антологія мудрості)», **Сунь-Цзи писав:** «Захищаються один від одного декілька років, а перемогу вирішують в один день. І в цих умовах шкодувати титули, нагороди, гроші й не знати становища супротивника – це верх негуманності. Той, хто цього шкодує, не полководець для людей, не помічник своєму государеві, не господар перемоги. Ось чому освічені государі та мудрі полководці рухались і перемагали, здійснювали подвиги, переважаючи всіх інших. Оскільки все знали наперед.

Знання наперед не можна отримати від богів, не можна отримати й у спосіб висування за подобою, не можна отримати й у спосіб усіляких обрахунків. Знання становища супротивника можна отримати лише від людей.

Тому користуються **шпигунами, які поділяються на п'ять видів:** *1) шпигуни місцеві; 2) шпигуни внутрішні; 3) шпигуни зворотні; 4) шпигуни смерті; 5) шпигуни життя.*

Усі п'ять видів шпигунів працюють, тому не можна знати їх шляхів. Це називається незбагненною таїною. Вони – скарб для государя.

Місцевих шпигунів вербують із місцевих жителів країни супротивника і користуються ними; *внутрішніх шпигунів* вербують із його чиновників і користуються ними; *зворотних шпигунів* вербують зі шпигунів супротивника і користуються ними. Коли я пускаю в хід щось оманливе, я даю знати про це своїм шпигунам, а вони передають це супротивникові. Такі шпигуни будуть *шпигунами смерті. Шпигуни життя* – це ті хто повертаються з донесеннями.

Не володіючи досконалими знаннями, не зможеш користуватися шпигунами; не володіючи гуманністю і справедливістю, не зможеш застосовувати шпигунів; не володіючи тонкістю

і проникливістю, не зможеш отримати від шпигунів справжній результат. Тонкість! Тонкість! Нема нічого, в чому не можна було б користуватися шпигунами.

Якщо шпигунського донесення ще не відправлено, а про це вже стало відомо, то і сам шпигун, і ті, кому він повідомив, *віддаються смерті.*

Якщо ти дізнався, що в тебе з'явився шпигун супротивника і стежить за тобою, обов'язково вплинь на нього вигодою; веди його до себе і розмісти його в себе. Бо ти не зможеш надбати зворотного шпигуна і користуватися ним. Через нього ти знатимеш усе. І тому зможеш надбати місцевих шпигунів і внутрішніх шпигунів та користуватися ними. Через нього ти знатимеш усе. І тому зможеш, вигадавши якийсь обман, доручити своєму шпигунові смерті ввести супротивника в оману. Через нього ти знатимеш усе. І тому зможеш змусити свого шпигуна життя діяти згідно з твоїми припущеннями.

Усіма п'ятьма категоріями шпигунів обов'язково відає сам государ. Але дізнаються про супротивника обов'язково через зворотного шпигуна. Тому зі зворотним шпигуном слід поводитися особливо уважно.

Лише освічені государі та мудрі полководці вміють робити своїми шпигунами людей високого розуму і в такий спосіб неодмінно здійснюють великі справи» [8, с. 122–126].

Отже, на нашу думку, для розвідувального органу спеціально уповноваженого ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, нема нічого ближчого, ніж розвідник; нема більших нагород, ніж для розвідників; нема справ секретніших, ніж розвідувальні.

Наразі безпосереднє керівництво розвідувальним органом ЦОВВ ДПС України здійснює її керівник, який призначається на посаду і звільняється з неї Президентом України за поданням керівника ЦОВВ ДПС.

Слід зазначити, що інформація, здобута й опрацьована розвідувальним органом ДПС, надається Президентові України, Голові Верховної Ради України, Прем'єр-міністрові України, Секретареві Ради національної безпеки й оборони України та іншим визначеним Президентом України споживачам в установленому ним порядку з додержанням вимог законів України:

1) «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р. № 3855-XII [9], який регулює суспільні відносини, пов'язані з віднесенням інформації до державної таємниці, засекречуванням, розсекречуванням її матеріальних носіїв та охороною державної таємниці, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку з метою захисту національної безпеки України;

2) «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XII [10], який визначає, що *інформація з обмеженим доступом* може бути поширена, якщо вона є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу, і право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її поширення. Предметом суспільного інтересу вважається інформація: *а) яка свідчить про загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності України;* забезпечує реалізацію конституційних прав, свобод і обов'язків; б) *свідчить про можливість порушення прав людини,* введення громадськості в оману, шкідливі екологічні та інші негативні наслідки діяльності (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб тощо;

3) «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» від 05 липня 1994 р. № 80/94-ВР [11], який регулює відносини у сфері захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах.

Отже, розвідувальний орган ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, в межах своїх повноважень за погодженням зі спеціально уповноваженим ЦОВВ з питань організації спеціального зв'язку та захисту інформації або підпорядкованим йому регіональним органом установлює особливості захисту державних інформаційних ресурсів або інформації з обмеженим доступом.

Аналізуючи законодавчі та підзаконні правові акти, які регулюють діяльність розвідувального органу ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, ми встановили наступне: ***по-перше,*** відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. [5], Голову ДПС України як керівника правоохоронного органу спеціального призначення (ст. 6 цього Закону) і, одночасно, вище командування інших військових формувань (п. 17 ст. 106 Конституції України [1] та ст. 14 зазначеного Закону) призначає на посаду Президент України за поданням Прем'єр-міністра України. Водночас Голову ДПС України як керівника ЦОВВ призначає на посаду Кабінет Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України (п. 9-2 ст. 116 Конституції України [1], п. 1 ч. 7 ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р. № 794-VII [12].

Отже, є певна колізія в чинних правових нормах: ДПС та її Голова підконтрольні-підпорядковані Кабінету Міністрів України на чолі з Прем'єр-міністром України, одночасно Голова ДПС (разом із ДПС) є підконтрольним-підпорядкованим Президентові України й висуває йому кандидатуру на призначення на посаду і звільнення з посади керівника розвідувального органу ДПС, який теж підпорядковується Президенту України. Тому необхідно внести зміни та доповнення до п. 9^{-2} ст. 116 Конституції України від 28 червня 1996 р. та до п. 1 ч. 7 ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» (*див. нижче у висновках статті – І.Б).*

Крім того, згідно з ч. 1 ст. 11 Закону України «Про розвідку» [3], загальне керівництво розвідувальними органами здійснює Президент України. Безпосереднє керівництво розвідувальними органами здійснюють їх керівники, які призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України (ч. 3 ст. 11 Закону). Голова ДПС здійснює керівництво розвідувальним органом у межах своїх повноважень, але відповідно до пп. 4 п. 11 Положення про Адміністрацію Державної прикордонної служби України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 533 [13].

Нині відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про розвідку», розвідувальними органами є: 1) Служба зовнішньої розвідки України; 2) розвідувальний орган Міністерства оборони України; ***3) розвідувальний орган центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону*** [3].

Але натепер зазначені розвідувальні органи України, згідно з ч. 1 ст. 22 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 3456-VI [14], не є ***головними розпорядниками бюджетних коштів.*** Оскільки в чинній правовій нормі п. 1 ч. 2 ст. 22 Бюджетного кодексу України розвідувальні органи України не вказані.

Наразі розвідувальний орган Міністерства оборони України фінансується з кошторису Міністерства оборони України, а розвідувальний орган ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, – із кошторису Міністерства внутрішніх справ України. Оскільки ці міністерства згідно з п. 1 ч. 2 ст. 22 Бюджетного кодексу України ***є головними розпорядниками бюджетних коштів.*** Отже, вказані розвідувальні органи не є самостійними у своїй діяльності щодо виконання завдань і функцій, позаяк вони фінансуються вищезазначеними міністерствами.

Крім того, Служба зовнішньої розвідки України, згідно з п. 1 ч. 2 ст. 22 Бюджетного кодексу України, є розпорядником бюджетних коштів нижчого рівня.

Через це, на нашу думку, розвідувальні органи України, відповідно до Бюджетного кодексу України, мають бути ***головними розпорядниками бюджетних коштів,*** а видатки на їх фінансування необхідно закріпляти, кожного року окремим рядком у Державному бюджеті України.

Висновки. На нашу думку, під поняттям *«забезпечення внутрішньої безпеки держави розвідувальним органом ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону»* слід розуміти систему розвідувальних, контррозвідувальних, оперативно-розшукових та інформаційно-аналітичних заходів щодо забезпечення захисту прав людини та громадянина, суспільства, держави та її інститутів від внутрішніх і зовнішніх загроз стосовно забезпечення охорони державного кордону, яка здійснює розвідувальну діяльність у сфері безпеки державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні, а також сприяє запобіганню стратегічній раптовості впливу ризиків, викликів, небезпек і загроз на міжнародну, національну і внутрішню безпеку, нейтралізації та виявлення диверсійно-розвідувальних і терористичних груп противника з метою реалізації та захисту національних інтересів, протидії внутрішнім загрозам невоєнного характеру, а також зовнішнім загрозам національної безпеки й оборони України.

Ураховуючи викладене, натепер чинні правові норми Конституції України, законодавства та підзаконні правові акти України, які регулюють діяльності розвідувального органу ЦОВВ, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, суперечать одна одній, тому мають місце внутрішні суперечності в практичному виконанні основних завдань та функцій зазначеним розвідувальним органом, які створюють додаткові зовнішні й внутрішні загрози забезпечення національної безпеки й оборони України через неефективне використання розвідувального органу, що спричиняє неналежне інформування державних керівників. Наразі, на нашу думку, необхідно внести зміни та доповнення до Основного Закону України, законодавства та підзаконних правових актів України.

Необхідно внести зміни та доповнення до п. 9^{-2} ст. 116 Конституції України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996. № 30. Ст. 141). Так, п. 9^{-2} ст. 116 слід викласти у такій редакції: «9^{-2}) призначає на посади та звільняє з посад за

поданням Прем'єр-міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, крім Державної прикордонної служби України».

Необхідно внести зміни та доповнення до п. 1 ч. 7 ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р. № 794-VII (Відомості Верховної Ради України від 28.03.2014. № 13 Ст. 222).

Так, слід п. 1 ч. 7 ст. 21 викласти у такій редакції: «1) державних секретарів міністерств, керівників та заступників керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, крім керівників Державної прикордонної служби України, відповідно до законодавства про державну службу;».

Внести зміни та доповнення до п. 1 ч. 2 ст. 22 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 3456-VI (Відомості Верховної Ради України від 24.12.2010. № 50-51. Ст. 572). Так, п. 1 ч. 2 ст. 22 після слів «Національна академія мистецтв України» доповнити словами «Розвідувальні органи України».

Внести зміни та доповнення до п. 31 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. № 661-IV (Відомості Верховної Ради України від 04.07.2003. № 27. Ст. 208).

Так, п. 31 ч. 1 ст. 20 викласти в такій редакції: «31) працівники розвідувального органу мають право здійснювати розвідувальні, контррозвідувальні та оперативно-розшукові заходи згідно з чинним законодавством України;».

У зв'язку з поширенням загроз у забезпеченні внутрішньої безпеки держави (***шпигунство у сферах*** економіки (бізнес-середовищі), військово-технічній та оборонній, науково-технічній, інформаційній, екологічній та сфері кібернетики, а також поширення вчинення на території України розвідувально-підривної, диверсійної та терористичної діяльності) з метою протидії зазначеним загрозам у внутрішній безпеці держави виникла необхідність створення розвідувальних органів у Службі безпеки України та Національній поліції України.

Натепер, на нашу думку, необхідно внести зміни та доповнення до ч. 1 ст. 5 «Розвідувальні органи», Закону України «Про розвідку» від 17 вересня 2020 р. № 912-IX (Офіційний вісник України від 03.11.2020. № 86. Ст. 2721).

Так, ч. 1 ст. 5 доповнити п. 4 та п. 5 і викласти в такій редакції: «4) розвідувальний орган Служби безпеки України, що реалізує державну політику у сферах захисту державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного й оборонного потенціалу України;

5) розвідувальний орган Національної поліції України центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства, держави та її інститутів, протидії злочинності, забезпечення громадської безпеки і порядку.».

Внести зміни та доповнення до п. 7 та пп. 4 п. 11 Положення про Адміністрацію Державної прикордонної служби України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 533 (Офіційний вісник України від 31.10.2014. № 85. Ст. 2390).

Так, п. 7 слід викласти в такій редакції: «7. Адміністрація ДПС здійснює свої повноваження безпосередньо та через територіальні органи (регіональні управління, органи охорони державного кордону, загони морської охорони та розвідувальний орган ДПС у межах своїх повноважень).».

Пп. 4 п. 11 слід викласти в такій редакції: «4) здійснює керівництво розвідувальним органом ДПС у межах своїх повноважень.».

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради.* 2018. № 31. Ст. 241.

3. Про розвідку : Закон України від 17 вересня 2020 р. № 912-IX. *Офіційний вісник України.* 2020. № 86. Ст. 2721.

4. Ткачук К.Н., Зеркалов Д.В. Охорона праці та безпека життєдіяльності у концепції розвитку людини. URL: file:///C:/Documents%20and%20 Settings/kpp/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20 %D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/ Downloads/pop_2013_26_7.pdf (дата звернення: 18.08.2020).

5. Про Державну прикордонну службу України : Закон України від 3 квітня 2003 р. № 661-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 27. Ст. 208.

6. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. *Відомості Верховної Ради.* 1992. № 22. Ст. 303.

7. Цитаты из книги «Искусство войны» URL: https://mybook.ru/author/sun-czy/iskusstvo-vojny/citations/?page=5 (дата звернення: 11.08.2020).

8. Сунь-Цзи. Мистецтво війни (Антологія мудрості); переклад Григорія Латника. Київ : «Видавництво «Арій», 2014. 128 с..

9. Про державну таємницю: Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради.* 1994. № 16. Ст. 93.

10. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради*. 1992. № 48. Ст. 650.

11. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР. *Відомості Верховної Ради.* 1994. № 31. Ст. 286.

12. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII. *Відомості Верховної Ради.* 2014. № 13 Ст. 222.

13. Про затвердження Положення про Адміністрацію Державної прикордонної служби України : постанова Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 533. *Офіційний вісник України.* 2014. № 85. Ст. 2390.

14. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 3456-VI. *Відомості Верховної Ради України.* 2010. № 50–51. Ст. 572.

УДК 342.4
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.6

КОЛОДІЙ О.А.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ: ЕЛЕМЕНТНИЙ СКЛАД

CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF THE UKRAINIAN PEOPLE: ELEMENTAL COMPOSITION

Автором розкрито основи конституційно-правового статусу українського народу, його елементний склад.

Визначено, що український народ як суб'єкт права повинен набути правосуб'єктності в повному обсязі, що містить не тільки правоздатність, але й дієздатність. Водночас треба визнати, що правосуб'єктність українського народу є складним, багатоаспектним, комплексним правовим явищем, оскільки у структурі правосуб'єктності українського народу основне місце посідають правоздатність та дієздатність, адже саме вони забезпечують здатність українського народу ставати суб'єктом права загалом та суб'єктом конкретних правовідносин зокрема.

Акцентовано увагу, що необхідність визнання принципів елементами конституційно-правового статусу українського народу зумовлюється тим, що саме вони, спільно із функціями, демонструють сутність, соціальне призначення та соціальну цінність конституційно-правового статусу українського народу.

Аргументовано, що гарантії як елементи конституційно-правового статусу українського народу являють собою закріплені в нормативно-правових актах умови, способи та засоби, що забезпечують реалізацію (фактичне втілення) усіх інших елементів у правових відносинах. Вони обов'язково мають розглядатися як самостійний елемент конституційно-правового статусу українського народу, оскільки покликані забезпечувати його охорону, захист, реалізацію, практично-прикладну спрямованість, відновлення в разі порушення. Особливо хотілося б наголосити, що саме гарантії забезпечують перехід нормативно-правових приписів до фактичного становища українського народу в політичній, економічній, культурній, правовій та інших суспільних сферах життя.

А також обстоюється думка, що гарантії істотно впливають на зміст і соціальне значення конституційно-правового статусу українського народу.

Ключові слова: *український народ, правосуб'єктність, гарантії конституційних прав, права та обов'язки, конституційно-правового статусу українського народу.*

The author reveals the basics of the constitutional and legal status of the Ukrainian people, its elemental composition. It is determined that the Ukrainian people as a subject of law must acquire legal personality in full, which contains not only legal capacity but also legal capacity. It should be recognized that the legal personality of the Ukrainian people is a complex, multifaceted, complex legal phenomenon, as in the structure of the legal personality of the Ukrainian people the main place is occupied by legal capacity and capacity, because they ensure the ability of the Ukrainian people to become a subject of law. the subject of specific legal relations, in particular.

Emphasis is placed on the need to recognize the principles as elements of the constitutional and legal status of the Ukrainian people due to the fact that they, together with the functions, demonstrate the essence, social purpose and social value of the constitutional and legal status of the Ukrainian people. It is argued that guarantees, as elements of the constitutional and legal status of the Ukrainian people, are the conditions,

© КОЛОДІЙ О.А. – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри теорії держави та права (Національна академія внутрішніх справ)

methods and means enshrined in regulations that ensure the implementation (actual implementation) of all other elements in legal relations. They must be considered as an independent element of the constitutional and legal status of the Ukrainian people, as they are designed to ensure its protection, defense, implementation, practical and applied orientation, recovery in case of violation.

I would especially like to emphasize that it is the guarantees that ensure the transition of normative and legal prescriptions to the actual position of the Ukrainian people in the political, economic, cultural, legal and other social spheres of life.

It is also defended that the guarantees significantly affect the content and social significance of the constitutional and legal status of the Ukrainian people.

Key words: *Ukrainian people, legal personality, guarantees of constitutional rights, rights and responsibilities, constitutional and legal status of Ukrainian people.*

Вступ. Передусім варто зазначити, що до елементів конституційно-правового статусу українського народу слід віднести правосуб'єктність, принципи, повноваження, тобто права й обов'язки, гарантії статусу. А тому є сенс обґрунтувати доцільність їх визначення як елементів конституційно-правового статусу українського народу.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження сутності елементного складу конституційно-правового статусу українського народу.

Результати дослідження. Правосуб'єктність як елемент конституційно-правового статусу українського народу є початковим, але надзвичайно важливим елементом, оскільки саме завдяки правосуб'єктності як першоджерелу та першооснові формуються та функціонують усі інші елементи. Саме у зв'язку із правосуб'єктністю визнається повноцінність існування конституційно-правового статусу українського народу, це особливо наочно проявляється в міжнародних правових відносинах. Без правосуб'єктності неможливо чітко визначити конституційно-правовий статус українського народу, адже саме правосуб'єктність сприяє встановленню відмінності конституційно-правового статусу українського народу від конституційно-правових статусів інших соціальних суб'єктів. Отже, абсолютно правильно стверджується, що правосуб'єктність – юридична передумова для визнання особи носієм відповідного правового статусу. «Поняття «правосуб'єктність» характеризує суб'єктів права та правовідносин, правовий статус – характеризує правове становище особи загалом. Тому правосуб'єктність як основа, фундамент набуття правового статусу фізичною або юридичною особою мусить бути включена до складу правового статусу» [1, с. 39].

Думка тих авторів, які стверджують, що у правосуб'єктність як елемент конституційно-правового статусу українського народу не можна включати правоздатність та дієздатність, є спірною. Здається, що правоздатність українського народу настала з моменту усвідомлення громадянами України всіх національностей єдиної спільності та первинності власного самовизначення. А дієздатність наступила з моменту утворення власного суспільства, держави, соціальних регуляторів, духовності тощо, тобто з того моменту, із якого український народ став спроможним не тільки мати конституційно-правовий статус, але й реалізовувати його.

Беззаперечно одне, український народ як суб'єкт права повинен набути правосуб'єктності в повному обсязі, що містить не тільки правоздатність, але й дієздатність. Водночас треба визнати, що правосуб'єктність українського народу є складним, багатоаспектним, комплексним правовим явищем, оскільки у структурі правосуб'єктності українського народу основне місце посідають правоздатність та дієздатність, адже саме вони забезпечують здатність українського народу ставати суб'єктом права загалом та суб'єктом конкретних правовідносин зокрема.

Необхідність визнання принципів елементами конституційно-правового статусу українського народу зумовлюється тим, що саме вони, спільно із функціями, демонструють сутність, соціальне призначення та соціальну цінність конституційно-правового статусу українського народу.

Повноваження є всі підстави визнавати системоутворювальним елементом конституційно-правового статусу українського народу, оскільки вони являють собою сукупність його первинних, найбільш важливих прав та обов'язків, закріплених за ним, у встановленому в нормативно-правових актах порядку для виконання покладених на нього функцій.

Існують різні класифікації повноважень, отже, прав і обов'язків народу. Зокрема, І.О. Кресіна й О.В. Кресін із посиланням на Статут ООН, резолюції Генеральної Асамблеї ООН, міжна-

родні пакти, декларації, договори та хартії виділяють такі права, свободи й обов'язки народів: 1) на самовизначення та похідні від нього права: на вільне встановлення свого політичного статусу; здійснення свого економічного, соціального та культурного розвитку; колоніального народу (а також народу, що перебуває під іноземною окупацією чи гнітом расистського режиму) – на незалежність; 2) на рівноправ'я, яке зумовлює поширення принципу невтручання у внутрішні справи держав та проголошення прав: народу, що здійснює боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та проти расистських режимів, – на здійснення свого права на самовизначення; мати владу, що його (народ) представляє; мати власні збройні сили; вільне від дискримінації представництво населення території в центральних законодавчих органах держави на тих самих підставах, що й населення інших територій; рівне з населенням інших територій громадянство; на призначення й обрання державних службовців і місцевих державних службовців на загальних підставах; загальне і рівне виборче право; однакові права всіх мешканців держави; повне самоврядування в питаннях внутрішнього законодавства території в усіх справах, що зазвичай не належать до виключної компетенції центрального уряду; на рівність і свободу від експлуатації; 3) на міжнародну правосуб'єктність, як таке, що виникає під час реалізації права народу на самовизначення у вигляді створення окремої незалежної держави та передбачає права: на встановлення безпосередніх відносин з іншими державами та міжнародними організаціями; на укладення і ратифікацію міжнародних договорів; на безпосередню і повноважну участь у роботі ООН та її спеціалізованих установ несамоврядних територій (їх народів); на міжнародну правосуб'єктність національно-визвольних рухів колоніальних народів; 4) на народний суверенітет, яке охоплює права та свободи: на обмеження суверенних прав території в результаті вільно ухваленого власного рішення; свободу від контролю чи втручання уряду іншої держави в діяльність органів влади та в управління територією; на участь населення в управлінні територією на основі виборчої та представницької системи; на повне самоврядування в соціально-економічних питаннях; колоніальних народів – на свободу від насадження країнами-метрополіями непредставницьких режимів і конституцій; 5) на повагу до цілісності його національної території, похідним від якого є право на свободу колоніального народу від систематичної імміграції, переміщення, депортації і переселення корінних мешканців; 6) право на розпорядження природними багатствами і ресурсами має розумітися як право: на встановлення правил і умов щодо господарської діяльності на території народу; народу, що перебуває під іноземною окупацією, іноземним і колоніальним пануванням чи під гнітом апартеїду, на відшкодування і повну компенсацію за експлуатацію, виснаження та шкоду природним та всім іншим ресурсам; 7) на боротьбу колоніальних народів за здійснення свого права на самовизначення і незалежність; 8) на одержання допомоги національно-визвольними рухами від іноземних держав та міжнародних організацій; 9) на збереження і розвиток своєї культури, повагу до неї, зокрема й до її самобутності; 10) на життя в гідних умовах, в умовах свободи і користування плодами соціального прогресу; 11) на мир; 12) на повернення свого надбання, якого він був позбавлений внаслідок грабежу, і на відповідну компенсацію; 13) на рівність корінних народів з усіма іншими народами. Обов'язком народу, проголошеним у міжнародному праві, є визнання необхідності: поширення культури й освіти; співробітництва з іншими народами в цій сфері; сприяння соціальному прогресу [2, с. 52].

У Преамбулі Загальної декларації прав народів, яка ухвалена 4 липня 1976 р., передбачено права на: свободу; опір будь-якому іноземному втручанню; самостійний вибір свого уряд; якщо народи поневолені, – боротися за своє визволення; отримувати допомогу у своїй боротьбі від інших народів. У першому розділі «Право на існування» зазначено такі права: на існування; на повагу до національної та культурної ідентичності; на мирне користування своєю територією та повернення її в разі вигнання; не піддаватись знищенню, тортурам, переслідуванням, депортаціям, вигнанню із причини національної або культурної належності; не бути поставленим у такі умови існування, що підривають ідентичність і цілісність народу. У другому розділі «Право на політичне самовизначення» закріплені права на: самовизначення і визначення свого політичного статусу без будь-якого зовнішнього втручання; опір будь-якому колоніальному, безпосередньому або опосередкованому пануванню та всім расистським режимам; демократичний режим, що представляє всіх громадян (незалежно від раси, статі, релігії, кольору шкіри), спроможний забезпечити ефективну повагу прав людини й основних свобод. У третьому розділі «Економічні права народів» визначено право на: свої природні багатства і ресурси; повернення пограбованих багатств та відшкодування несправедливо сплачених сум; участь у науково-технічному прогресі, який є частиною загальнолюдської спадщини; справедливу оцінку своєї праці та здійснення міжнародного обміну на рівних і справедливих умовах;

встановлення економічної і соціальної системи за власним вибором, слідування своїм шляхом економічного розвитку вільно й без будь-якого зовнішнього втручання; реалізацію економічних прав у дусі солідарності між народами світу і з належним врахуванням їхніх інтересів. У четвертому розділі «Право на культуру» закріплено права на: спілкування своєю мовою; охорону і розвиток національної культури, збагачувати тим самим культуру всього людства; власні художні, історичні та культурні багатства; не сприйняття впливу чужої культури. У п'ятому розділі «Право на навколишнє середовище та спільні ресурси» зазначені права на: збереження, захист і поліпшення свого довкілля; використання спільної спадщини людства (відкрите море, морське дно, космічний простір). У шостому розділі «Права меншин» регламентується право на: повагу до власної ідентичності, традицій, мови і культурної спадщини; рівність прав меншин із правами інших громадяни держави, без будь-якої дискримінації [3].

Є загальновідомим, що Загальна декларація прав народів, ухвалена 4 липня 1976 р. Міжнародною неурядовою конференцією, скликаною в Алжирі неурядовими організаціями – Міжнародним фондом захисту прав і визволення народів та Міжнародною лігою захисту прав і визволення народів, є рекомендаційним актом, але намагання систематизувати повноваження народів заслуговує на схвалення.

До того ж зазначення прав народів у вигляді окремих розділів, як-от: «Право на існування», «Право на політичне самовизначення», «Економічні права народів», «Право на культуру», «Право на навколишнє середовище та спільні ресурси», тільки підтверджує можливість виокремлення установчих, організаційно-легітимаційних, правотворчих, судових, контрольно-наглядових та майнових повноважень. Адже права, які зазначені в розділах «Право на існування» та «Право на політичне самовизначення», можуть бути презентовані як установчі й організаційно-легітимаційні повноваження, а права, викладені в розділах «Економічні права народів» і «Право на навколишнє середовище та спільні ресурси», дуже нагадують собою контрольно-наглядові та майнові повноваження.

Азійсько-Тихоокеанська декларація людських прав індивідів і народів, ухвалена 15 лютого 1988 р. на Другій конференції юристів цього регіону із правових питань миру, розвитку та прав людини, є нормативним актом, що запроваджує нове поняття – «людські права індивідів і народів». Вона передбачає такі основні права народів цього регіону: вільно визначати свій політичний статус; на вільний економічний, суспільний та культурний розвиток; на невід'ємний суверенітет над своїми природними багатствами та ресурсами; на життя; на гідне існування; на розвиток; на повагу гідності народу; на свободу; на участь у вирішенні державних, міжнародних і глобальних проблем; бути інформованими про внутрішню і зовнішню політику свого уряду; на підтримання міжнародного миру й безпеки. Декларація встановлює також обов'язки народів: поважати право всіх на життя; берегти мир і безпеку; сприяти розв'язанню державних, міжнародних і глобальних проблем; реалізувати право жити у світі без зброї; домагатися взаєморозуміння між індивідами, народами і державами; сприяти встановленню довіри між народами; не допускати розпалювання ворожнечі до інших народів; поважати їхні права і свободи; берегти навколишнє природне середовище; поважати права та свободи інших [4].

Аналіз Загальної декларації прав народів, ухваленої 4 липня 1976 р., і Азійсько-Тихоокеанської декларації людських прав індивідів і народів, ухваленої 15 лютого 1988 р., дає підстави сформулювати такий висновок щодо прав і обов'язків народів. Можна з упевненістю стверджувати, що об'єктивні закономірності сучасності настійно вимагають закріплення та систематизації не стільки прав і обов'язків людини, держави чи інших соціальних суб'єктів, скільки регламентації та кодифікації прав народу або народів як на національному, так і на міжнародному рівні, оскільки без їх закріплення й утвердження існування народу взагалі стає неможливим. Минули часи, коли права народів цілком ототожнювалися із правами людини чи інших соціальних суб'єктів.

Отже, можна тільки вітати закріплення та систематизацію прав народів загалом і українського народу зокрема, але водночас видається абсолютно обґрунтованою думка, що український народ, на відміну від усіх державних органів, інших соціальних інституцій, не обмежений Конституцією України й не повинен бути обмежений законами України шляхом закріплення за ним чітко визначеного та вичерпного переліку владних прав. Український народ повноважний взяти до свого провадження будь-яке питання у сфері управління суспільними та державними справами (крім тих, що зафіксовані у ст. 74 Конституції України) і ухвалити відповідне рішення, яке є обов'язковим для виконання на території України [5, с. 11].

Гарантії як елементи конституційно-правового статусу українського народу являють собою закріплені в нормативно-правових актах умови, способи та засоби, що забезпечують ре-

алізацію (фактичне втілення) усіх інших елементів у правових відносинах. Вони обов'язково мають розглядатися як самостійний елемент конституційно-правового статусу українського народу, оскільки покликані забезпечувати його охорону, захист, реалізацію, практично-прикладну спрямованість, відновлення в разі порушення. Особливо хотілося б наголосити на тому, що саме гарантії забезпечують перехід нормативно-правових приписів до фактичного становища українського народу в політичній, економічній, культурній, правовій та інших суспільних сферах життя.

Гарантії істотно впливають на зміст і соціальне значення конституційно-правового статусу українського народу. Без створення умов, способів та засобів для реалізації конституційно-правового статусу, особливо прав та обов'язків, він залишиться «заявою про наміри». Водночас загальносоціальні (політичні, економічні та культурні) і спеціально-юридичні гарантії є, беззаперечно, елементами структури системи конституційно-правового статусу українського народу, оскільки зумовлюють його сутність, забезпечують дієвість та ефективність. Отже, є сенс вести мову про загальносоціальні та спеціально-юридичні гарантії конституційно-правового статусу українського народу.

Висновки. На підставі вищевикладеного відзначимо, що не належать до елементів конституційно-правового статусу українського народу: 1) статусні правові норми, тому що вони лише закріплюють, формалізують у вигляді правових приписів правосуб'єктність, принципи, повноваження (права й обов'язки), гарантії, тобто є лише способом правового вираження зазначених елементів у різноманітних нормативно-правових актах; 2) громадянство, у зв'язку з тим, що «громадянство України – правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках» [6], тобто громадянство є елементом конституційно-правового статусу громадян України, але не українського народу, однак варто все ж визнати, що український народ складається із громадян України всіх національностей; 3) правовідносини, у яких суб'єктом виступає український народ, тому що, на наш погляд, у правовідносинах, під якими розуміють врегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких мають суб'єктивні права та юридичні обов'язки, що охороняються державною владою від порушень, тільки реалізується конституційно-правовий статус українського народу, але вони не є його елементом; 4) юридичну відповідальність, під якою варто розуміти особливий вид примусу, сутність якого полягає в обмеженнях особистого, політичного, організаційного, матеріального, морального й іншого характеру за скоєне правопорушення, оскільки стосовно будь-якого народу вона є нереальною, практично не здійсненою, адже не можна притягнути до юридичної відповідальності весь народ.

Список використаних джерел:

1. Рождественська О.С. Особливий суб'єкт інформаційних правовідносин (загальнотеоретичний аспект) : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2009. 191 с.

2. Кресіна І.О., Кресін О.В. Народ як суб'єкт міжнародного права. *Права людини : філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри :* збірка статей учасників II Міжнародного круглого столу, м. Львів, 24–26 листопада 2017 р. Львів : ЛОБФ «Медицина і право», 2018. 258 с.

3. Загальна декларація прав народів, ухвалена 4 липня 1976 р. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=15129

4. Азійсько-Тихоокеанська декларація людських прав індивідів і народів, ухвалена 15 лютого 1988 р. URL: https://vue.gov.ua/Азійсько-Тихоокеанська_Декларація_людських_прав_індивідів_і_народів_1988

5. Мірошниченко Ю.Р. Влада українського народу та шляхи забезпечення конституційності його рішень. *Віче.* 2011. № 21. С. 8–11.

6. Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235–III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 13. Ст. 65.

УДК 342.726:(347.63:612.6)(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.7

КУЛІ-ІВАНЧЕНКО К.К., ТРУШКІНА А.Д.

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ

PROBLEMS AND PROSPECTS OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL REGULATION OF SURROGACY IN UKRAINE

Статтю присвячено дослідженню феномену сурогатного материнства в Україні з погляду конституційного права та у світлі основних прав і свобод людини. Аналіз нормативно-правових актів, міжнародної практики та доктринальних джерел надав можливість з'ясувати, що питання сурогатного материнства, особливо у комерційній його формі, породжує чимало морально-етичних проблем, прямо пов'язаних із конституційним правом. У зв'язку із цим у роботі проаналізовано декілька з них та запропоновано три варіанти їх вирішення.

Перший варіант передбачає повну відмову від сурогатного материнства, але він є доволі радикальним, адже позбавить багатьох громадян України, які страждають на безпліддя, можливості народити здорову дитину. До того ж ризики репродуктивної експлуатації жінок не можуть бути вирішені цим шляхом, оскільки така заборона лише підвищить рівень злочинності у цій сфері та позбавить сурогатних матерів і дітей юридичного захисту.

Другий варіант дозволяє лише альтруїстичне сурогатне материнство. Це шлях вибраний багатьма європейськими державами і нині здається одним із найоптимальніших, оскільки вирішує проблему дегуманізації жінок і так званого «продажу» дітей. Однак він також несе багато ризиків, зокрема укладання фіктивних «альтруїстичних» договорів, які насправді матимуть комерційний характер.

Третій варіант пов'язаний із проблемою оплатного (комерційного) сурогатного материнства, яка стосується суперечностей у законодавствах України і третіх країн щодо визнання новонародженого дитиною біологічних батьків та реєстрації його громадянином країни походження своїх біологічних батьків. У зв'язку із цим слід дозволити сурогатне материнство лише для громадян України, адже це дасть змогу вирішити проблеми, які виникають під час укладання договорів сурогатного материнства з іноземцями. Однак цей підхід не вирішить проблеми експлуатації жінок та не зменшить випадки нелегального комерційного сурогатного материнства.

У статті запропоновано практичні рекомендації з юридичної регламентації сурогатного материнства, а також зміни до статей 24 та 51 Конституції України.

Ключові слова: *сурогатне материнство, альтруїстичне сурогатне материнство, комерційне сурогатне материнство, права жінок, права дитини, конституційні права.*

The article is dedicated to the study of the surrogacy phenomenon in Ukraine from the perspective of constitutional law and in the light of fundamental human rights and freedoms.

The analysis of statutory and regulatory enactments, international practice and doctrinal sources made it possible to come up with the conclusion that the problem of surrogacy, especially in its commercial form, raises many moral and ethical issues

© КУЛІ-ІВАНЧЕНКО К.К. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права (Національний університет «Одеська юридична академія»)

© ТРУШКІНА А.Д. – студентка IV курсу факультету міжнародно-правових відносин (Національний університет «Одеська юридична академія»)

directly related to constitutional law. In connection therewith the paper analyses several of them and offers three solutions.

The first option involves a complete abandonment of surrogacy. The option is quite radical because it will deprive many citizens of Ukraine suffering from infertility, the opportunity to give birth to a healthy child. Moreover, the risks of reproductive exploitation of women cannot be addressed either, as such prohibition will only increase crime level in this sphere and deprive surrogate mothers and children of legal protection means.

The second option allows only altruistic surrogacy. This is the way chosen by many European countries and nowadays it seems to be one of the most appropriate solutions, as it solves the problem of dehumanization of women and so-called "sale" of children. However, it also bears many risks, including conclusion of fictitious "altruistic" contracts actually having a commercial nature.

The third option is associated with the problem of paid (commercial) surrogacy relating to the contradictions in the legislation of Ukraine and third countries on recognition of a newborn baby as a child of biological parents and registration of him or her as a citizen of the country his or her parents come from. Thus surrogacy should be allowed only for citizens of Ukraine, as this will give an opportunity to solve the problems that arise when concluding surrogacy contracts with foreigners. However, this approach will not solve the problem of women exploitation and will not reduce the rate of illegal commercial surrogacy.

The article also includes some real-life recommendations on legal regulation of surrogacy and suggests some amendments to Articles 24 and 51 of the Constitution of Ukraine.

Key words: *surrogacy, altruistic surrogacy, commercial surrogacy, women's rights, children's rights, constitutional rights.*

Вступ. Українське законодавство характеризується одним із ліберальніших підходів до регулювання сурогатного материнства (далі – СМ), що разом із порівняно невисокими цінами на комерційне СМ робить Україну одним із найбільших центрів розвитку СМ у світі. Однак сама концепція СМ та способи її реалізації й досі залишаються спірними. Так, наприклад, пандемія COVID-19 виявила ще одну проблему комерційного СМ в Україні. У червні 2020 року близько 50 дітей іноземців, народжених від сурогатних матерів в Україні, не змогли возз'єднатися з біологічними батьками через уведення карантинних заходів. Діти чекали на своїх батьків у готелі в Києві під доглядом співробітників Центру репродукції людини, а проблема набула значного суспільного резонансу [1].

Постановка завдання. Метою статті є аналіз феномену СМ в Україні з погляду конституційного права та у світлі основних прав і свобод людини, а також надання практичних рекомендацій щодо подальшого розвитку СМ в Україні.

Результати дослідження. Дослідження проблем законодавчого регулювання СМ в Україні має місце в працях таких учених, як Н.А. Аблятіпова, В.А. Ватрас, К.А. Гитлина, А.П. Головащук, Н.М. Квіт, Ю.В. Коренга, А.А. Пестрикова, Д.В. Розгон, В.В. Самойлова, І.Я. Сенюта, Т.В. Сорокіна, К.Ф. Фаракшина, В.І. Чечерський та ін. Однак більшість дослідників розглядає СМ у контексті цивільного права як один із видів договору надання послуг, тоді як повного конституційно-правового аналізу концепції СМ в Україні проведено не було.

В Україні відсутній нормативно-правовий акт, який регулює сферу використання СМ. Натомість використовується Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я від 9 вересня 2013 р. № 787 (далі – Порядок) [2]. Конституційною основою питань дитинства, материнства і батьківства в Україні є ч. 3 ст. 51 Конституції України, яка закріплює, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою [3]. Також під час регулювання СМ використовуються положення Цивільного кодексу України, Сімейного кодексу України та Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я».

Поняття СМ не визначено в українському законодавстві, тоді як у науці превалюють два підходи: правовий та фактичний. Прихильники першого підходу досліджують СМ крізь призму його договірної основи. Наприклад, Т.В. Сорокіна визначає СМ як процес імплантації, вино-

шування та народження дитини виконавцем (сурогатною матір'ю), яка зачата з використанням генетичного матеріалу замовника (замовників), донора чи самої сурогатної матері, на основі договору СМ між сурогатною мамою і можливими батьками на оплатній чи безоплатній основі [4, с. 216]. Необхідно зазначити, що дане визначення суперечить чинному українському законодавству, відповідно до якого сурогатна мати не повинна мати безпосередній генетичний зв'язок із дитиною (п. 6.1. Порядку) [2].

Прихильники другого підходу визначають СМ через його фактичні ознаки. В.В. Самойлова дає визначення СМ як методу допоміжних репродуктивних технологій, за допомогою якого жінка на підставі взаємної домовленості з особами, що звернулися до неї за наданням вказаної послуги, проходить процедуру імплантації ембріона, створеного в результаті ЕКО, виношує дитину з метою народити та передати її цим особам [5, с. 234].

Існують декілька класифікацій СМ. Залежно від наявності або відсутності генетичного зв'язку між майбутньою дитиною й сурогатною матір'ю розрізняють гестаційне (такий зв'язок відсутній, генетичний матеріал належить подружжю, яке збирається стати батьками) та традиційне СМ (яйцеклітина належить сурогатній матері, між нею та дитиною існує генетичний зв'язок). Як уже зазначалося, в Україні, як і в більшості країн, останній вид СМ є забороненим.

Залежно від оплачуваності договору вирізняють безоплатне (альтруїстичне) та оплатне (комерційне) СМ. Українське законодавство дозволяє використання обох варіантів, що викликає низку морально-етичних питань і ставить питання сумісності комерційного СМ із правами й свободами людини.

У законодавствах зарубіжних країн також не існує єдиного підходу до легалізації СМ. Наприклад, у таких країнах, як Бельгія, Греція, Іспанія, Фінляндія та Чехія, воно взагалі не регулюється законодавством.

Існує низка країн, де дозволяється як комерційне, так й альтруїстичне СМ: Росія, Білорусь, Грузія, Казахстан, Ізраїль, Індія, ПАР, деякі штати США, Бразилія тощо. У певних країнах легалізоване лише альтруїстичне СМ, на яке накладаються певні обмеження, наприклад у Великобританії (допускається оплата витрат сурогатної матері), Нідерландах (заборонена реклама СМ), деяких штатах США (Нью-Гемпшир, Вірджинія), Канаді, Австралії [6, с. 34]. При цьому регулювання у цих країнах може значно відрізнятися. Не завжди обов'язковою вимогою є наявність діагнозу безпліддя у жінок, які використовують послугу СМ.

У певних юрисдикціях СМ є забороненим, а часто й кримінально карним діянням, наприклад у Франції, Німеччині, Австрії, Норвегії, Швеції, деяких штатах США (Арізона, Мічиган, Нью-Джерсі) та Китаї [7, с, 33]. Зокрема, в останній країні така заборона призвела до розквіту нелегального ринку послуг СМ.

Цікавою є практика ЄСПЛ із цього приводу. Під час розгляду таких справ, як Парадізо і Кампанеллі проти Італії, Лабассе проти Франції, Фулон і Буве проти Франції, Карін Лабора та інші проти Франції, Парілло проти Італії, ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що: 1) дозвіл або заборона СМ у національному законодавстві є внутрішньодержавною справою й не відноситься до сфери регулювання Європейської конвенції; 2) обмеження в реєстрації батьками дитини осіб, генетичний матеріал яких був використаний в іноземній державі для народження дитини із застосуванням СМ, є неприпустимим [6, с. 33].

Питання СМ, особливо у комерційній його формі, породжує чимало морально-етичних проблем, прямо пов'язаних із конституційним правом. У зв'язку із цим завданням даного дослідження є аналіз основних проблем, пов'язаних із СМ, та надання пропозицій щодо варіантів їх вирішення.

1. Зв'язок комерційного СМ і торгівлі людьми. Одним з аргументів зарубіжних теоретиків, які виступають проти комерційного СМ, є те, що воно, по суті, являє собою договір, у ході якого замовники (генетичні батьки) за гроші отримають дитину (об'єкт договору) [8]. Таким чином, постає питання: чи є комерційне СМ формою торгівлі людьми?

Відповідно до ст. 9 Конституції України, Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми та Протокол ООН про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, є частиною національного законодавства [3]. Закон України «Про протидію торгівлі людьми» також закріплює безумовну заборону торгівлі людьми.

Однак аналіз міжнародної практики, а також самої суті договору СМ дає змогу стверджувати, що СМ не є формою торгівлі людьми. Так, після народження дитини батьки проходять процедуру її всиновлення, а не купують її. Це пов'язано з тим, що оплатність договору розповсюджується саме на процес виношування дитини іншою жінкою, а не на дитину безпосередньо,

адже генетично ембріон є дитиною своїх біологічних батьків із моменту запліднення. Окрім того, оплата послуг сурогатної матері здійснюється в повному обсязі навіть тоді, коли дитина народилася мертвою або померла одразу після пологів за відсутності вини сурогатної матері.

На підтвердження такої точки зору висловлювався ЄСПЛ у справі «Парілла проти Італії», зазначивши, що ембріони людини не є власністю й об'єктом продажу [9]. Подібна думка закріплена й в Акті безпеки батьків та дитини США, де зазначено, що батьки оплачують те, що жінка виносила їхню дитину, а не купують дитину безпосередньо [6, с. 34].

Однак твердження про те, що СМ не є формою торгівлі людьми, правдиве лише у разі, коли процедура здійснюється відповідно до законодавства й за усвідомлюваною згодою усіх сторін. Існують прецеденти, коли договори про СМ були укладені з неофіційними клініками, які надавали іноземцям послуги СМ навіть тоді, коли біологічні батьки не є безплідними, що суперечить українському законодавству (справа Київського районного суду м. Харкова № 640/8447/19 від 23 липня 2019 року). Не слід також плутати СМ і продаж новонароджених, договір про що укладається вже після пологів (майже завжди в усній формі) і часто без відома жінки, яка виносила дитину й є її біологічною матір'ю (справа Святошинського районного суду м. Києва № 759/4167/20 від 17 березня 2020 року) [8].

2. Зв'язок комерційного СМ і продажу органів. Як уже було з'ясовано, дитина не є об'єктом договору СМ. Постають питання: а що саме є об'єктом – тіло сурогатної матері, окремі функції її тіла, її обов'язок виносити дитину? чи можна вважати СМ особливою формою донорства органів?

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», прижиттєвим донорством є надання донором анатомічних матеріалів (органів, їхніх частин тощо) іншій людині за життя для трансплантації. Трансплантація ж є спеціальним методом лікування, що полягає у пересадці анатомічного матеріалу людини від донора реципієнту і спрямований на відновлення здоров'я людини. Статті 4 та 20 цього Закону закріплюють безоплатність як основний принцип застосування трансплантації й забороняють купівлю-продаж анатомічних матеріалів людини [10].

Очевидно, що за СМ ніякої пересадки анатомічного матеріалу не проводиться, і після пологів сурогатна мати може використовувати своє тіло на власний розсуд. Однак, на нашу думку, становище сурогатної матері під час вагітності займає проміжне місце між наданням послуги та «орендою» її тіла та органів для виношування дитини. Це пояснюється такими аргументами.

По-перше, сурогатна мати має обмежені можливості вирішувати долю свого тіла протягом усієї вагітності. Так, ст. 50 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» закріплює право кожної жінки за бажанням провести операцію штучного переривання вагітності при вагітності строком не більше 12 тижнів [11]. Законодавець не надає пояснень стосовно можливості аборту в ситуаціях СМ, однак практика показує, що договори СМ майже завжди мають норму, яка забороняє переривання сурогатною матір'ю вагітності. Це є досить логічним, ураховуючи, що дитина не має генетичного відношення до сурогатної матері, однак одночасно це є проблемою, адже жінка фактично обмежується в праві самостійно розпоряджатися своїм тілом. До того, може виникнути ситуація, коли перервати вагітність украй потрібно за медичними показниками у разі виникнення загрози життю самої сурогатної матері.

По-друге, договір СМ здебільшого встановлює обов'язки приймати певні ліки, утриматися від учинення певних дій тощо. Ці положення також є логічними і випливають з інтересів дитини, однак усі вони в сукупності формулюють особливу природу договору СМ, яка відрізняє його від усіх інших договорів надання послуг й дає підставу стверджувати, що об'єктом договору є саме певні функції тіла сурогатної матері.

У законодавстві СМ навіть зазначається як спосіб лікування безпліддя [2], але це є недоречним, адже жінка, яка страждає на безпліддя, не отримує лікування (застосовування ліків та інших засобів для припинення захворювання).

Можна зробити висновок, що СМ не відповідає поняттю «донорство», адже під час СМ не відбувається ні пересадки анатомічного матеріалу людини, ні безпосереднього лікування. Однак функціональна суть договору, яка полягає у наданні у використання певних частин тіла сурогатної матері з одночасним обмеженням її права розпоряджатися своїм тілом, дає змогу визначити СМ як особливий вид «тимчасового» донорства або «оренду» тіла сурогатної матері.

3. СМ та дегуманізація жінок. Із проблеми СМ і донорства органів випливає також проблема дегуманізації жінок, які під час СМ виступають так званими «живими інкубаторами» для виношування дитини. Прихильники цього погляду зазначають, що таким чином тіло жінки

об'єктивізується й розглядається як товар, і порівнюють СМ з експлуатацією жінок та сутенерством [8].

Дане питання є суто етичним, однак має враховуватися за правової регламентації СМ у зв'язку з багатовіковою історією пригнічення жінок і високим ступенем необхідності боротьби за права жінок у репродуктивній сфері. Окрім дегуманізації жінок, може виникати також ситуація дегуманізації дітей, коли народжені діти можуть бути не затребувані замовниками, якщо були народжені раніше терміну або мають проблеми зі здоров'ям.

4. СМ та дискримінація жінок, які перебувають у шлюбі. Пункт 6.10 Порядку закріплює необхідність наявності в переліку документів, необхідних для проведення СМ, згоди чоловіка сурогатної матері на її участь у програмі сурогатного материнства (крім одиноких жінок) [2].

На нашу думку, дане положення є відверто дискримінаційним і прямо суперечить ч. 3 ст. 24 Конституції, відповідно до якої в Україні забезпечується рівність прав жінки і чоловіка, та ч. 1 ст. 51 Конституції, згідно з якою кожен із подружжя має рівні права й обов'язки у шлюбі та сім'ї [3].

Ця норма ставить жінку, яка не перебуває у шлюбі, і жінку, яка перебуває у шлюбі, у різне правове становище й дає змогу дійти висновку, що заміжня жінка не може самостійно розпоряджатися власним тілом і потребує згоди на це чоловіка. Подібна норма, яка надає чоловіку право втручатися у використання жінкою своїх прав, є недоречною в сучасній європейській державі.

5. Надання послуг СМ іноземцям і права дитини. Україна як одна з небагатьох країн, що надає іноземним громадянам право користуватися послугами СМ (п. 6.8. Порядку), часто фігурує в дискусійних судових процесах, пов'язаних із визначенням правового статусу дитини.

Наприклад, це такі спори, як незаконне переправлення громадянами Франції двох дітей, народжених за допомогою СМ, через державний кордон України (вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 17 травня 2011 року № 1- 131/11), або спір з установлення походження дитини між громадянами Італії і сурогатною матір'ю (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 квітня 2013 року № 6-791св13), справа про визнання громадян Великобританії законними батьками близнюків, народжених українською сурогатною матір'ю (справа Сімейного підрозділу Високого суду правосуддя Великобританії від 9 грудня 2008 року № FD08P01466) [8].

Причинами виникнення подібних спорів є протиріччя в законодавствах України і третіх країн, які можуть стосуватися як визнання новонародженого дитиною біологічних батьків, так і реєстрації його громадянином країни походження своїх біологічних батьків.

Можна зробити висновок, що в результаті надання іноземцями, законодавство країн походження яких забороняє або обмежує СМ, право укладати договори СМ в Україні, часто порушуються права дитини, такі як право на громадянство, право на батьківську опіку, право знати своїх батьків. Виникнення ситуацій на кшталт описаної вище, коли 50 новонароджених залишилися без батьків через закриття кордонів, дає змогу стверджувати, що порушуються також інші інтереси дитини, а послуги СМ в Україні набувають характеру «репродуктивного туризму».

Висновки. У світлі аналізу вищевказаних проблем, які дають змогу зробити висновок, що процедура комерційного СМ в Україні зачіпає як права жінок, так і права дітей, можна запропонувати три варіанти вирішення.

1. Повністю відмовитися від сурогатного материнства. Такий радикальний варіант також позбавить багатьох громадян України, які страждають на безпліддя, можливості народити здорову дитину. На нашу думку, ризики репродуктивної експлуатації жінок не можуть бути вирішені таким шляхом, адже така заборона лише підвищить рівень злочинності у цій сфері, як це відбулося в Китаї, й позбавить сурогатних матерів і дітей юридичного захисту.

2. Дозволити лише альтруїстичне сурогатне материнство. Це шлях, який вибрали багато європейських держав й який на разі здається одним із найоптимальніших, адже вирішує проблему дегуманізації жінок і так званого «продажу» дітей. Однак він також несе багато ризиків, зокрема укладання фіктивних «альтруїстичних» договорів, які насправді матимуть комерційний характер, і забезпечити захист сурогатних матерів буде набагато складніше.

3. Дозволити сурогатне материнство лише для громадян України. Це можливість вирішити проблеми, які виникають під час укладання договорів СМ з іноземцями. Однак цей підхід не вирішить проблеми експлуатації жінок та не зменшує ризики, пов'язані з нелегальним СМ комерційного характеру.

З огляду на це, найоптимальнішим підходом, на нашу думку, є поєднання другого та третього варіантів, а саме поступове обмеження комерційного СМ та СМ з іноземним елементом.

Поступові зміни у цій сфері мають супроводжуватися поліпшенням стану захищеності сурогатних матерів та дітей.

Важливою проблемою також є те, що, незважаючи на таку розвиненість ринку СМ в Україні й таку високу суспільну значущість СМ, яка поєднує питання жіночого здоров'я, прав дітей й сім'ї, конституційно-правова регламентація СМ в Україні майже відсутня. Підкреслюючи важливість охоронюваних суспільних відносин, пропонуємо закріпити в ч. 4 ст. 51 Конституції України таке положення: «Держава захищає права дітей, народжених у результаті використання репродуктивних технологій, та сурогатних матерів», а ч. 3 ст. 24 викласти у такій редакції: «Рівність прав жінки і чоловіка забезпечується: (…) правовим захистом, матеріальною і моральною підтримкою материнства і дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям та захист сурогатного материнства».

Окрім закріплення захисту вищевказаних прав у Конституції України, необхідно забезпечити також регламентацію СМ окремим нормативно-правовим актом та Інструкцією до нього, які закріплюватимуть права й обов'язки подружжя та сурогатної матері, передбачатимуть поступові обмеження на комерційне СМ та СМ з іноземним елементом і скасовуватимуть вимогу надання чоловіком сурогатної матері дозволу на укладення договору СМ.

Список використаних джерел:

1. Майже півсотні немовлят, народжених для іноземців, перебувають у готелі Києва. *Українська правда.* 14.05.2020. URL: https://cutt.ly/DgnO7MT (дата звернення: 25.10.2020).

2. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787. URL: https://cutt.ly/PgnO49K (дата звернення: 25.10.2020).

3. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 25.10.2020).

4. Сорокина Т.В. Суррогатное материнство: понятие и критерии его определения. *Вестник Волгоградского сударственного университета*. *Серия 5: Юриспруденция.* 2010. Т. 5. № 2(13). С. 216.

5. Самойлова В.В. Суррогатное материнство как правовой институт. *Теория и практика общественного развития*. 2014. № 4. С. 234–236.

6. Момотов В.В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство). LexRussica. 2019. С 29–39.

7. Красницька Л. Визначення походження дитини при застосуванні форм репродуктивної медицини за законодавством України. *Підприємництво, господарство та право*. 2004. № 7. С. 31–33.

8. Ясинская М. Суррогатное материнство: границы допустимого. *Юридическая практика*. № 22–23. URL: https://cutt.ly/0gnO5YB (дата звернення: 25.10.2020).

9. Паррілло проти Італії : Рішення Європейського суду з прав людини від 27.08.2015 № 46470/11. URL: https://cutt.ly/ognOGUW (дата звернення: 25.10.2020).

10. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17.05.2018 № 2427-VIII. URL: https://cutt.ly/UgnO6CQ (дата звернення: 25.10.2020).

11. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. URL: https://cutt.ly/mgnO6Yp (дата звернення: 25.10.2020).

УДК 342:342.56:347.921.4](477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.8

ПАРХОМЕНКО М.М., БУЛГАКОВА О.Д.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦТВА ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯН АБО ДЕРЖАВИ ЗА НОВИМИ ЗАСАДАМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПРЕДСТАВНИЦТВА ОСОБИ В СУДІ ЗГІДНО З ОСНОВНИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ

PROBLEMS OF REALIZATION OF THE FUNCTION OF REPRESENTATION OF INTERESTS OF CITIZENS OR THE STATE ON NEW PRINCIPLES OF FUNCTIONING OF INSTITUTE OF REPRESENTATION OF THE PERSON IN COURT ACCORDING TO THE BASIC LAW OF UKRAINE

У статті досліджуються питання правового регулювання інституту представництва в умовах реформування національного законодавства. Здійснено аналіз норми нової редакції Цивільного процесуального кодексу України щодо процесуального представництва. Стисло проаналізовано види представництва. Виходячи зі змісту поняття «представництво», виділено його характерні ознаки. Визначено основні принципи інституту представництва. Сформульовано основні завдання представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді.

У результаті аналізу понять «представництво в суді», «процесуальне представництво» або «судове представництво» обґрунтовано необхідність використання терміна «процесуальне представництво», характерного для всіх видів судочинства, оскільки він відображає сутність даного поняття, а саме безпосередній захист інтересів клієнта під час розгляду справи в суді. Ця особливість відрізняє дане представництво від цивільного представництва або так званого «непроцесуального представництва» (представництва інтересів у різних державних органах).

На підставі проведеного аналізу судової практики визначено правовий статус прокурора у цивільному та господарському процесі. Практика Верховного Суду показує, що одна лише довіреність не може підтвердити повноваження працівника (юрисконсульта) представляти інтереси юридичної особи або державного органу шляхом самопредставництва. Для підтвердження повноважень на участь у справі шляхом самопредставництва працівник (юрисконсульт) зобов'язаний надати: докази того, що особа займає певну посаду (наказ, трудовий договір), а також докази, що дають змогу визначити обсяг повноважень зазначеної посадової особи (Статут, положення, трудовий договір (контракт)). Досліджено окремі проблемні аспекти правового забезпечення представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді. Проаналізовано співвідношення інституту представництва із загальними завданнями прокурорської діяльності.

Виявлено прогалини та недоліки в законодавчому регулюванні представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді, надано рекомендації та роз'яснення щодо їх усунення.

Ключові слова: *процесуальне представництво, прокурор, представництво, інтереси держави, суспільний інтерес.*

The article examines the issues of legal regulation of the institution of representation in the context of reforming national legislation. The analysis of the norm of the new edition of the Civil Procedural Code of Ukraine on procedural representation is carried out. The types of representation are briefly analyzed. Based on the content of the concept

© ПАРХОМЕНКО М.М. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри історії та права (Донецький національний технічний університет)

© БУЛГАКОВА О.Д. – здобувачка кафедри кримінального права (Національна академія внутрішніх справ)

of «representation» highlighted its characteristics. The basic principles of the institute of representation are determined. The main tasks of the prosecutor's representation of the interests of a citizen or the state in court are formulated.

As a result of the analysis of the concepts «representation in court», «procedural representation» or «judicial representation» the necessity to use the term «procedural representation» characteristic of all types of legal proceedings is substantiated as it reflects essence of this concept, namely direct protection of interests of the client. in court. This feature distinguishes this representation from civil representation or so-called «non-procedural representation» (representation of interests in various state bodies).

Based on the analysis of judicial practice, the legal status of the prosecutor in civil and commercial proceedings is determined. The case law of the Supreme Court shows that a power of attorney alone cannot confirm the authority of an employee (legal adviser) to represent the interests of a legal entity or a state body through self-representation. To confirm the authority to participate in the case through self-representation, the employee (legal adviser) must provide: evidence that the person holds a certain position (order, employment contract), as well as evidence to determine the scope of authority of the official (Statute, regulations, employment agreement (contract)). Some problematic aspects of the legal support of the prosecutor's representation of the interests of a citizen or the state in court have been studied. The correlation of the institute of representation with the general tasks of prosecutorial activity is analyzed.

Gaps and shortcomings in the legislative regulation of the prosecutor's representation of the interests of a citizen or the state in court have been identified, recommendations and explanations have been provided for their elimination.

Key words: *procedural representation, prosecutor, representation, state interests, public interest.*

Вступ. Актуальність теми дослідження зумовлена реформою місця прокуратури та адвокатури в системі правосуддя та новими принципами функціонування інституту представництва особи в суді. 30 вересня 2016 року набрав чинності Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» [1]. Ці зміни до Основного Закону України встановили особливе місце прокуратури та адвокатури в системі правосуддя та нові засади функціонування інституту представництва особи в суді. Так, згідно зі статтею 131-1 Конституції України, у країні діє прокуратура, яка підтримує державне обвинувачення в суді; організовує і забезпечує процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішує інші питання в ході кримінального судочинства відповідно до закону, здійснює нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями правоохоронних органів; представлення інтересів держави в суді у виняткових випадках і в порядку, встановленому законом. Разом із тим, відповідно до статті 131-2 Конституції України, для надання професійної юридичної допомоги в Україні існує адвокатура, і тільки адвокат представляє в суді іншу особу, а також захищає від кримінального переслідування; законом можуть бути встановлені винятки для представництва в суді по трудових спорах, спорах про захист соціальних прав, про вибори і референдуми, у справах неповнолітніх, а також для представництва неповнолітніх або осіб, визнаних судом недієздатними або обмежено дієздатними [2].

Оскільки функція прокуратури щодо представництва займає особливе місце в діяльності прокуратори, то реформа цієї функції потребує дослідження з боку науковців. Питанням вивчення інституту представництва особи в суді займалася низка українських учених, таких як: Г.А. Васильєва, Т.В. Степанова, О.В. Драган, Т.О. Дунас, К.А. Гузе, В.Г. Андрусяк, М.В. Капустіна, М. Стефанчук, В.С. Бабкова, М.В. Селіванова та ін. Але в контексті прийняття нового Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» вони донині не отримали відповідної теоретичної бази.

Постановка завдання. Метою статті є формулювання теоретичних та практичних рекомендацій щодо правильного практичного застосування нового законодавства щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді. Певні прогалини у вивченні проблеми прокурорського представництва вимагають внесення необхідних змін, обґрунтованих необхідністю істотного підвищення якості представництва особи в суді. Для цього необхідно встановити сутність і поняття представницької діяльності.

Результати дослідження. Учені розрізняють поняття «представництво в суді», «процесуальне представництво» або «судове представництво». Одразу слід зазначити, що Цивільний процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України та КАС України 2017 року містять лише термін «представництво». У вітчизняній юридичній літературі використовуються різні терміни: «представництво в суді», «процесуальне представництво» або «судове представництво». Вивчивши наукові праці із цього питання, можна зазначити, що вони використовуються як тотожні поняття [3]. Автори підтримують думку вчених про необхідність використання терміна «процесуальне представництво», характерного для всіх видів судочинства, оскільки він відображає сутність даного поняття, а саме безпосередній захист інтересів клієнта під час розгляду справи в суді. Ця особливість також відрізняє дане представництво від цивільного представництва, або так званого «непроцесуального представництва» (представництва інтересів у різних державних органах). Представництво визначається певними особливостями:

1) цивільні права та обов'язки належать одній особі і здійснюються безпосередньо іншою;

2) представник учиняє певні юридичні дії (вчинення тільки фактичних (неюридичних) дій не входить до компетенції представництва);

3) представник діє не від свого імені, а від імені іншої особи;

4) представник діє виключно в межах наданих йому повноважень [4];

5) правові наслідки настають не для представника, а для особи, яку він представляє. Якщо угода, укладена представником, заподіяла збитки контрагенту, то зобов'язаною стороною буде не представник, а особа, яка дала йому повноваження на вчинення цього правочину [5];

6) представництво можливе тільки щодо суб'єкта права. Тобто особою, яка представлена, може бути тільки особа, яка має хоча б правоздатність. І якщо стосовно фізичних осіб відповідно до сучасної доктрини цивільного права ця умова не має практичного значення, оскільки кожна особа дієздатна з моменту народження, то щодо юридичних осіб ця обставина відіграє вирішальну роль, оскільки правоздатність останніх може виникнути тільки за наявності певних умов, передбачених законом, а до цього така особа не є суб'єктом права і не може набувати права та обов'язки ні особисто, ні через представника [6].

До прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [7], Цивільний процесуальний кодекс України визначав осіб, які можуть бути представниками за допомогою такої статті:

Стаття 40. Особи, які можуть бути представниками

1. Представником у суді може бути адвокат або інша особа, яка досягла вісімнадцятирічного віку, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді за винятком осіб, визначених статтею 41 цього Кодексу.

2. Одна і та ж особа не може одночасно бути представником іншої сторони, третіми особами, що пред'являють самостійні вимоги щодо предмета спору або беруть участь у справі по іншій стороні [8].

Цивільний процесуальний кодекс України зі змінами, внесеними у 2017 році вищезазначеним законом, осіб, які можуть бути представниками:

Стаття 60. Особи, які можуть бути представниками

1. Представником у суді може бути адвокат або законний представник.

2. Під час розгляду спорів, що виникають із трудових правовідносин, а також справ у незначних спорах (малозначних справах) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцятирічного віку і володіє цивільною процесуальною дієздатністю, за винятком осіб, визначених статтею 61 цього Кодексу.

3. Органи або інші особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах неповнолітніх або неповнолітніх, або особи, визнані судом недієздатними або обмежено дієздатними, представляються в суді своїми посадовими особами за винятком випадків, коли такі органи та особи є стороною або третьою особою у справі.

4. Одна і та ж особа може одночасно бути представником декількох позивачів або декількох відповідачів або декількох третіх осіб від однієї і тієї ж сторони за умови відсутності між ними конфлікту інтересів [9].

Зміст статті 60 Цивільного процесуального кодексу України відповідає сучасним змінам Закону України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». Згідно зі змінами, встановлювався поступовий перехід на представництво

інтересів у судах тільки адвокатами (так звана «монополія адвокатури»): з 1 січня 2017 року – у Верховному Суді та касаційних судах; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 року; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 року. Представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами мало здійснюватися з 1 січня 2020 року.

Процесуальні кодекси, які набрали чинності у грудні 2017 року, закріпили таку схему процесуального представництва юридичних осіб у суді:

– самостійна участь (або самопредставництво);

– участь у судовому процесі через свого керівника або члена виконавчого органу, уповноваженого діяти від імені юридичної особи відповідно до Закону, статуту, положення;

– участь через представника-адвоката, уповноваженого діяти на підставі довіреності або ордера, виданих на підставі договору про правову допомогу.

На прикладі справи № 17/495-08 Господарського суду м. Києва ми з'ясуємо, з чого складається процесуальне представництво, які існують проблеми з належним представництвом юридичної особи в суді і що є доказом належного представництва. Позивач, товариство з обмеженою відповідальністю «Макро», звернувся з позовом до товариства з обмеженою відповідальністю «СТБ-Суми» за участю третьої особи, яка не пред'являє самостійних вимог із предмета спору, на боці відповідача – Сумської міської ради про визнання права власності. Подана апеляційна скарга була підписана представником Ради Заїкою І.Б., у підтвердження повноважень якого до касаційної скарги була додана копія довіреності № 2469/03.02.02-08 від 27.12.2019.

Суд уважає за необхідне звернути увагу позивача на вимоги частини третьої статті 56 ГПК України, згідно з якою юридична особа незалежно від порядку її створення бере участь у справі через свого керівника, члена виконавчого органу, іншу особу, уповноважену діяти від її імені відповідно до Закону, статуту, нормативних правових актів, трудового договору (контракту) (самопредставництво юридичної особи) або через представника.

Відповідно до вимог частини першої статті 58 ГПК України, представником у суді може бути адвокат або законний представник.

Так, вищеназвані норми законодавства передбачають можливість процесуального представництва юридичної особи як у порядку самопредставництва, так і іншими особами, які є представниками юридичної особи.

У порядку самопредставництва юридична особа може бути представлена його керівником або іншими особами, повноваження яких визначено законодавством або установчими документами.

Однак суд звертає увагу на те, що сама довіреність, яка додається до касаційної скарги, не може підтвердити повноваження Заїки І.В. як заступника начальника відділу правового та кадрового забезпечення представництва інтересів Департаменту Сумської міської ради та міського голови відділу забезпечення ресурсних виплат Сумської міської ради представляти інтереси ради в судах України в порядку самопредставництва, оскільки скарга не супроводжується доказами того, що Заїка І.В. займає зазначену посаду, а також докази, що дають змогу встановити обсяг повноважень зазначеної посадової особи (Статут, положення, трудовий договір (контракт)).

Ці докази також відсутні в матеріалах справи, що не дає змоги суду самостійно перевірити обсяг повноважень представника Ради.

Таким чином, Рада повинна надати документи, що засвідчують повноваження Заїки І.В. представляти інтереси ради в порядку самостійного представництва в судах України, відповідно до вимог статті 56 ГПК України. [10].

У сучасній судовій практиці існує проблема наявності у прокуратури правових підстав представляти інтереси територіальної громади в особі відповідних місцевих рад у судах. Особливо вчені стали звертати увагу на законність здійснення прокуратурою таких повноважень у зв'язку з набранням чинності нового Закону «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII [11].

Відповідно до частини 2 статті 45 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), з метою представництва інтересів громадянина або держави в суді прокурор у межах установлених законом повноважень звертається в суд із позовною заявою (заявою), бере участь у розгляді справ за його позовами, а також може за власною ініціативою вступити у справу, у якій відкрито провадження за позовом інших осіб, на будь-якій стадії її розгляду, подати апеляційну, касаційну скаргу, заяву про перегляд судового рішення Верховним Судом України, про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами [9].

Аналогічні положення містяться у частині 3 статті 2 Господарського процесуального кодексу України (ГПК): «Прокурор, який звертається до Господарського суду в інтересах держави, у позовній заяві самостійно визначає, у чому полягає порушення інтересів держави, та обґрунтовує необхідність їх захисту, а також зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах. Якщо такого органу немає або він не уповноважений звертатися до арбітражного суду, прокурор указує про це в позовній заяві» [12]. Прокурор, звертаючись до Господарського суду в інтересах держави, повинен обґрунтувати наявність підстав для представлення інтересів держави в суді, передбачених частиною третьою статті 23 Закону України «Про прокуратуру». Прокурор представляє у суді законні інтереси держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснюється або неналежним чином здійснюється державним органом, органом місцевого самоврядування або іншим суб'єктом влади, до компетенції якого віднесено відповідні повноваження, а також за відсутності такого органу.

Отже, у новому Законі «Про прокуратуру» є норми, що дають певні підстави прокурору представляти інтереси органів місцевого самоврядування в суді, якими також є місцеві ради.

У Постанові Конституційного Суду України у справі про конституційні подання Вищого Арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представлення прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 08.04.99 № 3-РП/99 Конституційний Суд України роз'яснив поняття «інтереси держави». Висловлюються міркування про те, що інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди лежить необхідність здійснення загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та ін.) заходів, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, забезпечення її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, захист земель як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів власності та економічних прав тощо (пункт 3 мотиваційної частини).

Інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств і організацій, або з інтересами господарюючих суб'єктів, що мають частку державної власності у статутному капіталі. Однак держава може бачити свої інтереси не тільки в їхній діяльності, а й у діяльності приватних підприємств і товариств.

Беручи до уваги той факт, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор або його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає (із посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов), яке саме порушення матеріальних чи інших інтересів держави мало або може мати місце, обґрунтовує в позовній заяві необхідність їх захисту й указує орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах (пункт 4 мотивувальної частини) [13].

У Постанові Касаційного господарського суду від 26.06.2018 у справі № 910/20517/16 за позовом керівника місцевої прокуратури в інтересах держави до облдержадміністрації Товариство за участю третіх осіб не пред'являє самостійних вимог щодо предмета спору на стороні позивача – обласна дорожня служба, Державне агентство автомобільних доріг України (Укравтодор) про визнання недійсними наказу та договору оренди земельної ділянки, КГС ВС погодилися з висновками судів попередніх інстанцій про відсутність підстав для задоволення позову прокурора.

Суд касаційної інстанції зазначив, що під час подачі позову по даній справі в інтересах держави без указівки органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, прокурор стверджував, що центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі, є Державна інспекція сільського господарства України, яка була ліквідована відповідно до пункту 7 пункту 2 Постанови Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 п. 442 «Про оптимізацію системи органів виконавчої влади» [14].

Однак у позовній заяві прокурора прямо не зазначено, що у спірних правовідносинах відсутній орган, уповноважений здійснювати функції держави, або що такий орган не має повноважень на звернення до Господарського суду, як того вимагають положення норм, що регулюють порядок подання прокурором інтересів держави у господарському процесі.

Суд касаційної інстанції зазначив, що в даному разі прокурор фактично подав позов про захист прав та інтересів регіональної дорожньої служби, яка є користувачем земельної ділянки, щодо якої виник даний спір, і наділена правом самостійно захищати свої права та інтереси, у тому числі в судовому порядку.

Висновки. Виходячи з результатів узагальнення судової практики, можна зробити висновок, що з прийняттям нового Закону України «Про прокуратуру» та нової редакції Господарського процесуального кодексу України статус прокурора в господарському процесі дещо змінився. Сьогодні Конституція України, спеціальний закон та відповідне процесуальне законодавство чітко встановлюють, що прокурор може представляти інтереси держави лише у випадках, передбачених законом. Водночас, згідно з уже сформованою судовою практикою, головною особливістю представлення прокурором інтересів держави є винятковість таких справ. Аналіз практики Верховного Суду також показує, що одна лише довіреність не може підтвердити повноваження працівника (юрисконсульта) представляти інтереси юридичної особи або державного органу шляхом самопредставництва. Для підтвердження повноважень на участь у справі шляхом самопредставництва працівник (юрисконсульт) зобов'язаний надати:

докази того, що особа займає певну посаду (наказ, трудовий договір), а також докази, що дають змогу визначити обсяг повноважень зазначеної посадової особи (Статут, положення, трудовий договір (контракт)). При цьому відповідний трудовий договір (контракт) повинен містити положення про повноваження юрисконсульта представляти інтереси юридичної особи в суді. Відсутність відповідних положень у трудовому договорі (положенні/посадовій інструкції) є підставою для відмови в допуску до справи.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 28. Ст. 532.
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.
3. Ханик-Посполітак Р.Ю. Представництво в цивільному процесі за новим Цивільним процесуальним кодексом України. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2018. Т. 1. С. 50–54.
4. Галабурда Н.А. Особливості змісту поняття представництва у цивільному праві України. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2012. Вип. 3. С. 21–26.
5. Бірюков І.А., Заіка Ю.О., Співак В.М. Цивільне право України. Загальна частина. Київ : Наук. думка, 2000. 304 с.
6. Крупко П. Суб'єкти добровільного представництва за цивільним правом. *Право України*. 2002. № 5. С. 105–109.
7. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2017. № 48. Ст. 436.
8. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України, редакція від 03.08.2017. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.
9. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України, редакція від 13.08.2020. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.
10. Ухвала Касаційного господарського суду Верховного Суду по справі № 17/495-08. URL:http:// www.reyestr.court.gov.ua/Review/47624705.
11. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 2–3. Ст. 12.
12. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 6 листопада 1991 року № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 року. Справа № 1-1/99, № 3-рп/99. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99#Text.
14. Постанова касаційного Господарського суду від 26.06.2018 по справі № 910/20517/16. URL: http:// www.reyestr.court.gov.ua/Review/47624705.

УДК 342.72/.73(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.9

САВИЧ Є.С.

ДУАЛІСТИЧНА ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЗВЕРНЕННЯ

THE DUALISTIC NATURE OF THE CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHT TO APPEAL

Актуальність статті полягає у тому, що конституційне право людини на звернення є одним із тих прав, яке в умовах побудови громадянського суспільства та перегляду взаємин «особа – держава» набуває визначального значення та зумовлює необхідність перегляду класичних підходів до розуміння його сутності та функціонального призначення. Метою даної статі є аналіз юридичної природи конституційного права людини на звернення та визначення його місця в каталозі конституційних прав та свобод людини і громадянина в Україні, що включатиме з'ясування особливостей його функціонального призначення в умовах цивілізаційного поступу Української нації до побудови громадянського суспільства. Визначено, що право на звернення за сферою його соціального призначення слід розглядати одночасно як особисте та як політичне право, при цьому обидві його боки є рівнозначними. Такий висновок зумовлений як аналізом наведених наукових позицій, так і змістом запропонованого нами у попередньому підрозділі визначення конституційного права на звернення. Зроблено висновок, що гарантована державою можливість індивіда направляти на адресу уповноважених на це суб'єктів звернення як приватного характеру (заяви, скарги), так і публічного характеру (пропозиції, петиції) є природною потребою кожної людини як соціальної одиниці під час побудови громадянського суспільства, яке передбачає активну участь кожного в налагодженні діалогових форм участі населення в управлінні державними та громадськими справами. Тому це право варто розглядати одночасно як особисте право людини та політичне право людини. Як особисте право людини воно передбачає можливості кожного особисто звертатися чи в інший спосіб подавати до відповідних суб'єктів звернення для реалізації та захисту своїх особистих прав, свобод і законних інтересів у різних сферах життєдіяльності, а як політичне право людини воно активізується, коли пропозиції, викладені у зверненнях суспільно значимого характеру, визнаються та враховуються на державному рівні у діяльності відповідних державних органів, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб.

Ключові слова: *особисте право людини, політичне право людини, політичне право, держава.*

The relevance of the article is that the constitutional human right to appeal is one of those rights that in the context of building civil society and reviewing the relationship "person-state" becomes crucial and necessitates a revision of classical approaches to understanding its essence and function. The purpose of this article is to analyze the legal nature of the constitutional human right to appeal and determine its place in the catalog of constitutional rights and freedoms of man and citizen in Ukraine, which will include clarification of its functional purpose in the civilized progress of the Ukrainian nation to build civil society. It is determined that the right to apply for the sphere of its social purpose should be considered both as a personal and as a political right, and both its parties are equal. This conclusion is due to both the analysis of the above scientific positions and the content of our proposed in the previous section definition of the constitutional right to appeal. It is concluded that the state-guaranteed ability of an individual to address to the authorized subjects of appeal both private (statements, complaints) and public (proposals, petitions) is a natural need of every person as a social unit in building a civil

© САВИЧ Є.С. – аспірант (Інститут законодавства Верховної Ради України)

society, which provides for the active participation of everyone in establishing dialogue forms of public participation in the management of state and public affairs. Therefore, this right should be considered both a personal human right and a political human right. As a personal human right, it provides opportunities for everyone to personally apply or otherwise apply to the relevant subjects to exercise and protect their personal rights, freedoms and legitimate interests in various spheres of life, and as a political human right it is activated when the proposals set out in appeals of socially significant nature, are recognized and taken into account at the state level in the activities of relevant state bodies, local governments, their officials.

Key words: *personal human right, political human right, political law, state.*

Вступ. Дослідження каталогізації та систематизації конституційних прав і свобод людини і громадянина є традиційними для юридичної науки та практики. Багатоманітність та динаміка розвитку цих прав, різновекторність підходів до впорядкування знову і знову вимагають від наукової спільноти відповідних напрацювань та обговорень. Донині в теорії прав людини та конституційному праві не існує єдиного уніфікованого підходу до видової класифікації прав і свобод людини і громадянина.

Учені-конституціоналісти В. Мелащенко, В. Лучін, В. Федоренко звертали увагу на те, що метою класифікації норм конституційного права є не лише виключне зведення до логічно завершеного, вичерпного поділу їх на види [17, с. 45], а більш глибоке і повне проникнення в їх природу і зміст, волю законодавця, що дає змогу виявити функціональні зв'язки правових норм та їх субординацію, сформувати всебічне уявлення про цю систему та її юридичні властивості з метою утвердження належних теоретико-методологічних основ для вдосконалення конституційної правотворчої та правозастосовної діяльності в правових реаліях сьогодення [18, с. 35; 25, с. 320–321].

Дану проблематику, як зазначає учений-конституціоналіст Ю. Кириченко, актуалізує й те, що, незважаючи на гуманістичну спрямованість Основного Закону України, в якому вперше у вітчизняній історії найвищою соціальною цінністю на конституційному рівні визнано людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку, значна частина її положень потребує подальшого наукового обґрунтування та вдосконалення, одним з аспектів якого є дослідження видової класифікації прав і свобод людини і громадянина, яка набуває практичного значення під час підготовки змін до другого розділу Конституції України, оскільки здатна сприяти забезпеченню повноти й обґрунтуванню послідовності викладу таких прав і полегшенню орієнтування у різноманітних правах людини [5].

Конституційне право людини на звернення є одним із тих прав, яке в умовах побудови громадянського суспільства та перегляду взаємин «особа – держава» набуває визначального значення та зумовлює необхідність перегляду класичних підходів до розуміння його сутності та функціонального призначення.

Питання класифікації конституційних прав і свобод людини і громадянина в Україні, зокрема й права на звернення, досить широко розглядалися у працях вітчизняних та зарубіжних авторів. Зокрема, означених аспектів упорядкування цього права в системі основних прав і свобод людини торкалися у своїх роботах такі вчені, як Л. Бельо, Л. Гураль, Ю. Кириченко, А. Колодій, Г. Котляревська, Л. Лазаренко, І. Литвиненко, А. Олійник, В. Федоренко, Н. Хаманєва, В. Чорнолуцький, Т. Шаповал та ін. Водночас стан науково-теоретичного розроблення даної наукової тематики показав існування діаметрально протилежних, іноді суперечливих та необґрунтованих наукових позицій із визначення сутності та функціонального призначення даного права суто як політичного, які й зумовлюють потребу подальших наукових пошуків у цьому напрямі.

Постановка завдання. Метою даної статі є аналіз юридичної природи конституційного права людини на звернення та визначення його місця в каталозі конституційних прав і свобод людини і громадянина в Україні, що включатиме з'ясування особливостей його функціонального призначення в умовах цивілізаційного поступу Української нації до побудови громадянського суспільства.

Результати дослідження. Ми, як і більшість вітчизняних фахівців із конституційного права, що спираються у своїй аргументації на основні положення загальновідомих міжнародно-правових актів із прав людини, дотримуємося точки зору, що закріплені у другому Розділі Основного Закону України права і свободи людини та громадянина потрібно групувати на шість ос-

новних груп: громадянські (особисті), політичні, економічні, соціальні, культурні та екологічні, які, за слушним зауваженням Н.Г. Шукліної, «є не якимось випадковим, аморфним поєднанням, а внутрішньо узгодженою системою прав і свобод громадян, яка охоплює своїм регулюючим впливом усі найважливіші й найістотніші сфери життя і діяльності людини» [5; 15].

Але із цього приводу якраз і виникають складності: найбільш дискусійним серед дослідників у галузі конституційного права є питання визначення місця конституційного права на звернення у системі конституційних прав саме за сферою суспільних відносин, де за основну кваліфікуючу ознаку беруться сфери життєдіяльності людини або, як іноді кажуть, соціальне призначення цих прав, тобто ті галузі суспільного життя, де вони виникають та реалізуються.

Доволі поширеним, якщо не сказати традиційним, для науки конституційного права є віднесення конституційного права на звернення до політичних прав громадянина, яке характеризується як важливий засіб здійснення й захисту інших прав та свобод громадян, що сприяє зміцненню зв'язків населення з державним апаратом, участі громадян в управлінні державними справами [2; 5; 8, с. 268–269], а окремі дослідники взагалі називають його «правом петиції» [12; 13].

Із такою науковою позицією цілком погоджується й Л. Лазаренко, за словами якої серед учених-конституціоналістів немає єдиної думки щодо класифікаційної групи, до якої слід відносити право на звернення. На її ж думку, право на звернення слід відносити до конституційних політичних прав [15, с. 13].

Як стверджує В. Чорнолуцький, джерелом інформації про політичні права і свободи в Україні є Конституція України, а також Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Перелік та формулювання політичних прав і свобод у Конституції України та документах міжнародних міждержавних організацій представлені у Додатку Е. У найбільш повному вигляді до групи політичних прав автор відносить і право на звернення. При цьому критерієм для включення в групу політичних прав, очевидно, має бути та обставина, наскільки це право сприяє участі індивіда у політичному процесі [24, с. 16–17].

Дійсно, певні об'єктивні підстави для характеристики конституційного права на звернення як політичного права існують. По-перше, у тексті Конституції України дане право закріплене поруч із такими політичними правами громадян, як право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (стаття 38) та правом збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування (стаття 39). Окрім цього, за конституційними приписами одержувачами звернень є органи державної влади та місцевого самоврядування, їхні посадові та службові особи, тобто державний апарат [10].

По-друге, ознаки конституційного права на звернення як політичного прямо визначені у преамбулі Закону України «Про звернення громадян», де зазначено, що цей Закон «забезпечує громадянам України можливості для участі в управлінні державними і громадськими справами» [19].

Своєю чергою, ми вважаємо, що подібні наукові позиції хоча й є цілком виправданими, проте не враховують усієї повноти сучасного розуміння функціонального призначення цього права. Такі однобічні характеристики права на звернення пояснюються його сприйняттям лише як дієвого інструменту налагодження діалогових форм участі населення в управлінні державними та суспільними справами, що об'єктивно зумовлено історично. Однак нині, коли людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека конституційно визначені в Україні найвищою соціальною цінністю, а в державній діяльності базовим уважаться принцип забезпечення основних прав та свобод людини, право на звернення не можна розглядати лише в одній площині.

Як справедливо зауважує вітчизняна учена-конституціоналіст Т. Шаповал, обставиною, яка пояснює характеристику закріпленого у статті 40 Конституції України права на звернення як політичного права, треба вважати інерцію його в суспільному сприйняті. Ще у XVII столітті у роботі англійського парламенту набули значення звичайної практики різного роду петиції. Уважається, що право петицій історично пов'язане із судовими повноваженнями англійського парламенту: «Це був своєрідний позов громадянина, спрямований проти акта адміністративної влади». Згодом характер цього права змінився, і «петицію почали розглядати як одну з форм виразу суспільної думки з приводу законодавчих реформ». Зокрема, у Франції кінця XVIII століття право петицій уважалося правом «активних громадян» (тобто наділених виборчими правами),

за змістом якого вони могли звертатися до державних інституцій, насамперед до законодавчого органу, з пропозиціями і клопотаннями щодо поліпшення їх організації та діяльності. Тим самим петиції визнавалися і визнаються зверненнями політичного характеру, що зумовлювало характер відповідного права. У XVIII–XIX століттях право петицій було закріплене у низці конституцій. Сформульоване воно й у деяких чинних основних законах, причому «адресатами» петицій уважаються різні державні органи, а не лише парламент. Історично петиції – це колективні за формою звернення. Як зазначають деякі автори, «дане право належить кожному громадянину, але здійснювати його можна тільки спільно з іншими громадянами. На думку ж самої авторки, закріплене у статті 40 Конституції України право на звернення має складний характер: залежно від цілей реалізації, від змісту суспільних відносин, що виникають у зв'язку із цим, воно може виглядати як особисте або як політичне право. Це право може виконувати роль одного із захисних прав, або прав на захист. Разом із тим загальна роль права на звернення є ширшою, про що свідчить характер таких форм звернення, як пропозиція і заява, котрі звичайно не мають безпосереднього відношення до захисту прав і свобод. Тим самим право на звернення залежно від цілей його реалізації може виглядати не тільки як особисте або як політичне право, а й як одна з несудових гарантій захисту прав, як своєрідне право-гарантія відносно інших прав і свобод людини і громадянина [27, с. 82–85].

Подібну позицію демонструє й інша учена-конституціоналіст Г. Котляревська. За її словами, право людини на звернення до органів влади не можна однозначно віднести до групи політичних прав або вважати це право особистим правом людини чи її економічним, соціальним, культурним, екологічним правом. Це право є загальним правом людини, його слід віднести до групи «прав людини на участь у правовому процесі», до якої також належать права, вказані у статті 55 Конституції України. До цієї ж групи прав можна віднести й гарантоване кожній людині право «знати свої права і обов'язки» (стаття 57 Конституції України), яке також не захищає один якийсь особливий інтерес, а забезпечує реалізацію у правовому процесі всіх інших конституційних прав, а також право «на правову допомогу та вільний вибір захисника своїх прав», яке забезпечує юридичну можливість кожній людині здійснювати у правовому процесі всі інші її суб'єктивні права, що закріплене у статті 59 Конституції. Авторка формулює «конституційне право на звернення як сукупність правових норм, що регулюють певну сферу відносин фізичної особи і держави, тобто тих відносин, які пов'язані зі зверненнями фізичних осіб до державних органів та органів місцевого самоврядування і відповідним реагуванням їх на звернення» [11, с. 5].

Дуалістичну природу права на звернення відзначали ще вчені-правознавці позаминулого століття. Так, філософ права другої половини XIX століття Б. Чичерін, характеризуючи право на свободу слова (яка охоплює також свободу викладання і свободу друку), на свободу зібрань і товариств та право клопотань як особисті, зауважував, що вони «мають значення не тільки приватне, а й політичне», адже їх реалізація «може бути знаряддям політичної діяльності, засобом учинення впливу на владу» [23, с. 201].

Загалом тотальна «політизація» права на звернення, на нашу думку, пов'язана з особливостями його закріплення в радянських конституційно-правових та законодавчих актах.

Як слушно зазначає Т. Шаповал, за радянських часів право, зовні подібне до права петицій, було визначене у конституціях «розвинутого соціалізму». Так, стаття 47 Конституції (Основного Закону) УРСР 1978 року включала положення, згідно з яким «кожний громадянин Української РСР має право вносити в державні органи і громадські організації пропозиції про поліпшення їх діяльності, критикувати недоліки в роботі». За оцінками дослідниці, саме зміст конституційної норми й зумовлював сприйняття права на звернення як суто політичного. Водночас за своїм змістом воно було значно вужчим, аніж право на звернення, закріплене у статті 40 чинної Конституції України. Такий висновок підтверджує аналіз Закону України «Про звернення громадян», який передбачає різні види звернень: пропозиції (зауваження), заяви (клопотання) і скарги [27, с. 82].

Попри суцільне одержавлення всіх сфер суспільного життя за радянських часів, що виявлялося у спрощеному розумінні взаємозв'язків між індивідом, соціумом та державою, фактичному визнанні пріоритету «суспільного» (колективного) інтересу перед «особистим» (індивідуальним), окремі радянські дослідники все ж таки висловлювали міркування про комплексний характер цього права. Так, Б.М. Топорнін зазначав, що це право «може бути трактоване як політичне тільки у певному сенсі» і залежно від цілей його реалізації «може набувати значення особистого або політичного». При цьому він зауважував, що відповідне право, яке було визначене

у конституціях «розвинутого соціалізму», виступало «засобом участі громадян у політичному процесі» [9, с. 144].

Загалом переважна більшість сучасних науковців визнає комплексний характер конституційного права людини на звернення, рівноцінність його дуалістичної природи. Таку думку, наприклад, оприлюднила російська дослідниця Н. Хаманєва, яка, з одного боку, відзначила, що через звернення громадян утілюється в життя один із конституційних принципів – участь громадян в управлінні державними та громадськими справами, тобто «звернення громадян є однією з форм їх участі в управлінні, у вирішенні державних і суспільних справ». З іншого боку, дослідниця зауважила, що ключове значення за змістом відповідного суб'єктивного права мають правомочності, які передбачають вимоги до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів (у порядку підлеглості) уникати дій (бездіяльності), які порушують або ущемляють права і свободи індивіда, або виправляти негативну для індивіда ситуацію, що виникла у зв'язку з такими діями (бездіяльністю). Іншими словами, дослідниця доводить, що право на звернення є «важливим інструментом охорони прав громадян, однією з організаційно-правових гарантій їх захисту» [26, с. 10].

Зі свого боку, ми погоджуємося з такими висновками та вважаємо, що наукова дискусія з приводу неоднозначності видової класифікації конституційного права на звернення, яке у більшості досліджень розглядають як громадянське (особисте) право та політичне право одночасно, пов'язана не лише з радянським вектором розвитку правових інститутів, а й із традиційною для класифікації прав людини теорією поділу прав людини, розробленою французьким правознавцем чеського походження Карелом Васьком. Основою цієї концепції є генераційний підхід, а саме поділ прав на три покоління, до першого з яких відносять цивільні й політичні права (liberte), до другого – соціально-економічні (egalite), а до третього – права колективні, або солідарні (fraternite) [22].

Розглядаючи сутність теорії поколінь прав, вітчизняні дослідники Л. Гураль та В. Данільцева зазначають, що до першого покоління прав людини відносять особисті і політичні права, які є основою інституту прав людини, інтерпретуються міжнародними документами як невідчужувані й не підлягають обмеженню. За їхніми словами, деякі західні фахівці схильні до того, що саме ці права слід розглядати як власне «права людини», вважаючи, що права інших поколінь є лише «соціальними домаганнями» [3; 4].

Л. Гураль, наприклад, хоча й класифікує право на звернення як політичне право, зазначає, що відмінною особливістю прав першого покоління є те, що всі вони спираються на негативну концепцію волі, у рамках якої свобода розуміється як відсутність примусу, можливість діяти за власним вибором, не наражаючись на втручання з боку інших. За його словами, політичні права людини базуються на принципах, тотожних до загальних принципів прав людини: 1) універсальність та невід'ємність; 2) неподільність; 3) взаємозалежність та взаємозв'язок; 4) рівність та недискримінація; 5) участь та інтеграція [3].

Як стверджують із цього приводу А. Колодій та А. Олійник, між особистими і політичними правами і свободами існує не тільки «тісний взаємозв'язок», а й навіть «певна спорідненість» [7, с. 188], а за словами Т. Шаповал, важливим є те, що особисті і політичні права і свободи далеко не завжди розрізняються за змістом основних законів (прикладом може слугувати Конституція України). До того ж навіть у тих країнах, де права і свободи відповідно розрізняють, не існує універсального підходу до класифікації деяких із них. Тому в одних випадках окремі із суб'єктивних прав класифікують як політичні, в інших ті самі права – як особисті [27, с. 52].

Повертаючись до аналізу дуалістичної природи права на звернення за сферою його соціального призначення, ми можемо впевнено говорити про те, що його варто розглядати одночасно як особисте та як політичне право, при цьому обидва його боки є рівнозначними. Такий висновок зумовлений як аналізом наведених наукових позицій, так і змістом запропонованого нами у попередньому підрозділі визначення конституційного права на звернення. Так, як особисте право людини – право на звернення полягає у можливості реалізації та захисту своїх прав, свобод та законних інтересів шляхом направлення до органів державної влади, місцевого самоврядування, інших уповноважених на це суб'єктів скарг, заяв і клопотань, які припускають обов'язковість їх розгляду та надання обґрунтованої відповіді у встановлений законом строк.

Як політичне право – це одна з діалогових форм участі населення в державному управлінні, у вирішенні державних і суспільних справ, можливість активного впливу громадянина на діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування.

Отже, право на звернення відноситься до основних прав людини, якісною особливістю якого на відміну від інших прав, що становлять конституційно-правовий статус особи, є його дуалістичний характер. Це право не просто гарантує людині захист та відновлення порушених прав, свобод та законних інтересів. Можливо, більш важливим і ціннісним є його значення для політичної системи суспільства, зокрема для функціонування механізму держави. Це означає, що право на звернення отримує правову регламентацію не лише яке право індивіда, а й як найважливіша форма забезпечення взаємозв'язку між державою та громадянським суспільством.

Оригінальний погляд на класифікацію прав і свобод людини за соціальним призначенням був запропонований у Франції у XIX столітті, а згодом набув поширення в інших європейських країнах. Т. Шаповал зазначає, що за цією класифікацією розрізняли публічні, або суспільні, права і власне політичні права, пов'язані з участю громадянина безпосередньо у сфері державного владарювання. Далі авторка вказує, що розрізняли публічні (суспільні) та політичні права і деякі дореволюційні автори. Наприклад, М. Свєшніков класифікував особисту, економічну, духовну, суспільну і політичну свободи. На його думку, «права, що мають значення суспільної свободи – це право петицій, зібрань і зборів». При цьому він визнавав такі права «важливою умовою для впливу суспільства у сфері політичних відносин». Політичну ж свободу цей автор характеризував як «сукупність юридичних норм, що визначають ступінь участі народу у владі» [20, с. 148, 164, 166, 172]. На думку дослідниці, ця і подібні класифікації прав і свобод становили підвалини сучасних класифікацій, зокрема тих, що передбачають три види прав і свобод: особисті, політичні і соціально-економічні [27, с. 57–58].

Підтримуючи такі висновки, своєю чергою, додамо, що поділ прав і свобод людини, зокрема на суспільні та політичні, цілком міг стати основою сучасного видового упорядкування політичних прав.

Так, розглядаючи політичні права і свободи у системі прав людини, Л. Бельо та А. Танчак відзначили їх особливий правовий характер: вони поділяються на політичні права людини і політичні права громадянина. Політичні права людини невіддільні від індивіда, є позатериторіальними та позанаціональними, існують незалежно від закріплення в законодавчих актах держави, є об'єктом міжнародно-правового регулювання і захисту. Вони характеризують людину як представника людського роду й у цьому змісті виступають найбільш загальними та основними для її нормального існування. Політичні права громадянина, своєю чергою, – сукупність природних прав, які отримали відображення в нормативно-правових державних актах, і набутих прав, напрацьованих під час розвитку суспільства та держави. Вони належать лише громадянам України, які досягли 18-річчя і набули повної правосуб'єктності. На відміну від громадянських (особистих) прав, які за своєю природою є невідчужуваними, ці права можуть бути обмежені в інтересах національної безпеки та громадського порядку, а також стосовно громадян України, визнаних у судовому порядку недієздатними. При цьому дослідники відносять право на звернення як до особистих, так і до політичних прав, які не вимагають наявності в осіб громадянства, є гарантованими державою абсолютно усім індивідам [1; 21].

Уважаємо, що наведені тези потребують певних коментарів. Не до кінця визначеною виглядає наукова позиція авторів у частині класифікації права на звернення: чи відноситься воно до політичних прав людини, чи є одночасно як особистим, так і політичним правом, а якщо є, то якою мірою.

Тезу про належність політичних прав як людині, так і громадянину підтримує більшість науковців. Вони зазначають, що особисті і політичні права і свободи відмінні між собою також за суб'єктами: носіями перших завжди є індивід (людина), другі можуть належати як індивіду, так, передусім, громадянину, а висновок, за яким носіями політичних прав є виключно громадяни, сформульований як узагальнення та не відповідає суспільно-політичним і державно-правовим реаліям [6, с. 203; 9, с. 83; 14, с. 68].

Як слушно зауважує Т. Шаповал, сьогодні набуло поширення визначення політичних прав і свобод як таких, що пов'язані з юридичними можливостями участі індивіда не тільки у формуванні і здійсненні влади, а й у суспільно-політичній діяльності в інших, аніж безпосереднє владарювання, формах. Відповідні корективи були зумовлені, зокрема, розвитком міжнародного гуманітарного права, віхою якого вважається прийняття згадуваного Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Але, як і у Загальній декларації прав людини, за змістом цього пакту громадянські (особисті) і політичні права і свободи чітко не розрізняються [27, с. 58].

Наведене доводить, що конституційне право на звернення залежно від сфери життєдіяльності можна розглядати як політичне право саме людини. Аргументацією на користь даного

висновку, слугує як змістовне наповнення конституційної норми, яка гарантує кожному це право, так і приписи частини третьої статті 1 Закону України «Про звернення громадян», відповідно якої «особи, які не є громадянами України і законно знаходяться на її території, мають таке ж право на подання звернення, як і громадяни України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами» [19].

Висновки. Сучасний погляд на юридичну природу права на звернення дає змогу стверджувати, що гарантована державою можливість індивіда направляти на адресу уповноважених на це суб'єктів звернення як приватного характеру (заяви, скарги), так і публічного характеру (пропозиції, петиції) є природною потребою кожної людини як соціальної одиниці під час побудови громадянського суспільства, яке передбачає активну участь кожного в налагодженні діалогових форм участі населення в управлінні державними та громадськими справами. Тому це право варто розглядати одночасно як особисте право людини та політичне право людини. Як особисте право людини воно передбачає можливості кожного особисто звертатися чи в інший спосіб подавати до відповідних суб'єктів звернення для реалізації та захисту своїх особистих прав, свобод і законних інтересів у різних сферах життєдіяльності, а як політичне право людини воно активізується, коли пропозиції, викладені у зверненнях суспільно значимого характеру, визнаються та враховуються на державному рівні у діяльності відповідних державних органів, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб.

Список використаних джерел:

1. Бельо Л. Політичні права та свободи, їх зміст та правові гарантії. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2018/2_2018/part_3/3.pdf.

2. Основні права людини / Ю.М. Бисага та ін. Ужгород, 2003. 67 с. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/5101/1/pdf.

3. Гураль Л. Політичні права людини і громадянина в сучасній Україні. *Вісник Прикарпатського університету. Політологія.* 2016. Вип. 10. С. 125–130. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vpu_Polit_2016_10_22.

4. Данільцева В.Г. Покоління прав людини. *Юридична наука: сучасний стан та перспективи розвитку* : матеріали міжвузівської науково-практичної конференції, м. Київ, 30 листопада 2017 р. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2017. 162 с. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/4103/1_p046-047.pdf.

5. Кириченко Ю.В. Класифікація прав і свобод людини і громадянина за Конституцією України: теоретичні та практичні аспекти. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Право.* 2014. Вип. 21. С. 26–32. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpkhnpu_pravo_2014_21_5.

6. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право Российской Федерации : учебник. Москва : Юристъ, 1995. 480 с.

7. Колодій А.М., Олійник А.Ю. Права людини і громадянина в Україні : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 336 с.

8. Конституційне право України / за ред. В.Ф. Погорілка ; 4-е вид. Київ : Наукова думка, 2008. 732 с.

9. Конституционный статус гражданина / под ред. Б.Н. Топорнина. Москва : Наука, 1989. 207 с.

10. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

11. Котляревська Г.М. Конституційне право громадян за звернення до органів влади в України (питання теорії та практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 ; ДВНЗ «Київ. нац. екон. ун-т ім. В. Гетьмана». Київ, 2011. 20 с.

12. Кравченко В.В. Конституційне право України : навчальний посібник ; вид. 3-є, випр. та доп. Київ : Атіка, 2004. 511 с.

13. Політичні права, як можливість впливу в управлінні державними і суспільними справами. URL: https://osvita.ua/vnz/reports/law/9726/.

14. Кушніренко О.Г., Слінько Т.М. Права і свободи людини та громадянина. Харків : Факт, 2001. 438 с.

15. Лазаренко Л.А. Конституційне право на звернення людини і громадянина та його забезпечення в Україні : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право ; Київський нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2010. 21 с.

16. Литвиненко І.Л. До питання класифікації конституційних прав та свобод людини і громадянина. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 55–63. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2007_2_10.

17. Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации : монография. Москва : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. 687 с.

18. Мелащенко В.Ф. Основи конституційного права України : курс лекцій. Київ : Вентурі, 1995. 240 с.

19. Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80.

20. Свешников М.И. Очерк общей теории государственного права. Санкт-Петербург, 1896. 311 с.

21. Танчак А. Політичні права людини: поняття та зміст. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 24. С. 248–254. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2005_24_36.

22. Ткачук Н.І. Інформаційні права і свободи людини і громадянина в Україні: визначення термінів, співвідношення понять. *Інформація і право*. 2018. № 2(25). С. 17–30. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/4_8.pdf.

23. Чичерин Б. Курс государственной науки. Москва, 1894. Ч. 1. 481 с.

24. Чорнолуцький В.П. Система забезпечення політичних прав і свобод громадян органами виконавчої влади регіонального рівня в умовах децентралізації : дис. … канд. наук з держ. Управління : 25.00.02. Одеса, 2016. 236 с.

25. Федоренко В.Л. Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти : монографія. Київ : Ліра-К, 2009. 580 с.

26. Хаманева Н.Ю. Конституционное право граждан на подачу обращений. *Государство и право*. 1996. № 11. С. 10–19.

27. Шаповал Т.В. Конституційний інститут політичних прав і свобод в Україні : дис. … к.ю.н. : 12.00.02, Київ, 2009. 193 с.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.934(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.10

КОЛІСНИК О.В.

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ НА СТАДІЇ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ ТА ЄДНІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

DISCRETIONARY POWERS OF THE COURT AT THE STAGE OF INITIATING CIVIL PROCEEDINGS AND UNITY OF JUDICIAL PRACTICE

Стаття присвячена з'ясуванню сутності та меж допустимої процесуальної поведінки суду під час застосування ним дискреційних повноважень на стадії відкриття провадження у справі. У роботі розкрито значення та вплив правових позицій Верховного Суду на забезпечення стабільності та єдності судової практики в аспекті наявності в судів нижчих інстанцій дискреційних повноважень. За результатами аналізу ухвал суду, ухвалених на стадії відкриття провадження, встановлено надмірно розширене трактування судами вимог до позовної заяви, чим ускладнюється процедура звернення за судовим захистом, а отже, обмежується доступ до суду. З'ясовано, що суди всупереч вимогам процесуального закону вимагають від позивачів та заявників сплати додаткового судового збору, неправильно визначають сутність вимог немайнового характеру, вимагають перекладу позовної заяви для відповідачів за кордоном або додаткові документи для посвідчення повноважень представників тощо. На противагу цьому, розширеному тлумаченню мали б підлягати норми, які передбачають способи захисту цивільних прав, оскільки непоодинокими є ухвали про залишення позовної заяви без руху у зв'язку з відсутністю в законі вказаного в заяві способу захисту.

Суд повинен використовувати та розглядати дискреційні повноваження як можливість обирати варіанти поведінки, але в межах, передбачених процесуальним законом. У деяких випадках, які пов'язані з відсутністю конкретної процесуальної норми, суди повинні орієнтувати свою діяльність на виконання завдань цивільного судочинства, сприяти доступу громадян до судових процедур із захисту порушеного права, уникати як надмірного формалізму, так і надмірно розширеного тлумачення процесуальних норм усупереч інтересам учасників справи.

Упровадження елементів прецедентного права в судову практику України у вигляді надання правовим позиціям Верховного Суду обов'язкового характеру є позитивною тенденцією для забезпечення стабільності та єдності судового правозастосування та визначеності національного права загалом. Ухвалення відповідних висновків з боку вищої судової інституції в системі судоустрою України потребують і норми Цивільного процесуального кодексу, які визначають вимоги до позовної заяви та порядку її подання, оскільки саме на цьому етапі починається реалізація особою права на судовий захист.

Ключові слова: *правові позиції, доступ до суду, залишення позовної заяви без руху, розширене тлумачення процесуальних норм, способи захисту цивільних прав.*

The article is devoted to clarifying the essence and limits of the admissible procedural conduct of the court when exercising its discretionary powers at the stage of initiating

© КОЛІСНИК О.В. – кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного процесу (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

proceedings. The paper reveals the importance and influence of the Supreme Court legal positions on ensuring the stability and unity of judicial practice in aspect of lower courts' discretionary powers availability. According to the analysis of the court orders adopted at the stage of initiating proceedings, the courts' interpretations of the requirements for statement of claim were excessively broad, which complicates the procedure of applying for judicial protection and thus restricts access to court. Contrary to the requirements of procedural law, the courts were found to require plaintiffs and applicants to pay additional court fees, determine the nature of non-pecuniary claims incorrectly, require the statement of claim translation for defendants abroad or additional documents certifying the authority of representatives, etc. On the contrary, the procedural norms providing the civil rights protection should be interpreted in more detail, as court orders to leave a statement of claim without action are quite common due to no legal remedy specified in the application.

The court should use and consider discretionary powers as an opportunity to choose options of conduct, but within the limits provided by procedural law. In certain cases, which are related to the lack of a specific procedural norm, courts should focus their activities on the tasks of civil proceedings, promote citizens' access to court proceedings to protect the violated right, avoid both excessive formalism and excessively broad interpretation of procedural norms against participants' interests in the case.

The introduction of case law elements into the judicial practice of Ukraine in the form of making the Supreme Court legal positions binding is a positive trend to ensure the stability and unity of judicial enforcement and the certainty of national law as a whole.

The norms of the CPC, which determine the requirements for the statement of claim and the procedure for its submission, also require the adoption of the relevant conclusions by the highest judicial institution in the judicial system of Ukraine because at this stage begins the exercise of the right to judicial protection.

Key words: *legal positions, access to court, leaving statements of claim without action, excessively broad interpretation of procedural norms, ways to protect civil rights.*

Вступ. Загальновизнані принципи процесуального права визначають тон та спрямованість національного судочинства на утвердження верховенства права під час вирішення кожної судової справи. Проникнення в національну судову систему зачатків прецедентного права дало поштовх до розвитку наукової дискусії щодо можливості і доцільності інтеграції прецеденту в систему джерел національного правопорядку. Натепер ідеться не про запозичення «судового прецеденту» загалом, а лише про інтеграцію «прецеденту тлумачення». В аспекті дослідження заявленої проблематики потребують уточнення, роз'яснення та з'ясування такі поняття, як «дискреційні повноваження», «аналогія процесуального закону», «надмірний формалізм» тощо. Зазначеної проблематики у своїх дослідженнях торкалися В.В. Комаров, К.В. Гусаров, Д.Д. Луспеник, Н.Ю. Сакара, Я.О. Берназюк, О.Г. Крижова, М.К. Закурін та інші науковці, проте з розвитком цивільного процесуального законодавства, упровадженням елементів прецедентного права в судову практику України проблема сутності та меж застосування дискреційних повноважень суду в цивільному процесі, особливо на стадії відкриття провадження у справі, потребує подальших наукових розробок, узагальнень та пропозицій.

Постановка завдання. Метою дослідження є визначення природи правових позицій Верховного Суду, ступеня їхньої обов'язковості та потенційної можливості відступлення від них у ракурсі використання судами нижчих інстанцій так званих дискреційних повноважень, особливо на етапі відкриття провадження у справі.

Результати дослідження. У ч. 4 ст. 263 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) та ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що під час вибору і застосування норми права до спірних правовідносин суд ураховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду. Словосполучення «суд ураховує» досить неоднозначно оцінюється науковцями. На переконання професора В.В. Комарова, правові позиції, сформульовані в постановах Верховного Суду, є обов'язковими як для нижчих судів, так і для самого Верховного Суду, а довільний відступ від них не допускається [1, с. 43]. Водночас у ст. 403 ЦПК зазначено повноваження суду, що розглядає справу в касаційному порядку, відступити від висновку Верховного Суду щодо застосування норми права в таких правовід-

носинах, водночас такі повноваження для судів першої чи апеляційної інстанції відступити від правотлумачення, викладеного в постанові Верховного Суду (далі – ВС), процесуальним законом не передбачені. У цьому контексті суддя Касаційного цивільного суду Д.Д. Луспеник зауважує, що надання законодавцем такого права лише суду касаційної інстанції не є недосконалістю процесуальних норм, а виступає тим механізмом, який має забезпечити єдність судової практики, щоби позиції суду стали її надійними «стовпами» і джерелами, сприяли прогнозованості вирішення окремих категорій справ [2, с. 87]. **Водночас він зауважує, що завданням ВС** має бути **не лише формування єдиної судової практики** застосування законодавства, а й **забезпечення єдності національного права** й однакового застосування законів усіма судами [3].

У літературі висловлюється й теза про те, що принцип єдності судової практики не має абсолютного характеру, оскільки процесуальним законодавством Верховний Суд наділений повноваженнями у встановленому порядку відступати від раніше сформованої правової позиції, і виникає певна суперечність між принципом правової визначеності та концепцією «живого права» (динамічне тлумачення права) як складовими частинами верховенства права [4]. З огляду на викладене можна стверджувати, що місцеві й апеляційні суди повинні, так би мовити, «тримати руку на пульсі», відстежувати чинні на момент розгляду та вирішення цивільних справ правові висновки та позиції Верховного Суду, змінювати свої позиції щодо тлумачення й застосування права синхронно і в унісон зі зміною позицій Верховним Судом. Якщо ж поглянути на природу постанов Верховного Суду, то можна стверджувати, що вони мають рекомендаційний характер, оскільки є прецедентами судового тлумачення, і немає підстав вважати їх джерелом права, оскільки вони не створюють норми, а значить, їх дотримання не є обов'язковим.

У зв'язку із цим актуальним стає питання сутності та меж застосування дискреційних повноважень суду в аспекті відступлення від правових позицій найвищого судового органу в системі судоустрою України, а також в аспекті формування власної судової практики судів нижчих інстанцій за відсутності сталих правових висновків Верховного Суду з певних проблемних та неоднозначних процесуальних питань. Як стверджує М.К. Закурін, дискреційні повноваження – це можливість діяти за власним розсудом, у межах закону, можливість застосувати норми закону та вчинити конкретні дії (або дію) серед інших, кожні з яких окремо є відносно правильними (законними) [5]. Якщо узагальнити висловлені в науковій літературі підходи до розуміння судової дискреції та дискреційних повноважень, можна констатувати, що суддівський розсуд – це інтелектуально-вольова діяльність судді щодо тлумачення й застосування норм та ухвалення відповідних рішень, а дискреційні повноваження – це варіанти потенційно можливої та допустимої поведінки суду [6, с. 233]. Водночас такі варіанти можуть бути як передбачені, так і не передбачені процесуальним законом, однак завжди засновані на судовому розсуді, а ступінь і межі свободи такого розсуду завжди різняться залежно від фактичних обставин справи, навіть у разі наявності подібних спірних правовідносин [6, с. 239–240]. Аналіз чинних норм ЦПК дає можливість умовно виокремити дві групи дискреційних повноважень. До першої групи можна віднести передбачені процесуальним законом альтернативні процесуальні повноваження суду, коли суд може обрати на власний розсуд один із варіантів процесуальної поведінки (як приклад можна навести право суду зупиняти або не зупиняти провадження у справі за наявності обставин, визначених у ст. 252 ЦПК). А до другої – можливість суду здійснювати таку процесуальну поведінку, яка прямо не передбачена процесуальним законом, але й не заборонена, відповідає й обмежується виконанням завдань судочинства, водночас суддею застосовуються подібні до певної процесуальної ситуації норми, які суд повинен розтлумачити, але на користь, а не на шкоду учасників справи, з обов'язковим викладенням мотивів учинення тих чи інших процесуальних дій з орієнтацією на основоположні принципи права, зокрема принцип верховенства права (як приклад можна навести повноваження з визначення «поважності» причин пропуску строків, визначення «достатності» доказів для здійснення висновків про встановлення певних фактів, кваліфікування процесуальних дій/бездіяльності учасників як «зловживання процесуальними правами»).

На певних етапах вирішення цивільної справи ЦПК передбачає більше чи менше варіацій для суддівського розсуду. Так, ст. 175 ЦПК досить чітко, вичерпно та конкретно визначено перелік тих реквізитів, які обов'язково мають міститися в позовній заяві. Недодержання викладених вимог призводить до постановлення ухвали про залишення позовної заяви без руху. Проте реєстр судових рішень свідчить про інше: суди вимагають від позивачів та заявників більшого, ніж про те є вказівка в законі. Серед недоліків позовної заяви часто вказуються такі: у позовній заяві не зазначено дату її подання, не додано перекладу копії позовної заяви для відповідача, не за всіма вимогами немайнового характеру сплачено судовий збір, адвокатом не до-

дано договір про надання правової допомоги або судовий збір сплачено не позивачем, а іншою особою, інші так звані «недоліки позовної заяви», які стали наслідком довільного тлумачення суддями вимог до позовної заяви. Так, в ухвалі суду про залишення позовної заяви без руху у справі № 591/6640/20 про розірвання шлюбу вказувалося, що «суду не надано перекладу позовної заяви разом із долученими до неї документами на офіційну мову Ліванської Республіки» [7]. У цій та подібних справах суди посилаються на Інструкцію про порядок виконання міжнародних договорів із питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затверджену наказом Міністерства юстиції України від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54 [8], хоча в цьому документі чітко не визначено, на кому лежить обов'язок із перекладу позовної заяви, а лише вказується: документи, що підлягають врученню згідно з дорученням суду України, складаються мовою запитуваної держави чи іншою мовою, передбаченою міжнародним договором України, або супроводжуються завіреним перекладом такою мовою. Дане питання має бути розв'язане на рівні ЦПК або правових позицій Верховного Суду.

Досить часто суди поряд з іншими недоліками позовної заяви вказують на відсутність вказівки про дату подання такої заяви [9]. Із цим погодитися також не можна, оскільки серед вимог ст. 175 ЦПК така вимога відсутня, а строки вчинення процесуальних дій починають спливати від моменту реєстрації відповідної заяви в канцелярії суду. Досить суперечливою видається й вимога суду доплатити за ще одну вимогу немайнового характеру, наприклад, у справі за позовом про визнання недійсним розірвання шлюбу й анулювання відповідного актового запису [10]. На наше переконання, вимогу про вилучення відповідних записів із реєстрів не можна вважати окремою вимогою немайнового характеру, дії з анулювання актового запису є прямим правовим наслідком недійсності розірвання шлюбу, а отже, є обов'язком відповідних органів РАЦС згідно зі ст. 18 ЦПК щодо обов'язковості судового рішення. І якщо в цій справі щодо кількості вимог можна ще дискутувати, то з ухвалою судді Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області у справі № 686/16830/20 [11] однозначно погодитися не можна, оскільки вимоги одного позивача до трьох співвідповідачів про визнання їх такими, які втратили право користування житловим приміщенням, є не трьома окремими вимогами немайнового характеру, а однією, а тому вимога про необхідність сплатити судовий збір ще за двома вимогами немайнового характеру є неправомірною.

Майже закономірною стала й практика суддів залишати без руху заяви представників у зв'язку з неподанням ними для підтвердження своїх повноважень договору про надання правової допомоги, хоча у ст. 62 ЦПК серед документів, що посвідчують повноваження представників, крім законних представників, перелічені лише довіреність фізичної чи юридичної особи або ордер. Щодо цього Велика палата Верховного Суду в адміністративній справі № П/9901/736/18 постановила: ордер, який видано відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», є самостійним документом, що підтверджує повноваження адвоката; надання договору про правничу допомогу, його копії або витягу разом з ордером чинна редакція Кодексу адміністративного судочинства України не вимагає; адвокат несе кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення суду про повноваження представляти іншу особу в суді, а також умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, установлених договором про надання правничої допомоги [12]. Уважаємо, що зазначений правовий висновок має бути застосований і в розгляді справ у порядку цивільного та в порядку господарського судочинства.

Досить цікавою з погляду підстав для залишення позовної заяви без руху є постанова Касаційного адміністративного суду (далі – КАС) як суду першої інстанції, у якій судом було зазначено, що судовий збір сплачено не позивачем, а громадською організацією, яка не є учасником справи [13]. Велика палата, яка виступала апеляційною інстанцією, уже висловила щодо цього свою думку, відповідно до якої головне – вказати, за подання якої саме позовної заяви сплачено судовий збір, а не якою особою [14].

Такими непередбачуваними для позивача (або заявника) діями суд порушує принцип правової визначеності, відповідно до якого кожна особа, яка звертається до суду з позовною заявою (або заявою), може очікувати відповідних результатів та дій із боку суду у відповідь на заяву в разі додержання чи недодержання чітко встановлених у законодавстві вимог. У наведених ситуаціях суд розширено тлумачить вимоги процесуального законодавства, чим порушує принцип «законних очікувань», на який могла б розраховувати особа під час звернення до суду по захист порушених прав. У такому контексті варто згадати про традиційну для науки процесуального

права концепцію «недопустимості аналогії процесуального закону», адже вимагати більшого від заявників, ніж це прямо передбачено у ст. 175 ЦПК, ст. 160 КАС чи ст. 162 Господарського процесуального кодексу, суд не уповноважений. Суд не може довільно інтерпретувати передумови для звернення до суду або розширювати їх. Подібні дії з боку суду перетворюють його діяльність на свавілля, що напряму суперечить верховенству права і правам людини. Прикривання так званими дискреційними повноваженнями та розсудом суду є недопустимим та недоречним, оскільки обмежується доступ до суду, а отже, порушується принцип верховенства права. Як вказує О.Г. Крижова, ухвалення суддею певного рішення в межах його дискреційних повноважень повинно ґрунтуватися передусім на об'єктивному та загальному принципі верховенства права [15]. Ускладнюється доступ до суду ще й тим, що ухвала про залишення позовної заяви без руху не може бути оскаржена, окрім як із підстави неправильно визначеного судом розміру судового збору. Отже, для того, щоб судова справа була відкрита, заінтересована особа змушена погодитися з усіма викладеними в ухвалі суду зауваженнями та недоліками або повинна дочекатися ухвали про повернення позовної заяви, щоб отримати можливість її оскаржити.

У всіх наведених ситуаціях доречним був би висновок Верховного Суду щодо недопустимості розширеного та досить довільного тлумачення вимог до позовної заяви, оскільки її подання є першим кроком на шляху до реалізації права на судовий захист. Безумовно, судова дискреція має існувати як щодо використання матеріального, так і, у деяких випадках, процесуального закону, проте вона має сприяти доступу до правосуддя, а не створювати додаткові перешкоди для цього.

Неоднозначною з погляду допустимості використання дискреційних повноважень суду є ухвала суду у справі № 129/2082/20 про залишення позовної заяви без руху, у якій, крім інших недоліків, суд вказував, що національним законодавством не передбачено такий спосіб захисту цивільних прав та інтересів, як «зобов'язання принести публічні вибачення» [16], і суд наполягав на уточненні позовних вимог із вказівкою такого способу захисту, який передбачено у ст. 16 Цивільного кодексу (далі – ЦК) або в інших нормах законодавства. І.О. Ромащенко звертає увагу на один виняток із цього загального правила, який міститься в ч. 2 ст. 275 ЦК, де передбачено, що захист особистого немайнового права може здійснюватися також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення, пропонує розширити ст. 16 ЦК і встановити правило, за яким можуть бути застосовані способи захисту, не тільки передбачені законом чи договором, а й інші, що відповідають змісту порушеного права, способу його порушення та наслідкам, спричиненим порушенням [17, с. 32, 33, 37]. У своєму науковому дослідженні О.О. Кулініч стверджує, що в судовому порядку можна лише затвердити мирову угоду або встановити факт порушення особистих немайнових прав; покладення обов'язку вибачитися у примусовому порядку не є правомірним [18, с. 242], вибачення розглядається як добровільна дія, спрямована на компенсацію моральних страждань і відновлення морального, психологічного стану потерпілого; покладення обов'язку принести вибачення у примусовому порядку не матиме необхідного психологічного ефекту через відсутність доброї волі на ці дії [18, с. 239]. За результатами аналізу судової практики вчена робить висновок, що «зобов'язання принести публічне вибачення застосовувалося як форма спростування недостовірної інформації» [18, с. 239]. У ч. 7 ст. 277 Цивільного кодексу визначено, що спростування недостовірної інформації здійснюється таким же способом, яким вона була поширена. Саме ця норма має бути об'єктом розширеного тлумачення та застосування дискреційних повноважень судом під час розгляду справ про захист честі, гідності та ділової репутації, оскільки з розвитком технічного прогресу й інформаційних технологій урізноманітнюються і способи поширення недостовірної або негативної інформації, зокрема в соціальних мережах та месенджерах, які не належать до засобів масової інформації (відповідно до Закону «Про пресу та інші засоби масової інформації»). Саме тому заслуговує на увагу висловлена в літературі думка, що аналогія в застосуванні способів захисту суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів має допускатися лише тоді, коли певне право чи законний інтерес взагалі не можуть бути захищені будь-якими способами захисту, передбаченими законами України [19].

Так само, на нашу думку, не відповідає реаліям сьогодення ст. 278 Цивільного кодексу, яка передбачає заборону поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права, оскільки охоплює випадки поширення інформації тільки через засоби масової інформації (далі – ЗМІ). Однак порушення таких особистих немайнових прав особи, як право на таємницю про особисте життя особи (ст. 302 ЦК) та право на охорону інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях чи інших художніх творах (ст. 308 ЦК), може відбуватися не тільки через ЗМІ. О.О. Кулініч

наводить приклади із судової практики, коли відновити порушене право на захист честі й гідності фізичної особи можна лише у формі публічних вибачень, зокрема, коли поширена інформація є достовірною, але має характер таємниці особистого життя або стосується фотографічних творів із зображенням людини, які належать до особистих паперів фізичної особи [18, с. 240]. На нашу думку, доречно погодитися із цією позицією, адже приниження честі й гідності могло відбуватися не в засобах масової інформації, а в усній (розмовній) формі або шляхом фотомонтажу, унаслідок чого особі завдано сильних душевних страждань, і постраждала особа потребує моральної компенсації у формі вибачень, а не грошової сатисфакції. Отже, відсутність у законодавстві прямої вказівки на «публічні вибачення» як на спосіб захисту особистих немайнових прав не повинна бути перешкодою для звернення до суду, оскільки спростування недостовірної інформації у ЗМІ не завжди є реальним та можливим у зв'язку зі специфічним способом та формою поширення такої інформації. На жаль, доки Верховний Суд не висловив свою правову позицію із зазначеного питання, хоча проблема є досить гострою через актуалізацію й активізацію людського спілкування і поширення інформації шляхом використання соціальних мереж та інших застосунків для поширення інформації.

Висновки. Правові висновки Верховного Суду, вочевидь, мають позитивний вплив на формування сталої судової практики, вони скеровують процесуальні дії судів нижчих інстанцій на правильне правозастосування, проте дотримання правових позицій вищого судового органу в системі судів України є передусім негласним правилом, традицією, оскільки національній системі права невластивий спосіб вирішення судових спорів за допомогою вже наявних прецедентів.

За відсутності юридичних висновків Верховного Суду щодо коректного правозастосування тієї чи іншої неоднозначної норми матеріального або процесуального права або норми, яка потребує розширеного трактування, судді можуть скористатися так званими дискреційними повноваженнями, межами яких мають бути передусім загальновизнані принципи цивільного процесуального права, як-от верховенство права, верховенство прав людини, право на суд, правова визначеність, і скерованість на виконання завдань цивільного судочинства, якими є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ.

На наше переконання, довільне тлумачення судом вимог до позовної заяви є недопустимим, оскільки обмежує доступ особи до суду. Розширювальну інтерпретацію процесуальних вимог до позовної заяви не можна виправдовувати наявними в суду дискреційними повноваженнями, оскільки такі дії порушують принцип правової визначеності, відповідно до якого кожна особа, яка звернулася до суду з позовною заявою, може розраховувати на відповідні дії з боку суду в разі додержання чи недодержання тих вимог, які чітко встановлені у процесуальному законодавстві. На противагу цьому, перелік способів захисту цивільних прав має підлягати розширеному тлумаченню, оскільки значна варіативність порушень цивільних прав унеможливлює чітку регламентацію абсолютно всіх способів захисту від таких порушень.

Список використаних джерел:

1. Правові позиції Верховного Суду у цивільних, господарських та адміністративних справах : практичний посібник / уклад. : В.В. Комаров та ін. ; за ред. В.В. Комарова, Д.Д. Луспеника. Харків : Право, 2019. 872 с.

2. Луспеник Д.Д. Верховний Суд: повноваження Великої Палати та Касаційного цивільного суду щодо забезпечення єдності судової практики. *Право України.* 2018. № 10. С. 86–101.

3. Луспеник Д.Д. Завдання Верховного Суду як суду касаційної інстанції. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/130875-zavdannya-verkhovnogo-sudu-yak-sudu-kasatsiynoyi-instantsiyi.

4. Берназюк Я.О. Співвідношення необхідності забезпечення єдності судової практики та відступу від правових позицій Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). URL: https://protocol.ua/ua/spivvidnoshennya_neobhidnosti_zabezpechennya_ednosti_sudovoi_praktiki_ta_vidstupu_vid_pravovih_pozitsiy_verhovnogo_sudu_(na_prikladi_virishennya_publichno_pravovih_sporiv)/.

5. Закурін М.К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв. URL: https://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/721.

6. Колісник О.В. Теоретичні та практичні проблеми реалізації дискреційних повноважень суду в цивільному процесі. *Державне будівництво та місцеве самоврядування :* збірник наукових праць / редкол. : С.Г. Серьогіна та ін. Харків : Право, 2019. Вип. 37. С. 231–246.

7. Ухвала Зарічного районного суду м. Суми у справі № 591/6640/20 від 11 листопада 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92793840.

8. Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень : наказ Міністерства юстиції України, Державної судової адміністрації від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08#Text.

9. Ухвала Білокуракинського районного суду Луганської області у справі № 409/2542/19 від 4 листопада 2019 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85402613.

10. Ухвала Червонозаводського районного суду м. Харкова у справі № 646/5808/20 від 6 жовтня 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92104718.

11. Ухвала Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області у справі № 686/16830/20 від 21 липня 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90527114#.

12. Постанова Великої Палати у справі № П/9901/736/18 від 5 грудня 2018 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/78378934.

13. Постанова Касаційного адміністративного суду у справі № 9901/144/20 від 4 червня 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89627538.

14. Постанова Великої Палати у справі № 9901/144/20 від 30 вересня 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92270732.

15. Крижова О.Г. Дискреційні повноваження суду в контексті дотримання принципу верховенства права. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 827. С. 159–162. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_827_28.

16. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва у справі № 129/2082/20 від 10 листопада 2020 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92749470.

17. Ромащенко І.О. Зміна та припинення цивільного правовідношення як способи захисту цивільних прав. Київ : Алерта, 2016. 242 с.

18. Кулініч О.О. Застосування вибачення як способу захисту прав при неправомірному використанні фотографічного твору: огляд судової практики. *Часопис Київського університету права.* 2013. № 4. С. 238–242.

19. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, 2010. Т. 1 : Загальні положення. 320 с.

УДК 347.961
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.11

КОЛОМІЄЦЬ Я.Л.

ВИЗНАЧЕННЯ БЕЗСПІРНОСТІ ПІД ЧАС ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧИХ НАПИСІВ

DETERMINATION OF INDISPUTABILITY DURING THE EXECUTION OF ENFORCEMENT INSCRIPTIONS

Стаття присвячена дослідженню одного з видів позасудової форми захисту майнових прав та інтересів кредитора – виконавчому напису. Спираючись на результати вивчення думок науковців і практику, встановлено ефективність його існування у правовому полі України. Констатовано, що, на відміну від судової форми захисту, він процесуально є більш швидким, зручним і простим у втіленні. Інститут виконавчого напису є правовою гарантією збереження предмета застави, бо надає можливість кредитору в найкоротший час отримати виконавчий документ і звернутися до виконавчої служби для його виконання. Такий процесуальний порядок дозволяє уникнути небажаних затримок, які призводять до знищення, пошкодження або втрати майна, на яке спрямовані претензії кредитора.

Дослідження інституту виконавчого напису було і залишається сферою наукових інтересів вітчизняних учених. Зокрема, науковці вивчали його мету, умови, порядок вчинення й оскарження в суді. Незважаючи на велику кількість праць, присвячених цьому інституту, нині в науці цивільного процесу існує багато думок стосовно суті поняття «виконавчий напис», як наслідок, фахівці його по-різному тлумачать і розкривають зміст. Водночас поняття «безспірний порядок стягнення» і «безспірність заборгованості» під час учинення виконавчого напису розглядалися в загальних рисах, хоча дослідження їхньої суті **цікаве і корисне, на наше** переконання, не лише для науки, а й для судової практики, зокрема в разі його використання під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню. Спираючись на сказане, стверджується, що вивчення згаданих понять, точніше їх суті та значення, є актуальним і своєчасним.

Обґрунтовано, що в постановах Верховного Суду України та постановах Верховного Суду, які з'явилися за останні 5 років і в яких відображено його правові позиції, поняття «безспірність заборгованості» трактується по-іншому, ніж це було раніше в судовій практиці. Доведено, що надання Верховним Судом України тлумачення поняття «безспірність заборгованості» впливає на практику судів, винесення ними законних і обґрунтованих рішень. Розуміння безспірності заборгованості як відсутності заперечень із боку боржника є хибним, оскільки дає можливість боржнику визнати виконавчий напис таким, що не підлягає виконанню, навіть якщо він учинений нотаріусом відповідно до вимог закону. Отже, руйнується сама ідея існування у праві безспірного позасудового порядку захисту майнових прав та інтересів кредитора.

Ключові слова: *безспірність, безспірна заборгованість, безспірний порядок, виконавчий напис, нотаріус, оскарження виконавчого напису.*

The article is devoted to the studying of one type of extrajudicial form of the protection of property rights and interests of the creditor, namely the enforcement inscription by a notary, which has proven its effectiveness during its existence within the legal framework of Ukraine. Unlike the judicial form of protection, in terms of the procedure, it is faster, more convenient and can be executed easier. The institution of the enforcement inscription is a legal safeguard of the continuance of the pledged property since enables the creditor to acquire the enforcement order as soon as possible and to apply to the executive service at to its execution. This procedure prevents from

© КОЛОМІЄЦЬ Я.Л. – кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного процесу (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

unnecessary delays leading to the destruction, damage or loss of the property to which the creditor's claims are directed.

The study of the institution of enforcement inscription was and remains the field of scientific interests of many domestic scientists. In the science of civil procedure, there exist a range of scientific viewpoints, which vary in the way they reveal the concept of enforcement inscription. Its purpose, conditions, the procedure of execution, rules for recourse to court were investigated. However, the concepts "indisputable recovery procedure" and "indisputable indebtedness" during the execution of the enforcement inscription have not been the subject of special research.

The study of the given terms is of special interest not only of science but also in terms of its use in judicial practice when the nullity suits are considered seeking to invalidate the enforcement inscription of a notary. In the legal positions expressed in the rulings of the Supreme Court of Ukraine, which have appeared over the past five years, the concept of "indisputability of indebtedness" is interpreted differently than it was before in judicial practice. The new understanding and interpretation of the "indisputability of indebtedness" in the rulings of the Supreme Court of Ukraine affect the court practice and the rendering of lawful and reasonable judicial decisions.

Understanding the "indisputability of indebtedness" due to the lack of objections from the debtor is wrong because it allows the debtor to invalidate the enforcement inscription as unenforceable, even if it is executed by a notary in accordance with the law. Thus, the very idea, that an indisputable extrajudicial procedure for the protection of property rights and interests of the creditor exists in law, is destroyed.

Key words: *indisputability, indisputable indebtedness, indisputable procedure, enforcement inscription, notary, recourse to court to invalidate enforcement inscription.*

Вступ. Використання такої правової категорії, як «виконавчий напис», на території України має сталу юридичну історію. Зокрема, механізм його застосування знайшов відображення в таких актах, як: «Положення про державний нотаріат» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені постановою Ради народних комісарів Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – УРСР) від 9 серпня 1944 р. № 1016; «Положення про державний нотаріат», затверджене постановою Ради Міністрів УРСР від 26 грудня 1956 р. № 1536; «Положення про державний нотаріат Української РСР» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені постановою Ради Міністрів УРСР від 31 грудня 1964 р. № 941; Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріальними конторами УРСР, затверджена наказом Міністерства юстиції УРСР від 31 жовтня 1975 р. № 45; «Перелік документів, по яких стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор», затверджений постановою Ради Міністрів УРСР від 12 жовтня 1976 р. № 483; «Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», затверджена наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5. Відповідні правові позиції інституту виконавчого напису, викладені в названих правових актах, були продовжені і розвинені національним законодавством України після проголошення Акта незалежності України від 24 серпня 1991 р.

У результаті вивчення приписів згаданих документів можемо стверджувати, що виконавчий напис виступає основним елементом позасудової форми захисту прав та інтересів кредитора. У контексті сказаного зауважимо, що вказана позасудова форма довела свою ефективність, вигідність і зручність, оскільки безумовними її перевагами, на відміну від судової, є її швидкість, зручність, прозорість і простота застосування. Крім того, інститут виконавчого напису є правовою гарантією збереження предмета застави, бо дає можливість кредитору в найкоротший строк отримати виконавчий документ і звернутися до виконавчої служби для його виконання. Такий процесуальний порядок дозволяє уникнути небажаних затримок, що призводять до знищення, пошкодження або втрати майна, на яке спрямовані претензії кредитора.

Постановка завдання. У Законі України «Про нотаріат» (у редакції від 2 вересня 1993 р. № 342–XII, Цивільному кодексі України (у редакції від 19 червня 2003 р. № 980–IV, Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженому наказом Мін'юсту України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 (далі – Порядок) та інших законодавчих актах не надається визначення

поняття «виконавчий напис». Як наслідок, у науці цивільного процесу існувало й нині існує багато думок стосовно суті цього поняття, учені по-різному розкривають зміст і значення даної правової категорії. З огляду на вказане дослідження інституту виконавчого напису було і залишається сферою наукових інтересів вітчизняних науковців, серед яких варто згадати К.С. Юдельсона, В.В. Комарова, В.В. Баранкову, С.Я. Фурсу, І.І. Строкач, А.Г. Серветник. Поняття «безспірний порядок стягнення» і «безспірність заборгованості» під час учинення виконавчого напису розглядалися вченими в загальних рисах, опосередковано, що, безумовно, надає простору для подальших дискусій і аналізу. Так, І.С. Мельник наголошує, що невизначеність природи виконавчого напису зумовлена саме невизначеністю безспірності, що виступає підставою для видачі цього документа: безспірний порядок стягнення чи безспірність вимоги [4, с. 156]. Така постановка питання є слушною, оскільки трактування суті та розкриття вищевказаних термінів під час учинення виконавчого напису нотаріусом є вкрай важливими як у теоретичному, так і у практичному аспектах. Щоправда, і це головне, за часів незалежної України законодавство в цій сфері змінилося, багато в чому завдяки тому, що в судовій практиці під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, поняття «безспірність заборгованості» стало трактуватися інакше. Як наслідок, змінилася концептуальна модель процесу вчинення (застосування) виконавчого напису як спеціальної позасудової форми захисту прав та інтересів кредитора, що, вочевидь, поставило під сумнів доцільність існування самого цього інституту як самостійного (окремого) позасудового способу захисту цивільного права.

Результати дослідження. Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України, виключно законами України визначаються організація і діяльність нотаріату. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про нотаріат», правовою основою діяльності нотаріату є Конституція України, цей Закон, інші законодавчі акти України.

Правовий порядок в Україні за ч. 1 ст. 19 Конституції України ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством, зокрема і нотаріус, який діє тільки на підставі, у межах повноважень і способом, які визначені Конституцією України, законами й іншими законодавчими актами України. Повноваження нотаріуса щодо вчинення виконавчих написів, умови й порядок їх учинення встановлені ст. 18 Цивільного кодексу України, ст. ст. 87–89 Закону України «Про нотаріат», ст. 20 Закону України «Про заставу», ст. ст. 12, 33, 35 Закону України «Про іпотеку», ст. 7 Закону України «Про фінансовий лізинг», ст. 13 Закону України «Про аграрні розписки», ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна», гл. 16 «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» і постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172, якою затверджено «Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів» (далі – Перелік). Будь-які інші дії нотаріуса, не передбачені нормами законодавства, є незаконними незалежно від їх мотивів чи доцільності.

Керуючись виключно вищевказаними нормативними положеннями чинного законодавства, нотаріус має право (і водночас він же зобов'язаний) учинити виконавчий напис у разі звернення до нього кредитора (стягувача) у встановленому порядку, однак за умови, що подані кредитором документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем і якщо із дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років.

Передумовами вчинення виконавчого напису виступають певні матеріальні правовідносини (кредитні, господарські тощо), що виникли між боржником і кредитором на підставі правочину, договору, угоди чи іншого зобов'язання (основне зобов'язання), відповідно до яких боржник повинен сплатити певну суму або повернути майно кредитору у визначений основним зобов'язанням строк за послугу, яка вже була йому надана кредитором. У разі, якщо боржник не виконує взятих на себе договірних зобов'язань або виконує їх не в повному обсязі, наприклад, не сплачує визначену суму у встановлений строк, у нього виникає заборгованість та/або обов'язок повернути певне майно (наприклад, відповідно до ст. 7 Закону України «Про фінансовий лізинг», лізингодавець має право вимагати повернення предмета лізингу від лізингоодержувача на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо лізингоодержувач не сплатив лізинговий платіж частково або в повному обсязі і прострочення сплати становить більше 30 днів [7]).

Виходячи зі структури описаних вище правовідносин, можна вести мову про те, що порушуються майнові права й законні інтереси кредитора, оскільки свої зобов'язання перед боржником він уже виконав, а перший натомість не виконує або неналежним чином виконує зобов'язання, які він взяв на себе добровільно, зобов'язався нести відповідальність за їх належне виконання. З огляду на це цікавим є визначення виконавчого напису, запропоноване

І.І. Строкач, за яким виконавчий напис розглядається як фіксація нотаріусом безспірного правопорушення з боку боржника на оригіналі документа, який підтверджує його заборгованість [9, с. 2]. У даному разі підкреслюється саме факт порушення боржником прав кредитора, тому останній передусім бажає відновлення порушеного матеріального права, а саме отримати певну суму грошей чи повернути майно. Факт порушення договірного зобов'язання боржником за національним законодавством України передбачає можливість застосування примусових заходів для виконання зобов'язань.

Примусовий спосіб стягнення заборгованості чи повернення майна може відбуватися у двох правових формах, а саме на підставі:

(а) рішення суду (спірний, судовий порядок);

(б) виконавчого напису нотаріуса (безспірний, нотаріальний порядок).

Отже, кредитор (стягувач), який не отримав у визначений строк певну суму, може звернутися до суду для отримання рішення або ж до нотаріуса для отримання виконавчого напису. У разі звернення кредитора до нотаріуса останній зобов'язаний учинити виконавчий напис за фактом звернення й за умови надання кредитором (стягувачем) усіх документів, які підтверджують безспірність заборгованості або іншу відповідальність боржника перед ним. У подальшому стягувач, отримавши виконавчий напис, що має статус виконавчого документа, щоб відновити своє порушене матеріальне право (отримати певну суму грошей або визначене майно), може звернутися з ним до виконавчої служби.

По суті, шляхом учинення виконавчого напису нотаріус (як і суддя) виконує найважливішу функцію захисту цивільних прав та інтересів особи, а стягувач реалізує своє право на примусове виконання зобов'язання боржником у позасудовому безспірному порядку.

За розглянутої моделі правовідносин між кредитором і боржником законодавець акцентує на захисті нотаріусом майнових прав чи інтересів кредитора (стягувача). У зв'язку із цим може виникати відчуття, що законодавець «забув» про те, що боржник також повинен мати право захисту майнових прав та інтересів, а отже, виникає таке враження, начебто він позбавлений цього права, якщо буде вважати його порушеним. Щоб розвіяти це, треба звернутися до положень ст. 50 Закону України «Про нотаріат», за якими «нотаріальна дія або відмова у її вчиненні оскаржуються до суду. Право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії» [6].

Як бачимо, можливість оскарження нотаріальних дій або відмови в їх учиненні забезпечує законність нотаріального провадження і захист прав та інтересів учасників нотаріального процесу, тобто боржник має право звернутися до суду з позовом про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню. У цьому контексті зауважимо, що можна погодитися з думко Г. А. Серветник, що саме «визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню», є єдиним адекватним способом захисту порушених прав боржника, на відміну від помилково обраних: «визнання виконавчого напису нотаріуса недійсним», «скасування виконавчого напису», «оскарження виконавчого напису» тощо [8, с. 174].

За нормами законів, які регулюють порядок учинення виконавчих написів, позивач (боржник) може звертатися до суду з позовом про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, якщо була порушена одна із двох обов'язкових умов учинення виконавчого напису, а саме: а) подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем; б) із дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років.

У підсумку зазначимо, що позов про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, може бути подано, якщо кредитором для вчинення виконавчого напису були подані не всі документи, які підтверджують безспірність заборгованості, визначені в Переліку, або подані документи не підтверджують безспірності заборгованості чи іншої відповідальності боржника. Крім того, подання позову можливе, якщо кредитором було пропущено строк позовної давності звернення за вчиненням виконавчого напису. Проте аналіз судової практики свідчить, що позови подаються не лише з перелічених підстав, а і з тієї підстави, що заборгованість, яка виникла в боржника, не є безспірною. У зв'язку із цим вбачається за необхідне розкрити суть термінів «безспірність заборгованості» і «безспірний порядок стягнення», до речі, останній містить складову частину безспірності, але в іншому контексті. До того ж поняття «безспірність» цікавить нас не лише з наукового погляду, а і з погляду використання його в судовій практиці під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню. Згідно із правовими позиціями, висловленими в постановах Верховного Суду України та Верховного Суду, які з'явилися за останні 5 років, поняття «безспірність заборгованості» трактується по-ін-

шому, ніж це було раніше в судовій практиці. Нове розуміння і тлумачення безспірності заборгованості, звісно, впливає на практику судів, винесення судами законних і обґрунтованих рішень.

У контексті сказаного зауважимо, що термін «безспірний порядок стягнення» вперше з'являється в законодавстві УРСР у 1976 р. в постанові Ради Міністрів УРСР «Перелік документів, по яких стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор» і використовується на позначення стягнення майна й коштів без втручання органу, що розглядає майнові спори. Оскільки нотаріус працює в межах безспірної юрисдикції, то вказівка на «безспірний порядок стягнення» прямо передбачає нотаріальну процедуру вчинення виконавчого напису. На думку В.П. Воложаніна, «видача виконавчого напису характеризується передусім не безспірністю заявленої вимоги, а безспірністю порядку стягнення» [1, с. 15], оскільки безспірність відображає характер нотаріальної діяльності. Як зазначалося вище, примусове виконання зобов'язань може здійснюватися нотаріусом шляхом учинення виконавчого напису, а отже, вказівка на «безспірний порядок стягнення» у назві постанови Кабінету Міністрів України «Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів» означає, що існує можливість позасудового порядку примусового виконання зобов'язання нотаріусом в деяких випадках. Зокрема, у положеннях Переліку визначено, у яких випадках можливе позасудове примусове виконання зобов'язання (нотаріально посвідчені договори, що передбачають сплату грошових сум, передачу або повернення майна, кредитні договори тощо), а також те, які документи необхідно надати кредитору (стягувачу) для того, щоб нотаріус, дослідивши їх, учинив нотаріальну дію.

Один із перших вітчизняних дослідників виконавчого напису К.С. Юдельсон зазначає, що в основу розмежування спірної і безспірної заборгованості законодавством вкладено не особисте ставлення боржника до пред'явленої вимоги (суб'єктивна ознака), а об'єктивну ознаку, тобто такий фактичний склад і характер правовідносин, який за загальним правилом виключає можливість оскарження заборгованості [10, с. 176]. У свою чергу, І.І. Строкач наголошує, що безспірна заборгованості – це така заборгованість боржника, яка виключає можливість спору з боку боржника щодо її розміру, строку, за який вона нарахована [9, с. 25], і пропонує її розподіляти на умовно безспірну й абсолютно безспірну [9, с. 9]. Деякі науковці зазначають, що безспірність заборгованості може встановлюватися тільки боржником [2, с. 256].

Аналіз судової практики показує, що під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, суди керуються визначенням безспірності, що міститься у правових позиціях, висловлених у постановах Верховного Суду України (далі – ВСУ) у справах: № 6–887цс17 від 5 липня 2017 р.; № 6–141цс від 11 березня 2015 р.; № 6–158цс15 від 20 травня 2015 р.

Так, у постанові ВСУ від 5 липня 2017 р. у справі № 6–887цс17 зазначено, що для правильного застосування положень ст. ст. 87, 88 Закону України «Про нотаріат» під час вирішення спору про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, суд повинен перевірити доводи боржника в повному обсязі, установити й зазначити в рішенні, чи справді на момент учинення нотаріусом виконавчого напису боржник мав безспірну заборгованість перед стягувачем, тобто чи існувала заборгованість узагалі, чи була заборгованість саме такого розміру, який вказано у виконавчому написі, та чи не мало місце не вирішення по суті спорів щодо заборгованості або її розміру станом на час учинення нотаріусом виконавчого напису [5].

З вищенаведеного можна зробити висновок, що науковці й судді сприймають «безспірність заборгованості» крізь призму юриспруденції, а саме через відсутність спору щодо заборгованості з боку боржника, тобто відсутність заперечень боржника щодо наявності самої заборгованості (яку зазначає К.С. Юдельсон, через суб'єктивну ознаку).

Проте положення п 3.2 гл. 16 Порядку закріплюють протилежний правовий зміст, інше розуміння терміна «безспірність заборгованості», акцент законодавець робить на тому, що безспірність заборгованості підтверджують лише документи, тобто безспірність пов'язана тільки і виключно з документами, що передбачені Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172. Отже, законодавець не пов'язує безспірність заборгованості із суб'єктивними чинниками (відсутність заперечень із боку боржника, його ставлення до процесу вчинення нотаріальної дії тощо), а з наявністю пакета визначених документів, які (і виключно які) безпосередньо підтверджують факт безспірності заборгованості.

Якщо ж звернутися до «Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5, яка діяла до чинного натепер Порядку, то її п. 284 містив таке визначення поняття «безспірність заборгованості»: «Заборгованість або інша відповідальність боржника вважається безспірною і не потребує додаткового доказування у випадках, якщо подані для вчинення виконавчого напису документи передбачені Переліком документів, за якими стягнення провадиться у безспірному порядку, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України» [3], тобто раніше законодавець вказував, що безспірність заборгованості пов'язується з наявністю певних документів, а не з особистим ставленням боржника до неї. Закон України «Про нотаріат» не передбачає і не покладає на нотаріуса обов'язку з перевірки наявності безспірної заборгованості боржника перед стягувачем шляхом дослідження інших документів, не зазначених у цьому Переліку, а отже, найбільш правильним трактуванням вищезазначених законодавчих норм і таким, що відповідає первинному задуму законодавця, є те, що в основу розмежування спірної і безспірної заборгованості законодавством покладене не особисте ставлення боржника (суб'єктивна ознака) до вимоги, а фактичний склад документів, визначений законодавством (об'єктивна ознака).

Отже, «безспірність заборгованості» – це не відсутність заперечень боржника, а повнота й достатність документів, що надаються нотаріусу, які законодавець визнав достовірними, незаперечними, неспростовними, безспірними щодо наявності заборгованості в боржника перед кредитором. Для порівняння, якщо звернутися до такого документа, як свідоцтво про народження, то він достовірно, незаперечно, неспростовно, безспірно підтверджує факт родинних зв'язків між батьками й дітьми. І тому нотаріус зобов'язаний прийняти такий документ і не має права (не зобов'язаний) перевіряти чи встановлювати будь-яким іншим способом факт батьківства.

Що стосується заперечень із боку боржника, то їх наявність або відсутність можуть бути встановлені нотаріусом лише з документів, які надає кредитор, а не будь-яких інших документів чи будь-яким іншим способом. Крім того, наявність таких заперечень позивача не може бути підставою для відмови нотаріуса у вчинені виконавчого напису кредитору / стягувачу, оскільки законом встановлюються вимоги виключно до документів, які надає кредитор, оцінює нотаріус, на підставі яких учиняється виконавчий напис.

Додамо, що підставами для відмови у вчиненні виконавчого напису нотаріусом є підстави, зазначені у ст. 49 Закону України «Про нотаріат» і в п. 1.3 гл. 16 Порядку. Серед них не передбачено таких, як заперечення з боку боржника щодо безспірності заборгованості або іншої відповідальності. Навіть якщо змоделювати ситуацію, що боржник особисто прийшов до нотаріуса, який учиняє виконавчий напис і висловлює усні чи письмові заперечення щодо заборгованості чи наявності іншого зобов'язання перед кредитором, то його особисті заперечення не можуть вплинути на процес учинення нотаріальної дії.

Висновки. Аналіз судової практики свідчить, що під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, суди використовують правові позиції, викладені в постановах Верховного Суду України у справах № 6–887цс17 від 5 липня 2017 р.; № 6–141цс від 11 березня 2015 р.; № 6–158цс15 від 20 травня 2015 р.

Якщо «безспірність заборгованості» тлумачити через суб'єктивну ознаку (через особисте ставлення боржника до вимоги), як запропоновано у вищезгаданих постановах Верховного Суду України й інших постановах Верховного Суду, то це дає боржнику змогу оскаржувати виконавчий напис, який за своїми змістом і суттю відповідає закону, тобто боржник, який порушує права кредитора шляхом невиконання добровільно взятого на себе зобов'язання, також може перешкоджати кредитору в позасудовій формі швидко захистити і відновити свої права й інтереси шляхом подання позовної заяви лише з тієї підстави, що він уважає заборгованість спірною. Унаслідок такого розуміння безспірності заборгованості суди під час розгляду справ помилково досліджують особисте ставлення боржника до заборгованості, а не фактичний склад документів, як це було раніше в судовій практиці. Навіть більше, можливість такого впливу на виконавчий напис із боку боржника взагалі руйнує саму ідею існування у праві безспірного позасудового порядку захисту майнових прав та інтересів кредитора.

Отже, судам під час розгляду справ про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, необхідно керуватися тим, що безспірність заборгованості встановлюється законодавством через наявність документів, визначених у законі, а не через суб'єктивне ставлення боржника до заборгованості.

Список використаних джерел:

1. Воложанин В.П. Исполнительная надпись как средство правовой защиты. *Советская юстиция*. 1966. № 15. С. 15–16.
2. Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотаріат : підручник. Харків : Право, 2019. 416 с.
3. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5. Дата оновлення: 07.03.2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0283-04#Text (дата звернення: 18.12.2020).
4. Мельник І.С. Процесуальні особливості вчинення виконавчих написів за нотаріально посвідченими правочинами. *Наше право*. 2013. № 10. С. 155–160.
5. Постанова Верховного Суду України від 5 липня 2017 р. № 6–887цс17. URL: https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-887cs17.
6. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3426–XII. Дата оновлення: 01.12.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text (дата звернення: 18.12.2020).
7. Про фінансовий лізинг : Закон України від 14 січня 1999 р. № 394–XIV. Дата оновлення: 16.01.2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/723/97-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 18.12.2020).
8. Серветник А.Г. Виконавчий напис нотаріуса як спосіб реалізації нотаріальної форми захисту цивільних прав : дис. … докт. філос. Київ, 2020. 232 с.
9. Строкач І.І. Виконавчий напис нотаріуса в цивілістичному процесі : дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 228 с.
10. Юдельсон К.С., Кац А. К. Научно-практический комментарий к Положению о государственном нотариате. Москва, 1970. 216 с.

УДК 347.965
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.12

ПАРИЗЬКИЙ І.В.

ОСОБЛИВОСТІ МАРКЕТИНГУ АДВОКАТСЬКИХ ПОСЛУГ: ОБМЕЖЕННЯ ТА МОЖЛИВОСТІ

FEATURES OF MARKETING OF LEGAL SERVICES: LIMITATIONS AND OPPORTUNITIES

Статтю присвячено дослідженню суті та структури комплексу маркетингу адвокатських послуг. Зосереджено увагу на зростанні конкуренції на ринку адвокатських послуг та зростанні ролі маркетингу. Розкрито зміст складових елементів комплексу маркетингу у сфері адвокатської діяльності: послуги, ціни, місця та умов ведення діяльності, просування послуг. Досліджено питання допустимості та обмежень використання реклами в адвокатській діяльності. Зроблено висновок щодо недоцільності ігнорування потенціалу реклами з урахуванням нормативних та етичних обмежень реалізації адвокатської професії та статусу адвокатури. Надано рекомендації щодо вдосконалення маркетингу адвокатських послуг в Україні. З'ясовано, що маркетинг адвокатських послуг – це цілеспрямована діяльність осіб, які надають правову допомогу, що забезпечує підвищення їхньої конкурентоздатності на ринку, сприяє залученню нових клієнтів і в результаті призводить до підвищення якості надання послуг. Проте, зважаючи на вищезазначене, повноцінний маркетинг адвокатських послуг в Україні тільки починає зароджуватися та вимагає вдосконалення у зв'язку з постійним та динамічним розвитком ринку юридичних послуг та необхідністю забезпечити можливість адвокатам реалізувати всі свої професійні компетенції й отримувати гідний дохід від ведення діяльності, а громадян України відкрити доступ до якісних адвокатських послуг, що у цілому сприятиме побудові правової держави та громадянського суспільства. Зроблено висновок, що нині ефективна робота адвокатів можлива за умови урахування ринкових умов діяльності, посилення конкуренції між фахівцями у сфері правової допомоги, що, як наслідок, вимагає впровадження маркетингових засад у ході надання та просування адвокатських послуг. Елементи комплексу маркетингу (послуги, місце їх надання, ціна та просування) дають змогу адвокатам донести до споживачів необхідну інформацію про адвокатську діяльність, підвищити якість юридичного обслуговування та отримати конкурентні переваги. Оскільки маркетинг юридичних послуг в Україні перебуває у процесі становлення та потребує правового врегулювання та організаційно-економічного забезпечення, це окреслює напрям подальшого наукового пошуку.

Ключові слова: *адвокатська діяльність, адвокатські послуги, адвокати, маркетинг, реклама, оплата адвокатських послуг, адвокатська етика.*

The article is devoted to the study of the essence and structure of the complex of marketing of legal services. The focus is on increasing competition in the legal services market and the growing role of marketing. The content of the constituent elements of the marketing complex in the field of advocacy is revealed: services, prices, places and conditions of conducting business, promotion of services. The issue of admissibility and restrictions on the use of advertising in advocacy is studied. It is concluded that it is inexpedient to ignore the potential of advertising, taking into

© ПАРИЗЬКИЙ І.В. – доктор економічних наук, кандидат юридичних наук, професор кафедри маркетингу, економіки, управління та адміністрування, проректор зі стратегічного розвитку (Національна академія управління)

account the regulatory and ethical restrictions on the implementation of the legal profession and the status of the legal profession. Recommendations for improving the marketing of legal services in Ukraine are provided. It has been found that the marketing of legal services is a purposeful activity of legal aid providers, which increases their competitiveness in the market, helps to attract new clients and, as a result, improves the quality of services. However, in view of the above, full-fledged marketing of legal services in Ukraine is just beginning to emerge and requires improvement due to the constant and dynamic development of the legal services market and the need to enable lawyers to exercise all their professional competencies and earn a decent income. Ukraine to open access to quality legal services, which in general will contribute to building the rule of law and civil society. It is concluded that now the effective work of lawyers is possible provided that market conditions are taken into account, increased competition between legal professionals, which, in turn, requires the introduction of marketing principles in the provision and promotion of legal services. Elements of the marketing complex (services, place of their provision, price and promotion) allow lawyers to convey to consumers the necessary information about advocacy, improve the quality of legal services and gain competitive advantage. Since the marketing of legal services in Ukraine is in the process of formation and requires legal regulation and organizational and economic support, it outlines the direction of further research.

Key words: *advocacy activity, advocacy services, advocates, marketing, advertising, payment for advocacy services, advocacy ethics.*

Вступ. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 [1], адвокат здійснює незалежну професійну діяльність щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Причому в умовах ринкової економіки послуги, що надаються адвокатами, не становлять жодного винятку та перетворилися на продукт, який підлягає маркетингу [2].

Особливо потреба у маркетингу адвокатських послуг загострилася у зв'язку зі значним зростанням чисельності адвокатів в Україні в останні роки. За даними Єдиного реєстру адвокатів України [3], станом на 11.11.2020 кількість адвокатів, які отримали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, сягнула 58 776 тис осіб, що в 2,1 рази перевищує кількість адвокатів в аналогічний період 2014 р. та в 1,1 рази більше, ніж у 2019 р. (рис. 1).

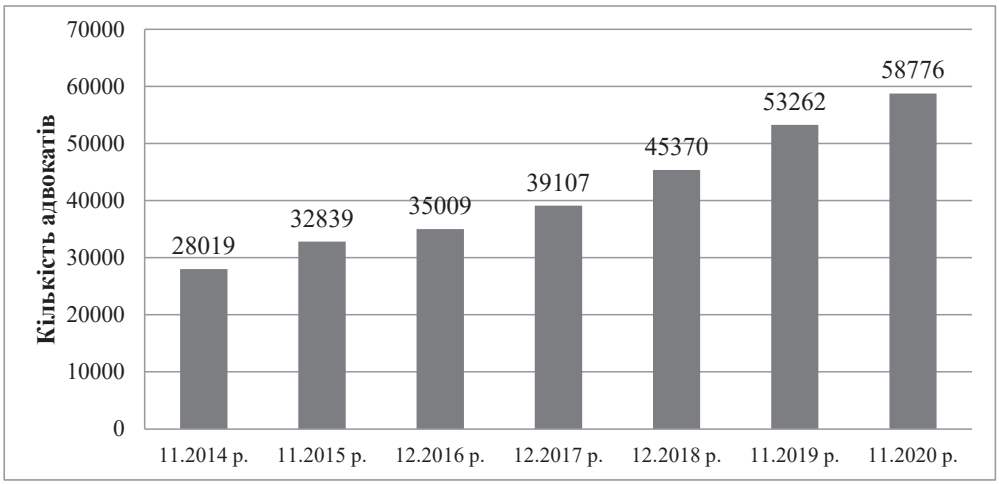

Рис. 1. Динаміка кількісного складу адвокатів в ЄРАУ у 2014-2020 рр., осіб
Джерело: складено за [3]

Окрім того, за останні три місяці до реєстру адвокатів додалося ще 800 осіб, що свідчить про посилення конкуренції між спеціалістами у сфері надання правової допомоги, що є ознакою формування ринку адвокатських послуг в Україні. Це, своєю чергою, підвищує необхідність визначення загальних особливостей маркетингу адвокатських послуг з урахуванням нормативно-правових обмежень та можливостей, зумовлюючи актуальність даного дослідження.

Теоретичні основи комплексу маркетингу, зокрема для сфери юридичних послуг, розглядалися у працях таких зарубіжних і вітчизняних учених, як: М. Бітнер [6], Б. Бомс [6], Е. Джером Маккарті [5], І. Головань [4], К. Лавлок [8], Т. Пухова [2], О. Хохуляк [7] та ін. Питання просування адвокатських послуг за рахунок реклами вивчали Л. Ендрюс [14], К. Мітчелл [13], А. Бірюкова [9], І. Копєлєв [11], О. Скрябін [11] та ін. Водночас спеціалізованих досліджень, спрямованих на визначення особливостей маркетингу саме для сфери адвокатських послуг, практично немає.

Постановка завдання. Метою статті є визначення особливостей маркетингу адвокатських послуг з урахуванням існуючих обмежень та можливостей.

Результати дослідження. Адвокатська діяльність є незалежною професійною діяльністю адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту, основана на таких вимогах, як законність, етичність, професіоналізм та добропорядність, але водночас вона має оплачуваний характер та є джерелом забезпечення адвоката, тому зрозумілим є прагнення адвокатів до комерціалізації сфери правових послуг та реалізації адвокатської діяльності на оплачуваній основі.

Із сучасними тенденціями посилення конкуренції на ринку адвокатських послуг в Україні виникає потреба формування конкурентних переваг його учасників, які можливо забезпечити шляхом використання ними у своїй професійній діяльності маркетингового підходу.

Сучасний маркетинг у загальному вигляді є системою організації всієї діяльності фізичної чи юридичної особи для розроблення, провадження й збуту послуг (товарів) з урахуванням комплексного вивчення ринку і запитів покупців для одержання максимального прибутку. Базою теорії та практики маркетингу є класичний комплекс маркетингу підприємства, який запропонував Е. Джером Маккарті у 1960 р. і який включає чотири елементи (4Р): товарну (Product), збутову (Place), цінову (Price) та комунікаційну (Promotion) маркетингову політику [5].

Із подальшим розвитком ринкових відносин до класичного комплексу науковці додали ще один елемент – людей (People), утворивши модель 5Р комплексу маркетингу, типову для сфери послуг. М. Бітнер та Б. Бомс [6, с. 19] запропоновували концепцію 7Р, яка, крім основних чотирьох, містила додаткові елементи: фізичні атрибути (Physical evidence) – матеріальне середовище, в якому надається послуги, що впливають на її якість, на поточні та майбутні замовлення; люди (People) – усі, хто присутній під час надання послуги, включаючи персонал та споживачів; процес (Process) – сукупність процедур, механізмів, видів діяльності, необхідних для продукування послуги. Такої ж думки щодо забезпечення комплексу маркетингу 7Р у сфері юридичних послуг притримується О.О. Хохуляк [7]. Натомість міжнародний експерт маркетингу послуг К. Лавлок [8] у 2004 р. сформував ширшу концепцію – 8Р, додавши до вже зазначених складників ще один, – продуктивність та якість (Productivity and Quality). При цьому основним об'єктом його уваги є не лише ступінь ефективності процесу перетворення вхідних ресурсів на кінцевий результат (повнота та швидкість надання послуг), а й їх якісне надання (ступінь задоволення споживачів послугами, їх відповідність потребам, побажанням і очікуванням).

Утім, незважаючи на наявність різних моделей комплексу маркетингу, маркетинг у сфері адвокатських послуг пропонуємо розглядати, базуючись на класичній моделі маркетингу з урахуванням особливостей адвокатської діяльності та нормам, що регулюють таку діяльність в Україні.

Слід звернути увагу, що види послуг (Product) та засади оплати праці (Price) адвокатів як елементи маркетингу мають однакові засади для всіх осіб, що здійснюють адвокатську діяльність, та визначені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 5076-VI від 05.07.2012 [1]. За таких умов конкурента перевага переважно залежить від професійних якостей адвоката й якості надання ним послуг. Зокрема, ст. 19 цього Закону встановлює, що основними видами адвокатської діяльності є:

1) надання правової інформації, консультацій і роз'яснень із правових питань, правовий супровід діяльності юридичних і фізичних осіб, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, держави;

2) складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру;

3) захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягується до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення;

4) надання правової допомоги свідку у кримінальному провадженні;

5) представництво інтересів потерпілого під час розгляду справи про адміністративне правопорушення, прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні;

6) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами;

7) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб, держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в іноземних, міжнародних судових органах, якщо інше не встановлено законодавством іноземних держав, статутними документами міжнародних судових органів та інших міжнародних організацій або міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;

8) надання правової допомоги під час виконання та відбування кримінальних покарань;

9) захист прав, свобод і законних інтересів викривача у зв'язку з повідомленням ним інформації про корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення.

Щодо оплати праці адвокатів (Price), то ст. 30 Закону [1] зазначає, що формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту є гонорар. Порядок його обчислення (фіксований розмір, погодинна оплата), підстави для зміни розміру, порядок сплати, умови повернення тощо визначаються в договорі про надання правової допомоги. Водночас гонорар або ціна за послуги має бути розумною та враховувати новизну й складність справи, кваліфікацію та досвід адвоката, його репутацію, терміни виконання справи і кількісні витрати часу та праці суб'єкта надання, фінансовий стан клієнта та інші істотні обставини.

Третій елемент комплексу маркетингу – місце надання послуг (Place) – місцезнаходження офісів юридичної фірми, адвокатського бюро тощо. Від нього залежать кон'юнктура ринку адвокатських послуг, здатність пошуку потенційного клієнта та можливість задоволення його запитів у найкоротший час і з максимальним економічним ефектом для самого суб'єкта надання юридичних послуг. Визначальною у цьому є здатність реалізації прямих продаж, адже це найефективніший канал розподілу послуг, що дає змогу безпосередньо тримати зв'язок зі споживачем/замовником.

Разом із тим уважаємо, що основним у реалізації адвокатських послуг є їх просування на ринку (Promotion), найважливішим засобом якого є реклама. Як зазначає А. Бірюкова [9, с. 205], по-перше, вона необхідна для адвокатів з незначним досвідом роботи, адже дає змогу заявити про себе та створює сприятливіші умови для конкуренції на ринку. По-друге, одним із результатів рекламування може бути зниження вартості послуг адвоката (що є позитивним у сенсі суспільного блага). По-третє, реклама дає змогу контролювати зміст і форму інформаційного посилу, тобто спрямовувати до циркуляції в інформаційному просторі даних про себе та свою діяльність, які, на думку адвоката, можуть справити найістотніший вплив на свідомість потенційних клієнтів і бути максимально корисними.

Необхідно враховувати, що рекламування діяльності адвокатів допускається Правилами адвокатської етики України і не має обмежень щодо каналів розміщення, але має певні етичні обмеження. Так, правилами адвокатської етики, затвердженими Звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 09.06.2017 [10] (далі – Правила адвокатської етики), передбачено обмежене рекламування діяльності адвокатів. Зокрема, рекламні матеріали про адвокатську діяльність (та будь-які інші матеріали, такі як бланки, візитівки та ін.) не можуть містити:

– оціночних характеристик відносно адвоката;

– критики адвокатами інших адвокатів;

– заяв про вірогідність успішного виконання доручень та інших заяв, що можуть викликати безпідставні надії у клієнтів;

– указівок, які можуть сформувати уявлення, що діяльність саме цього адвоката характеризується рисами і показниками, притаманними в дійсності адвокатурі як такій.

Рекламні матеріали про діяльність адвоката мають бути об'єктивними, достовірними, чіткими та зрозумілими й не повинні містити натяків, двозначностей або іншим чином утворювати підґрунтя для введення потенційних клієнтів в оману, а також мають відповідати розумним естетичним вимогам. Рекламні матеріали не можуть демонструватися (розміщуватися) за допомогою способів (у способи), які дискредитують інститут адвокатури, створюють умови для його зневаги, принижують професію та статус адвоката України.

Адвокати, що здійснюють адвокатську діяльність індивідуально або через адвокатське бюро чи об'єднання (керівники адвокатського об'єднання), несуть персональну відповідальність за достовірність рекламних матеріалів про них (про адвокатські бюро, об'єднання), а також за їх відповідність чинному законодавству [10].

Практику здійснення реклами адвокатської діяльності в України систематизували О.М. Скрябін і І.Ю. Копєлєв [11], виділивши основні види реклами, яку на законних підставах можуть здійснювати особи, що надають адвокатські послуги, зокрема: зовнішня та внутрішня реклама; реклама на транспорті; реклама у періодичних виданнях, довідниках, інформаційних бюлетенях, інших друкованих виданнях; реклама через візитну картку; участь у семінарах та конференціях; репутація; персональний сайт адвоката або юридичної компанії.

Разом із тим уважаємо, що до вказаних видів реклами необхідно додати рекламу у соціальних мережах, адже в умовах інтенсивної діджиталізації суспільства інформаційні технології стають рушійною силою маркетингу. Про появу цих трендів свідчить й той факт, що у пошуковій системі Google зросла популярність запитів за словом «адвокат»: у середньому за 11 місяців 2020 р. вона сягнула 69%, тоді як середньорічний показник у 2015 р. сягав 45%, перевищивши показник п'ятирічної давності на 24 в. п. (рис. 2). Ця тенденція свідчить, що дедалі більше людей у пошуках правової допомоги насамперед звертаються до сервісу світової мережі Інтернет. Тому електронне просування адвокатських послуг, насамперед через платформи соціальних мереж як засобу маркетингу, стає вимогою часу.

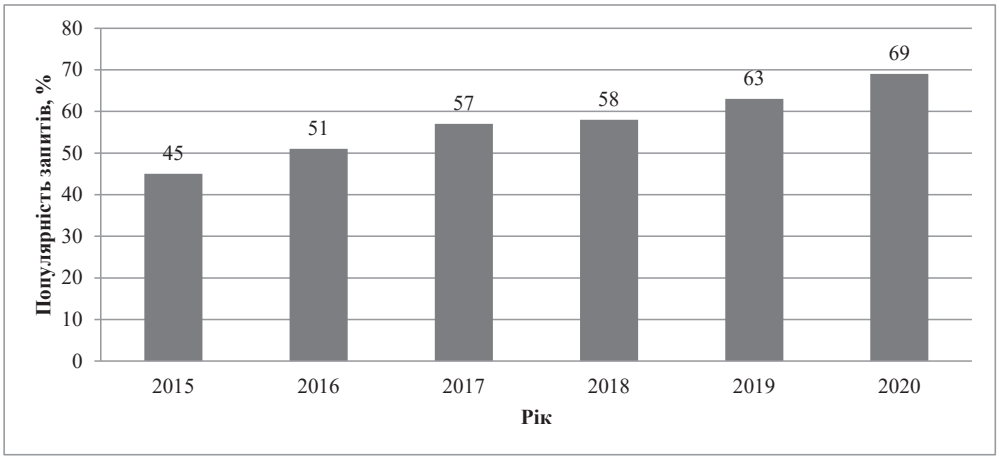

Рис. 2. Динаміка популярності звернень користувачів у пошуковій системі Google за запитом «адвокат», 2015–2020 рр.

Джерело: розраховано автором за [12]

Перевагами такої реклами є більша доступність, менша затратність та більша контактність із цільовою аудиторією порівняно із сайтом, розроблення, підтримання та просування якого можуть вимагати від адвоката багато часу, особливих умінь та матеріальних вкладень. В арсеналі адвокатів можуть бути ресурси на зразок Facebook, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google Plus+, Tumblr, Flickr, MySpace, Telegram і навіть Instagram, які допомагають адвокатам не лише досягти успіху в маркетингу послуг, а й дадуть змогу надавати безкоштовну

правову допомогу, консультуючи або ж вирішуючи незначні юридичні питання користувачів мереж. Це дає змогу проінформувати суспільство про себе як спеціаліста, сформувати відповідну репутацію. Причому розміщення адвокатом реклами своєї діяльності у соціальних мережах має відповідати встановленим вимогам, особливо якщо зважати на відсутність врегулювання на нормативному рівні такого виду реклами адвокатських послуг.

Звісно, кожен вид реклами (табл. 1) має свої переваги та недоліки, але найкращим варіантом є поєднання різних каналів просування залежно від місця здійснення діяльності та кон'юнктури територіального ринку. Попри наявність широкого кола можливостей для рекламування своєї діяльності все ж провідною залишається репутація адвоката, адже рекомендації з боку третіх осіб підвищують упевненість у його професіоналізмі. Це, насамперед, пов'язане з потребами в інвестиціях на рекламу (встановлено залежність, що за підвищення затребуваності адвоката витрати на рекламу зменшуються, а потреба в ній знижується) та консерватизмом (рекламу адвокатських послуг найчастіше застосовують молоді адвокати, що здійснюють індивідуальну адвокатську діяльність або працюють у маленьких фірмах, концентруючись на юридичних справах окремих осіб, початківці) [13; 14]. Хоча у нинішніх умовах роль реклами зростає, адже це є чи не найголовнішим способом просування адвокатських послуг.

Таким чином, очевидно, що маркетинг адвокатських послуг – це цілеспрямована діяльність осіб, які надають правову допомогу, що забезпечує підвищення їхньої конкурентоздатності на ринку, сприяє залученню нових клієнтів і в результаті призводить до підвищення якості надання послуг. Проте, зважаючи на вищезазначене, повноцінний маркетинг адвокатських послуг в Україні тільки починає зароджуватися та вимагає вдосконалення у зв'язку з постійним та динамічним розвитком ринку юридичних послуг та необхідністю забезпечити можливість адвокатам реалізувати всі свої професійні компетенції й отримувати гідний дохід від ведення діяльності, а громадянам України – відкрити доступ до якісних адвокатських послуг, що у цілому сприятиме побудові правової держави та громадянського суспільства.

Щоб досягти цієї мети, вважаємо за необхідне сприяти розвитку маркетингу адвокатських послуг в Україні за рахунок участі як самих адвокатів, так і держави у вирішенні таких завдань:

1. Деталізувати критеріїв допустимості адвокатської реклами, її форм, змістовного наповнення, специфічних вимог для окремих способів поширення інформації про адвоката, адвокатське бюро або адвокатське об'єднання. Зокрема, варто встановити норми розміщення зовнішньої та внутрішньої реклами адвокатських послуг, реклами на транспорті, у друкованих виданнях, реклами через участь у семінарах, конференціях, через власні вебсайти та сторінки у соціальних мережах, візитівки та репутацію адвоката.

2. Закріпити засади юридичної реклами у Законі України «Про рекламу», вказавши, що юридична реклама допускається у формі зовнішньої та внутрішньої реклами послуг, візитних карток, розміщення об'яв, інформаційних повідомлень та інших рекламних матеріалів у друкованих виданнях, участі у семінарах та конференціях, створення персонального сайту адвоката, ведення персональної сторінки у соціальних мережах. Такий крок буде відповідати сучасним реаліям рекламної діяльності адвокатів.

3. У зв'язку зі зростанням кількості адвокатів в Україні та посиленням конкуренції на ринку адвокатських послуг необхідним є застосування у діяльності адвокатів маркетингових стратегій, спрямованих на: залучення нових клієнтів, збільшення клієнтської бази та надання якісних послуг; проведення комплексного аналізу ринку адвокатських послуг; розроблення довгострокових маркетингових стратегій з урахуванням не лише тенденцій ринку, а й норм правого поля.

Висновки. Нині ефективна робота адвокатів можлива за умови врахування ринкових умов діяльності, посилення конкуренції між фахівцями у сфері правової допомоги, що, як наслідок, вимагає впровадження маркетингових засад у ході надання та просування адвокатських послуг. Елементи комплексу маркетингу (послуги, місце їх надання, ціна та просування) дають змогу адвокатам донести до споживачів необхідну інформацію про адвокатську діяльність, підвищити якість юридичного обслуговування та отримати конкурентні переваги. Оскільки маркетинг юридичних послуг в Україні перебуває у процесі становлення та потребує правового врегулювання та організаційно-економічного забезпечення, це окреслює напрям подальшого наукового пошуку.

Таблиця 1

Особливості та нормативно-правові засади здійснення реклами адвокатської діяльності

Реклама	Характеристики
1	2
Зовнішня	Реклама розміщується на спеціальних тимчасових і стаціонарних конструкціях – рекламоносіях, розташованих на відкритій місцевості, а також на зовнішніх поверхнях будинків, споруд, на елементах вуличного обладнання, над проїжджою частиною вулиць і доріг. Зазвичай таку форму реклами адвокати використовують за наявності свого офісу. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про рекламу», розміщення зовнішньої реклами у населених пунктах проводиться на підставі дозволів, що надаються виконавчими органами сільських, селищних, міських рад, а поза межами населених пунктів – на підставі дозволів, що надаються обласними державними адміністраціями. Розміщення зовнішньої реклами у межах смуги відведення автомобільних доріг здійснюється відповідно до цього Закону на підставі зазначених дозволів, які оформляються за участю центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами, або їхніх власників та центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки дорожнього руху. Під час видачі дозволів на розміщення зовнішньої реклами втручання у форму та зміст зовнішньої реклами забороняється. Зовнішня реклама на територіях, будинках та спорудах розміщується за згодою їхніх власників або уповноважених ними органів (осіб).
Внутрішня	Розміщується всередині будинків, споруд, у тому числі в кінотеатрах і театрах під час, до і після демонстрації кінофільмів та вистав, концертів, а також під час спортивних змагань, що проходять у закритих приміщеннях, окрім місць торгівлі (у тому числі буфетів, кіосків, яток), де може розміщуватися інформація про товари, що безпосередньо у цих місцях продаються. Згідно зі ст. 17 Закону України «Про рекламу», розміщення внутрішньої реклами погоджується лише із власником місця її розташування або з уповноваженою ним особою. За погодження розміщення внутрішньої реклами втручання у форму та зміст реклами забороняється. Забороняється розміщення внутрішньої реклами у приміщеннях державних органів та органів місцевого самоврядування, дошкільних навчальних закладах, середніх загальноосвітніх школах та спеціалізованих загальноосвітніх закладах освіти.
На транспорті	Розміщується на території підприємств транспорту загального користування, метрополітену, зовнішній та внутрішній поверхнях транспортних засобів та споруд підприємств транспорту загального користування і метрополітену. Згідно зі ст. 18 Закону України «Про рекламу», розміщення реклами на транспорті погоджується лише із власниками об'єктів транспорту або уповноваженими ними органами (особами). За погодження розміщення реклами на транспорті втручання у форму та зміст реклами забороняється. Розміщення реклами на транспорті повинно відповідати вимогам безпеки та правил дорожнього руху.
У друкованих виданнях	Реклама юридичної консультації, невеликої компанії, адвоката буде добре виглядати в газеті чи в спеціалізованому фаховому юридичному журналі. Бажано, щоб у цих публікаціях було розміщено фото адвоката, щоб досягти найбільший психологічний ефект реклами, та були розглянуті юридичні проблеми з коментарями адвоката. Таке іміджеве розміщення найкраще інформуватиме майбутніх клієнтів адвоката.

Продовження таблиці 1

1	2
Семінари та конференції	Участь у різних видах конференцій, наприклад для практикуючих юристів, науковців, студентів, присвячених юридичній проблематиці. Учасники конференції та семінару можуть стати в майбутньому клієнтами адвоката.
Репутація	Один із найефективніших інструментів маркетингу юридичних послуг, оскільки для юридичної фірми репутація – її головний актив. Часто реклама адвоката – це слова задоволеного клієнта своїм знайомим. Така реклама адвоката є дуже ефективною.
Візитна картка адвоката	Візитна картка – інструмент, що дає змогу надати деяку інформацію про себе і про рід своїх занять. Для цього на візитній картці адвоката має бути розміщена така інформація: робочий телефон, факс, e-mail, місто, адреса організації або офісу, вебсайт, час роботи.
Персональний сайт	У просуванні послуг адвокатів починає зростати роль Інтернету. Багато адвокатських фірм мають в Інтернеті свою сторінку, де можна одержати інформацію про послуги, що надаються, склад членів фірми, адресу її розташування та прейскурант на послуги, що надаються. Практикується надання онлайн-консультацій, де відвідувачі сайту ставлять правові питання, які їх цікавлять, і одержують на них відповіді.
Реклама у соціальних мережах	Провадиться за допомогою ресурсів на зразок Facebook, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google Plus+, Tumblr, Flickr, MySpace, Telegram і навіть Instagram. Проте під час застосування такого способу просування своїх послуг теж потрібно дотримуватися норм адвокатської етики. Розміщений адвокатом у соціальних мережах контент має за текстовим, візуальним оформленням відповідати встановленим вимогам.

Джерело: удосконалено за [15; 11]

Список використаних джерел:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. Дата оновлення: 03.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text.

2. Пухова Т. Российская адвокатура серьезно больна, но выздоровление возможно. *Российская юстиция*. 1999. № 8. С. 24–26.

3. Інфографіка про функціонування ЄРАУ станом на 10 вересня 2019 року. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/92bc299eb29d143118f1_file.pdf (дата звернення: 09.12.2020).

4. Головань І.В. Бізнес-адвокатура в Україні. Донецьк : Юго-Восток, Лтд, 2004. 128 с.

5. Homewood, I.L., Richard D. Irwin, (1960); and Walter van Waterschootand Christophe Vanden Bulte, The 4P Classification of the Marketing Mix Revisited, *Journal of Marketing*. October 1992. 83–83.

6. Bitner, Jen, Booms, B. Marketing of services. *Journal of Marketing*. 1992. Vol. 56. April. № 2. P. 57–71.

7. Хохуляк О.О. Комплекс маркетингу у сфері юридичних послуг. *Науковий вісник Чернівецького університету. Економіка*. 2012. Вип. 623–626. С. 195–201.

8. Лавлок К. Маркетинг услуг: персонал, технология, стратегия. Москва : Вильямс, 2005. 1008 с.

9. Бірюкова А. Реклама адвокатської діяльності як прояв впливу процесу глобалізації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 8. С. 202–206.

10. Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 09.06.2017. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf (дата звернення: 10.12.2020).

11. Скрябін О.М., Копєлєв І.Ю. Юридико-психологічні аспекти рекламної діяльності адвоката. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 266–271.

12. Динаміка популярності запитів «адвокат» у пошуковій системі Google. *Google Trends.* URL: https://trends.google.ru/trends/explore?date=today%205-y&geo=UA&q=%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82.

13. Mitchell C.N. The Impact, Regulation and Efficacy of Lawyer Advertising. *Osgoode Hall Law Journal*. 1982. V.20. № 1. P. 119–137.

14. Andrews L. Birth of a Salesman: Lawyer Advertising and Solicitation. Chicago : ABA Press, 1980. 162 p.

15. Про рекламу : Закон України від 11.07.2003 № 1121-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=1121-15.

УДК 347.44:004.946.5
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.13

ПОДОЛЄВА А.І.

СПЕЦИФІКА ДОГОВОРІВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ: ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ В УМОВАХ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

SPECIFICITY OF CONTRACTS ON THE INTERNET: THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT IN THE INFORMATION SOCIETY

Ефективним механізмом мінімізації та уникнення порушень у сфері авторського права у кіберпросторі є договірна форма використання творів, розміщених у мережі Інтернет, за якої наявний баланс інтересів між володільцем авторських прав та користувачем. Тобто необхідні такі засоби регулювання відносин щодо використання творів у мережі Інтернет, які б відповідали потребам як володільців, так і користувачів. Автор або особа, якій належить авторське право, має виключне право розпоряджатися належними їй правами на твори, в тому числі тими, які розміщені в мережі Інтернет. Метою статті є дослідження специфіки договорів у мережі Інтернет, їх правової природи в умовах інформаційного суспільства. Завданням статті є виявлення найбільш суттєвих правових механізмів розвитку договорів у мережі Інтернет та їх правової природи. У статті розглядається специфіка договорів в Інтернеті. Визначено правову природу договорів в Інтернеті у сучасних умовах розвитку інформаційного суспільства. Зазначається, що саме розвиток інформаційних технологій став передумовою виникнення різноманітних цивільно-правових відносин у віртуальній мережі, що стало результатом складання договорів в Інтернеті. У статті наголошується, що структура Інтернету дозволяє будь-якому користувачеві не тільки отримувати потрібну йому інформацію або здійснювати транзакції, але й брати участь у створенні нових інформаційних ресурсів у мережі. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що всі суб'єкти відносин в Інтернеті є споживачами інформації з мережі. Винятки можуть робити лише особи або організації, права яких порушуються в Інтернеті без їх відома. Є низка перешкод для використання в Україні ліцензійної форми використання творів в Інтернеті, які пов'язані з недосконалістю правового регулювання цих відносин. Автор дійшов висновку, що нині в Україні немає спрощеної процедури розпорядження правами інтелектуальної власності на твори, розміщені в Інтернеті. Більш послідовним способом легалізації безкоштовних ліцензій є доповнення чинного законодавства України окремою статтею, яка визначає спрощену форму висновку та застосовує режим угоди про приєднання; встановлення презумпції безоплатності, яка не матиме податкових ризиків для сторін; територія дії – весь світ, якщо не вказано інше; порядок анулювання або анулювання ліцензії.

Ключові слова: *твори, Інтернет, правова природа, інтелектуальна власність, договори, авторське право, інформаційне суспільство.*

An effective mechanism for minimizing and avoiding copyright infringement in cyberspace is a contractual form of use of works posted on the Internet, in which there is a balance of interests between the copyright owner and the user. That is, we need such means of regulating the relationship regarding the use of works on the Internet, which would meet the needs of both owners and users. The author or the person who owns the copyright has the exclusive right to dispose of his rights to works, including those posted on the Internet. The purpose of the article is to study the specifics of contracts on the Internet, their legal nature in the information society. The task of the article is to identify the most significant legal mechanisms for the development of contracts on the Internet

© ПОДОЛЄВА А.І. – аспірант кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права (Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

and their legal nature. The article examines the specifics of contracts on the Internet. The legal nature of contracts on the Internet in the modern conditions of the development of the information society has been determined. It is noted that it was the development of information technologies that became a prerequisite for the emergence of various civil law relations in the virtual network, which was the result of the drafting of contracts on the Internet. The article emphasizes that the structure of the Internet allows any user not only to receive the information he needs or make transactions, but also to participate in the creation of new information resources on the network. Based on this, we can conclude that all subjects of relations on the Internet are consumers of information from the network. Exceptions may be made only by persons or organizations whose rights are violated online without their knowledge. There are a number of obstacles to the use of a licensed form of use of works on the Internet in Ukraine, which are related to the imperfection of the legal regulation of these relations. The author came to the conclusion that in Ukraine today there is no simplified procedure for disposing of intellectual property rights to works posted on the Internet. A more consistent way of legalizing free licenses is to supplement the current legislation of Ukraine with a separate article, which defines a simplified form of conclusion and applies the regime of the accession agreement; establish the presumption of gratuitousness, which will not have tax risks for the parties; territory of action – the whole world, unless otherwise indicated; the procedure for revoking or revoking a license.

Key words: *works, Internet, legal nature, intellectual property, contracts, copyright, information society.*

Постановка проблеми. Ефективним механізмом мінімізації та уникнення порушень у сфері авторського права у кіберпросторі є договірна форма використання творів, розміщених у мережі Інтернет, за якої наявний баланс інтересів між володільцем авторських прав та користувачем. Тобто необхідні такі засоби регулювання відносин щодо використання творів у мережі Інтернет, які б відповідали потребам як володільців, так і користувачів. Автор або особа, якій належить авторське право, має виключне право розпоряджатися належними їй правами на твори, в тому числі тими, які розміщені в мережі Інтернет.

Основним призначенням мережі Інтернет є обмін інформацією, даними, файлами тощо між людьми по всьому світу. Щосекунди у світі за допомогою Інтернету здійснюється відтворення творів, більша частина яких відбувається без згоди осіб, яким належать авторські права, що є порушенням.

Чинне законодавство визнає принцип свободи договору, відповідно до якого сторони самостійно встановлюють взаємні права та обов'язки, а також інші умови договору, в тому числі і у сфері авторського права. Поряд з цим законодавство містить низку умов, які мають як диспозитивний, так і імперативний характер. Диспозитивні норми вступають у силу у разі, коли сторони в договорі не врегулювали певні питання, наприклад, права, які передаються на підставі ліцензійного договору, вважаються невиключними, якщо інше не встановлено в договорі. Імперативні норми встановлюють або заборонену поведінку, або зобов'язання вчинити певні дії.

Стан дослідження проблеми. Специфікою договорів у мережі Інтернет є правова природа договору в умовах інформаційного суспільства, що малодосліджена в українській цивілістиці. Науковці у своїх працях торкалися лише окремих складників зазначеної проблеми. Так, зокрема, деяким питанням зазначеної теми присвячено праці Ю. Батана, А. Єзерова, Р. Майданика, І. Спасибо-Фатєєвої, Т. Фулей, В. Щербакова та ін. Проте нині дослідники не запропонували переконливої концепції впровадження правового механізму визначення договорів у мережі Інтернет, що унеможливлює нормальний процес розвитку авторського права.

Метою статті є дослідження специфіки договорів у мережі Інтернет, їх правової природи в умовах інформаційного суспільства. *Завданням статті є* виявлення найбільш суттєвих правових механізмів розвитку договорів у мережі Інтернет та їх правової природи.

Наукова новизна результатів дослідження полягає у подальшому розвитку положень, отриманих науковцями-попередниками. Зокрема, визначено, що об'єкти авторсько-правової охорони в умовах сьогодення є одним із найбільш прибуткових джерел для ІТ-індустрії та інших сфер бізнесу, що зумовлює процес урізноманітнення форм договірного регулювання відносин як щодо створення, так і використання творів. Коло договорів, які опосередковують

відносини під час створення і використання об'єктів авторського права, є надзвичайно широким і різноманітним.

Виклад основного матеріалу. Договори, які можуть укладатись щодо творів, розміщених у мережі Інтернет, можна класифікувати за такими критеріями:

1) залежно від виду твору, з приводу якого укладається договір, виділяють договори на створення і використання: літературних, музичних, аудіовізуальних, архітектурних та інших творів;

2) залежно від предмета договору: договори про створення на замовлення, на готовий твір;

3) залежно від обсягу прав, які передаються: з повною передачею, з частковою передачею, без передачі. Незалежно від існування теоретичної можливості передавати виключні права на твори, розміщені в мережі Інтернет, на практиці розпорядитись/відчужити майнові права інтелектуальної власності дистанційним шляхом навряд чи матиме правові наслідки для сторін, оскільки навіть якщо сторони й укладуть подібний договір, то він визнаватиметься нікчемним;

4) залежно від способу використання твору: видавничий, постановочний, сценарний, про депонування рукопису, художнього замовлення та ін. Наприклад, розмноження і тиражування літературних, наукових, музичних творів здійснюється на підставі видавничих договорів, які укладаються між автором і видавництвом.

На жаль, майже вся увага як законодавця, так і наукової спільноти спрямована на проблему саме захисту вже порушених авторських прав, тоді як договірному регулюванню відносин щодо використання творів у мережі Інтернет приділяється недостатня увага.

Варто наголосити, що об'єкти авторсько-правової охорони в умовах сьогодення є одним із найбільш прибуткових джерел для IT-індустрії та інших сфер бізнесу, що зумовлює процес урізноманітнення форм договірного регулювання відносин як щодо створення, так і використання творів. Коло договорів, які опосередковують відносини під час створення і використання об'єктів авторського права, є надзвичайно широким і різноманітним [1, с. 47]. Тому обіг творів у кіберпросторі має свої особливості, що, своєю чергою, впливає і на види і форми договірних способів використання творів у мережі Інтернет.

Автор або особа, якій належить авторське право на твір, розміщений у мережі Інтернет, може реалізувати належне їй право на розпорядження майновими правами на такий твір у будь-який спосіб. Правоволоділець найчастіше розміщує твір у мережі Інтернет або з інформаційною некомерційною метою (випадки вільного використання твору), або з метою отримання прибутку. Для останньої мети характерним є бажання правоволодільця надати невизначеному колу осіб можливість використовувати його твір, але за певних умов.

Реалізовуючи авторське право на опублікування твору, тобто право на перший випуск твору у світ, здійснюється безповоротний перехід твору в публічну сферу. Автор може на підставі цивільно-правових угод здійснювати розміщення твору в мережі, проте у разі відсутності його згоди суттєво зачіпаються інтереси правовласника.

У Рекомендаціях щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет [2] зазначаються такі можливі способи ідентифікації об'єктів авторського права у всесвітній мережі, а саме:

– ідентифікаційний код ISBN;
– електронний цифровий підпис;
– цифрові марки;
– створення вебдепозитарію.

Також передбачені численні технічні способи захисту прав автора та інших осіб, яким належить авторське право, як до моменту їх порушення (як уже зазначалось: обмежена функціональність, «годинникова бомба», захист від копіювання, криптографічні конверти, контракти), так і додаткові заходи, які можуть застосовуватись і після вчинення порушень, а саме способи для перевірки кількості випадків неправомірного використання творів, розміщених у мережі Інтернет, та стягнення плати за подібне використання (цифрові сертифікати, коди доступу, централізоване обчислення, конверти управління правами, апаратні засоби, виконувані програми, клірингові центри, продаж фізичних копій).

Уникнути всіх порушень авторських прав у мережі Інтернет неможливо, проте деякою мірою мінімізувати їх кількість видається можливим шляхом застосування договірної форми реалізації авторських прав у мережі Інтернет. Отже, якщо користувачі мережі Інтернет зрозуміють, що використання легального контенту за адекватну плату легше і простіше, кількість порушень значно зменшиться.

Варто зупинити увагу на договірних відносинах, які виникають у сфері авторського права в мережі Інтернет під час створення первинної та вихідної платформи для використання всіх інших об'єктів авторського права – створення вебсайту. У разі створення вебсайту його власник перш за все матиме договірні відносини із реєстратором доменного імені та хостинг провайдером. Надалі власник вебсайту матиме договірні відносини з вебдизайнером, який спроєктує інтерфейс майбутнього сайту, його структуру та навігацію. І лише після створення вебсайту та його запуску можна буде наповнювати його контентом [3, с. 154], який буде залежати від цільового призначення сайту.

Загалом, можна вказати, що до договорів, які можуть бути пов'язані із використанням творів у мережі Інтернет, відносять:

– договори, що пов'язані із наданням доступу до всесвітньої мережі;

– щодо створення вебсайту;

– щодо розміщення вебсайту в мережі;

– щодо використання розміщених на вебсайті творів;

– щодо безпосереднього розміщення об'єктів авторського права на певному вебсайті тощо.

Під час укладення договорів щодо об'єктів авторського права в мережі Інтернет сторонами можуть бути: автор і замовник; автор і ліцензіат; користувач і провайдер; користувач і правоволоділець тощо.

Використання договірних форм реалізації прав у мережі Інтернет пов'язується з укладенням таких договорів дистанційно, що є неоднозначним у контексті законодавчого підходу до форми договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Особливої уваги потребує визначення суб'єктного складу подібних договорів. Отже, через можливість дистанційного укладення договорів у мережі Інтернет виникає проблема ідентифікації сторін та їх підтвердження.

Особливості авторсько-правових відносин у мережі Інтернет з точки зору їх суб'єктного складу визначаються такими чинниками:

– по-перше, невизначеністю місцезнаходження сторін, що зумовлює можливі проблеми з правом, що застосовується, а також з реальним виконанням зобов'язань;

– по-друге, складністю ідентифікації учасників відносин у мережі Інтернет;

– по-третє, існування віртуальних організацій;

– по-четверте, залежністю відносин між учасниками мережі Інтернет від відносин з інформаційними провайдерами.

Тому величезного значення набувають наукові розробки, пов'язані зі сферою права інтелектуальної власності, зокрема ті, що мають метою створення науково-теоретичного підґрунтя, формування доктрини інтелектуальної власності, що дозволить у майбутньому більш ефективно регулювати відповідні відносини.

Однією з проблем теоретичного характеру, що потребують свого негайного вирішення, є визначення правової природи всесвітньої мережі Інтернет, правовідносин, що виникають, кола учасників, їх специфіки, змісту тощо.

Слід зазначити, що питання визначення поняття і специфіки правовідносин, що виникають у всесвітній мережі Інтернет, є предметом наукового аналізу у численних публікаціях та дисертаційних дослідженнях [4, с. 89]. Отже, є підхід, відповідно до якого Інтернет-відносини – це особливі відносини, які виникають у результаті впливу норм міжнародного та інших галузей права, міжнародних договорів, рішень судів на поведінку людей і організацій (суб'єктів) [5]. Крім того, Інтернет-відносини – це новий тип суспільних відносин, які виникають, змінюються і припиняються в кіберпросторі.

Коло суб'єктів – учасників інформаційних відносин і процесів включає все різноманіття учасників зв'язку та інформаційної взаємодії безлічі суб'єктів, крім основних сторін конкретних відносин. У цифровому просторі і процесах діє безліч посередників – провайдерів або операторів у системі мережі контенту та інших суб'єктів, що надають нові види послуг. Ця безліч суб'єктів формує поля різних інтересів, свобод, прав і обов'язків. Види, форми і міри відповідальності різних суб'єктів повинні бути пов'язані в системі і збалансовані не тільки в національному праві, але і в планетарному масштабі. Фахівці і практики відзначають, що ми перебуваємо тільки на початку усвідомлення цих проблем і що попереду непочатий край роботи. Фахівцями з проблем правової інформатизації на сучасному етапі приділяється увага такому фактору у сфері Інтернету, як віртуалізація суб'єктів і віртуалізація відносин у системі глобальної інформаційної взаємодії різних структур [6, с. 349].

З огляду на вищевказане саме розвиток договірних відносин у сфері використання творів у мережі Інтернет дозволить вирішити проблеми, пов'язані з незаконним використанням контенту. Необхідність поширення договірних форм використання творів у мережі Інтернет не викликає жодних сумнівів. Договірна форма однозначно дозволяє забезпечити реалізацію та правову охорону як особистих немайнових, так і майнових прав користувачів. Така форма дає змогу знайти баланс між інтересами як користувачів, так і власників авторських прав, оскільки користувачі отримують певний обсяг прав на використання творів, а правовласники отримують за це винагороду.

У контексті вказаного варто погодитись із позицією О.П. Сергєєва, який наголошує на тому, що в договірному використанні об'єктів авторського права зацікавлене і суспільство загалом, оскільки це стимулює творчу активність і розвиває творчий потенціал суспільства [7, с. 259].

Аналіз суб'єктного складу суспільних відносин, що виникають у зв'язку з використанням творів у мережі Інтернет, дає змогу дійти висновку про те, що такий суб'єктний склад «слабо корелює» з видами суб'єктів правовідносин. Так, у всесвітній мережі не принципово, чи користувач є фізичною або юридичною особою, або чи зареєстрований оператор мережевих послуг як платник податків. Причому це стосується не тільки таких суб'єктів правовідносин, як фізичні та юридичні особи. Як суб'єкти правовідносин можуть виступати і органи державної влади, а також органи місцевого самоврядування.

Оскільки доступ до мережі Інтернет натепер є важко ідентифікованим, то у низці випадків визначення приналежності суб'єкта до традиційних у реальному світі суб'єктів видається складним. Наприклад, у разі надання послуг пошукової інформаційної бази даних в Інтернеті (типу Google) власник цієї бази даних не може визначити, до якої категорії суб'єктів права належить конкретний користувач. Водночас у разі передачі інформації в Інтернеті конкретний суб'єкт може користуватися засобами захисту інформації (наприклад, електронним цифровим підписом), що дозволяє зробити висновок про його статус, або, наприклад, під час розміщення свого інформаційного ресурсу (вебсайту) в Інтернеті його правовий статус можна оцінити за наданою ним інформацією [8]. Наприклад, інформаційні ресурси в Інтернеті можуть розміщувати громадяни (надаючи інформацію про свої інтереси, хобі, ділову та громадську діяльність і т. д.), організації (надаючи інформацію про свої установчі документи, підприємницьку та громадську діяльність, ділових партнерів, звітність і т. д.), а також органи державної влади. На підставі цього можна зробити висновок про те, що в реаліях сучасного Інтернету не можна достовірно визначити суб'єкта права, за винятком випадків його прямого волевиявлення або сутності конкретних відносин (наприклад, під час використання електронного цифрового підпису).

Структура мережі Інтернет дозволяє будь-якому користувачеві не тільки отримувати необхідну йому інформацію або здійснювати транзакції, але і брати участь у створенні нових інформаційних ресурсів у мережі. Ґрунтуючись на цьому, можна зробити висновок про те, що всі суб'єкти відносин в Інтернеті є споживачами інформації з мережі. Виняток можуть становити лише особи або організації, чиї права порушуються в мережі без їх відома.

Щодо застосування ліцензійної форми використання творів у мережі Інтернет в Україні є низка перешкод, які пов'язані з недосконалістю нормативно-правового регулювання таких відносин.

Чи не найпроблемнішим питанням є обов'язковість письмової форми договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Наслідком недодержання письмової форми є нікчемність правочину (ч. 2 ст. 1107 ЦК України) [9]. Проте нині письмові договори щодо розпорядження майновими правами на твори в мережі Інтернет, як правило, не укладаються, хоча фактично щодня укладаються ліцензійні договори без додержання письмової форми, які фактично діють.

В Україні нині відсутня спрощена процедура розпоряджання правами інтелектуальної власності на твори, розміщені в мережі Інтернет. Більш послідовний шлях легалізації вільних ліцензій – доповнити чинне законодавство України окремою статтею, де визначити спрощену форму укладення і застосувати режим договору приєднання; встановити презумпцію безоплатності, яка не матиме податкових ризиків для сторін; територією дії визначити весь світ, якщо не вказано інше; встановити порядок відкликання чи відмови від ліцензії.

Висновки. З огляду на проблеми щодо розпорядження майновими правами на твори в мережі Інтернет (договори у сфері розпорядження, згідно з Цивільним кодексом України, мають укладатися виключно у письмовій формі, недодержання якої має наслідком нікчемність (ч. 2 ст. 1107 ЦК України), проте нині письмові договори у сфері Інтернету, як правило, не укладаються)

є ще один законопроєкт, яким можливе врегулювання такої ситуації. Так, Проєктом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» № 7939 пропонується, зокрема, внести зміни до частини 2 статті 1107 та доповнити статтю 1111-1 щодо публічних ліцензій. Отже, пропонується статтю 1107 ЦК викласти в такій редакції: «договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладається у письмовій **(електронній)** формі. У разі недодержання письмової **(електронної)** форми договору щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним». А також доповнити Цивільний кодекс України новою статтею 1111-1 щодо можливості укладення ліцензійного договору на основі публічної пропозиції.

Вказані зміни дозволять урахувати особливості договірного використання творів у мережі Інтернет і дадуть змогу уникнути колізії, яка існує у зв'язку із законодавчою вимогою щодо обов'язковості дотримання письмової форми договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Перспективними напрямами подальших наукових досліджень слід визначити правову природу окремих договорів у мережі Інтернет.

Список використаних джерел:

1. Коваль І. Законодавче регулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної власності: стан і напрями розвитку. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 3. С. 46–54.

2. Рекомендації щодо вдосконалення механізму регулювання цифрового використання об'єктів авторського права і суміжних прав через мережу Інтернет: *сайт*. URL: http://sips.gov.ua/ua/recomnet.html (дата звернення: 01.11.2020).

3. Контент – наповнення, зміст інформаційного ресурсу, сайту Інтернет (тексти, графіка, мультимедія тощо). Див.: Интернет-СМИ: Теория и практика : учебное пособие для студентов вузов / под. ред. М.М. Лукиной. Москва : Аспект Пресс, 2010. 348 с.

4. Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в глобальной компьютерной сети «Интернет»: проблемы гражданско-правового регулирования в России и США (сравнительно-правовой анализ) : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. 210 с.

5. Мамон З.В. Деякі аспекти захисту авторських прав у мережі Інтернет. URL: http://www.yurlex.com.ua/print/ua/company/contact/index.htm (дата звернення: 01.11.2020).

6. Бачило И.Л. Информационное право : учебник для вузов. Москва : Высш. образование, Юрайт-Издат., 2009. 454 с.

7. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001. С. 259.

8. Демченко Х. Нововведення у сфері інтелектуальної власності. URL: http://www.legalalliance.com.ua/ukr/press/2169 (дата звернення: 01.11.2020).

9. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 01.11.2020).

УДК 347.639::347.633.1+347.642
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.14

СЬОМІН О.С.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА НАПРЯМИ ВИРІШЕННЯ

LEGAL PLACEMENT OF ORPHANS AND CHILDREN DEPRIVED OF PARENTAL CARE: PROBLEM ISSUES AND SOLUTIONS

У статті розкриваються особливості правового регулювання інституту влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; аналізуються як організаційні, так і законодавчі чинники проблем у сфері влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Автором зауважується, що з перших років незалежності Українська держава активно будує свою правову систему, поступово відмовляючись від радянського законодавства та розробляючи національне законодавство, у тому числі у сфері правового регулювання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, з урахуванням європейських та інших міжнародно-правових стандартів.

Звертається увага на недосконалість правового регулювання інституту влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, наголошується на відсутності взаємоузгодженості правових норм, що ускладнює їх правозастосування. Також акцентується увага на необхідності формування якісного понятійно-категоріального апарату та гармонізації норм чинного законодавства з європейськими правовими нормами та принципами.

У статті наведено систему нормативно-правових актів України, за допомогою якої здійснюється правове регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, за законодавством України. Зокрема, це Конституція України, кодекси, спеціальні закони, акти центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, міжнародні договори і нормативні акти, ратифіковані Україною.

Автором зазначено проблемні питання у сфері влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, серед яких слід назвати необхідність підвищення ефективності роботи центральних та місцевих органів виконавчої влади, а особливо здійснення ними своїх контрольних і наглядових повноважень. Особливо наголошується на необхідності вдосконалення діяльності органів опіки та піклування з профілактики соціального сирітства, надання сім'ям із дітьми якісних соціальних послуг, спрямованих на підтримку виховної функції родини. Стверджується, що профілактика буде ефективною лише тоді, коли проблеми сім'ї та дитини стануть головними у державі та суспільстві. Констатується, що державі потрібні реально працюючі сучасні програми підтримки сім'ї, відповідального батьківства, охорони дитинства, відповідна законодавча база, дієвий механізм реалізації прийнятих рішень.

Ключові слова: *правовий інститут влаштування дітей, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, опіка над дітьми, децентралізація, соціальні послуги.*

The article reveals the peculiarities of the legal regulation of the institution of placement of orphaned children and children deprived of parental care; both organizational and legislative factors of the problems of placement of orphaned children and children deprived of parental care are analyzed.

© СЬОМІН О.С. – студент магістратури юридичного факультету (Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара)

The author notes that since the first years of independence the Ukrainian state has been actively building its legal system, gradually abandoning Soviet legislation and developing national legislation, including that on the placement of orphaned children and children deprived of parental care, while adhering to European and other international legal standards.

Attention is drawn to the imperfections of the legal regulation of the institution of placement of orphaned children and children deprived of parental care, emphasizes the lack of coherence of legal standards, which complicates their application, and the author emphasizes the need for revisioned conceptual and categorical apparatus and harmonization of the current legislation with European standards and principles.

The article presents a system of legal acts of Ukraine, by means of which the legal regulation of placement of orphaned children and children deprived of parental care under the legislation of Ukraine is carried out. In particular, these are the Constitution of Ukraine, codes, special laws, acts of central and local executive bodies and local governments, international treaties and regulations ratified by Ukraine.

The author also noted the problematic issues in the field of placement of orphaned children and children deprived of parental care, among which should be mentioned the need to improve the efficiency of central and local executive bodies, and especially the exercise of their control and supervisory powers. Particular emphasis is placed on the need to improve the activities of guardianship and care for the prevention of social orphanhood, the provision of quality social services for families with children aimed at supporting the educational function of the family. It is claimed that prevention will be effective only when the problems of the family and the child become the main ones in the state and society. The article states that the state needs really working modern programs to support the family, responsible parenthood, child protection, the relevant legal basis, an effective mechanism for implementing decisions.

Key words: *legal institute of placement of children, orphaned children, children deprived of parental care, custody of children, decentralization, social services.*

Вступ. Інститут влаштування в українському сімейному законодавстві має вагоме значення у загальній системі піклування про дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Історичний екскурс свідчить, що з перших років незалежності Українська держава активно будує свою правову систему, поступово відмовляючись від законодавства СРСР та розробляючи національне законодавство, яке не лише відповідатиме поточному стану політичного та соціально-економічного розвитку суспільства, а й ураховуватиме міжнародний досвід правозастосування та функціонування правоохоронних органів. До того ж Україна прагне до вступу в Європейський Союз, відповідно, основним напрямом державної політики в реформуванні суспільних відносин в Україні є європейська інтеграція, тобто досягнення європейських міжнародно-правових стандартів у всіх сферах суспільного життя, у тому числі зі зміною та оновленням законодавства у сфері правового регулювання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Разом із тим національне законодавство з питань влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, характеризується відсутністю взаємоузгодженості, що унеможливлює однозначність розуміння правових норм та їх тлумачення, також необхідним є формування якісного понятійно-категоріального апарату та гармонізація норм чинного законодавства з європейськими міжнародно-правовими нормами та принципами.

Правові питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є об'єктом уваги таких вітчизняних та закордонних науковців, як: О.О. Свіжа, В.Ю. Москалюк, З.В. Ромовська, К.П. Победоносцєв, Н.П. Косенко, Т.Я. Харук, Ю.Ю. Черновалюк, Н.Я. Рудий, С.П. Архипова та ін. Роботи зазначених науковців закладають методологічний фундамент для вивчення проблем влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, та дають змогу окреслити сучасний стан та напрями вдосконалення його правового регулювання.

Постановка завдання. Метою статті є розкриття правових засад влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, висвітлення проблемних питань у цій сфері та окреслення напрямів їх вирішення.

Результати дослідження. Правове регулювання влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, за законодавством України здійснюється системою нормативно-правових актів. Так, першим вихідним актом є Конституція України, яка є гарантом прав будь-

якої людини, за якою, відповідно до ст. 24, «не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Ця норма діє і на дітей, які мають рівні права з дорослими [1].

Згідно зі ст. 52 Конституції України, «діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. Держава заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо дітей».

Другий блок системи правового регулювання інституту влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, становлять кодифіковані акти національного законодавства. Зокрема, це Сімейний кодекс України, Цивільний кодекс України, Кодекс законів про працю України, Житловий кодекс Української РСР, Кримінальний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Цивільний процесуальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України та ін.

Слід наголосити, що основним із цього переліку нормативно-правових актів є Сімейний кодекс України [2], у положеннях якого передбачені норми щодо опіки та піклування над дітьми, патронату над дітьми, прийомних сімей, дитячих будинків сімейного типу та особливості усиновлення дітей (у т. ч. громадянами України, які проживають за її межами, та іноземцями).

У Сімейному кодексі України правові форми влаштування дітей становлять окремий розділ, в якому йдеться про кожну форму окремо. Присвячення цим питанням окремого розділу свідчить про вагоме значення інституту влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Наступним є Цивільний кодекс України, який містить норми про органи опіки та піклування, фізичних осіб, над якими встановлюється опіка чи піклування, права на спадкування, у тому числі й дітьми, позбавленими батьківського піклування, про сплату аліментів та ін. Статтями 58–59 визначено, що опіка, або піклування, «встановлюється над неповнолітніми особами, які є сиротами або позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, цивільна дієздатність яких обмежена» [3].

Щодо Кодексу законів про працю України [4], то він торкається питання захисту прав вищезазначених категорій дітей лише в деяких аспектах, наприклад у ст. 182 (надання відпустки працівникам, які усиновили дитину), ст. 196 (додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування). Тобто у цілому, відповідно до цього Кодексу розглядаються особливості трудових правовідносин із дітьми, зокрема дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування; особами, на яких покладено обов'язки щодо догляду за такими дітьми.

Наступним є Житловий кодекс Української РСР, яким передбачено порядок взяття громадян на облік як таких, що потребують поліпшення житлових умов, у тому числі для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування [5]. На жаль, цей Кодекс діє ще з радянських часів (дата прийняття – 30.06.1983), і, незважаючи на численні зміни та доповнення, він уже застарів та терміново потребує повної заміни з урахуванням статусу України як незалежної суверенної держави. Загальновідомо, що на практиці житлові норми виконуються неналежним чином. Людина може чекати на житло декілька років. Спочатку громадянин, який користується правом позачергового одержання жилих приміщень, за рішенням виконавчого органу місцевого самоврядування включається в список, потім за настанням своєї черги він має право отримати житлове приміщення. Проте в дійсності черги рухаються дуже повільно. Це пов'язано з повільним темпом та незадовільним фінансуванням робіт із будівництва та оновлення державного і комунального житлового фонду.

Окрему категорію кодексів України становлять ті, якими передбачається відповідальність за скоєння правопорушень за участю або щодо дітей-сиріт чи дітей, позбавлених батьківського піклування, з боку як інших дітей, так і повнолітніх осіб (у тому числі посадових осіб державних органів, вихователів, працівників дитячих будинків, піклувальників, опікунів тощо). Це Кримінальний кодекс України та Кодекс України про адміністративні правопорушення.

Важливу роль у застосуванні норм законодавства для притягнення особи до відповідальності відіграє система загальних судів, які у своїй діяльності керуються Цивільним процесуальним кодексом України, Кримінальним процесуальним кодексом України, Кодексом адміністративного судочинства України.

Переходячи до наступної, третьої, групи, слід зазначити, що до неї можна віднести інші спеціальні закони, які регулюють окремі сфери соціально-правового захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Такими законами є: Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», Закон України «Про охорону дитинства», Закон України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей», Закон України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми», Закон України «Про відпустки», Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування», Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» тощо.

До четвертої групи віднесемо акти центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування (укази та розпорядження Президента України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, накази Міністерства освіти і науки України, Міністерства соціальної політики України та ін.). У цій групі основним нормативно-правовим актом, який стосується влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей» № 905 від 08.10.2008. Також важливими документами є Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу» від 26.04.2002 № 564 та ПКМУ «Про затвердження Державної цільової соціальної програми реформування системи закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 17.10.2007 № 1242.

Останню, п'яту, групу нормативно-правових актів становить міжнародне законодавство, ратифіковане Україною. До цієї групи можна віднести: Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Конвенцію ООН про права дитини, Факультативний протокол до Конвенції ООН про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії, Конвенцію про контакт із дітьми, Конвенцію про стягнення аліментів за кордоном, Європейську конвенцію про усиновлення дітей тощо.

Як зазначає О.М. Василенко, «головними напрямами розвитку і реформування системи соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в Україні є приведення державного законодавства стосовно дітей до міжнародних норм загалом і Конвенції ООН про права дитини зокрема» [6, с. 7].

Слід додати, що всі ці нормативно-правові акти для повної ефективності законодавства у сфері соціально-правового захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, мають бути взаємоузгодженими, що проявляється в однозначності їх тлумачення, своєчасному оновленні всіх відсильних і бланкетних норм та усуненні інших правових колізій.

О.О. Мордань визначила прогалини у законодавстві, на її думку, «важливим напрямом удосконалення національного законодавства у сфері соціального захисту посиротілих дітей є формування понятійно-категоріального апарату. Це стосується насамперед Сімейного кодексу України, недоліком якого є відсутність системного підходу до розуміння явища сімейного неблагополуччя, яке він має врегульовувати» [7, с. 8].

Разом із тим слід звернути увагу на те, що на сучасному етапі розвитку соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в Україні запроваджена програма захисту дітей на період 2017–2026 рр. Так, уряд затвердив Національну стратегію реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на період 2017–2026 рр. та план дій щодо її реалізації на першому етапі, в якому ця стратегія є процесом реформування закладів, за яким кожна дитина повинна жити в сім'ї, щоб отримати повне забезпечення своїх інтересів та потреб [8].

Нині триває перший крок у реалізації стратегії – складання регіональних планів. Кожен регіон готує власний план реформ, який повинен оцінити доступність послуг та потреби громади в існуючих інтернатах, кількість дітей у закладах, проаналізувати причини їх влаштування, щоб зрозуміти, які послуги потрібні, щоб жодна дитина не потрапляла в інтернатні заклади [9].

До того ж є й позитивні зрушення в інституційному механізмі захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Так, у серпні 2020 р. утворено Національну соціальну сервісну службу, на яку покладено функцію з реалізації державної політики у сфері захисту прав дітей, здійснення державного контролю над дотриманням вимог законодавства під час надання соціальної підтримки та над дотриманням прав дітей [10].

Разом із тим ситуація у сфері захисту дітей ускладнюється також сучасними політичними та соціально-економічними проблемами в Україні. У контексті соціально-економічних перетво-

рень та військових операцій в окремих районах України питання захисту дітей та надання ефективних та якісних соціальних послуг є особливо важливими. Треба пам`ятати, що діти – це важливі індикатори, що визначають рівень розвитку суспільства, стан безпеки та рівень соціального ризику; діти як верства населення дуже чутливі до будь-яких змін у суспільстві.

Також серед проблемних питань у сфері влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, слід назвати питання необхідності підвищення ефективності роботи центральних та місцевих органів виконавчої влади, а особливо здійснення ними своїх контрольних і наглядових повноважень. Саме турбота про профілактику соціального сирітства та розвиток комплексних соціальних послуг для дітей, позбавлених батьківського піклування, впровадження нових технологій соціальної роботи з такими дітьми та сім'ями має найбільш важливу роль у сучасному українському суспільстві.

Багато дітей проживають у малозабезпечених сім'ях, що створює ризик влаштування цих дітей у державних закладах за заявою батьків через неможливість задовольнити потреби дитини через бідність або безробіття. Єдиним варіантом батьків залишається влаштування дітей до спеціалізованих закладів для отримання належної медичної допомоги, освіти та соціальної підтримки.

Водночас на місцевому рівні практично відсутні послуги з підтримки сімей із дітьми, які перебувають у складних життєвих обставинах, недостатньо ведеться робота, яка спрямована на надання таким сім`ям допомоги вчасно.

Як зазначає В.Д. Воднік, нам потрібне негайне рішення для вдосконалення системи соціальної адаптації дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, осіб із числа таких дітей, підготовки їх до самостійного життя після виходу з інтернатів, адже система підготовки, що існує нині, не виконується належним чином та здебільшого не дає необхідних результатів [11, с. 105–106].

Профілактика соціального сирітства та підтримка виховного потенціалу сімей потребують поліпшення умов, форм та методів надання послуги для сімей, які опинилися у складних життєвих обставинах. Поширення сирітства в нашій країні вимагає розроблення й упровадження ефективних програм соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Так, безумовно, зміцнення демократичних інститутів, побудова громадянського суспільства неможливі без зменшення даних негативних впливів і їх профілактики [12; 13].

Усе зазначене зумовлює необхідність формування принципово нових підходів до розв’язання проблем соціального захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Із метою організації результативної роботи з профілактики соціального сирітства, розвитку сімейних форм виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, удосконалення системи соціальної роботи із сім’ями, що мають дітей і перебувають у складних життєвих обставинах, необхідно забезпечити комплексний підхід до вирішення цих питань.

Висновки. Таким чином, в умовах становлення і розвитку демократичної правової держави, розбудови громадянського суспільства в Україні соціальний захист дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, має стати одним з основних напрямів внутрішньої політики країни, бо йдеться про вплив на процеси, що мають виняткове значення для майбутнього розвитку суспільства. Потребує удосконалення діяльність органів опіки та піклування з профілактики соціального сирітства, надання сім’ям із дітьми якісних соціальних послуг, спрямованих на підтримку виховної функції родини. Профілактика буде ефективною лише тоді, коли проблеми сім’ї та дитини стануть головними у державі та суспільстві. Потрібні сучасні програми підтримки родини, відповідального батьківства, охорони дитинства, відповідна законодавча база, дієвий механізм реалізації прийнятих рішень.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 26.06.1996 № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 16.09.2020).

2. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. Дата оновлення: 03.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (дата звернення: 16.08.2020).

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Дата оновлення: 16.08.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 16.09.2020).

4. Кодекс законів про працю України : Закон України від 23.07.1996 № 322-08. Дата оновлення: 02.04.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08 (дата звернення: 18.09.2020).

5. Житловий кодекс Української РСР : Закон України від 01.01.1984 № 5464-X. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10 (дата звернення: 18.09.2020).

6. Василенко О.М., Троян Р.В. Нормативно-правові засади державної політики з питань захисту прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. *Збірник наукових праць Хмельницького інституту соціальних технологій Університету «Україна»*. 2015. № 10. 8 с.

7. Мордань О.О. Нормативно-правове забезпечення соціального захисту посиротілих дітей: проблеми та напрями вдосконалення. 2012. № 2. С. 1–8.

8. Про Національну стратегію реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2026 роки та план заходів з реалізації її I етапу : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 09.08.2017 № 526-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/526-2017-%D1%80#Text (дата звернення: 17.09.2020).

9. Мета деінституціалізації – реалізація права кожної дитини на сім`ю. *Офіційний веб-сайт Міністерства соціальної політики України*. URL: https://www.msp.gov.ua/news/15560.html (дата звернення: 16.09.2020).

10. Положення про Національну соціальну сервісну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 26 серпня 2020 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/783-2020-%D0%BF#Text (дата звернення: 27.11.2020).

11. Воднік В.Д. Проблеми дітей-сиріт в умовах побудови громадянського суспільства в Україні. *Вісник Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.* 2018. № 4(39). С. 101–111.

12. Воднік В.Д. Проблеми профілактики безпритульності дітей в умовах побудови громадянського суспільства в Україні. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія «Політологія».* 2016. № 2(29). С. 113–127.

13. Воднік В.Д. Проблеми профілактики проституції в умовах побудови громадянського суспільства в Україні. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серія «Філософія, філософія права, політологія, соціологія».* 2012. Вип. 2(12). С. 310–321.

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.15

ТІМУШ І.С., КОВАЛЬ І.О.

ДЕІНСТИТУАЛІЗАЦІЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

DEINSTITUALIZATION: FOREIGN EXPERIENCE AND UKRAINIAN REALITIES

Сьогодні Україна знаходиться на своєму шляху до становлення європейської держави, що, своєю чергою, потребує реформ у різноманітних сферах та наближення них до високих європейських стандартів. Сфера захисту дітей у цьому контексті є дуже важливою, адже саме від них багато в чому залежить існування держави та суспільства у цілому.

Багатьма міжнародними та національними нормативно-правовими актами визначено, що захист прав та законних інтересів дітей є одним з основних завдань держави. Діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування, є вразливою категорією дітей, що потребують постійної уваги та допомоги з боку держави, а тому реформа у сфері їх догляду та виховання необхідна.

Статтю присвячено дослідженню деінституалізації інтернатних закладів та впровадженню сімейних форм виховання дітей. Своєю чергою, сімейні форми виховання дітей є ефективними, адже завдяки ним досягається головна мета соціальної політики держави – всебічний розвиток особистості, задоволення потреб та належний рівень догляду дитини.

Європейські країни мають позитивний досвід реформування системи інституційних закладів. На їх прикладі можна простежити, що впровадження альтернативних форм виховання дітей та створення системи екстреної допомоги сім'ям, що потрапили у скрутне становище, є ефективнішим, аніж утримання великих закладів перебування, де, на жаль, діти не отримують належної уваги, яка так потрібна у процесі формування особистості. Плюсом процесу деінституалізації також є питання фінансування, що завжди є актуальним. Якщо наша держава витратила у 2018 р. близько 11,5 мільярдів гривень на підтримку інтернатних закладів, з яких тільки 20% пішло на потреби дітей, то закордонний досвід показує, що фінансування відбувається індивідуально, а також на рівні громади, що є ефективнішим, аніж централізоване фінансування.

У роботі проаналізовано Національну стратегію реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2026 рр., визначено основні напрями даної реформи, а також вироблено напрями подальшої роботи у сфері реформування інституційних закладів виховання.

Ключові слова: *інтернатні заклади, інституційне виховання, сімейні форми виховання дітей, реформи, деінституалізація.*

Today, Ukraine is on its way to becoming a European state and it needs reforms in various areas and bringing them closer to high European standards. The sphere of child protection in this context is very important, because the existence of the state and society as a whole largely depends on children and their normal life.

Many international and national ukranian legal acts say that the protection of the rights and legitimate interests of children is one of the main tasks of the state. Orphans and children deprived of parental care are a vulnerable category of children and need constant attention and assistance, and therefore care reform is needed and therefore reform in the field of their care and upbringing is necessary.

© ТІМУШ І.С. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права та процесу (Національний авіаційний університет)

© КОВАЛЬ І.О. – студентка юридичного факультету (Національний авіаційний університет)

The article deals with the process of deinstitutionalization of boarding schools and the introduction of family forms of child upbringing. In turn, family forms of child upbording are more effective, because they can help to achieve one of the main goals of social policy – individual development, satisfaction of needs and proper care for every child.

European countries have a positive experience of reforming the system of such institutions. Their example shows that the introduction of alternative forms of child upbringing and the creation of an emergency system for families in need is more effective than the maintenance of large institutions, where unfortunately children do not receive the proper attention that is so necessary in the process of personality formation. Another advantage of the deinstitutionalization process is the issue of funding, which is always relevant. If in 2018 our state spent about 11.5 billion hryvnias to support boarding schools, of which only 20% went to the needs of children, foreign experience shows that funding is individual, as well as at the community level, which is more effective than centralized funding.

In the article it is also analyzed the National Strategy of Reforming the System of Institutional Care and Upbringing of Children for 2017–2016. As well it developed directions for further work in the field of reforming institutional upbringing institutions.

Key words: *boarding schools, institutional education, family forms of child upbringing, reforms, deinstitutionalization.*

Вступ. Одним із визначальних напрямів сучасної політики України є реформування сфери захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, адже дана категорія дітей як ніяка інша потребує захисту з боку держави. Наявна статистика станом на 01.01.2018 говорить про такі дані щодо обліку дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: 2 158 дітей-сиріт та 49 979 дітей, позбавлених батьківського піклування. В системі соціального захисту населення функціонує 44 будинки-інтернати із загальною кількістю вихованців/підопічних 5 692 особи, з них 1 952 дитини віком від 4 до 18 років, які мають особливі освітні потреби [1].

Досвід зарубіжних країн у сфері захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, говорить про те, що інституційний нагляд не є ефективним. У цьому контексті дієвим механізмом у даній галузі є деінституалізація, що включає у себе розвиток сімейних форм улаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Зважаючи на те, що Україна знаходиться на своєму шляху до становлення європейської держави, перед законодавцями та правниками стоїть велике завдання щодо реформування нормативно-правової бази нашої держави у сфері захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування зокрема, а також трудомісткий процес деінституалізації. Дана тема є актуальною у контексті реформи, що прийнята Кабінетом Міністрів України, Національної стратегії реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2026 рр.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження зарубіжного досвіду у сфері деінституалізації, а також аналіз реформування системи інституційного догляду дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування в Україні.

Результати дослідження. Питання реформування інституційного догляду за дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування, не є новим. Воно є об'єктом дослідження багатьох учених, як вітчизняних, так і зарубіжних (О.О. Мордань, О.О. Свіжа, В.В. Козубовський, О. Миколюк, О.П. Миколюк та ін.). Дослідження свідчать, що інституційний догляд і виховання дитини, особливо в ранньому віці, мають негативний вплив на розвиток дитини – на її подальшу соціалізацію, самореалізацію і, зрештою, на щасливе дитинство і гідне майбутнє [2]. Тому деінституалізація є дієвим механізмом захисту прав та законних інтересів дитини у контексті права на приватне та родинне життя відповідно до Європейської конвенції з прав людини [3].

Хочеться також наголосити, що стаття 21b Конвенції ООН про права дитини встановлює ієрархію влаштування дітей, указуючи, що міжнародне всиновлення є останнім варіантом, можливим лише після того, як усі можливості щодо влаштування дитини всередині країни були випробувані. Загальна ієрархія влаштування дитини всередині країни існує, найкращім бажаним варіантом розвитку події може бути повернення до своїх біологічних чи розширених (сім'я родичів) родин. Якщо такий варіант не є можливим, діти мають право на влаштування у замісні родини (прийомні сім'ї, сім'ї усиновителів); у разі неможливості цього діти мають отримувати спеціалізований стаціонарний догляд [4, с. 18].

Досвід зарубіжних країн показує, що незважаючи на те що інституційні заклади були ефективними в минулому, нині вони не є дієвим методом виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, тому у середині минулого століття низка країн розпочала реформу з відмови від інституційних закладів виховання до сімейних форм виховання дітей.

О. Мордань визначає деінституціалізацію як процес реформування системи, що займається доглядом за дітьми, пріоритетним напрямом якої є сімейне виховання. Він полягає у поступовій ліквідації інтернатів шляхом усиновлення дітей, що там перебувають. Метою даного процесу є скорочення кількості інтернатів та дитячих будинків для того, щоб кожна дитина мала змогу виховуватися в сімейній обстановці [5].

Деінституціалізація та трансформація послуг для дітей – це комплексна діяльність, а не просто виведення дітей з інституцій. Натомість це систематичні, стратегічно обґрунтовані зміни, які призводять до значного зниження використання стаціонарного догляду і зростання послуг, спрямованих на збереження дітей в їхніх сім'ях і громадах [4, с. 35].

Найкращим підтвердженням того, що програма деінституалізації працює, є те, що станом на 2019 р. в Австрії, Норвегії 0,1% дітей знаходяться в інтернатах, у Польщі, Болгарії, Румунії – 0,5% дітей в інституціях, але в одному закладі мешкає не більше 6–12 дітей від загальної кількості дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування [6, с. 257].

Велика Британія є батьківщиною в Європі так званого професійного (фостерного) виховання. Професійне (фостерне) виховання – юридичне заміщення батьківства, за якого дитина-сирота або дитина, позбавлена батьківського піклування, передається на виховання та проживання у сім'ю іншої особи до досягнення дитиною повноліття за плату (включає в себе прийомну сім'ю, патронат) [7, с. 87]. Велика Британія практикує альтернативні форми опіки: короткочасне перебування дитини в іншій сім'ї для подолання кризи в біологічній сім'ї. Термін перебування не може перевищувати дев'яти тижнів. Тобто таким чином держава постійно намагається не допустити того, щоб дитина зростала за межами батьківського дому. Нині виховання дітей у прийомних сім'ях у цій державі становить лише 10%, інституційне виховання має ще набагато нижчий відсоток [7, с. 88].

У 2010 р. Болгарія розробила планову стратегію щодо деінституалізації, де передбачено конкретні типи допомоги для сімей та дітей: інституції з підтримки та попередження негативних наслідків (сімейне консультування, центри перебування та ін.); термінове вилучення дитини з проблемної сім'ї та направлення такої дитини до спеціалізованих закладів із подальшим улаштуванням у прийомну сім'ю); розвинута система прийомних сімей та стаціонарне піклування [8].

Німеччина практикує довготривале перебування дітей в інтернатах, але тільки для того, щоб усунути всі недоліки у сім'ї дитини та повернути її туди. Якщо ж усі можливості вичерпані, то приймається рішення про передачу дитини в прийомну сім'ю. У Німеччині пріоритетним є біологічне батьківство або ж усиновлення, тоді як інші форми є тимчасовими [9].

У Словаччині існують дитячі діагностичні будинки, де діти, у яких виникли проблеми з перебуванням у сім'ї, перебувають 1,5–2 місяці. Упродовж цього періоду за дитиною стежать спеціалісти, щоб визначитися, куди краще направити цю дитину: у прийомну родину, спеціалізовані дитячі будинки сімейного типу або спеціалізовані установи для догляду дітей [9].

В Угорщині, як і в багатьох інших європейських країнах, існують дитячі села-SOS (SOS – величезна міжнародна організація з підтримки дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування). Такі дитячі села-SOS в Угорщині складаються з 14–15 сімейних будинків, к кожному з яких SOS-мами займаються вихованням дітей [10].

Як бачимо, пріоритетом для європейських країн є не передача дітей на виховання до альтернативних форм виховання, а саме попередження та подолання кризових ситуацій, що можуть скластися у сім'ї, щоб усе ж таки дитина могла виховуватися в родинному колі. Зарубіжні країни залишають деякі форми інтернатного закладу, але все ж дані установи зазнають великих структурних змін та стають більше закладами тимчасового утримання, ніж повноцінного довготривалого виховання дітей.

Сьогодні уряд трактує деінституалізацію як процес створення послуг у громаді, пов'язаний із допомогою сім'ям у складних життєвих обставинах, щоб вони не віддавали своїх дітей до інституцій, а виховували в сім'ї, тому сімейні форми влаштування дітей набувають дуже великого значення у даному процесі [11].

В Україні налічується 751 інтернатний заклад. Такий спадок ми отримали з радянських часів. Як результат, ідеологія більшовицької партії сприяла створенню цілої системи закладів для колективного виховання «нових радянських патріотів» і спонукала батьків віддавати туди дітей [12, с. 5].

Розпад Радянського Союзу наніс ще один удар по сімейних цінностях нашої держави. Глибока криза 90-х років внесла свої корективи, і за статистикою з 1989 по 2007 р. частка дітей, які виховуються в інтернатних закладах усіх типів, зросла в Україні більше ніж удвічі в розрахунку на 100 тис дитячого населення, а піку досягла в 2004-му – 508,87 [12, с. 6].

Зміна пріоритетів державної політики у сфері дитинства відбувається вже у 2007 р., коли була започаткована Державна програма реформування інтернатних закладів.

Даний проєкт передбачав низку нововведень та реформ: формування системи раннього виявлення сімей із проблемами та запобігання відмови від дітей чи їх вилучення службами; реформування спеціалізованих обласних будинків дитини; створення екстрених кімнат матері та дитини [13].

Проте, на жаль, радикальні зміни так і не відбулися, оскільки було відсутнє єдине бачення реформування системи інституційного догляду та виховання дітей. На практиці змінювалися лише назва або тип закладу, але «реформовані» заклади так і продовжують залишатися закладами цілодобового і довготривалого перебування дітей, а кількість категорій та вік дітей, які можуть до них направлятися, збільшуються.

Із 2017 р. відбулося відновлення деінституалізації за рахунок прийняття Кабінетом Міністрів України Національної стратегії реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2026 рр. і Плану реалізації її першого етапу [11].

Відповідно до Національної стратегії, деінституалізація базується на таких принципах: сім'я являє собою найкращий осередок для виховання та розвитку дитини; головною умовою благополуччя і захисту прав та інтересів дитини є збереження сім'ї; думка, потреби, інтереси кожної дитини мають бути враховані.

Убачається, що до 2026 р. кількість дітей в інтернатних закладах має знизитися до 90%, а кожна громада візьме на себе обов'язок щодо надання послуг проблемним сім'ям та дітям, що опинилися в скрутній ситуації [14].

Упровадження реформи передбачає 10 кроків: 1. комунікація та підвищення рівня обізнаності про цілі й переваги такої реформи для дітей, сімей і громад; 2. співпраця та ефективна координація між усіма учасниками реформи; 3. аналіз на регіональному та національному рівнях; 4. аналіз на рівні інтернатного закладу; 5. Розроблення послуг для заміни інтернатних закладів; 6. планування перерозподілу ресурсів; 7. підготовка та переведення дітей; 8. підготовка та переведення персоналу; 9. організація процесу переміщення дітей; 10. моніторинг та оцінка [4, с. 151].

Також у ході реформи були розроблені заходи щодо обов'язку громади для попередження потрапляння дітей до інтернатних заходів, такі як робота фахівця із соціальної роботи на рівні громади, поліпшення умов перебування дітей у школах для того, щоб батьки мали змогу працювати повноцінно, різноманітні гуртки та секції для дітей, допомога у догляді та фінансуванні сім'ям із дітьми-інвалідами. У кожній громаді має бути щонайменше одна сім'я патронатного вихователя. Також на рівні громади має бути забезпечене влаштування дитини до сімейної форми виховання у разі залишення сиротою або без батьківського піклування [14].

Реформа складається з таких етапів: I етап (2017–2018 рр.) – підготовчий; II етап (2019–2024 рр.) – реалізація реформи; III етап (2025–2026 рр.) – підсумковий [11].

Нині виконано перший етап, під час якого відбувся збір даних щодо становища дітей, зроблено аналіз діяльності інтернатних закладів, створено міжвідомчі робочі групи та проведено інвентаризацію існуючих послуг для дітей та сімей із дітьми.

Як наслідок, на зміну дитячим будинкам у результаті трансформаційних процесів мають прийти центри соціальної підтримки для дітей та сімей із широким спектром сімейно орієнтованих послуг. На базі таких центрів працюватимуть малі групові будиночки та соціальні квартири, які збудують за рахунок державного бюджету.

Висновки. Дослідивши досвід зарубіжних країн у сфері деінституалізації та проаналізувавши реформу, що нині діє в нашій країні, можна дійти висновку, що наша держава знаходиться на початковому рівні запровадження реформ. Державна політика України закладає фундамент деінституціалізації, яка допоможе розробити ефективні та сучасні послуги з догляду для дітей і родини. Можна виділити такі пріоритетні напрями у сфері сімейних форм виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування:

по-перше, аналіз та впровадження зарубіжного досвіду у питанні функціонування сімейних форм влаштування дітей, кризових центрів і служб допомоги;

по-друге, залучення працівників інтернатних закладів до реформи, наприклад стимулювання до створення прийомної сім'ї та взяття дітей на виховання;

по-третє, на рівні громад активізація процесу створення та підтримки сімейних форм виховання дітей;

по-четверте, всебічна державна підтримка благодійних програм та акцій, що популяризують сімейні форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування;

по-п'яте, облік та підтримка сімей, що знаходяться у скрутних сімейних обставинах;

по-шосте, підтримка сімей, які беруть на виховання хвору дитину.

Список використаних джерел:

1. Мета деінституціалізації – реалізація права кожної дитини на сім'ю / Міністерство соціальної політики. URL: https://www.msp.gov.ua/news/15560.html.

2. Нова українська школа. Деінституціалізація. Як вчителі можуть допомогти адаптуватися дітям з інтернатних закладів. *Нова українська школа*. URL: https://nus.org.ua/view/deinstytutsializatsiya-yak-vchyteli-mozhut-dopomogty-adaptuvatysya- dityam-z-internatnyh-zakladiv.

3. Конвенція про права дитини ООН : ратифікована Постановою ВР від 27 березня 1991 р. № 789-XII. Редакція від 20.11.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/995_021.

4. Деінституціалізація та трансформація послуг для дітей. Київ : Калита, 2009. 193 с.

5. Мордань О. Міжнародна практика реформування державної системи опіки: досвід для України. URL: http://www.dridu.dp.ua /vidavnictvo/2012/2012_-02(13)/12mooodu.pdf.

6. Свіжа О.О. Система видів улаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3. С. 257–258.

7. Козубовський В.В. Соціальний захист неповнолітніх у Великій Британії. Ужгород : УжНУ, 2004. 129 с.

8. Звіт за результатами кабінетного дослідження щодо становища дітей в Україні та практик з впровадження деінституціалізації в окремих країнах / Міжнародна організація «Save the Children». URL: http://hopeandhomes.org.ua/wp- content/uploads/2017/03.pdf.

9. Зарубіжний досвід роботи альтернативних закладів опіки дітей, позбавлених батьківського піклування (реферат). URL: www.ukrreferat.com. Процитовано 2016-07-06.

10. Миколюк О. До Європи без інтернатів. URL: https://day.kyiv.ua/uk/article/cuspilstvo/do-yevropybez-internativ.

11. Національна стратегія реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2016 рр. / Міністерство освіти і науки України. URL: https://mon.gov.ua/ua/osvita/inklyuzivne-navchannya/nacionalna-strategiya-reformuvanyasistemi-internativ.

12. Кузьмінський В. Навіщо реформувати інтернатну систему: чого нас вчить історія. *Права дітей*. 2010. № 1(9). С. 4–6.

13. Про затвердження Державної цільової соціальної програми реформування системи закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування : Постанова Кабінету мМіністрів України від 17 жовтня 2007 р. № 1242. *База даних «Законодавство України»*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1242-2007-%D0%BF.

14. Реформа деінституціалізації: засади та ключові кроки. URL: https://www.msp.gov.ua/files/deinst/dovidkovo/005.pdf.

ТРУДОВЕ ПРАВО;
ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.16

КИТАЙГОРОДСЬКА В.В.

СЛУЖБА В ОРГАНАХ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ВИД ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

SERVICE IN THE LOCAL GOVERNMENT BODIES AS THE TYPE OF PUBLIC SERVICE IN UKRAINE

У статті про службу в органах місцевого самоврядування як вид публічної служби в Україні автором розглянуто професійну трудова діяльність у громадських інтересах, яка не виділена і не має спеціального правового регулювання. Також під час дослідженя даного питання було розглянуто особливості праці у сферах, де працівники, які виконують свою трудову функцію, водночас виконують функцію держави, яка не має окремого правового регулювання. За мету автором було поставлено специфіку наукового інтересу в рамках дослідження питання правового регулювання трудових відносин службовців органів місцевого самоврядування.

Під час проведення аналізу цього питання було узагальнено досвід використання поняття «публічна» служба у країнах Європейського Союзу. У більшості країн Європейського Союзу основне число державних службовців мають статус цивільних службовців. У результаті проведення аналізу наукової літератури та законодавства України, а також наявних матеріалів із питання про дефініції державних посад і посад органів місцевого самоврядування підтверджено, що в їхній основі лежать одні сутнісні ознаки, відмінність пов'язана практично тільки з масштабами відповідної діяльності. Законодавець і автори, по суті, визнають об'єднання державних посад і посад органів місцевого самоврядування у клас публічних посад. Що стосується правового регулювання роботи категорій працівників, зокрема державних службовців, службовців органів місцевого самоврядування, то вона регулюється спеціальними законами, а в частині, що не врегульована таким чином, – законодавством про працю. Практикою сучасного законотворення пропонуються різні варіанти формування органів місцевого самоврядування. Однак за всієї складності та неоднозначності вирішення цієї проблеми в Україні досі законодавцем не вирішено питання правового регулювання публічної служби (її поняття також) узагалі та цивільної служби зокрема. У розгляді питання щодо служби в органах місцевого самоврядування як виду публічної служби в Україні автором були зроблені деякі висновки, а також запропоновано структуру майбутнього закону.

Ключові слова: *виборні публічні службовці, органи місцевого самоврядування, публічна влада, державні службовці, трудові функції.*

In the article about service in the local government bodies as the type of public service in Ukraine author describes the occupational work in the civil interests which is not provided, nor is there any special legal regulation. Likewise, during the consideration of the issue, the specialties of work in the spheres, where workers while performing labor

© КИТАЙГОРОДСЬКА В.В. – аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права імені професора О.І. Процевського (Харківський національний педагогічний університет імені Г.С. Сковороди)

duties at the same time perform function of the State, which is not regulated and does not have its own regulation. For the purpose, the author has set the specifics of scientific interest within the framework of the given issue of legal regulation of labor relations of the local government bodies. When analyzing this issue it was generalized the experience of using the term "public" service in EU countries. In most of the regions of the EU, the main number of state services has the status of civil services. Analyzing the science literature and the legislation of Ukraine and the analysis of the actual materials from the practice of the definitions of public positions and position of local government, confirms that they are based on the essence of the sign, the difference is only in the scale of activities. Legislator and authors, indeed, recognize the grouping of public positions and positions of local government into a class of public office. The legal regulation of the categories of workers, especially public officials, local governments employees are governed by special laws, and in part, which is not regulated by labor legislation. The practice of modern legislation propose a variety of formation of local government. However, for all the complexity and ambiguity of the solution to this problem in Ukraine, the legislator has not yet revised the legal regulation of the public service (including its meaning) and of the civil service. When looking at this issue of the service in the local government bodies as the type of public service in Ukraine, the author has made some conclusions, and also offered the structure of the future law.

Key words: *electoral public services, local government, public authority, public officials, labor functions.*

Вступ. Натепер в Україні професійна трудова діяльність у громадських інтересах не виділена і не має спеціального правового регулювання. Особливість праці у сферах, де працівники, які виконують свою трудову функцію і водночас функцію держави (органи місцевого самоврядування, медицина, освіта в державному секторі тощо), полягає в тому, що вона не має окремого правового регулювання.

Сам факт існування на державних підприємствах і в установах службовців, які здійснюють свою трудову функцію і водночас виконують функцію держави, говорить про те, що їхня праця необхідна для держави. Службовці органів місцевого самоврядування виконують управлінські функції на місцях, реалізують конституційне право місцевого самоврядування. Учителі шкіл та викладачі вищих навчальних закладів, які працюють у державних установах, виконують функцію держави відповідно до ст. 53 Конституції України – забезпечення права на освіту громадян України. Медичні працівники, зайняті в державних медичних установах, виконують функцію держави відповідно до ст. 49 Конституції України – надання медичної допомоги тощо. Необхідність виділення правового регулювання даної категорії службовців в один, що має спільні риси, законодавчий акт – очевидна.

Постановка завдання. З урахуванням специфіки нашого наукового інтересу в рамках даного дослідження нами будуть розглянуті питання правового регулювання трудових відносин службовців органів місцевого самоврядування.

Результати дослідження. Службу в органах місцевого самоврядування необхідно розглядати як самостійний правовий інститут, що регулює питання недержавної служби в органах місцевого самоврядування, а саме як відносини із застосування найманої праці службовців органів місцевого самоврядування. Необхідний рівний підхід до державної служби та служби в органах місцевого самоврядування як до різновиду праці, професійної трудової діяльності в інтересах суспільства, а значить, і в інтересах самої держави. Саме у зв'язку із цим у багатьох європейських державах службовці органів місцевого самоврядування (за винятком технічних службовців – секретарів, прибиральників та інших) є державними або цивільними службовцями.

Загальноприйнято, що служба в органах державної влади (державна служба) і служба в органах місцевого самоврядування (муніципальна служба) об'єднані одним поняттям – ***публічна служба***. На жаль, натепер в Україні нормативного визначення поняття «публічна служба» в окремому правовому акті немає. Наявних наукових досліджень сутності поняття публічної служби, аналізу особливостей і видів публічної служби для її практичного використання мало.

Якщо узагальнити досвід використання поняття «публічна» служба у країнах Європейського Союзу (далі – ЄС), то можна констатувати, що найбільш поширений поділ публічної служби на мілітаризовану і громадянську. Для мілітаризованої характерні такі особливості:

– спеціальний порядок формування, проходження служби;
– спеціальні вимоги щодо професійної підготовки;
– спеціальні вимоги щодо службової субординації;
– жорсткі вимоги ієрархії особового складу;
– відповідальність (аж до кримінальної) за невиконання наказів;
– наявність спеціального одягу (форма), що має зовнішні відмінності;
– спеціальні звання.

Усі службовці в перелічених нами органах є державними службовцями, їхня праця (крім спеціальних законів) регулюється Законом України «Про державну службу» [1].

Другий вид публічної служби становить так званий бюрократичний апарат (у хорошому сенсі цього слова), інакше кажучи, коло осіб, які у зв'язку з виконанням своєї трудової функції забезпечують функціонування державної влади й управління. Саме цей вид служби в Європейському Союзі прийнято називати «цивільною службою», оскільки основний обов'язок цих службовців – служіння суспільству.

Аналіз тих чи інших аспектів громадянської служби здійснюється в рамках окремих гуманітарних наук з урахуванням принципу спеціалізації. В Україні вивчення питань цивільної служби нині не набуло широкого розвитку в юридичній науці, де залежно від конкретної галузі права розглядаються різні аспекти даного інституту. З погляду конституційного права громадянська служба сприймається як одна з форм здійснення публічної влади. З погляду адміністративного права акценти робляться на її управлінські аспекти тощо. З погляду трудового права ми розглядаємо громадянську службу як специфічну трудову діяльність.

У більшості країн ЄС основне число державних службовців мають статус цивільних службовців. Це означає, що вони підпадають під дію закону про цивільну службу, який є державним законом, але не під дію загального трудового законодавства. Дана ситуація стосується навіть місцевих державних чиновників (за винятком Великобританії, де місцеві державні чиновники підпадають під дію звичайного трудового законодавства [2, с. 97–98]).

В обмеженій низці країн статус цивільного службовця присвоєно тільки частині державних службовців. У Німеччині наявне типове розмежування між цивільними службовцями, якими є працівники, які володіють публічною владою або державно-владними повноваженнями (приблизно 40% державних службовців), та іншими, які підпадають під дію трудового законодавства й окремих колективних угод. Однак професори та викладачі університетів усіх рівнів, зокрема й початкової освіти, медичні працівники, зайняті в державних медичних установах, і майже всі співробітники органів місцевого самоврядування є цивільними службовцями [3].

Реформи в Данії в 1969 р. та в Італії в 1993 р. також ґрунтувалися на німецькій моделі. Нині в Італії лише кілька тисяч високопоставлених чиновників підпадають під дію закону про цивільну службу, інші підкоряються трудовому законодавству.

Протягом останніх п'ятдесяти років тільки Данія (з моменту ухвалення Закону 1969 р.) та Італія (з моменту ухвалення Закону в лютому 1993 р.) істотно переглянули визначення за допомогою звуження сфери цивільної служби. У Швеції такий перегляд у 1976 р. привів до розширення сфери цивільної служби через включення більшості державних службовців, в основному через поєднання великої реформи трудового законодавства і тиску з боку профспілок.

Єдиним для всіх країн Євросоюзу є те, що служба в органах місцевого самоврядування належить до громадянської служби, але залежно від національного законодавства трудовий договір зі службовцями органу місцевого самоврядування укладається або як із державним службовцем, або як із цивільним службовцем.

На даний момент розвитку країни, реформування державних органів України законодавче тлумачення терміна «публічна служба» наявне лише в редакції ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України, згідно з яким «публічна служба – діяльність на державних політичних посадах, у державних колегіальних органах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, інша державна служба, патронатна служба в державних органах, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування» [4, п. 17, ст. 4].

Ми підтримуємо думку деяких учених [5, с. 145; 6, с. 165], що зміст даного поняття вже не відповідає вимогам сучасного суспільства, особливо щодо «діяльності на державних політичних посадах». У зв'язку з відсутністю ясності в понятійному апараті «публічна служба» сам термін використовується в досить розмитих рисах, а частіше вживаються два інші поняття – «державна служба» і «служба в органах місцевого самоврядування».

Конституція заклала основи, що стосуються функціонування публічної служби, проте не визначила модель її розвитку.

На нашу думку, структурна модель публічної служби складається з державної служби, спеціалізованої, або державної, цивільної служби та загальної цивільної служби.

До службовців *державної* служби належать усі особи, перелічені в п. 2 ст. 1 Закону України «Про державну службу» [1, ст. 1].

До службовців *спеціалізованої (державної*) *цивільної* служби належать особи, які, хоча і перебувають на державних посадах, не є державними службовцями [1, п. 3, ст. 3; 7; 8]. Інакше кажучи, політичні посади є державними посадами, але не є посадами державних службовців. Забезпечення діяльності держави в окремих, вузьких сферах – основне завдання корпусу спеціалізованої / державної цивільної служби.

До службовців *загальної цивільної* служби належать службовці органів місцевого самоврядування та, на наше переконання (не вдаючись у дискусію, тому що це не є метою нашого дослідження), повинні входити всі службовці державних установ і організацій, що виконують цілі і завдання держави і для яких це є їхньою трудовою функцією (викладачі навчальних закладів, лікарі тощо).

Проте варто зауважити, що існує думка, згідно з якою посади органів місцевого самоврядування не варто включати в число посад публічної служби. Не ставлю собі за мету вивести свої дефініції державної служби і служби місцевого самоврядування, а в ім'я доведення їхньої спільності коротко звернуся до аналізу нормативної бази й авторських суджень щодо цього.

До органів місцевого самоврядування відносять виборні й інші органи, наділені повноваженнями на вирішення питань місцевого значення, які не входять у систему органів державної влади. Таке конституційне застереження є першоосновою для законодавчого розмежування правового статусу осіб, що заміщають державні посади, і осіб, що заміщають посади в органах місцевого самоврядування.

Внутрішня сутнісна спорідненість державних посад і посад органів місцевого самоврядування зумовлює і подібне багато в чому регулювання як власної діяльності на державних посадах і посадах органів місцевого самоврядування, так і державної служби і служби в органах місцевого самоврядування як самостійних класів публічної служби. Не випадково передбачаються для службовців органів місцевого самоврядування можливість переходу на державну службу і включення до стажу державної служби стажу служби в органах місцевого самоврядування.

Отже, аналіз наявних матеріалів із питання про дефініції державних посад і посад органів місцевого самоврядування підтверджує, що в їхній основі лежать одні сутнісні ознаки, відмінність пов'язана практично тільки з масштабами відповідної діяльності. Законодавець і автори, по суті, визнають об'єднання державних посад і посад органів місцевого самоврядування у клас публічних посад.

Отже, стосовно предмета і мети цього дослідження вважаю слушним, що в систему публічної служби включені служба на державних посадах і посадах в органах місцевого самоврядування, водночас кожна з них має самостійність. Безумовно, правове регулювання трудових правовідносин із даною категорією працівників має свою специфіку.

Більшість представників науки трудового права, починаючи з Н.Г. Александрова, завжди намагалися і намагаються зараз включити в коло відносин, регульованих відповідною галуззю права, максимально широкий спектр суспільних відносин [9], а для цього – поширити дію трудового права на максимальну кількість суб'єктів. Відповідно до думку про широку сферу дії трудового права, воно повинно поширюватися на всіх працівників, незалежно від форми власності та виду організації. Ця позиція кореспондує тексту Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України. Однак натепер з'являються тенденції, спрямовані на обмеження предмета регулювання трудового права.

Варто визнати, що після внесення змін і доповнень до ст. 3 КЗпП України [10, ст. 3] Указом Президії Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки від 27 травня 1988 р. [11], законами від 20 березня 1991 р. і від 5 липня 1995 р., у принципі збереглася правова модель «вузької» сфери. Водночас відбулося істотне розширення кола осіб, як охоплених трудовим законодавством, так і тих, що перебувають у зоні автономного регулювання їхньої праці.

Передусім з'явився і в нашому вітчизняному законодавстві колись не визнаний термін «найманий працівник». Згідно зі ст. 3 КЗпП, законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором із фізичними осо-

бами. У даній статті не вживається термін «найманий працівник», однак відсилання до трудового договору як підстави для виникнення таких відносин, підтверджує цей висновок. Сторонами трудового договору виступають, з одного боку, власник або уповноважений ним орган чи фізична особа, з іншого – працівник [10, ст. 21].

Терміни «наймана праця», «наймані працівники» є одними з базисних понять, що використовуються в таких важливих законодавчих актах про працю, як закони України «Про колективні договори і угоди» [12], «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [13]. Коли в інших законах уживається термін «працівники», то йдеться саме про найманих працівників, оскільки наявне посилання на трудовий договір як підставу для виникнення трудових правовідносин [14].

Правове регулювання праці категорій працівників, зокрема державних службовців, службовців органів місцевого самоврядування, регулюється спеціальними законами, а в частині, що не врегульовано таким чином, – законодавством про працю. Водночас спостерігається процес зближення правового статусу цих категорій працівників, зокрема в питаннях надання гарантій щодо зайнятості, норми робочого часу, часу відпочинку, матеріальної відповідальності, соціальних гарантій, пов'язаних із материнством.

Щодо особливостей регулювання праці службовців органів місцевого самоврядування, то необхідно розглядати це питання з погляду специфіки призначення на посаду.

Посадами в органах місцевого самоврядування є:

– виборні посади, на які особи обираються на місцевих виборах;

– виборні посади, на які особи обираються або затверджуються відповідною радою;

– посади, на які особи призначаються сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної в місті, обласної ради на конкурсній основі чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України.

З урахуванням того, що зазвичай призначення на посаду відбувається за результатами конкурсу, який ми (умовно) також прирівнюємо до виборів, то основною формою призначення на посаду можна вважати перемогу на виборах (за результатами конкурсу).

Цікаво, що в науці трудового права довгий час існувала думка про те, що індивідуальні трудові правовідносини іноді виникають і без трудового договору [15], наприклад, на підставі акта обрання, який розцінювався як особливий односторонній акт недоговірного характеру. Зазначалося, хоча для його здійснення і потрібна попередня згода самої особи на заняття конкретної виборної посади, однак безпосереднє юридичне значення для виникнення трудових правовідносин має не ця згода, а сам акт обрання. Навіть більше, у правовій літературі робився висновок про те, що відсутність необхідності укладення трудового договору становить відмітну рису даного (вибраного) порядку заміщення посад [16].

Як би не було широко поширене неукладення трудових договорів із зазначеним контингентом працівників, це не є правомірним. Дана ситуація повинна бути розцінена як правопорушення. Отже, треба солідаризуватися з тими авторами, які вважають, що сам собою акт обрання особи на ту чи іншу посаду не спричиняє виникнення трудових правовідносин, щонайменше ще одним необхідним фактом є укладення трудового договору із працівником.

Особливості правового регулювання праці виборних осіб залежно від посадового становища працівника й особливостей суб'єктного складу дозволяють виділити трудовий договір. Відповідно розрізняється і зміст таких договорів.

Сукупність умов, що визначають взаємні права й обов'язки сторін, становлять зміст трудового договору. У зміст входять умови, встановлені як самими сторонами, так і нормативно-правовими актами про працю. У науці трудового права склалась традиційна думка про те, що умови, які виробляються сторонами трудового договору, поділяються на обов'язкові (необхідні) і факультативні (додаткові) [17]. Такий поділ мав далекоглядне теоретичне значення.

Для того, щоб визначити характер правового регулювання трудових правовідносин конкретних осіб, важливо оцінити ступінь взаємодії нормативного й індивідуально-договірного регулювання праці співробітників (термін «індивідуально-договірне регулювання умов праці» увів у науковий обіг О.С. Пашков [18]) як двох основних елементів методу трудового права.

Однією з найважливіших характеристик правового регулювання трудових відносин службовців є нормативне врегулювання більшості умов трудового договору зазначених суб'єктів, яке має явний пріоритет щодо індивідуально-договірного. Водночас безпосередньо законодавством регулюються навіть ті, які стосовно загальних суб'єктів трудового права розглядаються як договірні. Переважання трудоправового регулювання такого характеру умов праці службовців

не унеможливлює взаємних домовленостей сторін про окремі умови праці з метою деталізації норм права.

Аналіз змісту істотних умов трудового договору службовців дозволяє розкрити специфіку трудового договору із цими особами.

Основним змістом, серцевиною будь-якого трудового договору є виконання працівником певної роботи відповідно до трудової функції. Трудова функція характеризує рід роботи, її характер, зміст і коло обов'язків, які виконуватиме працівник, який уклав трудовий договір [19, с. 158].

У трудовому праві стало класичним визначення трудової функції через професію, спеціальність, кваліфікацію і посаду. Для службовців перші три критерії визначення трудової функції не мають значення. Трудова функція зазначених службовців залежить від того, яку посаду в органах місцевого самоврядування обіймає обрана особа, тобто зміст її трудової функції визначається конкретної публічної посадою [20].

Тому у трудовому договорі виборних осіб із метою конкретизації такої істотної умови трудового договору, як трудова функція, має бути чітко зафіксовано повне найменування тієї посади, для заміщення якої був обраний відповідний суб'єкт. Для розглянутих трудових договорів умова про трудову функцію стає однією з найважливіших похідних умов. Спеціальна трудова функція службовця являє собою роботу певного роду у вигляді якоїсь системи трудових дій. Для виконання цієї роботи він наділяється відповідними повноваженнями (права й обов'язки) у даній сфері праці, несе відповідальність у встановленому порядку за їх неналежне виконання. Саме наділення конкретними повноваженнями дає визначеність, яка забороняє вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором, і визначає межі використання робочої сили працівника [21, с. 66].

Для виборних публічних службовців, як і для будь-яких працівників, визначеність трудової функції буде мати вирішальне значення. Виконання службовцем суто тієї роботи, яка становить його трудову функцію, у даному разі буде спрямоване не тільки на забезпечення його власних інтересів як працівника, а й на захист інтересів необмеженого кола осіб, зокрема й населення як його реального роботодавця. Це зумовлено самим публічним характером його діяльності, яка повинна здійснюватися суто в інтересах громадян, які його обрали. Щодо службовців ця визначеність буде забезпечуватися нормативної фіксацією змісту їхньої трудової функції. Отже, специфіка трудової функції розглянутих суб'єктів порівняно із загальними правилами трудового законодавства полягає в тому, що вона не може встановлюватися угодою сторін даного трудового договору. Її зміст, обсяг, порядок і умови виконання обумовлюються нормативними правовими актами держави, його суб'єкта або муніципального утворення заздалегідь, ще до виникнення індивідуальних трудових правовідносин. Угода сторін може стосуватися лише фактичного виконання вже заздалегідь сформульованої трудової функції.

Нормативний порядок закріплення трудової функції є однією з істотних особливостей трудового договору з виборними особами. Залежно від конкретної посади рівень встановлення трудової функції може відрізнятися. Деталізація трудової функції може бути досягнута на рівні підзаконних правових актів, що реґламентують окремі сторони діяльності відповідних органів, зокрема і внутрішній порядок їхньої діяльності.

Специфіка визначення трудової функції розглянутих осіб полягає також у відсутності для них посадових інструкцій, але це пов'язано саме з публічністю діяльності самих службовців і органів, у яких вони працюють. Однак із жалем можна констатувати, що, незважаючи на закріплення у правових нормах, яке порівняно з договірною реґламентацією зазвичай передбачає більшу чіткість і строгість формулювань, трудова функція службовців найчастіше характеризується недостатньою визначеністю.

Службовець, який бере на себе зобов'язання щодо виконання певної трудової функції, зобов'язаний дотримуватися тих загальних вимог, які пред'являються до діяльності всіх працівників відповідного органу влади, зокрема й підкорятися правилам внутрішнього трудового розпорядку.

Незважаючи на специфіку статусу, усе це характеризує їх як суб'єктів трудових правовідносин (трудового права), для яких такі правила обов'язкові.

Подібно до того, як інші працівники зобов'язані виконувати свої обов'язки, підкоряючись хазяйській владі роботодавця, встановленому ним порядку, і повинні діяти суто в його інтересах, виборні особи покликані здійснювати публічні повноваження виключно в інтересах своїх виборців. Обов'язок сумлінного виконання повноважень і вірності народу щодо осіб в одноосібних органах публічної влади оформляється додатково, шляхом принесення ними присяги.

Ще однією істотною умовою даного трудового договору буде умова про місце роботи. З'ясування місця роботи важливо тому, що воно безпосередньо впливає на розуміння умов праці, суті виконуваної роботи, її територіальних меж, тому що компетенція відповідного органу публічної влади територіально обмежена. Для службовців органів місцевого самоврядування місцем роботи буде той орган публічної місцевої влади, для заміщення посади в якому вони обрані.

Специфіка трудового договору зі службовцем органу місцевого самоврядування проявляється, зокрема, у тому, що він має терміновий, обмежений у часі характер. Тому термін його дії є однією з істотних умов даного виду строкового трудового договору. Якщо час початку роботи в рамках законодавства може бути додатково погоджений сторонами під час укладення трудового договору, то термін роботи загалом (зокрема, і термін закінчення трудового договору) однозначно визначається нормативно-правовими актами.

В основі функціонування всього державного механізму лежить положення про змінюваності осіб, які беруть участь у здійсненні публічної влади. Із цього принципу випливає положення про обов'язковий характер призначення виборів до органів публічної влади, які є періодичними і проводяться у визначені законом терміни. Крім того, для реалізації даного принципу в законодавстві України визначено конкретні терміни повноважень зазначених органів, якими обмежено зайняття відповідної посади.

З позицій трудового права обов'язковість і періодичність виборів підтверджують, по-перше, обмежений певними часовими рамками характер здійснення повноважень на виборній посаді, тобто терміновість трудового договору службовців; по-друге, обов'язкову наявність вакантної посади після закінчення терміну повноважень обраної особи.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 23 КЗпП України [10], трудові договори можуть укладатися на певний термін, установлений за погодженням сторін. Спеціально обумовлено, що строковий трудовий договір укладається тоді, коли трудові відносини не можуть бути укладені на невизначений строк, з урахуванням характеру майбутньої роботи або умов її виконання. Отже, для встановлення термінового характеру трудових відносин має значення специфіка самої праці на посаді в органах місцевого самоврядування. Саме строковий трудовий договір дозволяє вирішити проблему періодичної ротації кадрового складу органів публічної влади та залучення до участі в управлінні справами громади значного числа своїх громадян.

Наступною особливістю досліджуваного трудового договору є те, що під час виборів посада завжди є вакантною. Закінчення строку обрання повинно автоматично припиняти трудовий договір. Допустиме законом виняткове тимчасового продовження здійснення повноважень не повинно розглядатися як підстава для переростання строкового договору в договір на невизначений термін. Навіть у разі повторного обрання на колишню посаду, у разі якого виборні повноваження ніби продовжуються на новий термін, оформлення цього обрання проводиться заново, зокрема й процедура повторного складання присяги.

Отже, якщо особа обрана на посаду сільського, селищного, міського голови повторно, з моменту оголошення головою ТВК рішення про обрання цієї особи його попередні *представницькі* повноваження як голови припиняються і одразу (із цього ж моменту) починаються нові *представницькі* повноваження як голови. Тобто *зміниться лише строк повноважень голови*, а його *трудові відносини перериватися не будуть*.

У розумінні трудового законодавства із сільським, селищним, міським головою укладається строковий трудовий договір, який закінчується чи продовжується з настанням певної події – оголошення результатів голосування на першому пленарному засіданні ради. Отже, у даному разі *строковий трудовий договір із цією особою не припиняється, а змінюється.* Він продовжується за законом на новий період.

Навіть більше, зробити запис про звільнення і прийняття на посаду одним днем неможливо, адже запис про звільнення робиться в один день, а запис про прийняття на посаду – у день, наступний за днем звільнення.

У зв'язку із цим в органах місцевого самоврядування абсолютно правильно склалася усталена практика, коли в разі обрання (переобрання на новий строк) на посаду сільського, селищного, міського голови тієї самої особи ***запис про припинення повноважень та звільнення з посади*** до її трудової книжки *не вноситься*, а лише ***робиться запис про обрання на новий строк повноважень***. Датою запису буде дата пленарного засідання ради, на якому було оголошено про обрання такої особи сільським, селищним, міським головою. Підставою для внесення цього запису будуть дата та номер рішення відповідної територіальної виборчої комісії про обрання голови.

Правда, треба визнати, що в юридичній літературі висловлена і протилежна думка, згідно з якою трудовий договір із виборним працівником не може вважатися терміновим, тому що термін його роботи не є предметом угоди сторін під час укладення трудового договору. Наприклад, відомий радянський учений вказував, що «закінчення терміну, на який обраний працівник, не може бути підставою для розірвання трудового договору, бо доти, доки не буде обраний новий працівник, трудові відносини з особою, раніше обраною, тривають. За загальним правилом, підставою для розірвання трудового договору з раніше обраним працівником може бути лише факт його необрання на новий термін. Закінчення строку обрання є лише підставою для проведення виборів» [22].

На перший погляд це справді так, адже законодавство однозначно передбачає, що до початку роботи новообраних осіб, тобто до моменту вступу на посаду новообраної посадової особи або першого засідання представницького органу влади нового скликання раніше обрані особи продовжують здійснювати свої повноваження. Тобто закінчення терміну повноважень для однієї особи і початок виборчої роботи її наступника в часовому проміжку з'єднані. Але такі формулювання законів, як видається, свідчать лише про намір законодавця забезпечити безперервність здійснення публічної влади як такої, що постійно діє, спадкоємний зв'язок в організації та діяльності виборних інститутів, унеможливити «вакуум влади» у момент формування нового складу органів влади або установи нової системи організації влади. Це особливо важливо в тій ситуації, коли термін повноважень раніше обраної особи формально закінчився, а іншу особу ще не обрано або вона не вступила на посаду, для початку її легітимної діяльності потрібен час на проведення виборів або для проведення процедурних питань. Сам же зміст правовідносини між сторонами, їхній терміновий, обмежений у часі законом період існування не змінилися.

Навіть у разі короткочасного продовження після закінчення терміну повноважень виборних осіб індивідуальні трудові правовідносини не перетворюються на трудові відносини з невизначеним терміном (безстрокові). Інше суперечило б суті виборності на публічних посадах. Тому даний клас трудових договорів завжди варто розглядати як терміновий, який припиняється саме у зв'язку із закінченням його терміну. До нього не повинні застосовуватися положення ч. 1 ст. 39–1 КЗпП України [10] про автоматичне перетворення строкового трудового договору на трудовий договір на невизначений термін у разі, якщо працівник продовжує роботу після закінчення строку трудового договору, водночас жодна зі сторін не поставила вимогу про розірвання строкового трудового договору у зв'язку із закінченням його терміну, тобто фактично за відсутності заперечень сторін договору. Формально ж трудовий договір повинен бути припинений за п. 2 ст. 36 КЗпП України [10].

Оскільки припинення виборних повноважень у зв'язку із закінченням терміну, на який особу було обрано, і необрання на новий термін не розходяться в часі, є необхідність, на наш погляд, внесення змін до чинного КЗпП України, зокрема варто доповнити ст. 39–1 КЗпП України ч. 3 такого змісту: *«Положення цієї статті про продовження трудових відносин не поширюються на виборні посади в органах державної влади та органах місцевого самоврядування».*

Висновки. У даний час велике значення надається становленню та розвитку демократичних інститутів, зокрема й у сфері організації діяльності органів місцевого самоврядування. У зв'язку із проведенням в Україні реформ з'являється потреба у правовому регулюванні діяльності осіб, що заміщають виборні посади в органах місцевого самоврядування. На мій погляд, побудова дієвої системи організації публічної влади в державі взагалі неможлива без належного оформлення правовими нормами тих відносин, які виникають у зв'язку з діяльністю осіб, що здійснюють цю владу на місцях.

Практикою сучасного законотворення пропонуються різні варіанти формування органів місцевого самоврядування. Однак за всієї складності і неоднозначності вирішення цієї проблеми в Україні досі законодавцем не вирішено питання правового регулювання публічної служби (її поняття також) узагалі та цивільної служби зокрема.

Структура майбутнього закону, на наш погляд, може виглядати так: складовими частинами публічної служби є державна служба і громадянська служба. Громадянська служба, у свою чергу, складається зі спеціалізованої (державної) цивільної служби та загальної цивільної служби. Суб'єктний склад кожної конкретної служби ми розглядали у статті. Закріплені в законі основні терміни, види публічної служби, основи правового статусу службовців публічної служби, а також питання забезпечення взаємозв'язку всіх її видів і особливостей укладення трудового договору могли б поставити крапку щодо розбіжності тлумачення правового статусу зазначених службовців.

Список використаних джерел:

1. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.

2. Черняева Д.В. Трудовые отношения в странах англосаксонского права : монография. Москва : Волтерс Клувер, 2010. 208 с.

3. Госслужба в Германии: можно ли завидовать немецким чиновникам? URL: https://www.dw.com/ru/%D0%B3%D0%BE%D1%81%D1%81%D0%BB%D1%83%D0%B6%D0%B1%D0%B0-%D0%B2-BC/a-48024058 (дата звернення: 01.12.2020).

4. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747–IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № № 35–37. Ст. 446.

5. Задихайло О.А. Щодо проблеми визначення категорії «публічна служба» в законодавстві України. *Юридичний науковий електронний журнал.* С. 143–145.

6. Янюк Н.В. Актуальні проблеми формування публічної служби в Україні. *Вісник Львівського університету.* Серія «Юридична». 2010. Вип. 51. С. 162–167.

7. Про чергові заходи щодо дальшого здійснення адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 29 травня 2001 р. № 345/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/345/2001#Text (дата звернення: 12.11.2020).

8. Про деякі питання впорядкування статусу державних службовців : Указ Президента України від 11 червня 2001 р. № 419/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/419/2001#Text (дата звернення: 12.11.2020).

9. Александров Н.Г. Трудовое правоотношение : монография. Москва : Юридическое издательство министерства юстиции СССР, 1948. 337 с. С. 7 ; Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. Москва, 1955. С. 42 ; Пашерстник А.Е. О сфере действия и принципах советского трудового права. *Советское государство и право.* 1957. № 10. С. 96 ; Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. Москва : Юридическая литература, 1972. С. 16–17 ; Процевский А.И. Предмет советского трудового права. Москва : Юридическая литература, 1979. С. 37.

10. Кодекс законів про працю України : Закон № 322–VIII від 10 грудня 1971 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1971. Дод. до № 50. Ст. 375.

11. Про внесення до Кодексу законів про працю Української РСР змін і доповнень, пов'язаних з перебудовою управління економікою : Указ, затверджено Законом РСР від 4 червня 1988 р. № 6009–XI. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/Z886009.html (дата звернення: 20.11.2020).

12. Про колективні договори і угоди : Закон України від 1 липня 1993 р. № 3356–XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 36. Ст. 361.

13. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1998. № 34. Ст. 227.

14. Про оплату праці : Закон України від 24 березня 1995 р. № 108/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1995. № 17. Ст. 121.

15. Пашков. А.С. Правовое регулирование подготовки и распределения кадров. Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1966. URL: https://www.dissercat.com/content/problemy-pravovogo-regulirovaniya-podbora-ispolzovaniya-i-professionalnogo-obucheniya-kadrov (дата звернення: 20.11.2020).

16. Гейхман В.Л. Сложные фактические составы как основания возникновения трудовых правоотношений : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Москва, 1970; Колеватова В.С. Особенности правового регулирования труда выборных работников : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1974.

17. Советское трудовое право : учебник / под ред. А.С. Пашкова, О.В. Смирнова. Москва : Юрид. лит., 1988. С. 254.

18. Пашков А.С. Новый этап в развитии трудового права : вопросы теории государства и права. Москва : Юрид. лит., 1972.

19. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. Москва : Юридическая литература, 1972.

20. Хара В. Реформування трудових відносин за проектом Трудового кодексу України. *Право України.* 2009. № 3. С. 22–27.

21. Пашков А.С. Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. Москва : Госюриздат, 1961. 184 с.
22. Пашков А.С., Иванкина Т.В., Магницкая Е.В. Кадровая политика и право. Москва, 1989. 288 с.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.17

КОЗІН С.М.

МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ В УКРАЇНІ ДОСВІДУ НІМЕЧЧИНИ У СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ МІГРАНТІВ

OPPORTUNITIES TO USE GERMANY'S EXPERIENCE IN UKRAINE IN THE FIELD OF LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF LABOR RIGHTS OF MIGRANTS

Актуальність статті полягає в тому, що кожна держава формує свою внутрішню міграційну політику з огляду на потреби її економічного розвитку, а також потреби гарантування безпеки, прав і законних інтересів її власних громадян. Проте можна з упевненістю стверджувати, що провідні західні держави намагаються сумлінно та повною мірою дотримуватися основоположних міжнародних засад щодо забезпечення прав трудящих-мігрантів, зокрема в частині недопущення: дискримінації під час прийому на роботу з національної ознаки, через країну походження та з інших підстав; заниження оплати праці працівників-іммігрантів та позбавлення їх частини чи цілком права на соціальний захист; зменшення строків відпочину, передбачених для національним законодавством тощо. Однак водночас не можна не відзначити тієї обставини, що обсягом гарантій, сумірним із тим, яким володіють громадяни, користуються лише іммігранти-працівники, які перебувають у країні на законних підставах та легально працевлаштовані. Необхідно відзначити, що однією з найбільш популярних європейських країн для еміграції є Німеччина, тому і вивчення досвіду цієї держави щодо правового регулювання захисту трудових прав мігрантів матиме велике теоретичне та практичне значення для української держави. У статті, на основі аналізу наукових поглядів учених, проаналізовано досвід Німеччини у сфері правового регулювання захисту трудових прав мігрантів. Обґрунтовано, що на прикладі Німеччини українська держава має забезпечити, з одного боку, просування і захист трудових прав та інтересів українських працівників у закордонних країнах, а з іншого – створити конкурентоспроможні соціально-економічні й інші умови життя в нашій країні, які б спонукали працівників-емігрантів до повернення на батьківщину. Зроблено висновок, що активна еміграція українців до провідних, високорозвинених країн світу є корисною з погляду отримання ними відповідного досвіду як професійного, так і побутового характеру. Однак для того, щоб даний досвід мав цінність не лише для цих громадян, але й для українських суспільства і держави, остання (тобто держава) має, з одного боку, забезпечити просування і захист трудових прав та інтересів українських працівників у закордонних країнах, а з іншого – створити конкурентоспроможні соціально-економічні й інші умови життя в нашій країні, які б спонукали працівників-емігрантів до повернення на батьківщину.

Ключові слова: *зарубіжний досвід, Німеччина, правове регулювання, захист, трудові права, мігранти.*

The relevance of the article is that each state forms its internal migration policy taking into account the needs of its economic development, as well as based on the needs of security, rights and legitimate interests of its own citizens. Nevertheless, it is safe to say that leading Western countries are trying to faithfully and fully implement fundamental international principles to ensure the rights of migrant workers, in particular in terms of non-discrimination: discrimination in employment on the basis of nationality, country of origin and others grounds; understatement of immigrant workers and deprivation of part or all of their right to social protection; reduction of rest periods provided for by

© КОЗІН С.М. – кандидат юридичних наук, докторант (Науково-дослідний інститут публічного права)

national legislation, etc. However, at the same time, it should be noted that the scope of guarantees commensurate with that of citizens is used only by immigrant workers who are in the country legally and legally employed. It should be noted that one of the most popular European countries for emigration is Germany, and therefore the study of the country's experience in the legal regulation of labor rights of migrants will be important theoretical and practical significance for the Ukrainian state. The article, based on the analysis of scientific views of scientists, analyzes the experience of Germany in the field of legal regulation of labor rights of migrants. It is substantiated that on the example of Germany the state should ensure on the one hand the promotion and protection of labor rights and interests of Ukrainian workers in foreign countries, and on the other – create competitive socio-economic and other living conditions in our country that would encourage migrant workers to return. home. It is concluded that the active emigration of Ukrainians to the leading, highly developed countries of the world is useful in terms of gaining relevant experience of both professional and domestic nature. However, in order for this experience to be valuable not only for these citizens, but also for Ukrainian society and the state, the latter (i.e. the state) must ensure on the one hand the promotion and protection of labor rights and interests of Ukrainian workers in foreign countries, and on the other – to create competitive socio-economic and other living conditions in our country, which would encourage migrant workers to return home.

Key words: *foreign experience, Germany, legal regulation, protection, labor rights, migrants.*

Вступ. Кожна держава формує свою внутрішню міграційну політику з огляду на потреби її економічного розвитку, а також потреби гарантування безпеки, прав і законних інтересів її власних громадян. Проте можна з упевненістю стверджувати, що провідні західні держави намагаються сумлінно та повною мірою виконувати основоположні міжнародні засади щодо забезпечення прав трудящих-мігрантів, зокрема в частині недопущення: дискримінації під час прийому на роботу з національної ознаки, через країну походження та з інших підстав; заниження оплати праці працівників-іммігрантів та позбавлення їх частини чи повністю права на соціальний захист; зменшення строків відпочину, передбачених для національним законодавством тощо. Однак водночас не можна не відзначити тієї обставини, що обсягом гарантій, сумірним із тим, що володіють громадяни, користуються лише іммігранти-працівники, які перебувають у країні на законних підставах та легально працевлаштовані. Необхідно відзначити, що однією з найбільш популярних європейських країн для еміграції є Німеччина, тому і вивчення досвіду цієї держави щодо правового регулювання захисту трудових прав мігрантів матиме велике теоретичне та практичне значення для української держави.

Варто відзначити, що досвід окремих держав Європи та світу щодо правового регулювання захисту трудових прав мігрантів у своїх наукових працях розглядали: Н. Філіпова, Ю. Слободян, Л. Амелічева, М. Чулаєвська, Н. Комаров, В. Максимовський, К. Шиманська, Л. Ткаченко, О. Малиновська та багато інших. Утім, незважаючи на чималу кількість наукових здобутків, учені занадто мало уваги приділили вивченню досвіду Німеччини у відповідній сфері.

Постановка завдання. Мета статті – узагальнити досвід Німеччини у сфері правового регулювання захисту трудових прав мігрантів, а також опрацювати можливості його використання в Україні.

Результати дослідження. За останні 45 років до Німеччини прибуло 34 млн мігрантів. Найбільший потік зафіксовано на початку 90-х рр. XX ст. Серед прибулих на територію Німеччини мігрантів найбільше турків, румунів, греків, італійців та жителів країн колишнього соцтабору. Упродовж останніх двох років знову активізувався потік мігрантів до цієї країни. Так, у 2014 р. Німеччина прийняла 200 тисяч мігрантів, а цьогоріч, у зв'язку зі складною ситуацією, що склалася в Євросоюзі, планує прийняти 800 тисяч осіб. Німецькі вчені виділити шість етапів міграції до Німеччини, які істотно змінили етнічний склад цієї держави: 1) у 1945–1950 рр. у країну приїхали переселенці зі східних німецьких районів; 2) у 1950–1961 рр. – вихідці з Німецької Демократичної Республіки та перша хвиля вихідців із Радянського Союзу (далі – СРСР); 3) у 1961–1973 рр. – імміграція за трудовим принципом; 4) кінець 1973 р. – заборона трудової міграції (тільки за принципом возз'єднання сім'ї); 5) у 1980–1989 рр. – повернення етнічних німців із Польщі, СРСР, Румунії, збільшення числа прохачів із Туреччини й інших європейських

країн; 6) у 1989–2015 рр. – збільшення кількості мігрантів із колишнього СРСР, Югославії, країн Азії й Африки [1].

За даними Федерального статистичного відомства Німеччини, упродовж 2019 р. населення країни зросло до рекордних 83,2 млн осіб. Наприкінці 2019 р. у Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) проживало приблизно на 200 тисяч людей більше, ніж роком раніше. Такий показник приросту населення, хоча і значно менший за показники минулих років (так, у 2018 р. населення Німеччини зросло на 400 тисяч осіб. А у 2015 р. було зафіксовано приріст у майже мільйон осіб), але цифри все одно вражають. Зростання населення в Німеччині відбувається насамперед завдяки міграції. Лише у 2019 р. до ФРН, згідно з попередніми оцінками, прибуло на 300–350 тисяч більше людей, ніж виїхало із країни. Водночас із 1972 р. кількість новонароджених у Німеччині поступається чисельності померлих [2].

Означена ситуація зумовила необхідність оновлення національного законодавства Німеччини з питань міграційної політики та забезпечення працевлаштування мігрантів. У процесі реформування спостерігаються три основні тенденції: питання безпеки, економічної вигоди та скорочення підтримки мігрантів [1]. Саме з метою отримання економічної вигоди Німеччина проводить активу кадрову політику, орієнтовану, серед іншого, на залучення працівників з усього світу, передусім висококваліфікованих фахівців. Глава уряду Німеччини А. Меркель у своїх виступах неодноразово звертала увагу на необхідність нових кадрів, інакше компанії залишатимуть територію ФРН. Вона підкреслила, що бізнес не може бути успішним без достатньої кількості кваліфікованих працівників. У Німеччині існує багато секторів і підприємств, що відчайдушно шукають фахівців. Тому необхідно прагнути до того, щоб було достатньо кваліфікованих працівників. За словами А. Меркель, стратегія її уряду складається із трьох пунктів: використання власних кадрових ресурсів шляхом підвищення рівня підготовки; залучення робітників із країн Європейського Союзу (далі – ЄС) і запрошення працівників із держав, які не є членами ЄС. Насамперед ФРН вистачає фахівців у сфері MINT (математика, інформатика, природничі науки і техніка), у ремісничій сфері, будівельній галузі, медицині та сфері догляду за хворими і людьми похилого віку, у готельному і ресторанному бізнесі. Потрібні також програмісти, розробники програмного забезпечення, фізіотерапевти, сантехніки і водії вантажних автомобілів [3]. Економіка Німеччини на підйомі, у деяких регіонах країни – повна зайнятість увесь робочий день. Однак, як зазначає німецький уряд, економічне майбутнє Німеччини вирішальною мірою залежить від того, наскільки вдасться зберегти і розширити базу кваліфікованих кадрів. Міністр внутрішніх справ Горст Зеегофер наголошує, що дефіцит кваліфікованих кадрів – це головна проблема підприємств у Німеччині, і вона ставатиме гострішою на вітчизняному ринку праці. Вирішити труднощі завдяки внутрішнім резервам, наприклад, за допомогою курсів перета підвищення кваліфікації німецьких працівників, а також із використанням можливостей, які надає об'єднаний ринок праці ЄС, за оцінкою міністра, не вдасться. Потрібна трудова міграція із третіх країн [4].

Протягом першого десятиліття 2000-х рр. влада Німеччини ухвалила декілька законів із питань міграції та уклала низку двосторонніх угод із декількома європейськими країнами про трудову мобільність, тобто про прикордонних і сезонних робітників, стажування і наймання робітників для виконання конкретного проєкту. Питання трудової міграції були врегульовані Законом «Про міграцію», який набрав чинності 1 січня 2005 р. Крім того, питання працевлаштування трудових мігрантів реґламентуються законом ФРН «Про сприяння працевлаштуванню та професійній освіті» та постановою уряду Про порядок видачі дозволів на роботу особам без німецького громадянства для роботи за наймом» [5, с. 379]. Основними передумовами для отримання необмеженого в часі дозволу, який водночас є дозволом на працю, названо проживання на території Німецької держави не менше 5 років; відсутність проблем із законом; вільне володіння німецькою мовою. Ці дозволи видаються місцевими органами у справах іноземців Україна – Європа – Світ. Також існує певна процедура отримання дозволу на проживання і працевлаштування. Спершу відбуваються перевірки, співбесіда, а згодом подається запит органом у справах іноземців до місцевого відділу Відомства з питань праці про надання інформації про те, що на вакантне місце справді немає претендентів-німців, тобто не знайшовся місцевий спеціаліст. Якщо іноземець має намір влаштуватися на роботу в Німеччині, то спочатку повинен звернутися в посольство або консульство ФРН у своїй країні. Там претендент заповнює анкету на отримання робочої візи та показує підтвердження від німецького роботодавця про наявність виділеного робочого місця. Згодом посольство або консульство відсилає запит до місцевої служби у справах іноземців. Ця служба тісно співп-

рацює з Відомством із питань праці та робить перевірку, чи на дану вакансію немає німецького громадянина [1]. Знайти вакансію на німецькому ринку праці легше фахівцям з вищою освітою, ніж із професійно-технічною освітою, завдяки Болонському процесу. Головне, щоб вищий навчальний заклад, який видав диплом, був визнаний у ФРН, кваліфікація має бути підтверджена німецьким профільним відомством, а спеціальність, на яку претендує особа, повинна відповідати здобутій освіті [3]. Протягом останніх років німецький бундестаг ухвалив цілий пакет міграційних законів, які покликані спростити працевлаштування для фахівців різних спеціальностей. Крім того, влада Німеччини в межах пом'якшення міграційної політики дозолила громадянам країн ЄС і третіх країн за наявності відповідної кваліфікації та достатнього володіння мовою приїжджати до країни без наявності трудового контракту і шукати роботу на місці протягом півроку за умови, що витрати на своє перебування в цей період людина буде сплачувати сама [4].

Окрім спрощення механізму працевлаштування мігрантів у Німеччині, влада даної держави також заохочує таких працівників забезпеченням для них більш сприятливих економічних умов порівняно із країнами походження трудящих-мігрантів, а також пропонує їм та членам їхніх сімей такі ж, як і громадянам країни, гарантії соціального захисту. З метою захисту мігрантів від експлуатації, а також попередження випадків незаконного працевлаштування трудящих-мігрантів для уникнення учасниками трудових відносин сплати податків та інших обов'язкових платежів у Німеччині передбачається відповідальність за нелегальне працевлаштування, яку несуть як працедавець, так і працівник, яка передбачає санкції за таке правопорушення від штрафу до позбавлення волі. А для трудового мігранта – і депортацію. Після влаштування на роботу різниця у правовому статусі громадян та іноземців майже не помічається. Іноземці, які отримали дозволи, користуються такими ж обов'язками та правом на захист своїх інтересів у трудовій сфері, соціальним захистом, як і громадяни країни, що приймає [5, с. 380]. Закони Німеччини про захист від необґрунтованого звільнення, про мінімальний строк відпустки для найманого працівника, про захист суттєвих умов, що застосовуються у трудових правовідносинах тощо рівною мірою стосуються як громадян Німеччини, так і мігрантів, які легально працюють у ній [6]. Окремо варто відзначити Закон Німеччини про обов'язкові умови праці для осіб, які працюють за кордоном, і для осіб, які регулярно працюють у Німеччині (2009 р.). Цілі даного Закону полягають у створенні та забезпеченні належних мінімальних умов праці для прикордонних відряджених працівників і осіб які регулярно працюють у Німеччині, а також забезпечення справедливих та дієвих конкурентних умов шляхом розширення правових норм галузевих колективних договорів. У Законі встановлено, що положення, які містяться в законодавчих чи адміністративних правилах щодо таких умов праці, також повинні застосовуватися до трудових відносин між роботодавцем, що проживає за кордоном, та його працівниками в Німеччині в таких аспектах, як: винагорода, зокрема і ставки понаднормової роботи; мінімальна щорічна оплачувана відпустка; максимальний робочий час та мінімальний період відпочинку; умови забезпечення працівників, зокрема агентствами з тимчасової зайнятості; безпека, гігієна праці та гігієна на роботі, зокрема й вимоги до розміщення працівників, якщо вони надаються роботодавцем прямо чи опосередковано працівникам, які працюють поза робочим місцем; заходи захисту у зв'язку з умовами праці та зайнятості вагітних жінок та жінок, які нещодавно народили, дітей та підлітків; ґендерна рівність та інші положення про недискримінацію; надбавки або відшкодування витрат на проїзд, проживання для працівників, які за професійними причинами відсутні за місцем проживання [7].

Дискримінація на основі релігії, віросповідання, політичних переконань, раси, статі чи за будь-яких інших політичних підстав забороняється законодавством. По захист своїх інтересів іноземці мають право звернутися до консульської установи своєї держави або до суду. Крім того, відповідно до законодавства Німеччини, іноземці підлягають обов'язковому соціальному страхуванню (пенсійне та медичне). У разі тимчасової втрати працездатності їм виплачуються встановлені законом суми з відповідних фондів. Внески до таких фондів здійснюються працедавцем [5, с. 380–381].

Висновки. Отже, у результаті проведеного аналізу внутрішньодержавної політики Німеччини зазначимо, що корисними для врахування під час удосконалення і розвитку українського механізму забезпечення трудових прав мігрантів є такі моменти:

– по-перше, залучення до роботи в Україні високопрофесійних кадрів із закордонних країн потребує забезпечення повного соціального захисту (на рівні із громадянами) таких праців-

ників, а також членів їхніх сімей, особливо коли йдеться про забезпечення тривалої трудової діяльності іммігрантів у нашій державі;

– по-друге, активна еміграція українців до провідних, високорозвинених країн світу корисна з погляду отримання ними відповідного досвіду як професійного. так і побутового характеру. Однак для того, що б даний досвід мав цінність не лише для цих громадян, але й для українських суспільства і держави, остання (тобто держава) має забезпечити, з одного боку, просування і захист трудових прав та інтересів українських працівників у закордонних країнах, а з іншого – створити конкурентоспроможні соціально-економічні й інші умови життя в нашій країні, які б спонукали працівників-емігрантів до повернення на батьківщину.

Список використаних джерел:

1. Костюк Л. Міграційна політика Німеччини на початку XXI ст. *Україна – Європа – Світ : міжнародний збірник наукових праць. Серія «Історія, міжнародні відносини».* 2015. Вип. 16 (1). С. 168–173. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ues_2015_16%281%29__19.

2. Кількість населення Німеччини досягла рекордного рівня завдяки мігрантам. *Deutsche Welle.* URL: https://www.dw.com/uk/%D0%B3%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D0%B0/s-9874.

3. Як Німеччина заохочує трудових мігрантів. *Корреспондент.net.* URL: https://ua.korrespondent.net/world/4173262-yak-nimechchyna-zaokhochuie-trudovykh-mihrantiv.

4. Німеччина відкривається для трудових мігрантів. *Deutsche Welle.* URL: https://www.dw.com/uk/%D0%B3%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D0%B0/s-9874.

5. Філіпова Н. Соціальний захист трудових мігрантів у країнах ЄС та в Україні. *Актуальні проблеми державного управління.* 2013. № 1 (43). С. 378–385.

6. Слободян Ю., Амелічева Л. Правове регулювання трудових відносин в Німеччині. URL: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/view/8426.

7. Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz AEntG). 20.04.2009. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/aentg_2009/BJNR079900009.html.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.18

ШВЕЦЬ В.О.

ЗАГАЛЬНА СУТНІСТЬ СТАБІЛЬНИХ І НЕСТАБІЛЬНИХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

GENERAL ESSENCE OF STABLE AND UNSTABLE LABOR RELATIONS

Статтю присвячено формуванню актуальної наукової думки про сучасну концептуальну сутність стабільних і нестабільних трудових правовідносин. Автор окреслює загальну соціально-правову сутність нестабільних трудових правовідносин і виокремлює такі рівні нестабільності відповідних правовідносин: нестабільність, що призвела до припинення трудових правовідносин; суттєва нестабільність правовідносин; умовна нестабільність правовідносин. Обґрунтовується, що стабільні та нестабільні трудові правовідносини за своїм характером і впливом на стан забезпечення трудових прав і законних інтересів працівників і роботодавців можуть бути таких видів: гармонійна нестабільність і стабільність трудових правовідносин; екстраординарна нестабільність і стабільність трудових правовідносин; негативна нестабільність і стабільність трудових правовідносин. У висновках до статті викладаються узагальнені результати дослідження. Зроблено висновок, що забезпечення стабільності трудових правовідносин не повинно ставати бар'єром для органічної еволюції трудових правовідносин, обумовлених закономірностями розвитку відносин між учасниками цих відносин, потребами користування сторонами трудового договору трудовими правами й законними інтересами, реалізація яких повинна зумовити легальну динаміку зазначених правовідносин. У цьому контексті стабільність трудових правовідносин як цінність і принцип трудового права є «гармонійною стабільністю трудових правовідносин». Наголошено, що поняття стабільності та нестабільності трудових правовідносин зазвичай нерозривно пов'язані з фактом дії трудового договору та його змінюваності. Водночас змінюваність і незмінюваність цього договору, факт його розірвання не можуть характеризуватись як однозначний позитивний чи негативний факт. Відповідний висновок про позитивність або ж негативність динаміки змінюваності договору, його дії повинен формуватися з урахуванням конкретних обставин, за яких може констатуватися стабільність або ж нестабільність трудових правовідносин.

Ключові слова: *правове регулювання, стабільність трудових правовідносин, сфера праці, трудове право, трудові правовідносини.*

The article is devoted to the formation of relevant scientific thought about the modern conceptual essence of stable and unstable labor relations. The author outlines the general socio-legal essence of unstable labor relations and identifies the following levels of instability of the respective legal relations: instability, which led to the termination of labor relations; significant instability of legal relations; conditional instability of legal relations. It is substantiated that stable and unstable labor relations by their nature and impact on the state of labor rights and legitimate interests of employees and employers can be of the following types: harmonious instability and stability of labor relations; extraordinary instability and stability of labor relations; negative instability and stability of labor relations. In the conclusions to the article the generalized results of research are stated. It is concluded that ensuring the stability of labor relations should not be a barrier to the organic evolution of labor relations, due to the laws of relations between the parties, the needs of the parties to the employment contract and legitimate interests, the implementation of which should lead to legal dynamics. In this context, the stability of labor relations as a value and principle of labor law is a "harmonious stability of

© ШВЕЦЬ В.О. – кандидат юридичних наук, суддя (Вищий господарський суд)

labor relations". It is emphasized that the concept of stability and instability of labor relations, as a rule, is inextricably linked with the fact of the employment contract and its variability. In this case, the variability and immutability of this agreement, the fact of its termination can not be characterized as a clearly positive or negative fact. The corresponding conclusion about positivity or negativity of dynamics of variability of the contract, its actions should be formed taking into account concrete circumstances under which stability or instability of labor legal relations can be stated.

Key words: *legal regulation, stability of labor legal relations, sphere of labor, labor law, labor legal relations.*

Вступ. Сьогодні стан соціально-трудових відносин характеризується кризовими явищами на всіх рівнях – від індивідуального до макроекономічного. Утім, негативні прояви спостерігаються у відносинах щодо відтворення робочої сили працівників, зокрема використання, оплати їхньої праці та забезпечення високої якості життя, організації безпечних умов праці, захисту інтересів сторін соціально-трудових відносин [1, с. 87]. Як наслідок – в Україні спостерігаються негативні умови для сталого перебігу трудових правовідносин, тобто ці відносини здебільшого тяжітимуть до припинення, тоді як працівники, уникаючи ризиків втрати роботи, будуть тяжіти до збереження цих відносин, а відтак можуть погоджуватись і на пропоновані роботодавцем пропозиції стосовно погіршення умов праці, що сукупно призводить до зниження рівня забезпечення гідної праці в країні.

З огляду на цей стан справ особливого значення набуває наукове осмислення такого соціально-правового феномену, як «стабільність трудових правовідносин», що є особливим явищем, яке об'єктивується у сфері, що зазвичай характеризується постійною динамікою галузевих правовідносин і процесів. Зокрема, український юрист-трудовик Е.В. Бабенко зазначає, що «динамічні зміни на ринку праці України зумовлюють постійний обмін трудовими ресурсами, у результаті чого виникають, змінюються та припиняються трудові правовідносини, що є закономірними явищами соціальної дійсності загалом і її правового складника зокрема» [2, с. 118]. Саме тому погоджуємось із позицією ученої В.В. Пузанової, яка вказує на те, що принцип стабільності трудових правовідносин не є «деспотичним», а тому не є вищим за свободу праці й за так звану «свободу економічного розсуду» [3, с. 259–260].

Водночас варто звернути увагу на те, що засада стабільності трудових правовідносин окреслювалася вітчизняними юристами-трудовиками тільки в досить загальному контексті. Тобто особливу актуальність окреслене питання набуває в контексті того, що стабільність трудових правовідносин залишається малодослідженим феноменом, що неприпустимо з огляду на вплив цієї засади на подальший цивілізаційний розвиток трудового права, поточні процеси переосмислення законодавства про працю та його реформування.

Окремі аспекти засади стабільності трудових правовідносин окреслювались у наукових працях Е.В. Бабенка, В.С. Венедиктова, О.М. Ганечко, В.В. Жернакова, М.І. Іншина, Т.Г. Лисицької, К.Ю. Мельника, Є.Ю. Пономаренка, В.В. Пузанової, Д.І. Сірохи, Є.В. Сидоренко, А.П. Тихої, В.В. Юровської, О.А. Яковлєва, О.М. Ярошенка та інших вітчизняних юристів-трудовиків. Наукові напрацювання цих та інших учених сприятимуть формуванню в межах статті наукової думки про загальну сутність стабільних і нестабільних трудових правовідносин.

Постановка завдання. Метою наукової розвідки є встановлення сучасної концептуальної сутності стабільних і нестабільних трудових правовідносин. Ця мета досягатиметься шляхом виконання таких *завдань*:

1) окреслити загальну сутність нестабільних трудових правовідносин;

2) з'ясувати основні види нестабільності трудових правовідносин;

3) виявити та проаналізувати основні види стабільних і нестабільних трудових правовідносин.

Результати дослідження. Нестабільні трудові правовідносини є якісною характеристикою вияву відповідних правових відносин, яка є протилежною стабільному стану перебігу цих правовідносин. Тобто в загальному сенсі зміну трудових правовідносин можна розглядати як модифікацію, активний змінювальний вплив на те, що ми розуміємо під трудовим договором, у кожному конкретному випадку. В окресленому сенсі нестабільні трудові правовідносини може бути розглянуто в межах таких видів (рівнів) нестабільності трудових правовідносин:

1) нестабільність трудових правовідносин, що призвела до припинення трудових правовідносин. Цей вияв нестабільності розглядуваних правовідносин є найбільш звершеним і при-

зводить до того, що наявні правовідносини між сторонами трудового договору припиняються, не трансформуючись у будь-яку іншу форму відносин, урегульовану трудовим законодавством, яку можна ідентифікувати як трудові правовідносини. Тобто вказаний вияв нестабільності не стосується випадків, коли правовідносини, основані на усному трудовому договорі, трансформуються у правовідносини, основані на контракті;

2) суттєва нестабільність трудових правовідносин. Цей вияв нестабільності виявляються в тому, що в трудовому договорі змінюються суттєві умови договору без припинення наявних правовідносин;

3) умовна нестабільність трудових правовідносин. Відповідний вияв нестабільності цих правових відносин полягає в тому, що трудовий договір зазнає певних змін тільки в частині додаткових умов, не стосуючись суттєвих умов договору й не призводячи до припинення наявних правовідносин.

Аналізуючи окреслені рівні нестабільності трудових правовідносин, пов'язані зі статикою й динамікою змінюваності трудового договору, можемо дійти висновку, що в кожному конкретному випадку стабільність і нестабільність правовідносин можуть бути як корисними, так і шкідливими для стану забезпечення трудових прав і законних інтересів працівників і роботодавців.

З огляду на викладене доходимо думки, що стабільні та нестабільні трудові правовідносини за своїм характером і впливом на стан забезпечення трудових прав і законних інтересів працівників і роботодавців можуть бути таких видів:

1) гармонійна нестабільність і стабільність трудових правовідносин. Провідний український юрист-трудовик В.В. Жернаков зазначає, що «сама собою стабільність трудових зв'язків є позитивним явищем. Те, що в довгострокових трудових відносинах зацікавлені як самі працівники, так і роботодавці, є цілком зрозумілим» [4, с. 130]. Утім, із вказаним не можна погодитися повною мірою, адже стабільність відносин, які є неефективними, обтяжливими для їхніх учасників, у практичній дійсності не є «позитивним явищем». Саме тому варто мати на увазі, що і стабільність, і нестабільність трудових правовідносин за різних обставин можуть бути як позитивними, так і негативними характеристиками правовідносин.

Гармонійна стабільність (або інакше, як зазначається в наукових розвідках, – «форма консонансу стабільних трудових правовідносин») у широкому сенсі означає, що «незмінюваність трудових правовідносин не призводить до звуження законних рамок»: а) свободи працівника в реалізації ним свободи праці («працездатна особа з належним рівнем трудової правосуб'єктності, набуваючи правового статусу працівника шляхом реалізації права на працю, не втрачає права не бути примушеним до праці, навіть тоді, коли йдеться про виконання трудової функції»; отже, «працівник завжди має змогу припинити трудові правовідносини відповідно до порядку, передбаченого в Кодексі законів про працю України, коли відчуватиме в цьому потребу»); б) господарської свободи роботодавця (це означає, що «стабільність трудових правовідносин не повинна призводити до невиправдано складного економічного становища роботодавця, унаслідок чого він виявиться неспроможним виконувати свої обов'язки роботодавця щодо інших працівників»); в) інтересів держави й суспільства у сфері праці (наприклад, «недопустимим є посилання на принцип стабільності трудових правовідносин у тому разі, коли перебіг відповідних правових відносин є суспільно шкідливим» чи суспільно небезпечним; так само «відповідне посилання є недоцільним, коли стабільність одних трудових правовідносин призводитиме до банкрутства роботодавця та припинення трудових правовідносин з іншими найнятими ним працівниками») [5, с. 49–54].

Гармонійна нестабільність у цьому сенсі означає, що трудові правовідносини змінюються, сприяючи так здійсненню трудових прав і законних інтересів працівника та роботодавця. Цей вияв нестабільності розглядуваних правовідносин є закономірним (наприклад, обумовлений кар'єрою працівника) і таким, що підпорядкований принципам верховенства права, справедливості та законності.

Водночас треба мати на увазі, що баланс свобод і можливостей сторін трудових правовідносин нерівнозначний, що зумовлено нерівнозначністю можливостей сторін у цих відносинах. Водночас досить важливо зауважити, що відповідна закономірність також спостерігається в трудових правовідносинах у публічному секторі – у службово-трудових правових відносинах.

Наприклад, вітчизняний учений Є.Ю. Пономаренко щодо цього зауважує, що у трудових правовідносинах за участі судді спостерігається «обмеженість можливостей» так званого роботодавця в контексті питання звільнення судді з посади. Утім, певні обмеження також мають місце й щодо суддів як представників спеціальної категорії працівників. Наприклад, суддя «має

право в будь-який час подати заяву про звільнення з посади за власним бажанням незалежно від мотивів», однак:

а) «строк розгляду цієї заяви – один місяць, тоді як у загальному трудовому законодавстві він становить чотирнадцять днів»;

б) «порушення цього строку Вищою радою правосуддя не означає автоматичного припинення повноважень через місяць після подання заяви про звільнення – суддя продовжує працювати до ухвалення рішення про його звільнення в установленому порядку». Водночас, як зазначає учений, «на жаль, робота Вищої ради правосуддя не завжди вирізняється стабільністю та злагодженістю, отже, можливі випадки тривалого часового обмеження волевиявлення судді на звільнення з посади» [6, с. 48];

2) екстраординарна нестабільність і стабільність трудових правовідносин. Цей вияв нестабільності обумовлюється певними подіями, що обумовлюють запровадження особливих правових режимів, за яких обмежується свобода праці працівника (наприклад, нестабільність трудових правовідносин у період запровадження воєнного стану, надзвичайного стану).

Екстраординарний вияв стабільності ґрунтується на факті тимчасового чи постійного перебування працівника в певному спеціальному статусі, який унеможливлює припинення з ним трудових відносин узагалі чи за звичайним порядком як таким. Зокрема, роботодавець унеможливлений у реалізації господарської свободи в контексті звільнення вагітної працівниці;

3) негативна нестабільність і стабільність трудових правовідносин. Зазначений вияв нестабільності трудових правовідносин шкодить об'єктивації мети трудового права й означає, що: працівник чи роботодавець не може повною мірою розраховувати на органічний розвиток правовідносин між ними; існують ризики того, що правовідносини можуть бути змінені чи припиненні тоді, коли інша сторона цього не буде очікувати тощо.

Зі свого боку, негативний вияв стабільності трудових правовідносин виявляється в тому, що ці правові відносини є надміру сталими, що, відповідно, не сприяє повноцінній реалізації трудових прав працівника та роботодавця.

Висновки. Проаналізувавши сутнісний зміст стабільних і нестабільних станів перебігу трудових правовідносин, можемо дійти висновку, що забезпечення стабільності трудових правовідносин не повинно ставати бар'єром для органічної еволюції трудових правовідносин, обумовлених закономірностями розвитку відносин між учасниками цих відносин, потребами користування сторонами трудового договору трудовими правами й законними інтересами, реалізація яких повинна привести до легальної динаміки зазначених правовідносин. У цьому контексті стабільність трудових правовідносин як цінність і принцип трудового права є «гармонійною стабільністю трудових правовідносин».

Крім того, варто зауважити, що поняття стабільності та нестабільності трудових правовідносин зазвичай нерозривно пов'язані з фактом дії трудового договору та його змінюваності. Водночас змінюваність і незмінюваність цього договору, факт його розірвання не можуть характеризуватися як однозначно позитивний чи негативний факт. Відповідний висновок про позитивність або ж негативність динаміки змінюваності договору, його дії повинен формуватися з урахуванням конкретних обставин, за яких може констатуватися стабільність або ж нестабільність трудових правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Згалат-Лозинська Л.О. Напрями подолання кризи системи соціально-трудових відносин в Україні. *Економіка та право*. 2017. № 1(46). С. 87–91.

2. Бабенко Е.В. Доктрина захисту трудових прав працівників при припиненні трудових правовідносин : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2019. 423 с.

3. Пузанова В.В. Спроможність ототожнення зміни та новації трудового договору. *Вища освіта – студентська наука – сучасне суспільство: напрями розвитку* : матер. Міжнар. студ. наук.-практ. конф., м. Київ, 19 квітня 2019 р. Київ : МНТУ, 2019. С. 259–261.

4. Жернаков В.В. Стабільність трудового договору і стабільність трудового правовідношення: сучасні проблеми теорії і практики. *Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку* : тези доп. і наук. повідомл. учасн. VI Міжн. наук.-практ. конф., м. Харків, 3–4 жовтня 2014 р.; за заг. ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2014. С. 130–135.

5. Гладкий В.В. Форма консонансу стабільних трудових правовідносин. *Міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності* : матер. Міжнар. наук.-практ. конф., м. Львів, 17–18 квіт. 2020 р.). Львів : ЦПІ, 2020. Ч. 2. С. 81–84.

6. Пономаренко Є.Ю. Правове регулювання звільнення судді з посади та припинення його повноважень : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2018. 243 с.

УДК [342.95:325.2](477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.19

ШКАРУПА К.В.

НАСЛІДКИ ЗОВНІШНЬОЇ ТРУДОВОЇ МІГРАЦІЇ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ДОСВІД

CONSEQUENCES OF EXTERNAL LABOR MIGRATION: DOMESTIC EXPERIENCE

Актуальність статті полягає в тому, що зростання міграційних процесів неоднаково впливає на розвиток різних держав світу. Деякі вбачають у цьому позитивні зрушення та динаміку в поліпшенні показників національної економіки, для інших – це проблема, яка має своїм наслідком економічну та демографічну кризу. Україна також стикнулася із цим явищем. Яким воно є для нашої держави, спробуємо розібратися в межах статті. Метою статті є дослідження динаміки міграційних процесів та аналіз її впливу на економічний і соціально-політичний розвиток нашої держави. Статтю присвячено вивченню впливу зовнішньої трудової міграції на розвиток держави. Досліджено динаміку міграційних процесів та їхні статистичні показники. Визначено позитивні та негативні сторони цього явища як для держави-донора, так і для держави-реципієнта. Проведене дослідження надасть можливість розробити пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення державної політики в цій сфері. Наголошено, що внутрішня міграція в Україні, яка могла б бути альтернативою зовнішній міграції, здійснюється поза планами і програмами регіонального розвитку. Вона спрямована до найперспективніших із погляду умов життя та працевлаштування регіонів, насамперед до столиці, формується з найактивніших представників сільської місцевості та депресивних регіонів, що звужує перспективи їхнього розвитку, посилює регіональні диспропорції. Зроблено висновок, що важливе місце в упорядкуванні відносин зовнішньої трудової міграції належить міжнародно-правовому регулюванню, оскільки зовнішня трудова міграція за своїм змістом передбачає участь щонайменше двох держав – донора та реципієнта. Тому міжнародна спільнота для балансування обміну найманої праці повинна застосовувати всю наявну в неї сукупність адміністративно-правових механізмів. Міжнародні договори, які стосуються найму трудових мігрантів, в обов'язковому порядку повинні закріплювати умови перебування таких осіб у державі-реципієнті та прописувати ймовірні ризики, оскільки вони завжди існують для обох сторін. Якщо не буде міжнародної співпраці у сфері зовнішньої трудової міграції, це може призвести до невідворотних процесів і перерозподілу економічних ресурсів.

Ключові слова: *зовнішня трудова міграція, демографічна криза, ринок праці, дефіцит робітників, трудові ресурси.*

The relevance of the article is that the growth of migration processes affects the development of different countries. Some see this as a positive shift and dynamics in improving the performance of the national economy, for others it is a problem that results in an economic and demographic crisis. Ukraine has also faced this phenomenon. What it is for our state we will try to understand within the limits of the given article. The aim of the article is to study the dynamics of migration processes and analyze its impact on the economic and socio-political development of our country. The article is devoted to the study of the impact of external labor migration on the development of the state. The dynamics of migration processes and their statistical indicators are studied. The positive and negative sides of this phenomenon have been identified for both the donor state and the recipient state. The study will provide an opportunity to develop proposals and recommendations for improving public policy

© ШКАРУПА К.В. – кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник (Науково-дослідний інститут публічного права)

in this area. It is emphasized that internal migration in Ukraine, which could be an alternative to external migration, is carried out outside the plans and programs of regional development. It is aimed at the most promising in terms of living and working conditions of the regions, especially the capital, is formed of the most active representatives of rural and depressed regions, which narrows the prospects for their development, exacerbates regional disparities. It is concluded that an important place in regulating the relations of external labor migration belongs to international law, as external labor migration in its content involves the participation of at least two states – the donor and the recipient. Therefore, the international community should use all the available set of administrative and legal mechanisms to balance the exchange of hired labor. International agreements on the employment of migrant workers must stipulate the conditions of stay of such persons in the recipient country and prescribe the probable risks, as they always exist for both parties. In the absence of international cooperation in the field of external labor migration, this can lead to inevitable processes and redistribution of economic resources.

Key words: *external labor migration, demographic crisis, labor market, shortage of workers, labor resources.*

Вступ. Зростання міграційних процесів неоднаково впливає на розвиток різних держав світу. Деякі вбачають у цьому позитивні зрушення та динаміку в поліпшенні показників національної економіки, для інших – це проблема, яка має своїм наслідком економічну та демографічну кризу. Україна також стикнулася з цим явищем. Яким воно є для нашої держави, спробуємо розібратися в межах статті.

Міграційні процеси досліджували науковці різних галузей знань: економіки, соціології, політології, демографії і, звісно, права. Чималих досягнень у вивченні цієї сфери здобули: К.Б. Левченко, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, Б.М. Юськів, О.В. Журба, А.О. Гура, О.А. Ровенчак, К.Ю. Величко, А.О. Надточій, О.А. Малиновська, М.Є. Чулаєвська, А.В. Дергач, І.О. Гарна-Іванова, С.М. Гусаров, С.Ф. Денисюк, О.М. Бандурка, О.О. Бандурка, П.Г. Шушпанов, Н.В. Тілікіна, С.Л. Швець, О.В. Кузьменко, А.Ф. Мота, О.М. Шевченко, А.О. Надточій та низка інших учених. Утім, це питання є актуальним і сьогодні.

Постановка завдання. Метою статті є дослідити динаміку міграційних процесів і проаналізувати її вплив на економічний та соціально-політичний розвиток нашої держави.

Під час дослідження розкриваються основні проблемні питання щодо наслідків зовнішньої трудової міграції. Це надасть можливість розробити пропозиції та вдосконалити державну політику в цій сфері.

Результати дослідження. Державна міграційна служба України звітувала, що 2018 року послуги з посередництва у працевлаштуванні за кордоном надавали 511 суб'єктів господарювання (порівняно з 427 2017 року). У 2018 році суб'єктами господарювання, що мають ліцензію з посередництва у працевлаштуванні за кордоном, було працевлаштовано 97,1 тис. громадян України, що на 16 % більше, ніж у 2017 році.

Більшість громадян (72,9 %) була працевлаштована за кордоном посередниками, які здійснювали діяльність в Одеській області. 21 % громадян, які на момент виїзду за кордон працювали в Україні, були зайняті у сфері пасажирського та вантажного морського транспорту. Тому основними країнами працевлаштування українців за допомогою ліцензованих посередників були Кіпр (19,8 %), Польща (12,9 %), Німеччина (10,9 %), Велика Британія (8,1 %), Греція (7,2 %).

У Польщі, наприклад, на основі даних смартфонів компанія *Selectivv* оцінила кількість українців в 1,27 млн осіб в 2018 році та в 830 тис. осіб у 2017 році. А Управління соціального страхування Польщі (ZUS) видало понад 23 тис. довідок А1 робітникам – громадянам України, яких польські компанії відрядили на роботу за кордон 2018 року. Такий документ підтверджує, що стосовно працівника за кордоном застосовуються тільки польські положення соціального страхування, та він не повинен сплачувати подвійні внески [2].

Проведення антитерористичної операції на сході України та глибока економічна криза також призводять до зростання еміграції, пошуку можливостей працевлаштування за кордоном та трансформації тимчасової трудової міграції на постійну. Це може призвести до погіршення становища українців у зарубіжних державах, остаточної втрати для України багатьох мігрантів та їхніх нащадків, значного зменшення обсягів валютних надходжень від мігрантів [3].

Загалом же, трудова міграція, яка є найбільш масовим міграційним потоком, має різнобічний вплив на українське суспільство. З одного боку, вона зменшує напругу на ринку праці, сприяє підвищенню добробуту багатьох сімей (трудових мігрантів), є джерелом валютних надходжень і нематеріальних трансферів, нових знань і досвіду, які можуть сприяти розвиткові держави, проте, з іншого, – спричиняє дефіцит працівників у деяких галузях і регіонах, негативно позначається на сімейних стосунках, вихованні дітей, рівні народжуваності; заробітки мігрантів, спрямовані на споживання, провокують підвищення цін, інфляцію, зростання імпорту [3].

Тому з упевненістю можемо говорити про те, що для нашої держави втрата працездатного населення негативно впливає на розвиток добробуту населення, насамперед на його економічний складник – це відсутність податків, скорочення виробництва, відтік високопрофесійних кадрів, скорочення інвестицій, відсутність накопичення капіталу, перехід малого та середнього бізнесу до тіньової економіки та низка інших негативних факторів, які продовжують утримувати Україну у статусі держави з перехідною економікою.

Але статистика, як уже зазначалося вище, відображає деякі позитивні аспекти. Наприклад, за даними Національного банку України, у IV кварталі 2018 року в Україну надійшло 2 833 млн доларів США грошових переказів (що відповідає 7,6 % ВВП за IV квартал 2018 року), що на 4,1 % більше, ніж у III кварталі 2018 року, та на 8,5 % більше, ніж у IV кварталі 2017 року.

Найбільші обсяги приватних грошових переказів в Україну надійшли з Польщі (955 млн доларів США), Чехії (248 млн доларів США), США (239 млн доларів США), Росії (182 млн доларів США) та Італії (126 млн доларів США). Чиста оплата праці (за вирахуванням витрат мігрантів у країні перебування та податків у країні перебування) у IV кварталі 2018 року становить 2 056 млн доларів США. Такі дані дають можливість скоротити індекс бідності в Україні, але ж ми прекрасно розуміємо, що наведена інформація важлива тільки для звітності, проте не розв'язує глобальних економічних проблем держави. До того ж варто зазначити, що податки українців у країнах перебування за 2018 рік становили 588 млн доларів США, а у 2019 році – 663 млн доларів США [1].

Внутрішня міграція в Україні, яка могла б бути альтернативою зовнішній міграції, здійснюється поза планами і програмами регіонального розвитку. Вона спрямована до найперспективніших з погляду умов життя та працевлаштування регіонів, насамперед до столиці, формується з найактивніших представників сільської місцевості та депресивних регіонів, що звужує перспективи їхнього розвитку, посилює регіональні диспропорції. Ураховуючи соціально-економічну ситуацію, міграційна привабливість України порівняно з іншими державами, які приймають мігрантів, сьогодні невисока. Водночас загальна міграційна криза у державах Європейського Союзу, цілеспрямовані дії держав – членів Європейського Союзу щодо врегулювання міграційних потоків та вжиття заходів до встановлення обмежень в'їзду на свою територію, зокрема, через перекриття кордонів дають підстави стверджувати, що найближчим часом Україна може опинитися перед необхідністю швидко і гнучко реагувати на зростання інтенсивності міграційних потоків. [3].

Узагальнюючи ж наслідки зовнішньої трудової міграції, пропонуємо їх відобразити в таблиці, що поліпшить їх сприйняття, з урахуванням їхнього впливу на обидві сторони: державу-донора та державу-реципієнта (див. табл. 1).

Висновки. З проведеного аналізу можемо побачити, що мають місце як позитивні для обох держав, так і негативні наслідки зовнішньої трудової міграції. З метою їх врівноваження мають комплексно розв'язуватися питання соціального, правового, політичного, демографічного, екологічного забезпечення працепотоків.

Важливе місце в упорядкуванні таких відносин належить міжнародно-правовому регулюванню, оскільки зовнішня трудова міграція за своїм змістом передбачає участь щонайменше двох держав – донора та реципієнта. Тому міжнародна спільнота для балансування обміну найманої праці повинна застосовувати всю наявну в неї сукупність адміністративно-правових механізмів.

Міжнародні договори, які стосуються найму трудових мігрантів, в обов'язковому порядку повинні закріплювати умови перебування таких осіб у державі-реципієнті та прописувати ймовірні ризики, оскільки вони завжди існують для обох сторін. Якщо не буде міжнародної співпраці у сфері зовнішньої трудової міграції, це може призвести до невідворотних процесів і перерозподілу економічних ресурсів.

Таблиця 1

Наслідки зовнішньої трудової міграції

	Позитивні наслідки зовнішньої трудової міграції	**Негативні наслідки зовнішньої трудової міграції**
Для держави-донора	збільшення вливань до бюджету за посередницькі послуги в працевлаштуванні за кордоном; скорочення індексу бідності та розриву в доходах населення; набуття знань, навичок, досвіду.	посилення навантаження на соціальний фонд внаслідок відтоку працездатного населення; посилення залежності від іноземного попиту не тільки на товари, але й на робочу силу; гальмування розвитку науки та промисловості; втрата кваліфікованих працівників; зростання інфляції, неприродне зміцнення національної валюти завдяки зовнішнім чинникам (трансфертам із-за кордону); проблема адаптації трудового мігранта після повернення до нових для нього умов; формування звички до способу життя трудового мігранта; скорочення кількості населення, посилення депопуляції
Для держави-реципієнта	професійна зайнятість на важких або непрестижних роботах; зниження вартості робочої сили та пов'язані з цим загальні витрати; стимулювання зростання виробництва й додаткової зайнятості шляхом створення додаткового попиту на товари й послуги; збільшення податків від заробітної плати мігрантів і надходжень до соціальних фондів; збільшення платежів за користування трудовими мігрантами житлом і комунальними послугами; зменшення витрат на виплату пенсій і на реалізацію різного роду соціальних програм; збільшення (або компенсація) чисельності населення; омолодження вікової структури населення; збільшення кількості шлюбів; можливість заселення мігрантами не досить заселених регіонів.	скорочення рівня заробітної плати завдяки збільшенню пропозиції праці; трудові мігранти займають робочі місця корінного населення; зростання індексу бідності (унаслідок втрати роботи); надмірна концентрація населення у великих містах; зростання вірогідності фіктивних шлюбів із метою в'їзду та перебування в країні; зростання соціального напруження; зростання нелегальної міграції трудового населення [4, с. 395–397].

Список використаних джерел:

1. Грошові перекази. *БД «Національний банк України».* URL: https://bank.gov.ua/files/ES/Perekaz_y.pdf.

2. Моніторинг міграційної ситуації та змін у сфері управління міграцією та кордонами. *БД «Державна міграційна служба України».* URL: https://dmsu.gov.ua/assets/files/migprocess/zvit_vypusk_2019_03.pdf.

3. Про схвалення Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 липня 2017 р. № 482-р, ред. від 12.07.2017. *БД «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/482-2017-%D1%80.

4. Рудзінська Р.О., Кудин С.І. Зовнішня трудова міграція в сучасному українському суспільстві: передумови, чинники та наслідки. *Науковий вісник НЛТУ України.* 2013. Вип. 23.8. С. 390–398.

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО;
ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

УДК 349.6
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.20

КАРТАШОВ М.С.

ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНОПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

FEATURES OF CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL OFFENSES

У статті розглядається питання про особливості регулювання цивільноправової відповідальності за екологічні правопорушення. Значним кроком вперед у посиленні значення інституту юридичної відповідальності за екологічне правопорушення в Україні було закріплення в Концепції національної екологічної політики на період до 2020 року принципу «екологічної відповідальності, який потребує запровадження відповідальності за будь-які порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища». Цей принцип згідно із зазначеною концепцією входить до переліку основоположних засад, на яких має базуватися національна екологічна політика в Україні. Метою дослідження є визначення поняття юридичної відповідальності за екологічне правопорушення, встановлення її ознак, видів і співвідношення з іншими поняттями, з'ясування змісту екологічного правопорушення та шляхів запобігання його вчиненню. Юридична відповідальність за екологічне правопорушення є важливим правовим інститутом забезпечення законності й правопорядку в галузі екології, дотримання екологічної безпеки, захисту прав і свобод громадян, якому властиві як загальні ознаки юридичної відповідальності, вироблені теорією, так і специфічні ознаки, зумовлені предметом регулювання. Відповідальність за вчинення екологічних правопорушень настає лише внаслідок факту існування такого екологічного правопорушення, яке характеризується низкою ознак та особливим складом, до якого включаються такі обов'язкові елементи, як об'єкт, суб'єкт, об'єктивна й суб'єктивна сторона. Відсутність цих елементів виключає підстави для відповідальності. На рівні із застосуванням відповідальності до правопорушників державою має розв'язуватися питання запобігання вчиненню цих правопорушень. Мають бути встановлені причини й умови вчинення конкретних злочинів або ж адміністративних проступків і встановлені шляхи до зменшення їхньої кількості. Цивільноправова відповідальність є важливими засобами відновлення порушених прав і відшкодування завданої правопорушенням шкоди. Отже, екологічно-правова відповідальність є новим самостійним видом юридичної відповідальності, який поки ще не знайшов законодавчого закріплення, але вже отримав підтримку багатьох вчених-правників і наразі є перспективним напрямом для розвитку інституту відповідальності.

Ключові слова: *право, правопорушення, екологія, відповідальність, екологічні правопорушення, цивільноправова відповідальність.*

The article considers the question of the peculiarities of the regulation of civil liability for environmental offenses. A significant step forward in strengthening the importance of the institution of legal liability for environmental offenses in Ukraine was enshrined in the

© КАРТАШОВ М.С. – студент магістратури факультету адвокатури (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

Concept of National Environmental Policy until 2020, the principle of "environmental responsibility, which requires liability for any violations of environmental legislation". This principle, according to the above concept, is included in the list of fundamental principles on which the national environmental policy in Ukraine should be based. The purpose of the study is to define the concept of legal liability for environmental offenses, to establish its features, types and relationships with other concepts, to clarify the content of environmental offenses and ways to prevent its commission. Legal liability for environmental offenses is an important legal institution to ensure law and order in the field of ecology, environmental safety, protection of human rights and freedoms, which has both general features of legal liability, developed by theory, and specific features due to the subject of regulation. Liability for environmental offenses arises only due to the existence of such an environmental offense, which is characterized by a number of features and a special composition, which includes such mandatory elements as object, subject, objective and subjective side. The absence of these elements excludes grounds for liability. At the level of the application of liability to offenders, the state must address the issue of preventing the commission of these offenses. The causes and conditions of committing specific crimes or administrative offenses must be established and ways to reduce their number must be established. Civil liability is an important means of restoring violated rights and compensation for damage caused by the offense. Thus, environmental liability is a new independent type of legal liability, which has not yet been enshrined in law, but has already received the support of many legal scholars and is currently a promising area for the development of the institution of liability.

Key words: *law, offenses, ecology, responsibility, ecological offenses, civil liability.*

Вступ. Людство протягом всього свого існування стикалося з проблемами навколишнього природного середовища: колись це були лише природні катаклізми, такі, наприклад, як зміна клімату, але поступово причинами цих проблем ставала не стільки природа, як сама людина та її діяльність. Стан екології безупинно погіршувався, але належну увагу питанню захисту й охорони навколишнього природного середовища почали приділяти лише в другій половині XX століття.

Нині в України проблематиці еколого-правової відповідальності приділяють досить багато уваги науковців-правників. З-поміж них можна виділити В.І. Андрейцева, А.І. Бобилєва, В.В. Власенка, С.Б. Гавриша, О.Б. Німко, Т.І. Балюк, В.Л. Мунтяна, Н.І. Титової, Ю.С. Шемшученка, М.В.Краснову, А.П. Гетьмана й інших.

Значним кроком вперед у посиленні значення інституту юридичної відповідальності за екологічне правопорушення в Україні було закріплення в Концепції національної екологічної політики на період до 2020 року принципу «екологічної відповідальності, який потребує запровадження відповідальності за будь-які порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища» [17]. Цей принцип згідно з вищезазначеною концепцією входить до переліку основоположних засад, на яких має базуватися національна екологічна політика в Україні.

Постановка завдання. Метою дослідження є визначення поняття юридичної відповідальності за екологічне правопорушення, встановлення її ознак, видів і співвідношення з іншими поняттями, з'ясування змісту екологічного правопорушення та шляхів запобігання його вчиненню.

Результати дослідження. «Юридична відповідальність за екологічні правопорушення є важливим засобом забезпечення законності в екологічній сфері. Вона виступає різновидом юридичної відповідальності в цілому, а тому їй властиві всі ознаки останньої» [20, с. 290].

Ст. 66 Конституції України зазначає: «Кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, <…> відшкодовувати завдані ним збитки» [1]. Встановлення юридичної відповідальності за екологічні правопорушення є безпосередньою реалізацією приписів Основного Закону й утвердження принципів гуманізму й верховенства права в державі.

Встановлення такого виду відповідальності є реакцією держави на порушення законодавства, що є одним з її основних обов'язків у підтриманні правопорядку. Реалізація цього обов'язку забезпечується застосуванням до порушника державного примусу або ж «шляхом добровільного виконання нового обов'язку замість невиконаного» [22, с. 135].

Відомий радянський вчений-правник В.В. Петров розкривав сутність відповідальності за екологічні правопорушення як «комплексний міжгалузевий інститут різних галузей права, що складається з двох груп норм і відповідних правовідносин:

1) норми й правовідносини, які виникають із приводу порушення приписів природоохоронного законодавства;

2) норми й правовідносини, які тривають у зв'язку із застосуванням санкцій (кримінальної, адміністративної, цивільної відповідальності) за допущені порушення».

Важливою особливістю відповідальності за екологічні правопорушення є її джерела. Норми, що регулюють такий вид відповідальності, містяться як у галузевому екологічному законодавстві (в комплексних і природноресурсних законах), так і в нормативно-правових актах інших галузей права у формі переліків правопорушень, котрі об'єднані в спеціальних статях або в самостійному розділі, який присвячено інституту відповідальності.

На думку В.В. Костицького, спосіб впливу на порушника може слугувати критерієм поділу юридичної відповідальності за екологічне правопорушення на 2 види: компенсаційну, що спрямована на відшкодування шкоди (до неї належить цивільна відповідальність), і репресивну, яка реалізується шляхом застосування покарання, тобто адміністративна, кримінальна, дисциплінарна відповідальності [25, с. 324].

Специфіка юридичної відповідальності за екологічні правопорушення також виявляється у функціях, що вона виконує. Найповніший перелік цих функцій сформульований Ю.С. Шемчушенком. На його думку, можна виділити такі «***функції*** юридичної відповідальності за екологічні правопорушення:

– забезпечувальна – забезпечує охорону й збереження належного стану навколишнього природного середовища, окремих його компонентів;

– превентивна – виявляється в попередженні нових правопорушень, їх профілактиці;

– компенсаційна – спрямована на поновлення порушеного стану природного середовища, відшкодування шкоди, заподіяної відповідним природним ресурсам, об'єктам чи умовам;

– виховна – є засобом виховання людей, підтримання екологічної культури, формує в громадян впевненість у стабільності наявного правопорядку, в захищеності їхніх екологічних прав та інтересів;

– каральна – полягає в обмеженні прав і свобод правопорушника або покладенні на нього додаткових обов'язків, настанні негативних наслідків» [20, с. 295].

Поняття «відповідальність за екологічні правопорушення» знаходиться в тісному взаємозв'язку з таким поняттям, як «охорона навколишнього середовища». Відповідальність є одним із напрямів екологічної політики держави й, відповідно, в ній держава реалізовує свою функцію охорони навколишнього природного середовища, тобто поняття «охорона» ширше й містить поняття відповідальності. Аналогічним чином можна казати про співвідношення поняття з розумінням екологічної безпеки, адже відповідальність є важливим правовим елементом забезпечення останньої.

«Відповідальність за порушення екологічного законодавства треба відрізняти й від певних економічних форм впливу на поведінку носіїв екологічних прав, передбачених екологічним законодавством. У такому разі йдеться, наприклад, про плату за забруднення навколишнього середовища в межах встановлених нормативів. Безперечно, що тут теж виникають певні несприятливі економічні наслідки для суб'єкта, але такі дії закон не вважає правопорушенням. Якщо ж суб'єктом буде допущене понаднормативне забруднення в зазначеній сфері, він має бути притягнутий до юридичної відповідальності» [21, с. 240].

Досліджуючи юридичну літературу, можна дійти висновку, що багатьма авторами наразі сформульовано усталене поняття юридичної відповідальності за екологічне правопорушення. У загальному вигляді його подає Ю.С. Шемчушенко як «сукупність правових засобів, встановлених законодавством, які застосовуються у випадках порушення вимог охорони довкілля та екологічної безпеки населення, умов і режиму використання природних ресурсів, заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу» [20, с. 291].

Отже, юридична відповідальність за екологічне правопорушення є важливим правовим інститутом забезпечення законності й правопорядку в галузі екології, дотримання екологічної безпеки, захисту прав і свобод громадян, якому властиві як загальні ознаки юридичної відповідальності, вироблені теорією, так і специфічні ознаки, зумовлені предметом регулювання.

Джерела нормативного регулювання питання відповідальності за екологічні правопорушення містяться в Конституції України. «Право на безпечне для життя та здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди» [1] (ст. 50) є основоположним у такому питанні. Загальні засади цивільноправової відповідальності за екологічні правопорушення встановлені в Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 р. [16], зокрема в Главі 28 «Загальні положення про відшкодування шкоди».

Елементи процесуального забезпечення реалізації відповідальності за екологічні правопорушення містять норми Земельного [15], Водного [8], Лісового кодексів України [6], Кодексу України про надра [7], Гірничого закону України [11], Законів України «Про охорону навколишнього природного середовища» [4], «Про тваринний світ» [14], «Про рослинний світ» [12], «Про охорону атмосферного повітря» [5], «Про виключну (морську) економічну зону України» [9], «Про відходи» [10] та інші.

Частиною національного законодавства, яка регламентує встановлення юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, є норми міжнародних угод, ратифікованих Верховною Радою України. У 2000 р. Україною був ратифікований Протокол про відповідальність і компенсацію за шкоду, заподіяну в результаті транскордонного перевезення небезпечних відходів та їхнього видалення. 4 липня 2002 р. Україна приєдналася до Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою, підписаної 27 листопада 1992 р. у м. Лондоні.

«Особливий приклад міжнародної відповідальності за екологічну шкоду складають положення Конвенції про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище (1977 р., ратифікована Президією Верховної Ради СРСР)» [30, с. 140].

Одним із видів нормативно-правових джерел, які містять норми щодо забезпечення реалізації законодавчих положень, є постанови Кабінету Міністрів України, акти міністерств, відомств. Вони стосуються порядку й розмірів відшкодування шкоди, окремих аспектів відповідальності (наприклад: наказом Мінекобезпеки України від 18 травня 1995 р. № 38 затверджено Методику розрахунку розмірів відшкодування збитків, які заподіяні державі внаслідок наднормативних викидів забруднювальних речовин в атмосферне повітря).

Юридична відповідальність за вчинення екологічних правопорушень регламентована значною кількістю нормативно-правових актів, які належать як до екологічного, так і до інших галузей права. Значну роль відграють також міжнародно-правові акти, ратифіковані Верховною Радою України.

У ст. 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» передбачено, що «шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації в повному обсязі. Особи, яким завдано такої шкоди, мають право на відшкодування неодержаних прибутків за час, необхідний для відновлення здоров'я, якості навколишнього природного середовища, відтворення природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням» [4]. Потрібно підкреслити, що правопорушники повинні відшкодовувати шкоду в повному обсязі незалежно від того, чи були їх дії (бездіяльність) умисними чи необережними. Виняток становлять лише особи, які зазначені в третьому абзаці статті «Особи, що володіють джерелами підвищеної екологічної небезпеки, зобов'язані компенсувати заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілих» [4].

У більшості випадків вважається, що за галузевою належністю та видом санкцій, порядком застосування компенсація шкоди за екологічним законодавством реалізується в межах відповідальності. Таким чином, цивільноправова відповідальність за екологічні правопорушення – це обов'язок правопорушника зазнати негативні наслідки майнового характеру, які встановлюються в санкціях правових норм або договорі й застосовуються в цивільно-процесуальній формі [28, с. 148].

«Під екологічною шкодою розуміють будь-яке погіршення стану навколишнього середовища внаслідок порушення правових екологічних вимог» [27, с. 318]. Особливістю саме екологічної шкоди є її непоправність, або лише відносна відновлюваність, оскільки відтворення компонентів природи пов'язане з тривалим періодом в часі.

«Екологічна шкода може бути відтворена такими способами:

– поновлення майна в натурі – відтворення знищених природних ресурсів;

– відшкодування збитків, завданих природним компонентам, – відновлення природних ресурсів;

– відшкодування збитків природокористувачу;

– компенсація витрат, спрямованих на оздоровлення навколишнього природного середовища й поліпшення його якості.

«Визначення розміру шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу, здійснюється за спеціальними правилами: згідно з таксами, методиками обчислення розміру шкоди, або, за їх відсутності, за фактичними витратами на відновлення порушеного стану <…>» [20, с. 310]. Як приклад методики можна навести «Методику визначення розмірів шкоди, зу-

мовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства» [13].

Для правильного розуміння сутності цивільноправової відповідальності необхідно розмежовувати шкоду в економічному розумінні й шкоду з боку екології. «Екологічна шкода поділяється на 2 самостійні частини. Перша складається з вартості матеріально-грошових затрат на екологічні заходи, на відновлення порушеного стану навколишнього природного середовища. Відшкодування цієї частини шкоди спрямовано на повернення державі тих коштів, які вона витратила на організацію охорони природи, на ведення раціонального природокористування. Друга частина шкоди містить втрати в природному навколишньому середовищі, що стали результатом виключення життєво важливих функцій окремих його елементів або комплексів. Такі втрати, бувши невідновленими чи відносно не відновлюваними або важко відновлюваними, не мають абсолютно точної грошової оцінки, тобто через незворотність негативних змін у навколишньому природному середовищі або тривалого періоду відмовлення такого стану, що існував до моменту заподіяння шкоди, розміри завданої шкоди не можна визначити простим арифметичним шляхом у повному обсязі» [25, с. 96].

В еколого-правовій літературі наголошується на необхідності розмежування цивільноправової та майнової відповідальності, адже остання застосовується саме «у випадках порушення майнових прав суб'єктів екологічних правовідносин і заподіяння їм шкоди. За таких умов цей вид юридичної відповідальності у сфері екології справедливо називають майновою, зважаючи, що цивільноправова відповідальність складається щодо конкретного майна матеріального блага товарного характеру, а майнова відповідальність не входить повністю в предмет регулювання цивільного права, може належати до предмета регулювання інших галузей права – екологічного, аграрного, фінансового й інших» [20, с. 326].

Правова доктрина найчастіше розглядає такі основні види юридичної відповідальності: кримінальну, адміністративну, дисциплінарну, цивільну. Однак науковці вказують ще на існування еколого-правової відповідальності, яка випливає зі специфіки екологічної сфери. «Але для цього немає достатніх підстав, бо фактично немає правових санкцій, які не охоплювалися б вже наявними видами юридичної відповідальності. Та й віднесення тих або інших правопорушень до групи екологічних зовсім не означає, що за їх вчинення мають застосовуватись якісь особливі еколого-правові санкції <…> Втім, не слід ігнорувати вживання терміна «еколого-правова (екологічна) відповідальність», але не в значенні такої відповідальності як окремого виду, а як комплексного правового інституту застосовуваної в екологічній сфері адміністративної, кримінальної, цивільноправової та дисциплінарної відповідальності» [20, с. 290].

«Потреба в розробці нової форми юридичної відповідальності – еколого-правової – виникла наприкінці 70-х – на початку 80-х рр. XX ст. у зв'язку з погіршенням стану навколишнього природного середовища. Одним із перших, хто звернув увагу на необхідність виділяти цю форму юридичної відповідальності, був проф. В.В. Петров» [18, с. 35].

«З огляду на наявну світову практику щодо питань екологічної відповідальності запровадження такої відповідальності в Україні буде активніше заохочувати підприємства-забруднювачі до здійснення заходів щодо запобігання чи компенсації екологічної шкоди, сприятиме запровадженню страхування екологічних ризиків, створенню національних екологічних фондів для ліквідації чи усунення наслідків екологічних аварій, катастроф чи стихійних явищ. Водночас будуть враховуватися схеми, елементи такої відповідальності: стандарт (режим) відповідальності, механізм справляння відповідальності, *кого* можна притягнути до відповідальності, робота з кількома сторонами, шкода, що викликає відповідальність і можливі засоби відшкодування, період несення відповідальності» [25, с. 325].

Своєчасною є позиція М.М. Бринчука, який слушно ставить питання про еколого-правову відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності, відмінний від інших галузевих видів відповідальності, особливо від цивільноправової. На його думку, зміст еколого-правової відповідальності утворюють передусім два види екологічних правопорушень, предметом яких є: відшкодування шкоди, завданої природі, тобто екологічної шкоди, й невиконання або неналежне виконання обов'язків, передбачених договором на природокористування та охорону навколишнього середовища. Водночас М.М. Бринчук враховує публічно-правову спрямованість екологічного права, а також те, що як будь-яка галузь публічного права, екологічне право має договірний метод правового регулювання [19, с. 325].

Отже, екологічно-правова відповідальність є новим самостійним видом юридичної відповідальності, який поки ще не знайшов законодавчого закріплення, але вже отримав підтримку

багатьох вчених-правників і наразі є перспективним напрямом для розвитку інституту відповідальності.

Висновки. Отже, юридична відповідальність за екологічне правопорушення є важливим правовим інститутом забезпечення законності й правопорядку в галузі екології, дотримання екологічної безпеки, захисту прав і свобод громадян, якому властиві як загальні ознаки юридичної відповідальності, вироблені теорією, так і специфічні ознаки, зумовлені предметом регулювання.

Юридична відповідальність за вчинення екологічних правопорушень регламентована значним масивом нормативно-правових актів, які відносяться як до екологічного, так і до інших галузей права. Значну роль відграють також міжнародно-правові акти, ратифіковані Верховною Радою України.

Відповідальність за вчинення екологічних правопорушень настає лише внаслідок факту існування такого екологічного правопорушення, яке характеризується низкою ознак та особливим складом, до якого включаються такі обов'язкові елементи, як об'єкт, суб'єкт, об'єктивна й суб'єктивна сторона. Відсутність цих елементів виключає підстави для відповідальності.

На рівні із застосуванням відповідальності до правопорушників державою має розв'язуватися питання запобігання вчиненню цих правопорушень. Мають бути встановлені причини й умови вчинення конкретних злочинів або ж адміністративних проступків і встановлені шляхи до їх зменшення їхньої кількості.

Цивільноправова відповідальність є важливим засобом відновлення порушених прав і відшкодування завданої правопорушенням шкоди.

Екологічно-правова відповідальність є новим самостійним видом юридичної відповідальності, який поки ще не знайшов законодавчого закріплення, але вже отримав підтримку багатьох вчених-правників і наразі є перспективним напрямом для розвитку інституту відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII / Верховна Рада УРСР. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07 грудня 1984 р. № 8073-X (у редакції від 20 листопада 2019 р.) / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text.
4. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.
5. Про охорону атмосферного повітря : Закон України від 16 жовтня 1992 р. № 2707-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 50. Ст. 678.
6. Лісовий кодекс України : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3852-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 17. Ст. 99.
7. Кодекс України про надра Закон України від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. № 36. Ст. 340.
8. Водний кодекс України : Закон України від 06 червня 1995 р. № 213/95-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 24. Ст. 189.
9. Про виключну (морську) економічну зону України : Закон України від 16 травня 1995 р. № 162/95-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 21. Ст. 152.
10. Про відходи : Закон України від 05 березня 1998 р. № 187/98-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 1998. № 36–37. Ст. 242.
11. Гірничий закон України : Закон України від 06 жовтня 1999 р. № 1127-XIV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 1999. № 50. Ст. 433.
12. Про рослинний світ : Закон України від 09 квітня 1999 р. № 591-XIV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 1999. № 22–23. Ст. 198.
13. Про затвердження Методики визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства : Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України від 27 жовтня 1997р. № 171 / Міністерство охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0285-98#Text.

14. Про тваринний світ : Закон України від 13 грудня 2001 р. № 2894-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 2002. № 14. Ст. 97.

15. Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.

16. *Цивільний кодекс* України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

17. Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року : Розпорядження, Концепція Кабінету Міністрів України 17 жовтня 2007 р. № 880-р / Кабінет Міністрів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text.

18. Балюк Г.І. Проблеми удосконалення юридичної відповідальності за екологічні правопорушення в контексті сталого розвитку України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Київ, 2007. С. 7–55.

19. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды) : учебник для студентов высших учебных заведений ; Ин-тут государства и права РАН. Академ. правовой ун-тет. Москва : Юристъ, 2000. 688 с.

20. Екологічне право України. Академічний курс : підручник / за заг. ред. Ю.С. Шемчушенка. Друге видання. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. 720 с.

21. Екологічне право України : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / А.П. Гетьман, М.В. Шульга, В.К. Попов, Г.В. Анісімова, В.І. Гордєєв та ін. ; за ред. А.П. Гетьмана й М.В. Шульги ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2006. 384 с.

22. Зорич Г.А. Відповідальність суб'єктів господарської діяльності за порушення екологічного законодавства. *Вісник господарського судочинства України*. Київ, 2007. № 4. С. 132–140.

23. Коваленко Л.П. До проблеми визначення причин, які сприяють здійсненню правопорушень у галузі екології. *Проблеми законності* : Республіканський міжвідомчий науковий збірник ; Мін.освіти і науки Укр. ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2006. Вип. 84. С. 135–144.

24. Корнякова Т.В. Щодо окремих елементів системи запобігання правопорушенням та злочинам в екологічній сфері. *Право України* : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання. Спецвипуск ; Міністерство юстиції України ; Конституційний Суд України. Київ, 2010. № 11. С. 178–187.

25. Костицький В.В. Десять тез про юридичну відповідальність за екологічні правопорушення. *Про українське право* : часопис кафедри теорії та історії держави і права ; КНУ ім. Тараса Шевченка, юрид. фак-т. Київ, 2010. Число 5 : Правова відповідальність. С. 312–322.

26. Костюк Ю.В. Поняття та види шкоди, завданої екологічним правопорушенням. *Юридический вестник* ; Одесская национальная юридическая академия. Одесса, 2006. № 2. С. 96–103.

27. Лазаренко Я.І. Профілактика екологічних правопорушень-один з пріоритетних напрямів діяльності правоохоронних органів. *Право України* : юридичний журнал ; Міністерство юстиції України ; Конституційний Суд України та ін. Київ, 2007. № 7. С. 111–115.

28. Рябець К.А. Вплив рівня екологічної правосвідомості громадян на кількість адміністративних правопорушень. *Право України* : юридичний журнал ; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. Київ, 2008. № 10. С. 44–48.

29. Хіміч О.М. Адміністративно-екологічне правопорушення: проблемні питання. *Право України* : юридичний журнал ; Міністерство юстиції України ; Конституційний Суд України та ін. Київ, 2003. № 4. С. 68–72.

30. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище : Міжнародний документ від 05 жовтня 1978 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text.

УДК 351.741:343.1
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.21

ХАРКОВЕЦЬ О.П.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИДОБУВАННЯ БУРШТИНУ

SOME PROBLEMS OF LEGAL REGULATION AMBER MINING

Незаконний видобуток корисних копалин загальнодержавного значення сьогодні вважається однією з основних проблем у галузі надрокористування. Україна є однією з тих європейських країн, яку можна назвати лідером із залягання покладів дорогоцінного каменю – бурштину. У нашій державі тільки дев'ять компаній мають ліцензію на користування надрами бурштину, до того ж щорічно видобувається приблизно 4 т цього матеріалу [21]. Проте насправді це невеликий відсоток від реального видобутку бурштину в Україні. Унаслідок масштабного промислу із видобування та реалізації бурштину завдаються досить значні матеріальні збитки державі.

Бурштин – це корисна копалина, дорогоцінне каміння, що утворилося внаслідок кристалізації (фосилізації) протягом кількох мільйонів років смоли давніх хвойних дерев без доступу кисню. Сосна, із живиці якої утворився бурштин, латинською мовою іменується як «пінус сукцинифера». Звідси й бурштин назвали «сукцинітом» [17]. Зі свого боку, бурштиноносні надра – це ділянка надр, на якій наявне родовище бурштину.

Екологічними наслідками нелегального видобутку бурштину є такі, як: деградація зональних ґрунтів і знищення родючого шару ґрунту підзолистого типу, кореневих систем дерев, заболочення території, зміна рівня ґрунтових вод, знищення лісових ресурсів, зміна фауни регіону. Найбільш еколого-економічних проблем самовільним видобутком бурштину зазнали Рівненська, Волинська та Житомирська області, де незаконний видобуток дорогоцінного каміння здійснюється кар'єрним і гідромеханічним способом.

У статті проаналізовано причини незаконного видобутку бурштину та зроблено оцінку законодавства України в цій сфері. Також запропоновано зміни щодо вдосконалення законодавства про видобуток бурштину та інших корисних копалин, а саме щодо посилення відповідальності за незаконний видобуток бурштину як за адміністративним, так і за кримінальним законодавством України. Запропоновано спростити процедуру отримання дозволів на спеціальне надрокористування у сфері видобутку бурштину та розробити відповідні методи дендрорекультивації. Дендрорекультивація дасть змогу поетапно відновити порушені лісові ландшафти з метою подальшого повернення її у господарське користування.

Ключові слова: *незаконний видобуток бурштину, корисні копалини, дозвіл на видобуток бурштину, дендрорекультивація, посилення відповідальності за незаконний видобуток бурштину.*

Illegal extraction of minerals of national importance is currently considered one of the main problems in the field of subsoil use. Ukraine is one of those European countries that can be called a leader in the deposition of precious stones – amber. In our country, only 9 companies have a license to use amber, and annually produces about 4 tons of this material [21]. However, in reality this is a small percentage of real amber production in Ukraine. As a result of large-scale fishing for the extraction and sale of amber, quite significant material losses are inflicted on the state.

Amber is a mineral, a precious stone formed by the crystallization (fossilization) over several million years of the resin of ancient conifers without access to oxygen. Pine, from

© ХАРКОВЕЦЬ О.П. – студентка (Інститут прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого)

the resin of which amber was formed, in Latin is called "pinus succinifer". Hence, amber was called "succinite" [17]. In turn, amber-bearing subsoil is a subsoil area where there is an amber deposit.

The ecological consequences of illegal amber mining are such as: degradation of zonal soils and destruction of the fertile layer of podzolic soil, tree root systems, waterlogging, changes in groundwater levels, destruction of forest resources, changes in the fauna of the region. Rivne, Volyn and Zhytomyr oblasts have suffered the most environmental and economic problems from unauthorized amber mining, where illegal mining of precious stones is carried out by quarry and hydromechanical methods.

The article analyzes the causes of illegal amber mining and assesses the legislation of Ukraine in this area. Also proposed changes to improve the legislation on the extraction of amber and other minerals, namely to strengthen the responsibility for illegal amber mining under both administrative and criminal legislation of Ukraine. It is proposed to simplify the procedure for obtaining permits for special subsoil use in the field of amber mining and to develop appropriate methods of dendrorecultivation. Dendrorecultivation will allow to gradually restore the disturbed forest landscapes in order to further return it to economic use.

Key words: *illegal amber mining, minerals, amber mining permit, dendrorecultivation, strengthening of responsibility for illegal amber mining.*

Вступ. Надра є особливо важливим економічним і стратегічним природним ресурсом, який ст. 13 Конституції України визнається об'єктом права власності українського народу. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 12 грудня 1994 року № 827, бурштин внесено до переліку корисних копалин загальнодержавного значення як сировину ювелірну (дорогоцінне каміння) [10]. Інструкція із застосування Класифікації запасів і ресурсів корисних копалин Державного фонду надр до родовищ бурштину врегульовує, що бурштин – збірний термін, який об'єднує різновиди викопних смол, придатних для використання в ювелірно-виробній, хімічній, фармацевтичній та інших галузях виробництва [11].

Постановка завдання. Метою статті є аналіз і пошук шляхів удосконалення сучасного стану законодавства щодо врегулювання відносин у сфері видобутку бурштину.

Проблемами видобування корисних копалин займалися такі науковці: С.В. Размєтаєв, В.В. Стрельник, Л.М. Гришко, В.В. Галунько та інші. Питання правового регулювання видобутку бурштину розглядалося у працях таких науковців, як: В.О. Баранова [1], І.С. Василишин [2], С.Б. Ковалевський [4], Ю.М. Марчук [4], К.В. Маєвський [4], О.М. Курдюк [4], П.П. Надточій [9], В.В. Морозов [9], С.М. Товста [16], Г.І. Рудько [14], Т.В. Тимочко [17], В.Є. Філіпович [18], В.І. Цимбалюк [19] та інші.

Результати дослідження. Нині за кількістю залягання бурштиноносних надр лідирують Рівненська, Житомирська та Волинська області. Залягання бурштину сягає приблизно 1400 т. Звідси й простежуємо активізацію незаконного видобутку цієї корисної копалини [2].

Незаконний видобуток бурштину-сирцю здійснюється місцевим населенням вищезазначених областей із використанням водяних помп шляхом вимивання породи з товщі ґрунту (до 15 метрів вглиб) [4].

У Законі України «Про основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року» зазначено, що у сфері надрокористування в Україні існують системні проблеми, що становлять реальну загрозу економічній безпеці держави. На території України, яка становить 0,4 % суходолу планети, виявлено до 5 % усіх мінерально-сировинних ресурсів земної кулі. В Україні виявлено понад 20 тисяч родовищ і рудопроявів із 95 видів корисних копалин, з яких близько 8 тисяч родовищ мають промислове значення й обліковуються Державним балансом запасів корисних копалин. Загальна кількість розроблених родовищ становить близько трьох тисяч. Водночас неефективне державне управління в цій сфері, відсутність інвестицій, використання видобувними підприємствами застарілого обладнання, зношеність якого становить до 70 %, відтік кваліфікованих спеціалістів призвели до зниження якості виконання робіт у галузі. Окрім того, належне державне управління в галузі геологічного вивчення та використання надр, залучення інвестицій сприятимуть збільшенню видобутку гостродефіцитної сировини й підвищенню економічної незалежності та безпеки держави [12].

Найбільш активно нелегальний видобуток бурштину спостерігається з 2016 року і дотепер. Нині питання легалізації бурштину так і не розв'язано на достатньому рівні.

У ст. 19 Кодексу України про надра закріплено те, що надра надаються в користування підприємствам, установам, організаціям і громадянам тільки за наявності в них спеціального дозволу на користування ділянкою надр. Проте таке право на користування надрами засвідчується актом про надання гірничого відводу [5].

Виснаження надр і формування структури промисловості, переобтяженої важкими галузями виробництва, супроводжуються накопиченням значних негативних екологічних наслідків довготривалого характеру. Адже економія на екологічних витратах на перших етапах освоєння родовищ дає великий прибуток. Однак витрати на ліквідацію наслідків надзвичайних екологічних ситуацій і катастроф після їх виробки можуть у кілька разів перевищити загальний прибуток від продажу мінеральної сировини. Надзвичайно складний екологічний стан гірничодобувних регіонів України стримує її економічне зростання [9].

Наслідком видобування бурштину стало розширення площі порушених земель Українського Полісся. Несанкціонована проходка гірських виробок без засипання заглиблень після відпрацювання породи гідромотопомпами, екскаваторами та іншою важкою технікою призвела і призводить до порушення кореневої системи дерев, знищення чагарникового й трав'янистого підліска, у результаті чого на поверхні ґрунту залишаються піщані пагорби перемішаної породи та глибокі ями. Надлишок ґрунтових вод призводить до порушення стійкості кореневої системи, а згодом – до формування картини «п'яного лісу» і в підсумку – до його загибелі [6].

Наказом Державного агентства лісових ресурсів України № 138 від 21 квітня 2017 р. визначено перелік земель лісогосподарського призначення, у межах яких є частини, які порушені внаслідок незаконного видобування бурштину й потребують рекультивації [9].

За даними анкетувань, в останні роки незаконним видобутком і оборотом бурштину, прямо або побічно, займались в Україні від 100 до 300 тис. громадян, які умовно, з позицій участі та дотримання їхніх прав і інтересів, можна поділити на такі групи: - старателі – ті, хто здійснюють незаконний видобуток бурштину; - працівники місцевих органів влади – за невтручання в незаконний видобуток бурштину беруть побори зі старателів або стали учасниками злочинних угруповань; - працівники обласних і центральних органів влади – є учасниками грошових потоків від незаконного видобування бурштину відповідно з районів та областей; - працівники Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України, Державні агентства водних, лісових ресурсів, Державної служби геології та надр, Державної фіскальної служби – не забезпечують і халатно ставляться до дотримання вимог щодо охорони довкілля, передбачених у Земельному, Водному, Лісовому кодексах, Законі про ПЗФ, тощо; - працівники правоохоронних органів (поліцейські, прокурори) [19].

Як свідчать дані аналізу, причинами незаконного видобутку, скуповування, зберігання, транспортування, переробки й реалізації бурштину є:

– високий відсоток безробіття й тяжке матеріальне становище населення сіл після проведення аграрної реформи;

– неглибоке залягання від денної поверхні продуктивних шарів бурштину та наявності неподалік водних об'єктів;

– значна віддаленість від густонаселених сіл і містечок, бездоріжжя, залісненість і висока заболоченість території;

– недосконалість або недієздатність законів про охорону корисних копалин і нормативно-правового забезпечення трудової діяльності в сфері видобутку, переробки й використання бурштину;

– неефективна протидія незаконному видобутку та обігу бурштину в державі збоку посадових осіб сільських, районних, обласних адміністрацій і рад, Кабінету Міністрів та Верховної Ради України;

– наявність на території країни корумпованих працівників правоохоронних органів, прокуратури та судів;

– потурання з боку країн ЄС контрабандному переміщенню бурштину, видобутому в Україні;

– відсутність контролю за обґрунтуванням дозволів на затвердження промислових запасів бурштину;

– низька екологічна свідомість у жителів сіл, поблизу яких ведеться незаконний видобуток бурштину [19].

Погоджуємось із думкою В.Є. Філіповича, який зазначає, що для оцінки масштабів нелегального видобутку бурштину, визначення площ, які потребують заходів рекультивації й відтворення екологічного стану, необхідно провести детальну інвентаризацію пошкоджених територій. Незаконний видобуток бурштину здійснюється переважно в закритій і напівзакритій місцевості. Це чагарники, ліси й лісосмуги, віддалені від населених пунктів і проїзних частин. Водночас доступ до ділянок видобутку блокується озброєною приватною охороною. Через таку локалізацію бурштинних розробок їх дуже важко вчасно й точно визначити на місцевості наземними методами. Для розв'язання цієї проблеми пропонується застосування матеріалів космічних зйомок у моніторинговому режимі, що дає змогу з великою достовірністю визначити й локалізувати місця незаконного видобутку та реально оцінити масштаби екологічного лиха [18].

Однак питання рекультивації та дендрорекультивації лісових земель, порушених унаслідок несанкціонованого видобутку бурштину на території Українського Полісся, зокрема Житомирської області, є новим і маловивченим. Перші наукові публікації з цього питання з'явилися тільки три роки тому, їхніми основними напрямами є супутниковий моніторинг порушених територій та оцінка екологічних наслідків і економічних збитків, завданих несанкціонованим видобутком бурштину [4].

Також варто зазначити, що відповідно до Постанови КМУ від 30 листопада 2016 р. № 1063 «Деякі питання реалізації пілотного проєкту рекультивації земель лісогосподарського призначення, порушених унаслідок незаконного видобування бурштину» а саме в ч. 7 «Порядку реалізації пілотного проєкту рекультивації земель лісогосподарського призначення, порушених унаслідок незаконного видобування бурштину» встановлено те, що виконавці під час здійснення геологічного вивчення, зокрема дослідно-промислового розроблення бурштину, на ділянках земель лісогосподарського призначення, порушених унаслідок незаконного видобування бурштину, забезпечують дотримання встановлених законодавством вимог щодо геологічного вивчення надр, зокрема вимог, встановлених ст. 38 Кодексу України про надра, а також вилучення під час дослідно-промислового розроблення 100 % виявленого бурштину. Окрім того, з метою виконання умов договорів виконавці мають право залучати до проведення робіт із рекультивації земель лісогосподарського призначення, порушених унаслідок незаконного видобування бурштину, суб'єктів господарювання, зокрема тих, засновниками яких є територіальні громади, та фізичних осіб [3].

26 грудня 2014 р. було зареєстровано альтернативний варіант – проєкт Закону «Про видобування та реалізацію бурштину» №1351-1. Цей законопроєкт спрямований на вдосконалення правового регулювання відносин у сфері видобування та реалізації бурштину. У ньому визначаються види та строки користування бурштиноносними надрами, особи, що можуть бути користувачами таких надр, порядок укладання договорів про видобування бурштину тощо. У проєкті також встановлюється статус спеціалізованих комунальних підприємств і старательських артілей у бурштиновій галузі, порядок надання спеціальних дозволів на користування бурштиноносними надрами, плати за їх користування, порядок поділу ділянок таких надр на старательські ділянки тощо. Окрім того, визначаються особливості набуття права користування на геологічну інформацію про бурштиноносні надра, порядок утворення та діяльності бурштинової біржі, особливості проведення біржових операцій на таких біржах тощо [1].

У проєкті Закону України «Про видобування та реалізацію бурштину» від 26 грудня 2014 р. закріплено поняття бурштину як корисної копалини, що об'єднує різновиди викопних смол (сукценіт, руменіт, бірміт, симетіт, ретиніт, геданіт, чемоїніт), придатних для використання в ювелірно-виробній, хімічній, фармацевтичній та інших галузях виробництва [13].

Загалом, на розгляді Верховної Ради України перебувало кілька законопроєктів, серед яких проєкт Закону України «Про бурштин» № 5497 від 29 грудня 2009 року; проєкт Закону України «Про особливості видобутку бурштину-сирцю на родовищах і проявах, які не мають промислового значення» від 2 серпня 2011 р. № 9041; проєкт Закону України «Про особливості видобутку бурштину-сирцю на родовищах і проявах, які не мають промислового значення» № 1351 від 10 грудня 2014 р.; проєкт Закону України «Про видобування та реалізацію бурштину» № 1351-1 від 26 грудня 2014 р. Попри такі зусилля законотворців ні один із законопроєктів не був ухвалений задля подальшого законного видобутку цієї корисної копалини на 2020 рік. Безперечно, нелегальне видобування бурштину значно знизилось, якщо порівнювати 2015–2017 роки з теперішнім 2020-м. Проте населення Полісся, Волині та Житомирщини, нехай не в таких розмірах, як раніше, й далі веде такий незаконний вид діяльності на сьогоднішній рік.

Наприкінці 2019 року Президент України В. Зеленський підписав проєкт Закону № 2240 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питання видобут-

ку бурштину». Документом встановлюються зміни до низки нормативно-правових актів, якими, зокрема передбачене видобування бурштину на всіх землях, окрім земель природно-заповідного фонду, оздоровчого призначення, рекреаційного призначення, історико-культурного призначення та водного фонду із застосуванням сертифікованого обладнання, показники безпеки якого наводяться в нормативних документах. Важливим є те, що закон передбачає обов'язкову оцінку впливу на довкілля – тривалу процедуру, яка передує видобутку [7].

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про видобуток бурштину та інших корисних копалин» від 29 грудня 2019 р. в ч. 3 ст. 15 Кодексу України про надра врегульовано питання спеціального дозволу на геологічне вивчення бурштиноносних надр, зокрема дослідно-промислове розроблення родовищ із подальшим видобуванням бурштину (промисловим розробленням родовищ). Такий дозвіл надається строком на 5 років [5].

Важливим, на нашу думку, є доповнення ч. 2 ст. 15-1 КУпН щодо «Провадження планованої діяльності з видобування корисних копалин, передбаченої Законом України «Про оцінку впливу на довкілля», на ділянках бурштиноносних надр, що розміщені на порушених земельних ділянках відповідно до переліку та координат, визначених Кабінетом Міністрів України, підлягає обов'язковій оцінці впливу на довкілля з обов'язковим затвердженням проєктної документації щодо проведення рекультивації відповідної земельної ділянки у встановленому законодавством порядку».

Також варто зазначити, що в КУпН регламентується і сам порядок отримання спеціальних дозволів. У ст. 16 КУпН закріплено те, що аукціони щодо продажу спеціальних дозволів на користування надрами проводяться шляхом електронних торгів, які здійснюються за допомогою апаратно-програмного комплексу, що функціонує в Інтернеті та забезпечує заявникам, учасникам і організатору аукціону та центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері геологічного вивчення та раціонального використання надр, та/або Раді міністрів Автономної Республіки Крим можливість користуватися сервісами такої системи з автоматичним обміном інформацією про процедури проведення аукціону.

Окрім того, повинні бути подані необхідні документи на отримання, продовження спеціальних дозволів на користування надрами. Не менш важливим є те, що площа ділянки надр, на яку надається спеціальний дозвіл на геологічне вивчення бурштиноносних надр, зокрема дослідно-промислове розроблення родовищ із подальшим видобуванням бурштину (промисловим розробленням родовищ), не може перевищувати 10 гектарів [19].

Доки процес видобутку бурштину не врегульовано, законодавець у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про видобуток бурштину та інших корисних копалин» від 29 грудня 2019 р. передбачає внесення змін у ст. 58-1 КУпАП, де зазначається: «Порушення вимог щодо видобутку корисних копалин, згідно з яким настає відповідальність за порушення правил і вимог проведення робіт із геологічного вивчення надр, що може призвести чи призвело до недостовірної оцінки розвіданих запасів корисних копалин або умов для будівництва та експлуатації підприємств із видобування корисних копалин, а також підземних споруд, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин, втрати геологічної документації, дублікатів проб корисних копалин і керна, необхідних під час дальшого геологічного вивчення надр і розроблення родовищ». Водночас на посадових осіб накладається штраф від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Також було введено в дію ст. 240-1 Кримінального кодексу «Незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину». Відповідальність за ст. 240-1 особа нестиме за незаконне видобування бурштину, а так само збут, придбання, зберігання, передачу, пересилання, перевезення, переробку бурштину, законність походження якого не підтверджується відповідними документами.

Висновки. На нашу думку, видобуток бурштину є однією з важливих проблем, які потрібно розв'язати, оскільки простежуються збільшення негативних наслідків в екологічній, економічній і політичній сферах.

Щодо впливу на екологічні відносини, то прямими наслідками незаконного видобутку бурштину є знищення родючого шару ґрунту, забруднення вод унаслідок роботи мотопомп, зміни гідрологічного режиму боліт, лісів та озер [20].

Негативними наслідками в економіці є те, що українські підприємці відмовляються від іноземних інвестицій на обробку бурштину через те, що цей ринок повністю тіньовий.

І до політичних наслідків відносимо підрив довіри інших країн до України як надійного партнера, оскільки деякі території, на яких зараз відбувається масовий видобуток бурштину,

охороняються не тільки природоохоронним законодавством України, але й на міжнародному рівні. Бернська конвенція та Угода про асоціацію України з ЄС вимагають охороняти окремі види тварин, рослин та їхні оселища по всій території України – а така охорона на території «бурштинових» районів фактично неможлива [20].

На думку Т.В. Тимочко, потрібно встановити контроль за бурштиновим промислом і здійснювати раціональну політику в галузі видобутку бурштину. Окрім того, вважає за потрібне спростити процедуру отримання дозволів на спеціальне надрокористування у сфері видобутку бурштину, ліквідувати державну монополію на видобуток бурштину на землях лісового фонду та зробити публічним процес отримання спецдозволів. Також необхідним є розроблення відповідних методів дендрорекультивації [17]. Дендрорекультивація дасть змогу поетапно відновити порушені лісові ландшафти з метою подальшого повернення її в господарське користування.

На нашу думку, проблема видобутку бурштину є системною проблемою і, для того щоб врегулювати цю діяльність, потрібно узаконити промисел шляхом удосконалення минулого законопроєкту «Про видобування та реалізацію бурштину» чи створення нового, більш ефективного. Окрім того, потрібно створити умови, за яких законний шлях був би прибутковішим. Також вважаємо за необхідне створення державою умов для внутрішньої переробки бурштину, забезпечення нових робочих місць для осіб, які займатимуться промислом, але з дотриманням природоохоронного законодавства й екологічних умов місцевості.

Список використаних джерел:

1. Баранова В.О. Актуальні проблеми законотворчості у сфері легалізації видобутку бурштину. *Проблеми легалізації видобутку бурштину місцевими жителями* : мат-ли Всеукр. наук.-практ. конф., м. Київ, 11 вересня 2015 р. Київ, 2015. С. 11–15.

2. Василишин І.С., Панченко В.І., Майданович І.О. Янтар України. *Мінеральні ресурси України*. 1995. № 3–4. С. 28–32.

3. Деякі питання реалізації пілотного проєкту рекультивації земель лісогосподарського призначення, порушених унаслідок незаконного видобування бурштину : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 1063. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1063-2016-%D0%BF#Text.

4. Ковалевський С.Б., Марчук Ю.М., Маєвський К.В., Курдюк О.М. Бурштин на території українського Полісся: утворення, видобуток, наслідки. *Лісове і садово-паркове господарство*. 2017. № 13. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/licgoc_2017_13_6.

5. Кодекс України про надра : Закон України від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132/94-%D0%B2%D1%80#Text.

6. Мацуй В.М. Бурштинове Полісся – «дурні землі», «п'яний ліс» і «місячний ландшафт». Назавжди? *Газета «Дзеркало тижня»*. 2017. Вип. № 11.

7. Миськевич Т.М. Стан та перспективи врегулювання бурштинової проблеми в Україні. *Громадська думка про правотворення*. 2020. № 1 (186). С. 21–25. URL: http://nbuviap.gov.ua/images/dumka/2020/1.

8. Надточій П.П. Еколого-економічна оцінка впливу діяльності, пов'язаної з незаконним видобуванням бурштину, на стан довкілля Житомирщини. *Вісник Житомирського національного агроекологічного університету. Загальна екологія та радіоекологія*. 2015. Т. 1. № 1 (47). С. 28–50.

9. Надточій П.П, Мислива Т.М., Морозов В.В. та ін. Охорона та раціональне використання природних ресурсів і рекультивація земель : навч. посібник. Житомир : Держ. агроеколог. ун-т, 2007. 420 с.

10. Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення : Постанова Кабінету Міністрів від 12 грудня 1994 р. № 827. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/827-94-%D0%BF#Text.

11. Про затвердження Інструкції із застосування Класифікації запасів і ресурсів корисних копалин Державного фонду надр до родовищ бурштину : Наказ Державної комісії України із запасів корисних копалин від 10 лютого 2003 р. № 29. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0155-03#Text.

12. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28 лютого 2019 р. № 2697-VIII URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19#Text.

13. Про видобування та реалізацію бурштину : проєкт Закону України від 26 грудня 2014 р. № 1351-1. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH11J1AA.html.

14. Рудько Г.І. Родовища бурштину України та перспективи їх освоєння. *Мінеральні ресурси України*. 2017. № 2. С. 265–267.

15. Федас С.А. «Сонячний камінь» по гривні за грам. *Рівне Вечірнє*. 2015. № 33. URL: http://rivnepost.rv.ua/showarticle.php?art=024093.

16. Товста С.М. Рівненський бурштин – це камінь спотикання, долари під ногами чи джерело наповнення бюджету?! *Молодий вчений*. 2016. № 12.1 (40). С. 17–21.

17. Тимочко Т.В. Екологічні наслідки видобування бурштину та шляхи їхнього подолання. *Рекультивація територій, порушених унаслідок видобування бурштину* : інформаційні матеріали до засідання круглого столу, м. Рівне, 4 вересня 2015 р. Рівне, 2015. С. 4–5.

18. Філіпович В.Є. Супутниковий моніторинг територій незаконного видобутку бурштину. *Український журнал дистанційного зондування Землі*. 2015. № 6. С. 4–7. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ukjdzz_2015_6_3.

19. Цимбалюк В.І. Проблематика правового регулювання видобутку бурштину. URL: http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2019/12.1/17.pdf.

20. Чорний бурштин. Які держоргани задіяні та що потрібно зробити, аби припинити нелегальний видобуток (аналітична записка). URL: https://texty.org.ua/fragments/95763/Chornyj_burshtyn_Jaki_derzhorgany_zadijani_ta_shho-95763.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.22

ВИГІВСЬКИЙ І.М.

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ТАКТИКА ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В ПРОЦЕСІ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО ІЗ ЗАХОПЛЕННЯМ ЗАРУЧНИКІВ

ORGANIZATION AND TACTICS OF CONDUCTING A SEARCH DURING THE INVESTIGATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS RELATED TO HOSTAGE-TAKING

Актуальність статті полягає в тому, що в умовах зростання рівня захоплення заручників особливої актуальності набуває розроблення методики розслідування таких злочинів, а також дослідження тактики проведення окремих слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку. Наукову статтю присвячено особливостям організації та тактиці проведення обшуку під час розслідування захоплення заручників. Встановлено, що обшук у досліджуваній категорії кримінальних проваджень у переважній більшості випадків проводиться за місцем утримання заручників і місцем проживання підозрюваного. Розглянуто мету проведення обшуку в кримінальних провадженнях про захоплення заручників, якою є встановлення місцеперебування та звільнення заручників, встановлення місцеперебування та затримання підозрюваних, а також відшукання знарядь чи засобів вчинення, інших речей, що матимуть значення для кримінального провадження. Розглянуто, що в разі проведення обшуку в місцях утримання заручників такий обшук проводиться паралельно з операцією зі звільнення заручників та обов'язково повинен супроводжуватися налагодженням психологічного контакту з особою, що захопила заручників, із метою спонукати її до добровільної видачі заручників. До такого обшуку слід залучати ряд спеціалістів із комунікації, а також криміналістів, що сприятимуть у вилученні доказів і фіксуванні обшуку технічними засобами, медиків у разі надання невідкладної медичної допомоги, працівників спеціальних підрозділів та оперативників. Наголошено на можливості проведення обшуку як на початковому етапі розслідування, так і на наступному. На початковому етапі обшук проводиться зазвичай у разі виникнення слідчої ситуації про початок досудового розслідування за матеріалами оперативно-розшукової діяльності під час готування або безпосереднього вчинення захоплення заручників. Доведено важливість підготовки до проведення обшуку, що включатиме визначення місцеперебування та планування приміщення, встановлення осіб, які в ньому проживають, запрошення понятих і визначення дати, часу й осіб, що залучаються до його проведення.

Ключові слова: *захоплення, заручник, розслідування, кримінальне провадження, обшук, місце події.*

The relevance of the article is that in the context of increasing the level of hostage-taking, the development of methods for their investigation, as well as the study of tactics for certain investigative (search) actions, including searches, becomes especially important. The scientific article is devoted to the peculiarities of the organization and tactics of the search during the investigation of hostage-taking. It was established that

© ВИГІВСЬКИЙ І.М. – здобувач (Харківський національний університет внутрішніх справ)

in the investigated category of criminal proceedings, the search in the vast majority of cases was carried out at the place of detention of hostages and the place of residence of the suspect. The purpose of the search in hostage-taking proceedings is to establish the location and release of hostages, locate and detain suspects, as well as find tools or means of committing other things that will be relevant to criminal proceedings. It has been established that in the case of a search of hostages held in the presence of a hostage-taker, such a search is carried out in parallel with the hostage-taking operation and must be accompanied by psychological contact with the hostage-taker in order to encourage his to the voluntary release of hostages. Such a search should involve a number of communication specialists, as well as forensic scientists who will assist in the seizure of evidence and recording the search by technical means, physicians, in case of emergency medical care, employees of special units and operatives. Emphasis was placed on the possibility of conducting a search both at the initial stage of the investigation and at the next stage. At the initial stage, usually in the event of an investigative situation, the beginning of a pre-trial investigation on the materials of the operative-search activity, during the preparation or direct commission of hostage-taking. The importance of preparation for the search has been proved, which will include locating and planning the premises, identifying persons living in it, inviting witnesses and determining the date, time and persons involved in the search.

Key words: *taking, hostage, investigation, criminal proceedings, search, scene.*

Вступ. Враховуючи зростання рівня захоплення заручників особливої актуальності набуває розроблення методики розслідування таких злочинів, а також дослідження тактики проведення окремих слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку.

Особливостям і тактиці проведення обшуку присвячено численні наукові дослідження С.Є. Абламського, Ю.П. Аленіна, Т.В. Варфоломеєвої, В.І. Василинчука, В.І. Галагана, І.В. Гловюк, С.Ф. Денисюка, В.Г. Дрозд, В.О. Коновалової, Л.М. Лобойка, Є.Д. Лук'янчикова, В.Т. Маляренка, В.Т. Нора, М.А. Погорецького, О.С. Тарасенка, О.Ю. Татарова, Л.Д. Удалової, Ж.В. Удовенко, В.І. Фаринника, Ю.В. Хоматова, П.В. Цимбала, С.С. Чернявського, Ю.М. Чорноус, А.В. Шевчишена, В.Ю. Шепітька, О.Г. Шило, О.Г. Яновської та інших. Проте відчувається недостатня розробленість питання тактики обшуку в кримінальних провадженнях про захоплення заручників.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження організації та тактики проведення обшуку в процесі розслідування кримінального провадження, пов'язаного із захопленням заручників.

Результати дослідження. Обшук – це слідча (розшукова) дія, змістом якої є примусове обстеження будівель, приміщень і споруд, ділянок місцевості, іншого володіння особи, спрямована на виявлення та фіксацію відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення з метою отримання (збирання) доказів або перевірки вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні шляхом відшукання та вилучення матеріальних об'єктів (знарядь кримінального правопорушення, майна, яке було здобуте злочинним шляхом, живих людей і тварин, трупів людей і тварин, біологічних об'єктів, слідів, документів, тощо) [1, с. 106]. Метою проведення обшуку визначено виявлення та фіксацію відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знарядь кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, а також встановлення місцеперебування розшукуваних осіб (ст. 234 Кримінально-процесуального кодексу України). Метою проведення обшуку в кримінальних провадженнях про захоплення заручників є встановлення місцеперебування та звільнення заручників, встановлення місцеперебування та затримання підозрюваних, а також відшукання знарядь чи засобів вчинення злочину, інших речей, що матимуть значення для кримінального провадження.

Фактичною підставою проведення обшуку є наявність достатніх даних, які дозволяють вважати, що в певному місці або в певної особи знаходиться особа, яку захоплено в заручники, знаряддя або предмети, які мають значення для розслідування, або переховується особа, яка вчинила кримінальне правопорушення. Юридичною підставою проведення обшуку під час досудового розслідування є ухвала слідчого судді. Звідси обшук у досліджуваній категорії кримінальних проваджень у переважній більшості випадків проводиться за місцем утримання заручників

і місцем проживання підозрюваного. На нашу думку, обшук за місцем утримання заручників може бути проведено під час проведення спеціальної операції зі звільнення заручників чи після її завершення, та зазвичай така процесуальна дія проводиться в умовах невідкладності. Об'єктами обшуку зазвичай можуть бути як заручники, так і знаряддя кримінального правопорушення, об'єкти, що стали предметами злочинного посягання в заявлених вимогах злочинців тощо.

Такі твердження підкреслені аналізом слідчої та судової практики, який свідчить, що обшуки в кримінальних провадженнях досліджуваної нами категорії проводилися: за місцем проживання підозрюваного – 4,6 %; за місцем утримання заручників – 89,6 %; інше – 4,5%.

Під час розслідування захоплення заручників обшук можна проводити як на початковому етапі розслідування, так і на наступному. На початковому етапі – зазвичай під час виникнення слідчої ситуації, в разі початку досудового розслідування за матеріалами оперативно-розшукової діяльності, під час готування або безпосереднього вчинення захоплення заручників. Обшук також проводиться за місцем проживання підозрюваного або осіб, які якимось чином причетні до вчиненого кримінального правопорушення, з метою отримання доказів вчинення кримінального правопорушення та більшою мірою знарядь і засобів, що використовувалися для цього. Проте обшуку в більшості випадків можуть піддаватися місця утримання заручників.

Подібно до інших слідчих (розшукових) дій результативність обшуку визначається їх підготовкою, яка повинна містити збір орієнтувальних відомостей, підготовку технічних засобів і розробку тактичного плану. Ефективність обшуку забезпечується несподіваністю його проведення, застосуванням комплексу тактичних прийомів, описаних у криміналістичній літературі, відповідних технічних засобів, що використовуються для фіксації ходу й результатів обшуку.

Спробуємо визначити тактичні прийоми в ході обшуку під час розслідування захоплення заручників. Так, проведенню обшуку передує його детальне планування, яке за умов невідкладності слід провести якомога швидше. Розробити план обшуку слідчий може тільки за умови хорошого знання обставин, що характеризують особу злочинця та об'єкт обшуку. Водночас особливу увагу необхідно приділити вивченню способу життя злочинця, його професійних знань і захоплень, зв'язків і знайомств, особливостей поведінки в побуті й на роботі, ступеня самовладання, рівня культури, складу й відносин у сім'ї, з сусідами. Окрім цього, встановлюються особливості об'єкта обшуку, підступи до нього, можливі шляхи проникнення, хто може там знаходитися, наявність автотранспорту, телефону, зброї тощо.

Аналіз наукової літератури й матеріалів кримінальних проваджень досліджуваної категорії свідчать про те, що на підготовчому етапі обшуку слідчому доцільно здійснити такі заходи:

1. Визначити місцеперебування та планування приміщення, в якому буде проводитися обшук.

2. Встановити кількість осіб, які проживають (перебувають) у приміщенні й можуть знаходитися в ньому під час обшуку.

3. Запросити понятих і спеціалістів, що мають достатні знання, уміння, навички для надання дієвої допомоги слідчому в підготовці й під час проведення обшуку.

4. Визначити дату, час, місце проведення обшуку, його тривалість, а також заходи, спрямовані на забезпечення його оперативності й конфіденційності.

Проте частими є випадки проведення невідкладного обшуку в місцях утримання заручників, який проводиться в присутності особи, що захопила заручників. Тобто такий обшук проводиться паралельно з операцією по звільненню заручників. Такий обшук обов'язково повинен супроводжуватися налагодженням психологічного контакту з особою, що захопила заручників, із метою спонукати його до добровільної видачі заручників. Під час встановлення психологічного контакту слідчому необхідно орієнтуватися насамперед на позитивні якості особи обшукуваного (любов до сім'ї, близьких тощо). Важливе значення для встановлення психологічного контакту має і зовнішня поведінка слідчого (манери, вираз обличчя, тон мови, лексика). Тільки безпосередність і коректність слідчого в поєднанні з упевненістю в успіху обшуку, рішучістю та готовністю приступити до нього з максимальною віддачею «обеззброює» обшукуваного, дає більше шансів на успіх.

До обшуку в розслідуваній категорії кримінальних проваджень слід залучати ряд спеціалістів із комунікації, а також криміналістів, що сприятимуть у вилученні доказів і фіксуванні обшуку технічними засобами, медиків у разі надання невідкладної медичної допомоги, працівників спеціальних підрозділів та оперативників.

Прикладом із судової практики ефективного проведення обшуку можна привести кримінальне провадження, де в ході досудового розслідування було встановлено, що ОСОБА_1, зна-

ходячись у приміщенні «Космолот» ТОВ «Лото-плюс», розташованого в місті Мелітополі Запорізької області, з метою спонукання підприємства ТОВ «Лото-плюс» до передачі йому грошових коштів у сумі 300 000 гривень як умови звільнення заручників, із наявної в нього поліетиленової пляшки обливав приміщення за вказаною адресою легкозаймистою речовиною – бензином, тримаючи в цей час у вказаному приміщенні як заручника ОСОБА_2, права кисть якої була пристебнута до лівої кисті ОСОБА_1, що позбавило її можливості вільного пересування, та працівника вказаного підприємства консультанта-розповсюджувача ОСОБА_3, тим самим позбавивши ОСОБА_3 можливості вільного пересування, таким чином тримаючи потерпілих ОСОБА_2 та ОСОБА_3 як заручників і погрожуючи знищенням майна і присутніх у приміщенні людей шляхом підпалу, вимагав в працівника кол-центру ТОВ «Лото-плюс» як умови звільнення заручників передачі йому ТОВ «Лото-плюс» грошових коштів у сумі 300 000 гривень. У результаті проведеного обшуку в приміщенні закладу, де утримувалися заручники, були вилучені: фрагмент килимового покриття із залишками легкозаймистої речовини, мобільний телефон, за допомогою якого підозрюваний здійснював дзвінки із заявленням вимог щодо звільнення заручників, запальничка, полімерна пляшка з рідиною в середині [2].

Іншим випадком проведення обшуку під час розслідування захоплення заручників є обшук за місцем проживання підозрюваного або осіб, які якимось чином причетні до вчиненого кримінального правопорушення. У такому разі позитивні результати під час обшуку може дати так звана «словесна розвідка» (надсилання слідчим словесного подразника (вислову, запитання) до обшукуваного з метою прояву в останнього мимовільних реакцій), яка дає можливість помітити в поведінці обшукуваної особи або родичів чи осіб, що знаходяться поруч, ознаки, які вказують на місце переховування розшукуваних предметів [3, с. 73–74]. За допомогою зазначеного прийому оперативний працівник називає вголос чергові об'єкти обшуку (іноді й ті, які вже були оглянуті), а слідчий спостерігає за поведінкою особи, що знаходиться в приміщенні, де проводиться обшук. Для досвідченого слідчого очі, жести, голос нерідко говорять більше, ніж певні технічні засоби.

У процесі обшуку можна використовувати не тільки метод психологічного спостереження за особами в місці обшуку, що безсумнівно підвищує ефективність цієї слідчої (розшукової) дії, а й прийом, заснований на видаленні цих осіб із місця проведення обшуку з тим, щоб використовувати їх необізнаність про його результати в ході подальшого допиту.

Обшуку також можуть піддаватися особи, що перебувають у місці обшуку, а також злочинці після їх затримання, оскільки в них часом залишаються різні предмети й документи, які мають важливе значення для встановлення окремих обставин вчиненого ним кримінального правопорушення. Такий обшук відносять до категорії особистого обшуку або обшуку особи. Під час проведення такого обшуку слід дотримуватися заходів особистої безпеки, передбачити ймовірність опору або раптового нападу з боку обшукуваного. Тому під час обшуку, як правило, слід залучати двох оперативних працівників, коли один обшукує затриманого, а інший уважно стежить за його поведінкою, не допускаючи передачі будь-яких предметів іншим особам або інших спроб позбутися від них. Особливу увагу водночас слід звертати на об'єкти, що дозволяють підтвердити факт участі затриманого у вчиненні кримінального правопорушення (зброя, мобільний телефон тощо).

Спочатку обшукувана особа оглядається з метою виявлення вогнепальної або холодної зброї, будь-яких інших сипучих або рідких речовин, які можуть використовуватися для вчинення кримінального правопорушення. Потім проводиться огляд обшукуваного зверху вниз і від одягу до тіла. Бувають випадки, коли злочинці прикріплюють до тіла за допомогою клейкої стрічки вибухові речовини, а тому як нижній, так і верхній одяг, ділянки під ним піддаються ретельному дослідженню.

Прикладом судової практики щодо проведення обшуку особи відразу після затримання можна зустріти в цьому ж таки вироку Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області від 30 липня 2020 року. Згідно з обставинами кримінального провадження в ході затримання було проведено обшук підозрюваного ОСОБА_1, під час якого було виявлено й вилучено: наручники з металу сірого кольору з маркуванням «К9177», металеве кільце, на якому ключ із металу сірого кольору [2]. Кайданками обвинувачений обмежував рух потерпілого під час його захоплення в заручники.

Фіксування обшуку відбувається шляхом складання протоколу й супроводжується безперервною відеозйомкою. На завершальному етапі відбувається ознайомлення з протоколом, відеозаписом учасників слідчої (розшукової) дії шляхом скріплення їх підписами. Другий примірник

протоколу обшуку разом з описом тимчасово вилучених речей вручається особі, в якої проводився обшук, у разі її відсутності залишається на видному місці.

Висновки. Таким чином, слід підкреслити важливість дослідження тактики обшуку під час досудового розслідування кримінального провадження про захоплення заручників. Встановлено, що такий обшук у переважній більшості випадків характеризується невідкладністю та проводиться за місцем утримання заручників і місцем проживання підозрюваного. Тактика його проведення має свої особливості. Метою проведення обшуку в кримінальних провадженнях про захоплення заручників є встановлення місцеперебування та звільнення заручників, встановлення місцеперебування та затримання підозрюваних, а також відшукання знарядь чи засобів вчинення злочину, інших речей, що матимуть значення для кримінального провадження. Об'єктами обшуку зазвичай можуть бути як заручники, так і знаряддя кримінального правопорушення, об'єкти, що стали предметами злочинного посягання в заявлених вимогах злочинців.

Список використаних джерел:

1. Татаренко Г.В. Проблемні питання призначення обшуку згідно з новим Кримінальним процесуальним кодексом України. *Актуальні проблеми права: теорія і практика :* збірник наукових праць. Луганськ, 2013. № 26. С. 63–72.

2. Вирок Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області від 30 липня 2020 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90788319.

3. Шаповал О.В. Особливості організаційно-тактичного забезпечення обшуку під час розслідування економічних злочинів. *Судова апеляція*. 2016. №4 (45). С. 71–79.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.23

ГРИЩЕНКО О.В.

ВИКОРИСТАННЯ БАЛІСТИЧНОГО ОБЛІКУ В МЕТОДИЦІ РОЗСЛІДУВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

THE USE OF BALLISTIC ACCOUNTING IN THE METHODOLOGY OF INVESTIGATION OF CERTAIN TYPES OF CRIMINAL OFFENSES

Під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, застосовуються всі необхідні засоби й методи збирання інформації. Виконання цього завдання забезпечується максимальним використанням досягнень криміналістичної методики. Важливе значення має використання можливостей криміналістичного й, зокрема, балістичного обліку Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України. Наголошено, що, якщо для проведення пострілів було застосовано саморобну вогнепальну зброю, необхідно встановити: в кого та які саме частини вогнепальної зброї та набої до неї були придбані й за яку ціну; як підозрюваний ознайомився з технікою виготовлення, хто консультував його по вказаних питаннях; за допомогою яких технічних засобів виготовлювалися саморобна вогнепальна зброя та набої до неї. Використання даних балістичного обліку в методиці розслідування окремих видів кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, здійснюється в процесі: побудови криміналістичної характеристики відповідних кримінальних правопорушень для вивчення предмету злочинного посягання (наприклад, контрабанда); дослідження типових способів вчинення кримінального правопорушення з використанням такого знаряддя чи засобу, як вогнепальна зброя (вбивство з використанням вогнепальної зброї, хуліганство); розгляду типової «слідової картини» (вогнепальна зброя, а також її частини, деталі, патрони до неї, сліди застосування); характеристики особи підозрюваного (згідно з фізичними, професійними даними, досвіду) та його зв'язку з особою потерпілого; визначення типового переліку обставин, що підлягають встановленню під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї; формування типового алгоритму слідчих (розшукових) дій та інших заходів з урахуванням слідчих ситуацій; обирання тактики проведення окремих слідчих (розшукових) дій, тактичних операцій; врахування особливості використання спеціальних знань у таких кримінальних провадженнях; характеристики особливості взаємодії слідчого з експертними підрозділами Міністерства внутрішніх справ України, оперативними підрозділами Національної поліції, іншими правоохоронними й державними органами; реалізації профілактичної діяльності в кримінальних провадженнях такої категорії.

Ключові слова: *кримінальна реєстрація, криміналістичний облік, вогнепальна зброя, розслідування злочинів, криміналістична методика, Експертна служба Міністерства внутрішніх справ України.*

All necessary means and methods of gathering information shall be used in the investigation of criminal offenses related to the use of firearms. Execution of this task is provided by the maximum use of achievements of a forensic technique. It is important to use the possibilities of forensic and in particular – ballistic accounting of the Expert Service of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. It is emphasized that if a homemade firearm was used to fire, it is necessary to establish: from whom and what parts of the firearm and ammunition were purchased and at what price; as the suspect got acquainted with the

© ГРИЩЕНКО О.В. – заступник завідувача лабораторії дослідження, сертифікації зброї та обліку – завідувач відділу сертифікації зброї (Державний науково-дослідний експертно-криміналістичний центр Міністерства внутрішніх справ України)

manufacturing technique, who advised him on these issues; with the help of which technical means were made homemade firearms and ammunition for it. The use of ballistic data in the methodology of investigation of certain types of criminal offenses related to the use of firearms is carried out: in the process of constructing a forensic description of the relevant criminal offenses, to study: the subject of criminal encroachment (for example, smuggling); typical methods of committing a criminal offense with the use of such a weapon as a firearm (murder with a firearm, hooliganism); typical "trace picture" (firearms, as well as its parts, parts, ammunition for it, traces of application); characteristics of the suspect (according to physical, professional data, experience and his connection with the victim; determining the standard list of circumstances to be established during the investigation of criminal offenses related to the use of firearms; taking into account typical investigative situations; choosing the tactics of individual investigative (search) actions, tactical operations; taking into account the peculiarities of the use of special knowledge in these criminal proceedings; characterizing the peculiarities of the investigator's interaction with expert subdivisions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, operative subdivisions of the National Police, other law enforcement and state bodies; implementing preventive activities in criminal proceedings of this category.

Key words*: criminal registration, forensic accounting, firearms, crime investigation, forensic methodology, Expert Service of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.*

Вступ. Криміналістичні балістичні обліки функціонують у структурі правоохоронних органів різних держав із кінця 20-х років XX століття. Вагомі результати, отримані під час функціонування цих обліків, довели їхню високу ефективність у забезпеченні розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї.

Під час розслідування кримінальних правопорушень використовуються всі необхідні засоби й методи збирання інформації, які можуть компенсувати або нейтралізувати негативні умови й труднощі пізнання. Виконання цього завдання забезпечується максимальним використанням наукових досягнень криміналістичної методики, що являє собою якісно новий рівень практичної реалізації положень (рекомендацій) криміналістичної техніки й криміналістичної тактики на основі осмислення та пристосування цих положень до конкретних особливостей виявлення, збирання, дослідження, оцінки й використання доказової інформації з урахуванням специфіки розслідування та попередження окремих видів злочинів [1, с. 568].

У методиці розслідування злочинів, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, проводяться всі необхідні процесуальні дії та застосовуються непроцесуальні заходи. Важливе значення за таких умов має використання можливостей кримінальної реєстрації та системи криміналістичних обліків, зокрема балістичного обліку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичне підґрунтя дослідження становлять фундаментальні праці, в яких викладено концептуальні засади методики розслідування злочинів, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, зокрема наукові праці В.Я. Горбачевського, В.А. Журавля, В.О. Коновалової, В.С. Кузьмічова, О.С. Саінчина, В.В. Тіщенка, К.О. Чаплинського, Б.В. Щура.

Науковим підґрунтям дослідження щодо теоретичних, правових, організаційних засад функціонування балістичного обліку є праці Г.Л. Грановського, В.В. Бірюкова, Р.С. Бєлкіна, А.В. Іщенка, Р.В. Мельника, В.С. Митричева, Я.В. Новака, В.Ф. Червакова, В.Ю. Шепітька.

Однак особливості використання балістичного обліку Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України в методиці розслідування окремих видів кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, не були предметом окремого дослідження в науковій літературі.

Постановка завдання. Мета статті – розкрити використання балістичного обліку Експертної служби Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України в методиці розслідування окремих видів кримінальних правопорушень.

Результати дослідження. Передумовами створення та функціонування балістичних обліків стали: по-перше, потреби правоохоронної практики як наслідок стрімкого розвитку вогнепальної зброї та значного збільшення фактів її використання під час вчинення злочинів; по-друге, розробка наприкінці XIX – на початку XX ст. науково-практичних основ і технічних засобів ідентифікації вогнепальної зброї за стріляними кулями й гільзами; по-третє, впровадження в право-

охоронну практику більшості розвинених країн кримінальної реєстрації, розробка теоретичних засад її ведення та постійне впровадження її нових видів шляхом розширення кола об'єктів, що реєструються.

Як визначено в Інструкції з організації функціонування криміналістичних обліків Експертної служби МВС України, затвердженої Наказом МВС України від 10 вересня 2009 року № 390 [2], криміналістичні обліки створюються з метою використання їх для запобігання, виявлення, розкриття та розслідування злочинів та інших правопорушень під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання та досудового слідства, а також із метою підвищення рівня інформаційного забезпечення проведення експертних досліджень. Система криміналістичного обліку містить балістичний облік [2].

Вивчення статистичних даних свідчить про збільшення кількості кримінальних правопорушень, що вчинюються з використанням вогнепальної зброї. Так, 2018 року за даними Офісу Генерального прокурора вилучено такі предмети злочинної діяльності: 84 одиниці гладкоствольної вогнепальної зброї, 1 100 нарізної вогнепальної зброї, 978 інших видів вогнепальної зброї, 271 141 патрон та інше. [3]. У 2019 році вилучено 60 одиниць гладкоствольної вогнепальної зброї, 854 нарізної вогнепальної зброї, 920 інших видів вогнепальної зброї, 204 899 патронів та інше [4].

Використання даних балістичного обліку Експертної служби МВС України в методиці розслідування окремих видів кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, здійснюється в процесі побудови криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, для:

– характеристики предмету злочинного посягання (наприклад, у разі вчинення контрабанди (ст. 201 Кримінального кодексу (далі – КК) України); викраденні, привласненні, вимаганні вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (ст. 262 КК України) й іншого);

– вивчення типових способів вчинення кримінального правопорушення з використанням такого знаряддя чи засобу, як вогнепальна зброя (вчинення вбивства з використанням вогнепальної зброї (ч. 5, ч. 7 ст. 115 КК України), терористичного акту (ст. 258 КК України), хуліганства (ч. 4 ст. 296 КК України) й іншого);

– формування типової «слідової картини» вчиненого кримінального правопорушення (вогнепальна зброя, а також її частини, деталі, патрони до неї, їх елементи (кулі, шріт, картеч; гільзи; капсулі, порохові заряди), а також сліди застосування патронів (вогнепальні ушкодження, відкладення продуктів пострілу, сліди на снарядах і стріляних гільзах);

– характеристики особи підозрюваного (згідно з фізичними, професійними даними, наявним досвідом, що свідчить про застосування відповідної вогнепальної зброї (наприклад, під час вчинення військових кримінальних правопорушень (ч. 2 ст. 404 КК України «Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків», ч. 4 ст. 405 КК України «Погроза або насильство щодо начальника» й інші)) та його зв'язку з особою потерпілого.

Приймаючи за основу структуру криміналістичної методики, розроблену вченими [1, с. 756], використання даних балістичного обліку Експертної служби МВС України відбувається під час формування криміналістичної методики розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, таким чином:

1. Як розглядалося вище, під час побудови криміналістичної характеристики кримінального правопорушення.

2. Визначаючи типовий перелік обставин, що підлягає встановленню під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї.

Так, щодо кримінальних правопорушень, вчинених із використанням вогнепальної зброї, основними обставинами, які підлягають встановленню, є: 1) час (здійснення пострілів; придбання (виготовлення, перероблення) вогнепальної зброї або її елементів); 2) місце (здійснення стрільби (включаючи територію, де були виявлені сліди застосування зброї); знаходження особи (осіб), які здійснювали стрільбу; наявність сторонніх перешкод (автомобілів, парканів тощо); виявлення трупів, пошкоджень (руйнувань) конструкцій, комунікацій; з яких проводилися постріли; виготовлення (в тому числі викрадення) готового екземпляру вогнепальної зброї та пристроїв до неї, в тому числі глушника. Встановленню підлягає місце, де були затримані особи, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення, а також місцеперебування набоїв, куль, гільз, глушників, частин ударно-спускового механізму; 3) спосіб вчинення кримінального правопорушення

(характеристика й видові особливості зброї, її бойові характеристики, в кого вони зберігалися з моменту придбання або виготовлення до моменту використання) та інше [5, с. 14–15].

Якщо для проведення пострілів було застосовано саморобну вогнепальну зброю, необхідно встановити: в кого та які саме частини вогнепальної зброї та набої до неї були придбані й за яку ціну; як підозрюваний ознайомився з технікою виготовлення (перероблення вогнепальної зброї (у зв'язку з його професією, вивченням спеціальної літератури, в результаті консультацій зі спеціалістами)), хто консультував його по вказаних питаннях; за допомогою яких технічних засобів виготовлювалися саморобна вогнепальна зброя та набої до неї.

Якщо для проведення пострілів були використані готові боєприпаси, то встановлюється: тип, зовнішній вигляд, наявність маркувальних позначок; у кого, в якій кількості були придбані (в тому числі викрадені), за яку ціну; в кого зберігалися з моменту придбання до моменту використання.

Стосовно способу вчинення кримінального правопорушення з використанням вогнепальної зброї також встановлюється: хто, за допомогою яких технічних засобів вивчав розпорядок життя потерпілого, спосіб його життя, маршрути пересування; чи підготовлювалися шляхи відходу після вчинення кримінального правопорушення та яким чином; чи використовувався для реалізації злочинних намірів транспорт, його характеристики; кількість здійснених пострілів, їх дистанція, осічки, рикошет, перекіс набою під час досилання його до патронника, сліди пострілу на одязі й тілі жертви, на навколишніх предметах, на тому, хто стріляв [5, с. 16].

Вказані й інші обставини залежно від виду кримінального правопорушення, вчиненого з використанням вогнепальної зброї, підлягають обов'язковому вставленню в кримінальному провадженні.

3. Формуючи типовий алгоритм слідчих (розшукових) дій та інших заходів з урахуванням слідчих ситуацій під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї.

Наприклад, під час виявлення на місці події стріляних гільз потрібно встановити місце знаходження стрільця. Для його встановлення через точку на місцевості, де була вилучена гільза, умовно проводиться пряма лінія, спрямована в сторону руху кулі. Потім, використовуючи довідкові дані, потрібно виміряти (як правило, вліво) відстань, рівну середній дистанції викидання гільзи. Таким чином визначається найімовірніше місце знаходження стрільця. Потрібно враховувати, що гільза може змінити направлення під час рикошету. Допоміжні ознаки, за якими можна визначити місце знаходження того, хто стріляв, – це сліди взуття, недопалки, прим'ята трава, наявність на землі слини. Крім того, потрібно враховувати показання свідків, потерпілих, дослідити вогнепальні пошкодження на перешкодах, трупі, визначити дистанцію, провести візування. Знайдені гільзи нумеруються з прив'язкою до предметів обстановки, визначається їх точне місцеперебування щодо двох постійних орієнтирів. Потім гільзи оглядаються та фіксуються в протоколі огляду місця події.

Під час огляду місця події із застосуванням вогнепальної зброї насамперед ведеться робота з її виявлення. Як правило, зброю на місці події знаходять не часто (самогубство, нещасні випадки). Але в окремих випадках, коли вчиняється злочин, зброю можуть згубити або, наприклад, підкласти для інсценування. Також із метою приховування слідів зброя може бути захована недалеко від вчинення злочину, утоплена в річці. Здійснюючи пошук зброї, слід мати на увазі, що, крім стандартної, існує й атипова зброя, загальний вигляд якої може відрізняться від зразків зброї заводського виготовлення (наприклад, під час огляду місця події та трупа була знайдена, на перший погляд, звичайна трубка, як потім виявилось, вона була частиною саморобного пристрою, що стріляє). Зброя може також бути розібрана й розкидана по частинах. Огляд слідів на кулях і гільзах від вогнепальної зброї на місці події найефективніше може провести спеціаліст у галузі судової балістики. По слідах на стріляних гільзах і кулях можна встановити систему (модель, зразок) зброї, з якої вони були стріляні, саморобного чи заводського вона виготовлення [6, с. 287–295].

Таким чином, із метою розкриття та розслідування злочинів, запобігання втрати, псування слідів, у тому числі на об'єктах, вилучених під час огляду місця події, проведенні інших слідчих (розшукових) дій, оперативно-розшукових заходах, зазначені сліди (об'єкти-слідоносії), зброя, кулі й гільзи слід терміново направляти до підрозділів Експертної служби МВС України для проведення їхньої перевірки за криміналістичними й безпосередньо балістичними обліками.

4. Використання даних балістичного обліку відбувається під час обрання тактики проведення окремих слідчих (розшукових) дій, тактичних операцій.

За умови вчинення кримінального правопорушення з використанням вогнепальної зброї важливе значення має проведення огляду місця події та огляду зброї чи інших предметів, пов'язаних з її використанням (патрони, відстріляні кулі, гільзи й інше). Саме кваліфікований огляд вказаних вище предметів дозволить з'ясувати ознаки, які дадуть можливість перевірити об'єкт за криміналістичними обліками.

Водночас огляд місця події та огляд зброї повинен відбуватися з дотриманням криміналістичних рекомендацій, враховуючи забезпечення заходів безпеки. Під час статичної стадії треба зафіксувати місце виявлення зброї (на якому боці лежить зброя, в який бік спрямований ствол, виміряти відстань від зброї до не менше ніж двох постійних орієнтирів; здійснити оглядову й вузлову фотозйомку так, щоб окрім самої зброї в кадр потрапили найближчі предмети навколишньої обстановки). Під час динамічної стадії здійснюється безпосередній огляд виявленої зброї, а також детальна фотозйомка кожного її екземпляра. На детальних фотознімках має бути видно положення окремих частин і деталей зброї – затвора, курка, запобіжника тощо. Під час огляду зброї слід мати на увазі, що вона може бути заряджена й перебувати на бойовому взводі. Тому насамперед потрібно суворо дотримуватися заходів безпеки, щоб не спричинити випадковий постріл, і виконувати цю роботу має спеціаліст-баліст. Брати зброю під час огляду слід двома руками, упевненими рухами, не допускаючи її падіння та спрацювання ударно-спускового механізму, що може призвести до випадкового пострілу. Важливо не пошкодити сліди, що можуть бути на поверхні зброї (сліди рук, текстильні волокна, волосся, сліди крові, речовина мозку, сліди запаху тощо) й не залишити свої. Тому спеціаліст-баліст повинен працювати в гумових рукавичках і брати зброю за ті частини, на яких зазвичай не залишаються придатні для ідентифікації сліди рук [7, с. 193]. Після вилучення зброю слід перевірити зброю за криміналістичним (у тому числі балістичним) обліком якомога швидше.

Зброя оглядається також для фіксації маркувальних позначень, установлення наявності будь-яких ушкоджень, відсутності частин тощо. Водночас слід звернути увагу на ідентичність заводського порядкового номера на різних деталях конкретного екземпляра зброї. Усі обставини ретельно фіксуються в протоколі слідчої (розшукової) дії.

5. Дані балістичного обліку Експертної служби МВС України є формою використання спеціальних знань у досліджуваних кримінальних провадженнях.

Спеціальні знання за умови використання даних балістичного обліку під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із застосуванням вогнепальної зброї, застосовуються в процесуальних і непроцесуальних формах. Власне, спеціальні знання, про що зазначили В.К. Лисиченко й В.В. Циркаль, – це не загальновідомі в судочинстві наукові, технічні й практичні знання, отримані внаслідок професійного навчання або роботи за певною спеціальністю особою, залученою як спеціаліст із метою сприяння слідчому чи прокурору в з'ясуванні обставин справи або дачі висновку з питань, для розв'язання яких потрібне їхнє використання [8, с. 22].

Відповідно до вимог міжвідомчих нормативно-правових актів правоохоронних органів України, й зокрема Інструкції з організації функціонування криміналістичних обліків Експертної служби МВС України, затвердженої Наказом МВС України від 10 вересня 2009 року № 390 [2], всі кулі й гільзи, вилучені за фактами вчинення злочинів із застосуванням вогнепальної зброї, направляються для перевірки й постановки на контроль до центральної кулегільзотеки Державного науково-дослідного експертного-криміналістичного центру МВС України (далі – ДНДЕКЦ) МВС України.

Перед направленням у ДНДЕКЦ МВС України вилучені кулі й гільзи досліджуються в спеціалізованих балістичних лабораторіях на предмет встановлення системи, типу, виду й моделі зброї, з якої вони могли бути відстріляні, а також перевіряються за масивами регіональних кулегільзотек. Разом із тим перед проведенням балістичних досліджень гільзи досліджуються на предмет наявності на них слідів не балістичної природи. Так, на стріляних гільзах можуть залишитися сліди папілярних візерунків пальців рук; сліди мастила, котрим була змащена зброя; волокна тканини з одягу злочинця тощо.

Важливою формою застосування спеціальних знань у справах зазначеної категорії є проведення судово-балістичної експертизи. Під час розкриття та розслідування злочинів, вчинених із застосуванням вогнепальної зброї, коли всі інші оперативні заходи й слідчі дії не дали належного результату, саме завдяки ідентифікаційній судово-балістичній експертизі вдається викрити винних у вчиненні злочинів, а тому значення такої експертизи, без сумніву, величезне. На сучасному рівні розвитку криміналістичної техніки й судової балістики з наявними в її «арсеналі» методами, засобами й методиками існує досить широке коло можливостей, які можна використо-

вувати за допомогою експертного дослідження. Майбутнє ідентифікаційної судово-балістичної експертизи полягає в її подальшій автоматизації [9, с. 302].

6. Використання даних балістичного обліку Експертної служби МВС України відбувається під час взаємодії слідчого з експертними підрозділами МВС України, оперативними підрозділами Національної поліції, іншими правоохоронними й державними органами в разі розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї.

7. Реалізуючи профілактичну діяльність у кримінальних провадженнях такої категорії.

Висновки. Виділені типові структурні елементи криміналістичної методики розслідування окремих видів кримінальних правопорушень, пов'язаних із використанням вогнепальної зброї, не вичерпні, але в цілому відповідають сучасному стану розвитку науки криміналістики, потребам слідчої, судової та експертної практики, створюють орієнтир для формування нових окремих криміналістичних методик та удосконалення наявних, враховуючи широкі можливості використання балістичного обліку Експертної служби МВС України.

Список використаних джерел:

1. Криміналістика : підручник / В.В. Пясковський, Ю.М. Чорноус, А.В. Самодін та ін. ; за заг. ред. В.В. Пясковського. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Право, 2020. 752 с.

2. Про затвердження інструкція з організації функціонування криміналістичних обліків експертної служби МВС України : Наказ МВС України від 10 вересня 2009 року № 390 / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0963-09#Text.

3. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за січень-грудень 2018 року. *Офіс Генерального прокурора.* URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=113653&libid=100820.

4. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за січень-грудень 2019 року. *Офіс Генерального прокурора.* URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo.

5. Бондар В.С. Методика досудового розслідування умисних вбивств, вчинених із застосуванням вогнепальної зброї : методичні рекомендації для практичних працівників. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. 176 с.

6. Мельник Р.В. Особливості тактики огляду місця події з використанням переробленої вогнепальної зброї. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ.* 2013. № 3. С. 285–295.

7. Коваленко В.В. Організація й тактика огляду вогнепальної зброї та боєприпасів на місці їх виявлення. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ.* 2017. № 1 (77). С. 189–197.

8. Лисиченко В.К., Циркаль В.В. Использование специальных познаний в следственной и судебной практике. Киев : Киев. гос. ун-т им. Т.Г. Шевченко, 1987. 100 с.

9. Арешонков В.В. Сучасний стан, можливості та тенденції вдосконалення ідентифікаційної судово-балістичної експертизи. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики :* збірник наукових праць. Вип. 9 / ред. кол. : М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепітько, Л.М. Головченко та ін. Харків : Право, 2009. С. 296–302.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.24

ДРОЗД В.Г.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОВЕДЕННЯ ОДНОЧАСНОГО ДОПИТУ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ КОРОНАВІРУСУ COVID-19 ТА ЕПІДЕМІЇ ТУБЕРКУЛЬОЗУ

PROBLEMATIC ISSUES OF SIMULTANEOUS INTERROGATION IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC AND THE TUBERCULOSIS EPIDEMIC

Актуальність статті полягає в тому, що в криміналістичній літературі й практичній діяльності слідчих підрозділів одночасний допит двох або більше раніше допитаних осіб відомий як ефективний засіб з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях. Важливе для досягнення мети одночасного допиту й уникнення можливих негативних наслідків дотримання всіх заходів організаційного й тактичного характеру на підготовчому, робочому й завершальному етапах проведення вказаної слідчої (розшукової) дії. Метою статті є викладення проблемних питань, пов'язаних із прийняттям рішення та проведенням одночасного допиту в кримінальному провадженні за участю осіб, хворих на заразний туберкульоз або коронавірусну хворобу COVID-19. У статті проаналізовано підстави проведення одночасного допиту декількох осіб у кримінальному провадженні. Розглянуто проблемні питання, пов'язані з прийняттям рішення та проведенням одночасного допиту в кримінальному провадженні за участю осіб, хворих на заразний туберкульоз або коронавірусну хворобу COVID-19. Проаналізовано статистичні дані захворюваності на коронавірусну хворобу COVID-19 і туберкульоз в Україні. Схарактеризовано взаємозв'язок пандемії COVID-19 із виявленням випадків інфікування туберкульозом. Розглянуто найпоширеніші шляхи інфікування туберкульозом і коронавірусною хворобою COVID-19: визначено спільні риси й відмінності. Визначено роль працівників поліції, зокрема слідчих (дізнавачів), у мінімізації ризиків зараження населення зазначеними інфекційними хворобами. Приділено увагу визначенню доцільності проведення одночасного допиту за участі хворої на коронавірус COVID-19 або туберкульоз особи або за наявності обґрунтованої підозри щодо можливості існування в особи такого захворювання. Наголошено на необхідності врахування такої підстави, як заразне інфекційне захворювання, наприклад, туберкульоз або COVID-19. Викладено думки вчених і практичних працівників слідчих підрозділів щодо організації та тактики проведення одночасного допиту. Акцентовано на безпечних шляхах проведення цієї слідчої (розшукової) дії зі збереженням повноти досудового розслідування.

Ключові слова: *одночасний допит, туберкульоз, COVID-19, організація та тактика проведення.*

The relevance of the article is that in the forensic literature and the practice of investigative units, the simultaneous interrogation of two or more previously interrogated persons is known as an effective means of finding out the reasons for differences in their testimony. It is important to achieve the goal of simultaneous interrogation and avoid possible negative consequences is to comply with all organizational and tactical measures at the preparatory, working and final stages of the specified investigative (search) action. The purpose of the article is to highlight the problematic issues related to decision-making and simultaneous interrogation in criminal proceedings involving persons with infectious

© ДРОЗД В.Г. – доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник, начальник третьої науково-дослідної лабораторії проблем правового та організаційного забезпечення діяльності Міністерства (Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України)

tuberculosis or coronavirus COVID-19. The article analyzes the grounds for simultaneous interrogation of several persons in criminal proceedings. Issues related to decision-making and simultaneous interrogation in criminal proceedings involving persons with infectious tuberculosis or coronavirus COVID-19 were considered. Statistical data on the incidence of coronavirus COVID-19 and tuberculosis in Ukraine were analyzed. The relationship between the COVID-19 pandemic and the detection of TB cases has been described. The most common ways of infection with tuberculosis and coronavirus COVID-19 are considered: common features and differences are identified. The role of police officers, in particular investigators (investigators), in minimizing the risks of infecting the population with these infectious diseases has been determined. Attention is paid to determining the expediency of conducting a simultaneous interrogation with the participation of a person with coronavirus COVID-19 or tuberculosis of a person, or in the presence of reasonable suspicion about the possibility of such a disease in a person. Emphasis is placed on the need to consider such a basis as an infectious disease, such as tuberculosis or COVID-19. The opinions of scientists and practitioners of investigative units on the organization and tactics of simultaneous interrogation are highlighted. Emphasis is placed on safe ways to conduct this investigative (search) action while maintaining the completeness of the pre-trial investigation.

Key words: *simultaneous interrogation, tuberculosis, COVID-19, organization and tactics.*

Вступ. У криміналістичній літературі й практичній діяльності слідчих підрозділів одночасний допит двох або більше раніше допитаних осіб відомий як ефективний засіб з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях. Однак слід враховувати, що вказана слідча (розшукова) дія характеризується певною складністю та трудомісткістю під час підготовки й проведення. Важливим для досягнення мети одночасного допиту й уникнення можливих негативних наслідків є дотримання усіх заходів організаційного й тактичного характеру на підготовчому, робочому й завершальному етапах проведення вказаної слідчої (розшукової) дії.

Стан дослідження. Враховуючи поширеність і значущість для отримання доказової інформації під час досудового розслідування, одночасний допит двох або більше раніше допитаних осіб був предметом досліджень багатьох вчених-процесуалістів і криміналістів. Зокрема, таких як М.В. Багрій, М.В. Бахарев, Р.С. Бєлкін, П.Д. Біленчук, В.К. Весельський, Ю.В. Гаврилін, В.І. Галаган, Ф.В. Глазирін, М.С. Гурєв, А.В. Дулов, М.М. Єфімов, В.А. Журавель, Є.П. Іщенко, С.Ю. Карпушин, Н.І. Клименко, В.К. Лисиченко, Є.Д. Лук'янчиков, Т.В. Михальчук, Г.Н. Мухін, І.О. Поліванова, М.І. Порубов, О.Р. Ратінов, М.В. Салтевський, О.В. Соловйов, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, В.В. Тіщенко, А.А. Топорков, Л.Д. Удалова, К.О. Чаплинський, В.Ю. Шепітько, М.Г. Шурухнов та інших. Однак слід констатувати, що в умовах сьогодення залишається науково нерозв'язаною проблематика питання проведення одночасного допиту в умовах пандемії коронавірусу COVID-19, епідемії туберкульозу й інших інфекційних хвороб.

Це зумовлює потребу детальнішого викладення питання визначення доцільності проведення одночасного допиту двох або більше раніше допитаних осіб, а також його організаційного й тактичного забезпечення за наявності в одного з учасників підтвердженого діагнозу коронавірусної хвороби COVID-19, заразної форми туберкульозу чи інших інфекційних хвороб або наявності обґрунтованої підозри на можливість існування такого захворювання.

Постановка завдання. Метою статті є викладення проблемних питань, пов'язаних із прийняттям рішення та проведенням одночасного допиту в кримінальному провадженні за участю осіб, хворих на заразний туберкульоз або коронавірусну хворобу COVID-19.

Результати дослідження. Вважаємо, досить спірною є думка деяких науковців, які у своїх роботах стверджують, що порядок проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, який викладений у частині 9 статті 224 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, на відміну від допиту, досить детально регламентований, а також стверджують, що вказана кримінальна процесуальна норма унормовує конкретні дії та їх послідовність, що мають бути проведені під час одночасного допиту, а також надає перелік випадків, за яких від проведення цієї слідчої (розшукової) дії слід відмовитися [1, с. 76]. Відповідно, аналіз зазначеної правової норми дозволяє виділити лише одну підставу для проведення одночасного допиту – з'ясування причин розбіжностей у показаннях раніше допитаних осіб. Водночас слід

підкреслити відсутність імперативного характеру в проведенні вказаної слідчої (розшукової) дії та конкретизації розбіжностей, які планується з'ясувати, що потребує детального розгляду за існування об'єктивних обставин, які додатково становлять перешкоди в можливості проведення одночасного допиту.

Так, відповідно до даних Центру громадського здоров'я України, станом на 20 жовтня 2020 року в Україні коронавірусною хворобою COVID-19 було інфіковано 309 107 (+5 469 за добу) осіб і зафіксовано 5 786 (+113 за добу) летальних випадків [2]. Стосовно туберкульозу маємо такі показники: загалом у вересні 2020 року від туберкульозу в Україні лікувалися 14 275 людей, і лише у вересні 2020 року було зареєстровано 1 322 випадків інфікування [3].

Відповідно, маємо не досить оптимістичні прогнози фахівців у галузі медицини. Зокрема, Н.В. Павлова, проаналізувавши дані Центру громадського здоров'я України за січень, лютий, березень і квітень, робить висновок, що туберкульоз зазнав блокади на період карантину, й говорить про те, що до карантину й всіх цих обмежень у місяць виявлялося плюс-мінус 1 900 випадків туберкульозу. На тлі карантину ця цифра становила 1 200 випадків. Тобто за місяць ми вже втратили 700 пацієнтів. Ці 700 пацієнтів протягом найближчих двох років дадуть ще плюс 5–10 пацієнтів. Ця цифра (втрата) буде зростати як сніговий шар. Також партнерством «Зупиніть туберкульоз» (Stop TB Partnership) опубліковано дослідження, що моделює глобальний вплив COVID-19 і вказує на його непередбачувані, але кардинальні наслідки для послуг туберкульозу – світ побачить додаткові 6,3 млн випадків туберкульозу й 1,4 млн випадків смерті від цієї хвороби (в період із 2020 до 2025 року). Варто зазначити, що моделювання базувалося на 3 країнах із високим навантаженням – Індії, Кенії та Україні [4]. Працівники поліції як представники державної влади відповідають перед населенням за свою діяльність і повинні не лише забезпечувати її безпеку від протиправних посягань, а й вживати заходів із мінімізації ризиків зараження суспільно-небезпечними хворобами, зокрема коронавірусною хворобою COVID-19 і туберкульозом, показники захворюваності й смертності від яких в Україні й світі останнім часом мають тенденцію до зростання.

Шляхи інфікування зазначеними хворобами переважно ідентичні, найбільший ризик інфікуватися саме від людини до людини. Відповідно, під час проведення досудового розслідування працівники поліції нерідко змушені працювати з багатьма особами, зокрема з такими, що законодавчо віднесені до груп підвищеного ризику зараження на туберкульоз: споживачами ін'єкційних наркотиків, працівниками секс-бізнесу, особами, що відбували покарання в місцях позбавлення волі тощо. Крім цього, як супутнє захворювання, яке посилює дію хронічних, коронавірусна хвороба COVID-19 спричиняє нині негативний вплив на життя та здоров'я людей, у тому числі й тих, що залучені до сфери кримінальної процесуальної діяльності.

Саме живі, хворі на туберкульоз і COVID-19 особи є найнебезпечнішим джерелом інфікування. Своєю чергою в показаннях зазначених осіб як учасників кримінального провадження можуть виникати істотні суперечності, на усунення яких спрямована така слідча (розшукова) дія, як одночасний допит. Відповідно, слід враховувати той факт, що за своїм зовнішнім вираженням одночасний допит являє собою комунікативний контакт як мінімум трьох (з урахуванням слідчого), а в деяких випадках і більшої кількості осіб, а отже, наявна можливість повітряно-крапельного й контактного шляху інфікування COVID-19 або туберкульозом, якщо хоча б один з учасників вказаної слідчої (розшукової) дії буде його носієм.

Приймаючи рішення про необхідність і доцільність проведення одночасного допиту за участі особи, хворої на коронавірус COVID-19 або туберкульоз, або за наявності обґрунтованої підозри щодо можливості існування в особи такого захворювання, слідчий (дізнавач) має розглядати вказане питання в розрізі дотриманні вимог Кримінального процесуального кодексу, можливості проведення слідчої (розшукової) дії відповідно до криміналістичних розробок і дотримання законних прав осіб, хворих на туберкульоз або коронавірусну хворобу COVID-19, і мінімізації ризиків інфікування слідчого (дізнавача) або інших учасників одночасного допиту під час його проведення.

Визначення питання щодо необхідності проведення одночасного допиту є особливо важливим організаційно-тактичним заходом на підготовчому етапі проведення вказаної слідчої (розшукової) дії. Як влучно зазначає О.Р. Ратінов, не кожна суперечність у показаннях допитуваних потребує проведення одночасного допиту декількох осіб (очної ставки). Досить суттєві розбіжності в показаннях допитуваних можуть бути усунені повторним допитом та іншими засобами, які чіткіше встановлюють причину їх виникнення та вносять певні корективи в раніше дані показання [5, с. 218].

Аналіз криміналістичних досліджень свідчить, що під час визначення доцільності проведення одночасного допиту дізнавач, слідчий, прокурор, вивчаючи матеріали кримінальних проваджень, встановлюють наявність істотних розбіжностей у показаннях раніше допитаних осіб. Якщо слідчий дійде висновку, що вказані розбіжності дійсно істотні для досудового розслідування та їх неможливо усунути за допомогою інших слідчих (розшукових) дій, то в такому випадку приймає рішення про проведення одночасного допиту.

Досить ретельного підходу в розв'язанні питання доцільності проведення одночасного допиту потребують випадки наявності в одного з учасників заразного туберкульозу або COVID-19. Це насамперед пов'язане зі шляхами передачі вказаних захворювань.

Аналізуючи медичні джерела, можна дійти висновку, що шляхи передачі туберкульозу ширші, аніж коронавірусної хвороби COVID-19, що пов'язано з надзвичайною стійкістю в навколишньому середовищі збудника цього інфекційного захворювання – мікобактерії (палички Коха). Існують такі шляхи передачі хвороби:

– повітряно-крапельний шлях: під час кашлю, чханні, розмові хворого на туберкульоз разом із частками його харкотиння;

– повітряно-пиловий шлях: мокрота й слина осідають на предметах, висихають і перетворюються в інфіковану пил;

– аліментарний шлях: під час вживання продуктів, забруднених інфікованою мокротою, а також під час використання молока (масла, вершків і сиру на його основі), отриманого від хворих корів;

– контактний шлях: під час доїння хворих корів можливе проникнення мікобактерій через пошкоджену шкіру кистей, під час розтину трупів осіб, що страждали на туберкульоз;

– внутрішньоутробне зараження [6].

Найпоширенішими ж шляхами передачі COVID-19 натепер є повітряно-крапельний і контактний.

У зв'язку із цим забезпечити безпеку слідчого й іншого учасника одночасного допиту двох або більше раніше допитаних осіб від можливості захворіти може лише якісне й повноцінне застосування заходів інфекційного контролю, а саме: швидка ідентифікація хворого та його ізоляція від інших осіб; механічна вентиляція приміщення, ультрафіолетове опромінення, дезінфекція поверхонь; повноцінне харчування, використання персональних респіраторів, гумових печаток, захисних окулярів. Тому вважаємо неприпустимим проведення вказаної слідчої (розшукової) дії за таких умов, коли слідчий (дізнавач) внаслідок браку часу, знань, матеріально-технічного або захисного медичного обладнання не може повною мірою забезпечити свою безпеку й безпеку інших учасників шляхом застосування усього спектру заходів інфекційного контролю.

У рамках проведеного нами інтерв'ювання учасників кримінальних проваджень (свідків, потерпілих і підозрюваних) незалежно від їхнього процесуального статусу було встановлено, що за наявності в них відомостей про захворювання на заразний туберкульоз або COVID-19 іншого учасника одночасного допиту ще до його проведення 100 % респондентів надали відповідь, що відмовляться від участі в його проведенні. У разі ж, якщо їм стане відомо про наявність відкритої форми захворювання на туберкульоз або коронавірусну хворобу COVID-19 в іншого учасника розглядуваної процесуальної дії в ході її проведення, 100 % опитаних наголосили, що під будь-яким приводом залишать приміщення, де перебуває хвора особа. Крім того, 99 % опитаних осіб дали відповідь, що їхній психічний стан не дозволить адекватно сприймати інформацію та обстановку у випадку можливої присутності хворого. Водночас ніхто з анкетованих осіб не зазначив, що він би погодився на проведення слідчих (розшукових) дій за участі особи, хворої на заразний туберкульоз або COVID-19.

Це, на думку Є.С. Почтової, може бути суттєвою перешкодою у встановленні всіх обставин кримінального правопорушення. Також проведений аналіз дозволяє стверджувати, що результативність такої процесуальної дії навряд чи буде задовольняти мету її проведення та, відповідно, вимагає ретельного опрацювання такого питання з боку науковців [7, с. 172].

Неможливо не погодитись із думками вчених-криміналістів, зокрема з Н.В. Павловою, яка стверджує, що необхідною умовою для отримання показань і можливості усунення суттєвих суперечностей є встановлення психологічного контакту. Вчена зазначає, що за своєю сутністю допит являє собою психологічний процес спілкування між особами, котрі беруть участь у ньому, спрямований на одержання інформації про відомі допитуваному факти, які мають значення для встановлення істини у справі [8]. З огляду на проведене нами інтерв'ювання, такого психологічного контакту важко буде досягти у випадках, коли психоемоційний стан одного з учасників

одночасного допиту через можливий страх інфікуватися не дозволить адекватно сприймати й передавати інформацію.

Висновки. Чинним законодавством України в абзаці 1 частини 9 статті 224 КПК України визначено: «Слідчий, прокурор має право провести одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях», а отже, не існує вимоги щодо обов'язкового проведення вказаної слідчої (розшукової) дії. Відповідно, слідчий (дізнавач) зобов'язаний враховувати не лише істотність суперечностей у показаннях раніше допитаних осіб, а також вміти зіставляти ризики, враховуючи водночас стан здоров'я кожного з учасників одночасного допиту.

Отже, якщо слідчим буде встановлено необхідність у проведенні одночасного допиту за участю хворої на заразний туберкульоз або COVID-19 особи, або в разі існування обґрунтованої підозри на можливість існування в у особи такого захворювання, а також логічно доведено неможливість усунення істотних суперечностей іншими слідчими (розшуковими) діями, то виходом у подібних ситуаціях нам вбачається його проведення в дистанційному режимі, а саме в режимі відеоконференції, закріпленому в статті 232 Кримінального процесуального кодексу України. Оскільки саме такий режим проведення одночасного допиту двох або більше раніше допитаних осіб забезпечить відсутність контакту здорового учасника з хворим, який є основним джерелом інфікування смертельно небезпечними недугами.

Список використаних джерел:

1. Галаган В.І. Проведення слідчих (розшукових) дій: процесуальні та криміналістичні аспекти. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. Вип. 1 (5). С. 73–79.

2. Коронавірусна інфекція COVID-19. *Центр громадського здоров'я МОЗ України* : офіціальний вебсайт. URL: https://cloud.phc.org.ua/index.php/s/72wxF7jNnrBx492#pdfviewer.

3. Статистика ВІЛ і ТБ в Україні: вересень 2020 року. *Центр громадського здоров'я МОЗ України* : офіційний вебсайт. URL: https://phc.org.ua/news/statistika-vil-i-tb-v-ukraini-veresen-2020-roku.

4. У вересні коронавірус діагностували у 8 мільйонів людей. *Українська правда*. URL: https://www.pravda.com.ua/news/2020/10/1/7268346/.

5. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей : учебное пособие. Высшая школа МООП СССР. Москва, 1967. 290 с.

6. Гриджук М.Ю Основні шляхи поширення туберкульозу. *Профілактика туберкульозу у дітей і підлітків.* URL: http://healthdnepr.kiev.ua/ru/novini/2015/09-veresnya-2015-roku.html.

7. Почтова Є.С. Особливості підготовки до проведення одночасного допиту в режимі відеоконференції з учасником, інфікованим туберкульозом дихальних шляхів. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Випуск 4. Том 2. С. 170–174.

8. Павлова Н.В. Використання технічних засобів і технологій під час проведення допиту у режимі відеоконференції. *Економічна та інформаційна безпека: проблеми та перспективи* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Дніпро, 27 квітня 2018 р. Дніпро : ДДУВС, 2018. С. 161–163. URL: http://er.dduvs.in.ua/handle/123456789/1165.

УДК 343.982:351.746.2:343.351
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.25

ІВАЩЕНКО Ю.М.

ПОШУК, ВІДСТЕЖЕННЯ ТА ІДЕНТИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИННИХ ДОХОДІВ ЯК ПРОЯВ ВИКОРИСТАННЯ ФІНАНСОВИХ РОЗСЛІДУВАНЬ НАЦІОНАЛЬНИМ АГЕНТСТВОМ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ВИЯВЛЕННЯ, РОЗШУКУ Й УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ, ОДЕРЖАНИМИ ВІД КОРУПЦІЙНИХ ТА ІНШИХ ЗЛОЧИНІВ І ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ УКРАЇНИ

SEARCH, TRACKING AND IDENTIFICATION OF CRIMINAL PROCEEDS AS MANIFESTATION OF THE USE OF FINANCIAL INVESTIGATIONS BY THE NATIONAL AGENCY OF UKRAINE FOR FINDING, TRACING AND MANAGEMENT OF ASSETS DERIVED FROM CORRUPTION AND OTHER CRIMES AND THE STATE FINANCIAL MONITORING SERVICE OF UKRAINE

Публікацію присвячено актуальним питанням діяльності Національного агентства України з питань виявлення, розшуку й управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів і Державної служби фінансового моніторингу України за напрямом пошуку, відстеження та ідентифікації злочинних доходів. Проведено структурно-порівняльний аналіз діяльності Національного агентства України з питань виявлення, розшуку й управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів і Державної служби фінансового моніторингу України з пошуку, відстеження та ідентифікації злочинних доходів у рамках їхньої компетенції.

Визначено способи й методи, які використовують обидві установи в ході здійснення діяльності з пошуку, відстеження та ідентифікації злочинних доходів. Проаналізовано процесуальний статус активів, на які спрямована діяльність кожної з установ.

Проведено дослідження того, за яких обставин відбувається включення в процес пошуку, відстеження та ідентифікації кримінальних доходів та участь у ньому кожного з відомств. Встановлено спільні й відмінні ознаки в діяльності Національного агентства України з питань виявлення, розшуку й управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів і Державної служби фінансового моніторингу України з пошуку, відстеження та ідентифікації активів, які визначають специфіку кожної установи дотично до цієї діяльності й впливають на випадки й умови, за яких відбувається їх участь у процесі пошуку, відстеження та ідентифікації кримінальних доходів під час різних слідчих ситуацій, що відбуваються в ході проведення паралельних фінансових розслідувань предикатних злочинів і злочинів із легалізації кримінальних коштів.

Досліджено зв'язок між предикатними злочинами й злочинами з легалізації кримінальних коштів. Зазначається про можливість проведення фінансового розслідування паралельно з основним розслідуванням як стосовно злочинів із відмивання злочинних коштів, так і стосовно предикатних злочинів.

Встановлено, що основним призначенням фінансових розслідувань у контексті проведення паралельних фінансових розслідувань вбачається виділення роботи зі злочинними доходами з метою подальшого позбавлення злочинців таких доходів в окремий спеціальний напрям діяльності правоохоронних органів. Пропонується думка, згідно з якою в результаті такої роботи відбувається нейтралізація або мінімізація негативних економічних наслідків злочинної діяльності.

© ІВАЩЕНКО Ю.М. – науковий співробітник відділу з вивчення проблем захисту національних інтересів в економічній сфері та протидії корупції (Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України)

Автором запропоновано власне бачення діяльності з пошуку, відстеження та ідентифікації доходів, отриманих кримінальним шляхом, як прояву використання фінансових розслідувань у правоохоронній діяльності.

Ключові слова: *фінансове розслідування, паралельне фінансове розслідування, пошук, відстеження та ідентифікація злочинних доходів, виявлення та розшук активів, предикатний злочин, злочин із легалізації (відмивання) злочинних коштів.*

The publication is devoted to actual questions of activities of the National Agency of Ukraine for finding, tracing and management of assets derived from corruption and other crimes (ARMA) and the State Financial Monitoring Service of Ukraine (SFMS) in the direction of search, tracking and identification of criminal proceeds. Structural and comparative analysis of activities of ARMA and SFMS for search, tracking and identification of criminal proceeds within their competence has been conducted.

Methods and techniques used by both institutions in the course of carrying out of their activities for search, tracking and identification of criminal proceeds have been determined. Procedural status of the assets at which the activities of each institution are aimed has been analyzed.

The study of the circumstances under which inclusion in the process of search, tracking and identification of criminal proceeds and participation in it of each authority has been conducted. Common and distinctive features in the activities of ARMA and SFMS for search, tracking and identification of assets that determine the specifics of each institution in relation to these activities and affect the cases and conditions under which they participate in the search, tracking and identification of criminal proceeds during various investigative situations that take place in the course of conducting parallel financial investigations of predicate offences and crimes of legalization of criminal funds have been found.

Connection between predicate offences and crimes of legalization of criminal proceeds has been studied. The possibility of conducting financial investigation in parallel with main investigation of both crimes of laundering of criminal proceeds and predicate offenses is noted.

It has been found that main purpose of financial investigations in the context of parallel financial investigations is perceived as separating of work with criminal proceeds in order to further deprive criminals of such proceeds in a separate special area of law enforcement. The opinion is offered according to which neutralization or minimization of negative economic consequences of criminal activity as a result of such work is taking place.

The author proposed his own vision of activity for search, tracking and identification of proceeds derived in a criminal way as manifestation of the use of financial investigations in law enforcement.

Key words: *financial investigation, parallel financial investigation, search, tracking and identification of criminal proceeds, finding and tracing of assets, predicate offence, crime of legalization (laundering) of criminal proceeds.*

Вступ. Під фінансовими розслідуваннями розуміється дослідження фінансової інформації з метою виявлення та розслідування злочинів, що містять фінансову складову частину [1]. Іншими словами, це застосування спеціальних знань для дослідження економічних нюансів кримінальної діяльності під час розслідування злочинів, які вчиняються насамперед, але не виключно, у фінансовій / економічній сфері.

Міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей (далі – ФАТФ) дає визначення «паралельне фінансове розслідування» – це проведення фінансового розслідування разом або в контексті (традиційного) кримінального розслідування з відмивання коштів, фінансування тероризму й / або предикатного (-их) злочину (-ів) [2]. З наведеної дефініції видно, що проведення фінансового розслідування синхронно з «традиційним» («основним») розслідуванням можливе як стосовно злочинів із відмивання / легалізації коштів, так і стосовно предикатних (або основних, оригінальних, попередніх) злочинів. Підтвердженням цьому є та обставина, що в обох згаданих випадках правоохоронним органам доводиться мати справу з доходами, отриманими через кримінальну діяльність, зокрема відстежувати їх та встановлювати їхній зв'язок із фігурантами

кримінальних проваджень. Зважаючи на це, основним призначенням фінансових розслідувань у контексті проведення паралельних фінансових розслідувань вбачається виділення роботи зі злочинними доходами з метою подальшого позбавлення злочинців таких доходів в окремий спеціальний напрям діяльності правоохоронних органів. У результаті такої роботи відбувається нейтралізація або мінімізація негативних економічних наслідків злочинної діяльності.

Можливість проведення фінансових розслідувань стосовно обох вищезазначених видів злочинної діяльності зумовлюється також тою обставиною, що між предикатними злочинами й злочинами з легалізації зазвичай існує стійкий взаємозв'язок, який пояснюється тим, що, з одного боку, злочини з відмивання незаконно отриманих коштів є наслідком скоєння оригінальних злочинів і, відповідно, їх ознаки часто виявляються під час розслідування фактів скоєння останніх, а з іншого боку, в ході розслідування легалізації злочинних доходів часто виявляються ознаки основного злочину, який слугував джерелом виникнення таких доходів. У будь-якому випадку, в кожній із цих ситуацій перед правоохоронною системою окрім притягнення винних до відповідальності стоїть також завдання позбавити правопорушників активів, здобутих злочинним шляхом. Виконання цього завдання своєю чергою неможливе без попереднього пошуку, відстеження таких активів і встановлення їх зв'язку з кримінальною діяльністю. Іншими словами, для того, щоб у правопорушників вилучити незаконно отримані доходи, їх спочатку необхідно знайти й ідентифікувати як такі, що пов'язані зі злочином.

Оскільки змістом фінансових розслідувань можна вважати застосування спеціальних економічних знань під час розслідування злочинів, а їх основним призначенням – роботу правоохоронців зі злочинними доходами, спрямовану, зокрема, на позбавлення злочинців таких доходів, діяльність відповідних компетентних суб'єктів з їх пошуку, відстеження та ідентифікації являє собою, на думку автора, типовий приклад використання фінансових розслідувань у правоохоронних органів.

Згідно зі світовою практикою, пошуком, відстеженням та ідентифікацією доходів, отриманих через злочинну діяльність, займається окрім правоохоронних органів низка спеціально призначених для цього інституцій. Це, зокрема, установи з повернення активів (Assets Recovery Office, ARO) та підрозділи фінансової розвідки (Financial Intelligence Unit, FIU). В Україні такими установами є Національне агентство України з питань виявлення, розшуку й управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, або Агентство з розшуку й менеджменту активів (далі – АРМА й Агентство) – вітчизняний офіс із повернення активів – і Державна служба фінансового моніторингу України (далі – Держфінмоніторинг, ДСФМ) – вітчизняний підрозділ фінансової розвідки. На думку автора, насамперед саме ці органи через своє спеціальне призначення в ході здійснення своїх повноважень застосовують фінансові розслідування як спеціальні економічні знання.

Дослідження, присвячені правовому статусу АРМА й ДСФМ, тією чи іншою мірою проводили С.М. Клімова, Р.В. Гречанюк, О.В. Гулак і М.В. Нікулін, О.І. Резнікова й Д.А. Липало, В.В. Власюк, А.Т. Ковальчук, М.В. Борець, В.М. Берізко й інші. Окремі аспекти фінансових розслідувань у своїх дослідженнях розглядали С.І. Лепський, О.Є. Користін, В.А. Некрасов, О.В. Халін та інші.

Як Агентство, так і Держфінмоніторинг у процесі пошуку, відстеження та ідентифікації активів використовують багато схожих прийомів і методів роботи. Зокрема, вони встановлюють економічні схеми вчинення злочинів, проводять фінансовий аналіз бізнес-операцій юридичних і фізичних осіб, в тому числі в історичній динаміці, створюють фінансовий профіль фігурантів справи, встановлюють кінцевих бенефіціарних власників компаній і майна, виявляють ознаки фіктивності й удаваності правочинів, сумнівності операцій з активами, відстежують рух грошових потоків, вивчають інші операції з активами, визначають помилки, необґрунтовані відхилення, непідтверджені операції в бухгалтерській і фінансовій звітності, використовують інформацію з різноманітних інформаційних баз, реєстрів, банків даних, здійснюють аналіз і синтез різної інформації в галузі фінансів та економіки, яка є необхідною для цілей ідентифікації активів тощо. Обидві інституції використовують спеціальне експертне програмне забезпечення, яке за допомогою використання сучасних інформаційно-аналітичних технологій здатне здійснювати одночасну обробку багатьох масивів інформації та за її результатами видавати певні рішення. Очевидно, що існування в діяльності обох органів схожого інструментарію для пошуку, відстеження та ідентифікації нелегальних активів пояснюється призначенням будь-якого фінансового розслідування – роботою зі злочинними доходами, за підсумками якої здійснюється їх вилучення в правопорушників.

Постановка завдання. Беручи до уваги ту обставину, що й Агентство, й Держфінмоніторинг у процесі виконання своїх визначених законодавством функціональних завдань здійснюють у тому числі діяльність із пошуку, відстеження та ідентифікації коштів, здобутих кримінальним шляхом, а також те, що в обох інституціях для її проведення застосовується схожий арсенал засобів, викликає інтерес вивчення питання щодо визначення конкретної ролі й місця, які займає кожен з органів у цій роботі, й з'ясування обставин, які зумовлюють специфіку кожної з установ. Зокрема, видається цікавим проведення дослідження того, в яких випадках і за яких умов відбувається включення в процес пошуку, відстеження та ідентифікації активів та участь у ньому кожного із цих відомств. Для цього порівняємо й проаналізуємо окремі аспекти діяльності обох структур з урахуванням окреслених законодавством мети їх функціонування та повноважень і різних варіантів слідчих ситуацій, які виникають під час досудового розслідування як предикатної злочинної діяльності, так і кримінальної діяльності з відмивання коштів.

Результати дослідження. Згідно із Законом України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів» від 10 листопада 2015 р. № 772-VIII (далі – Закон № 772-VIII) Агентство є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері виявлення та розшуку активів, на які може бути накладено арешт у кримінальному провадженні чи у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, й / або у сфері управління активами, на які накладено арешт у кримінальному провадженні чи у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави або які конфісковано в кримінальному провадженні чи стягнено за рішенням суду в дохід держави внаслідок визнання їх необґрунтованими [3].

Згідно з Положенням «Про Державну службу фінансового моніторингу України», затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 29 липня 2015 р. № 537, Держфінмоніторинг є центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму й фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення [4].

Як видно з наведених визначень, діяльність АРМА спрямована насамперед на виявлення та розшук активів, одержаних від корупційних та інших злочинів, а діяльність Держфінмоніторингу – на запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Тобто в контексті пошуку, відстеження та ідентифікації незаконних доходів основна увага Агентства сконцентрована на злочинах, внаслідок яких виникли такі доходи, тобто на предикатних злочинах, натомість головним об'єктом уваги Держфінмоніторингу є кримінальна діяльність із відмивання таких доходів.

Водночас, незважаючи на те, що обидва органи мають свій першочерговий об'єкт уваги, кожен із них в ході своєї діяльності з пошуку, відстеження та ідентифікації кримінальних коштів може виявляти ознаки злочинної діяльності, яка стосується як відмивання, так і предикату.

Для ДСФМ така можливість прямо передбачена профільним законодавством. Так, згідно з п. 5 ч. 2 ст. 25 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 06 грудня 2019 р. № 361-IX (далі – Закон № 361-IX) Держфінмоніторинг у разі наявності достатніх підстав вважати, що фінансова операція або клієнт пов'язані з вчиненням кримінального правопорушення, що не стосується легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, подає інформацію до відповідного правоохоронного або розвідувального органу України як узагальнені матеріали або додаткові узагальнені матеріали [5]. А відповідно до п. 5 розділу II Порядку надання та розгляду узагальнених матеріалів, затвердженого спільним наказом Міністерства фінансів України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України від 11 березня 2019 р. № 103/162/384 (далі – Порядок № 103/162/384), узагальнені матеріали обов'язково мають містити в тому числі такі відомості, як опис суті фінансової операції або сукупності фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з предикатним злочином і між собою, з відбиттям дати й суми, на яку проведено фінансові операції, місця та обставин їх здійснення, взаємовідносин, а також зв'язків між особами, які їх вчинили; опис достатніх підстав, які дають можливість вважати, що фінансові операції або сукупність фінансових операцій можуть бути пов'язані з предикатним злочином і між собою [6].

Можливість виявлення Держфінмоніторингом ознак не тільки відмивання кримінальних коштів, але й предикатної злочинної діяльності підтверджує також оприлюднена практика його роботи. Наприклад, зі звітних матеріалів ДСФМ вбачається, що узагальнені матеріали й додатко-

ві узагальнені матеріали, які подаються нею до правоохоронних органів, стосуються фінансових операцій, пов'язаних не лише з легалізацією коштів, але також із вчиненням інших злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України. Так, Держфінмоніторингом протягом 2019 р. підготовлено й спрямовано до правоохоронних органів 893 матеріали. У вказаних матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією коштів, становить 63,0 млрд грн; сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з учиненням іншого злочину, визначеного Кримінальним кодексом України, становить 29,2 млрд гривень [7].

Що стосується АРМА, то в профільному законодавстві про можливість виявлення ним ознак відмивання коштів, одержаних від корупційних та інших злочинів, спеціально не згадується. Проте можливість такого виявлення видається для Агентства цілком реальною, зважаючи на те, що безпечне використання доходів, отриманих у кримінальний спосіб, як правило, потребує попереднього їх відмивання. Свідченням реальності цієї можливості слугує і те, що на сайті АРМА можна побачити практичні приклади успішних кейсів із реалізації функції виявлення та розшуку активів, у процесі яких не лише виявляються незаконно отримані кошти й встановлюються схеми здійснення основної злочинної діяльності, але також встановлюються ознаки діяльності з подальшої легалізації цих коштів [8].

З наведеної в профільному законодавстві термінології можна також помітити, що пошук, відстеження та ідентифікація кримінальних активів як безпосередня мета діяльності прямо визначена на законодавчому рівні лише для АРМА. Дотично до досліджуваної діяльності Закон № 772-VIII оперує термінами «виявлення активів» і «розшук активів». Зокрема, визначено, що виявлення активів – це діяльність із встановлення факту існування активів, на які може бути накладено арешт у кримінальному провадженні, чи у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, а розшук активів – це діяльність із визначення місцеперебування активів, на які може бути накладено арешт у кримінальному провадженні, чи у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави.

Щодо ДСФМ, термін «пошук, відстеження та ідентифікація» активів у спеціальному законодавстві не згадується як безпосередня мета діяльності цієї структури. Мало того, Закон № 361-IX взагалі не містить визначень ані «пошук», «відстеження» чи «ідентифікація», ані «виявлення» чи «розшук». Проте така діяльність видається для цього органу цілком органічною з огляду на його основне призначення – запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. Адже в ході здійснення діяльності із запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, Держфінмоніторинг серед іншого проводить свої фінансові розслідування, в ході яких часто виявляє переміщення активів сумнівного походження, зокрема бачить рух коштів, які можуть бути одержані внаслідок вчинення предикатних злочинів.

Досліджуючи діяльність АРМА й ДСФМ у контексті пошуку, відстеження та ідентифікації злочинних коштів, слід зазначити, що ні Агентство, ні Держфінмоніторинг не є правоохоронними органами, тобто вони не проводять оперативно-розшукову діяльність і досудове розслідування, не встановлюють склад злочину, вину особи тощо. Як АРМА, так і ДСФМ не мають статусу учасників кримінального провадження та не є самостійними суб'єктами в прийнятті процесуальних рішень під час проведення правоохоронними органами досудового розслідування, натомість діють за дорученнями, зверненнями й запитами правоохоронних органів. Наприклад, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 9 Закону № 772-VIII Агентство здійснює заходи з виявлення, розшуку активів за зверненням слідчого, детектива, прокурора, суду (слідчого судді). А для Держфінмоніторингу одним з основних джерел вхідних потоків інформації для аналізу є інформація, яка надходить від правоохоронних органів. Так, згідно з п. 6 розділу II Порядку № 103/162/384 під час формування узагальнених матеріалів для здійснення аналізу фінансових операцій Держфінмоніторингом використовується інформація, надана правоохоронними або іншими державними органами (їх підрозділами), про фінансові операції, стосовно яких є підозра, що вони пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванням тероризму й фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення та / або з особами, щодо яких застосовано міжнародні санкції. Наведене свідчить про те, що, незважаючи на самостійність і незалежність обох інституцій, їхня робота має певною мірою допоміжний характер щодо діяльності правоохоронних органів.

Схожою рисою в діяльності АРМА й ДСФМ є можливість здійснення ними міжнародного співробітництва з аналогічними органами в іноземних державах. Таке співробітництво відбувається поза межами міжнародної правової допомоги, яку надають один одному правоохоронні

органи різних держав під час досудового розслідування. Його призначенням є в тому числі швидкий обмін інформацією про активи, які можуть мати злочинне походження закордоном. Отримані в такий спосіб дані зазвичай мають характер оперативної інформації, тобто не можуть бути використані як доказ у кримінальному провадженні, але є достатніми для накладення арешту на активи або зупинення фінансових операцій. Таке співробітництво через механізми транскордонного обміну інформацією з установами, аналогічними АРМА й ДСФМ, здійснюється безпосередньо один з одним або через спеціалізовані міжнародні мережі. Наприклад, для Держфінмоніторингу основною мережею для такої транскордонної взаємодії є Егмонтська група – міжнародне неформальне об'єднання підрозділів фінансової розвідки, метою якого є покращення співробітництва у сфері протидії відмиванню коштів і фінансуванню тероризму, а також сприяння впровадженню національних програм у цій сфері, а для АРМА – Камденська міжвідомча мережа з питань повернення активів (CARIN) – неформальна мережа, яка містить експертів у сфері розшуку незаконних активів та є центром кращих практик із повернення активів, отриманих злочинним шляхом, і має на меті підвищення ефективності зусиль держав-членів в їхній діяльності, спрямованій на позбавлення злочинців незаконних доходів.

Повноваження обох інституцій у сфері забезпечення міжнародного співробітництва визначені профільним законодавством. Так, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 16 Закону № 772-VIII АРМА забезпечує співробітництво з міжнародними, міжурядовими організаціями, мережами, діяльність яких спрямована на забезпечення міжнародного співробітництва у сфері виявлення, розшуку й управління активами, в тому числі з Камденською міжвідомчою мережею з питань повернення активів (CARIN), та представляє Україну в цій організації. А відповідно до ч. 9 ст. 31 Закону № 361-IX Держфінмоніторинг у межах своїх повноважень забезпечує співробітництво з міжнародними, міжурядовими організаціями, залученими у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення, в тому числі з Групою з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF), Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів і фінансуванню тероризму (MONEYVAL), Егмонтською групою підрозділів фінансових розвідок.

Подібною рисою АРМА й ДСФМ в аспекті їхньої діяльності з пошуку, відстеження та ідентифікації незаконних активів є те, що за її результатами можливий арешт таких активів у кримінальному процесі з метою їхнього подальшого арешту й конфіскації, який здійснюється на підставі ухвали суду, слідчого судді за клопотанням прокурора, слідчого за погодженням із прокурором. Наприклад, згідно із ч. 2 ст. 171 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) слідчий, прокурор повинні вжити необхідних заходів із метою виявлення та розшуку майна, на яке може бути накладено арешт у кримінальному провадженні, зокрема шляхом вимоги необхідної інформації в Національного агентства України з питань виявлення, розшуку й управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів [9]; згідно з п. 1 ч. 1 ст. 16 Закону № 772-VIII із метою виявлення та розшуку активів АРМА взаємодіє з органами, що здійснюють досудове розслідування, прокуратурою, судами з метою накладення арешту на такі активи та їх конфіскації. А відповідно до ч. 9 ст. 23 Закону № 361-IX правоохоронні органи протягом строку продовження зупинення відповідних фінансових операцій (видаткових фінансових операцій) здійснюють досудове розслідування та в разі, якщо наявні обґрунтовані підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення та накладено арешт на відповідні рахунки в порядку, встановленому КПК України, інформують про це Держфінмоніторинг протягом двох робочих днів із дня винесення судом ухвали про арешт майна із зазначенням її номера й дати; в разі накладення в порядку, встановленому КПК України, арешту на рахунки клієнта, операції по яких зупинено, суб'єкт первинного фінансового моніторингу інформує про це Держфінмоніторинг у день надходження для виконання ухвали суду про арешт майна із зазначенням її номера й дати.

Як видно, діяльність Агентства й Держфінмоніторингу з пошуку, відстеження та ідентифікації нелегальних активів має певні схожі ознаки, які зумовлені існуванням зв'язку між оригінальними злочинами й злочинами з відмивання незаконних коштів і призначенням будь-якого фінансового розслідування – роботою з кримінальними доходами. Водночас така діяльність обох інституцій має і суттєві відмінності, наявність яких викликана різним статусом та основним призначенням кожного з відомств.

Насамперед варто звернути увагу на момент, з якого кожен із цих органів у межах окреслених профільними Законами повноважень і компетенції включається в процес пошуку, відстеження та ідентифікації активів.

Щодо ДСФМ, такий момент залежить від суб'єкта, від якого до Держфінмоніторингу надходить інформація, на основі якої формуються узагальнені матеріали, які надалі передаються правоохоронним органам. Тут можливі два основних варіанти.

У першому випадку інформацію для аналізу надають суб'єкти первинного фінансового моніторингу. Відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 8 Закону № 361-IX суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний повідомляти ДСФМ про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, – порогові фінансові операції, підозрілі фінансові операції (діяльність).

У другому випадку інформація для формування узагальнених матеріалів надходить від правоохоронних органів. Це відбувається, наприклад, тоді, коли в правоохоронного органу є підозри, що та чи інша фінансова операція пов'язана з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом. Згідно з Додатком 1 до Порядку № 103/162/384 інформація про такі фінансові операції має бути отримана, зокрема, в разі здійсненні кримінального провадження за ознаками предикатного злочину.

Перший з описаних варіантів моменту початку роботи ДСФМ передбачає, що на момент надходження до Держфінмоніторингу інформації для підготовки узагальнених матеріалів відкрите кримінальне провадження ще відсутнє. Відповідно, діяльність ДСФМ з опрацювання наданих суб'єктом первинного фінансового моніторингу відомостей не пов'язана з наявністю будь-якої кримінальної справи й не зумовлена обов'язковим існуванням розпочатого досудового розслідування. Враховуючи те, що згідно з п. 61 ч. 1 ст. 1 Закону № 361-IX узагальнені матеріали Держфінмоніторингу є джерелом обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення та дають підстави слідчому, прокурору розпочати досудове розслідування, а також те, що передача узагальнених матеріалів до правоохоронних органів є квінтесенцією діяльності Держфінмоніторингу й кінцевим результатом його роботи з проведеного аналізу відомостей про фінансові операції, що стали об'єктом фінансового моніторингу, можна дійти висновку, що в описаному варіанті розвитку подій ДСФМ діє незалежно від силових структур і фактично ініціює відкриття кримінального провадження правоохоронцями. У такому випадку початок аналітичної діяльності Держфінмоніторингу передує початку процесуальної діяльності слідчих підрозділів і прокурорів. Іншими словами, в часовому вимірі робота ДСФМ із пошуку, відстеження та ідентифікації активів у процесі здійснення нею аналізу фінансових операцій знаходиться поза часовими рамками роботи правоохоронних органів у кримінальній справі. Описаний варіант моменту вступу Держфінмоніторингу в процес пошуку, відстеження та ідентифікації сумнівних активів є найтиповішим для слідчої ситуації, в якій виявлення факту легалізації злочинних доходів передує встановленню подій, пов'язаних із предикатною кримінальною діяльністю, а саме коли спочатку виявляються відомості про подію, яка стосується злочину з відмивання злочинних коштів, а потім під час його розслідування органом досудового розслідування вживаються заходи щодо з'ясування обставин, які йому передували, в тому числі тих, що стосуються активів, які стали предметом легалізації. У такій слідчій ситуації досудове розслідування проводиться у зворотному хронологічному порядку, тобто від відмивання до предиката.

У другому з наведених варіантів моменту початку своєї діяльності Держфінмоніторинг включається в уже наявне кримінальне провадження, яке було раніше розпочате правоохоронними органами. У такому випадку він вступає в кримінальний процес і долучається до роботи правоохоронців за ініціативою останніх. Відповідно, початок діяльності ДСФМ із пошуку, відстеження та ідентифікації сумнівних доходів відбувається вже після початку роботи правоохоронців із розслідування кримінальної справи й така діяльність вітчизняного підрозділу фінансової розвідки не виходить за часові рамки існування кримінального провадження. Наведений варіант моменту вступу ДСФМ у процес пошуку, відстеження та ідентифікації нелегальних активів є характерним для слідчої ситуації, в якій відомості про подію злочину з легалізації злочинних коштів стають відомими правоохоронним органам у процесі виявлення та розслідування ними оригінального злочину. У такій слідчій ситуації початок кримінального провадження за фактом предикатної злочинної діяльності передує встановленню ознак легалізації злочинних коштів, і досудове розслідування, відповідно, здійснюється в прямому хронологічному порядку, тобто від предиката до легалізації.

Таким чином, для ДСФМ існує два варіанти моменту початку включення в процес пошуку, відстеження та ідентифікації активів у ході виконання своїх завдань із запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: до порушення правоохоронними органами кримінальної справи, коли Держфінмоніторинг фактично ініціює початок кримінального провадження, та після порушення кримінальної справи, зокрема початку проведення

досудового розслідування предикатного злочину, коли ДСФМ підключається до роботи силових структур за вже наявним кримінальним провадженням.

Що стосується АРМА, то його діяльність є повністю похідною від діяльності правоохоронних органів і зумовлена виключно наявністю розпочатого правоохоронними органами кримінального провадження. Агентство згідно з п. 1 ч. 1 ст. 16 Закону № 772-VIII із метою виявлення та розшуку активів вживає відповідно до звернень органів, що здійснюють досудове розслідування, прокуратури, судів заходи з виявлення та розшуку активів; відповідно до ст. 17 Закону № 772-VIII забезпечує виконання звернень органів досудового розслідування, прокуратури й судів щодо виявлення, розшуку активів. Як бачимо, Агентство не має права самостійно, за власним бажанням ініціювати початок виявлення та розшуку активів і діє виключно за ініціативою правоохоронних органів. Тобто для здійснення АРМА своїх повноважень необхідною умовою є існування порушеної кримінальної справи. Відповідно, момент початку діяльності Агентства з пошуку, відстеження та ідентифікації кримінальних активів можливий тільки після здійснення правоохоронцями кримінального провадження, а часові рамки діяльності АРМА за часом не будуть виходити за часові рамки існування кримінальної справи. Якщо розглядати момент початку діяльності АРМА в контексті двох описаних вище слідчих ситуацій, то притаманнішою для Агентства видається друга з них, яка передбачає проведення досудового розслідування від предиката до відмивання. У зазначеній ситуації вже відомо про факт скоєння оригінального злочину, й у процесі його розслідування може також з'явитися інформація про існування кримінальних доходів, які потрібно знайти, й для пошуку таких доходів доцільно залучити Агентство. Що стосується слідчої ситуації, в якій проведення досудового розслідування відбувається від легалізації до предиката, то в ній залучення Агентства правоохоронними органами видається менш імовірним, принаймні до моменту відкриття кримінального провадження за ознаками основного злочину, оскільки в такому випадку існують ознаки, які свідчать про легалізацію кримінальних коштів, але ще не можна встановити обставини отримання таких коштів, відповідно, в органів досудового розслідування ще відсутня достеменна інформація про існування злочинних активів, які треба знайти.

Суттєвою відмінністю в компетенції АРМА й Держфінмоніторингу є наявність в останнього повноважень на зупинення фінансових операцій з активами, стосовно яких є підозри, до прийняття правоохоронними органами процесуальних рішень про початок досудового розслідування та розв'язання питання щодо подальшого арешту таких активів. Так, відповідно до ч. 2 ст. 23 Закону № 361-IX Держфінмоніторинг може прийняти рішення про подальше зупинення фінансових операцій, здійснене суб'єктом первинного фінансового моніторингу, на строк до семи робочих днів, про що зобов'язаний негайно повідомити суб'єкта первинного фінансового моніторингу, а також правоохоронні органи, уповноважені приймати рішення згідно з КПК України; відповідно до ч. 3 ст. 23 Закону № 361-IX Держфінмоніторинг у разі виникнення підозр може прийняти рішення про зупинення видаткових фінансових операцій на строк до семи робочих днів, про що зобов'язаний негайно повідомити суб'єкта первинного фінансового моніторингу, а також правоохоронні органи, уповноважені приймати рішення відповідно до КПК України. На відміну від ДСФМ, АРМА повноважень із зупинення операцій із виявленими й розшуканими активами не має.

Ще одна суттєва відмінність між АРМА й ДСФМ у контексті діяльності з пошуку, відстеження та ідентифікації злочинних доходів пов'язана з процесуальним статусом активів, які можуть стати об'єктом уваги досліджуваних установ.

Так, п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону № № 772-VIII містить визначення активів: це кошти, майно, майнові й інші права, на які може бути накладено або накладено арешт у кримінальному провадженні чи у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави або які конфісковані за рішенням суду в кримінальному провадженні чи стягнені за рішенням суду в дохід держави внаслідок визнання їх необґрунтованими. Тобто в розумінні Закону № 772-VIII на активи, з якими працює АРМА, може бути накладено арешт як у кримінальному провадженні, так і у справі про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави. Своєю чергою в кримінальному провадженні відповідно до ч. 2 ст. 170 КПК України арешт майна допускається з метою забезпечення: збереження речових доказів; спеціальної конфіскації; конфіскації майна як виду покарання або заходу кримінально-правового характеру щодо юридичної особи; відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення (цивільний позов), чи стягнення з юридичної особи отриманої неправомірної вигоди. З наведених положень законодавства можна зробити висновок, що, по-перше, АРМА може працювати не тільки з активами, які можуть виявитися злочинними в ході кримінального процесу, але й з тими активами, які фігурують

у деяких справах позовного провадження в цивільному процесі; по-друге, в кримінальному процесі Агентство може працювати не лише з активами, які можуть стати об'єктами спеціальної конфіскації, але також і з іншими активами, передбаченими КПК України.

Що стосується ДСФМ, то Закон № 361-IX не дає роз'яснень стосовно того, з якими саме активами може працювати Держфінмоніторинг у розрізі виду процесу й мети майбутнього арешту. Водночас він містить визначення доходів, одержаних злочинним шляхом. Так, відповідно до п. 23 ч. 1 ст. 1 цього Закону такими доходами є будь-які активи, одержані прямо чи опосередковано внаслідок вчинення злочину, зокрема валютні цінності, рухоме й нерухоме майно, майнові й немайнові права незалежно від їх вартості. Можна помітити, що зазначена дефініція кореспондується з одним із випадків застосування спеціальної конфіскації, передбаченим Кримінальним кодексом (далі – КК) України. Так, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 96^2 КК України спеціальна конфіскація застосовується в разі, якщо гроші, цінності й інше майно одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та / або є доходами від такого майна [10]. Беручи до уваги наведені положення законодавства, а також враховуючи те, що узагальнені матеріали, які передаються Держфінмоніторингом до правоохоронних органів, можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення та дають підстави для початку досудового розслідування, можна дійти висновку, що на активи, які цікавлять ДСФМ, може бути накладено арешт тільки в кримінальному процесі й лише як на потенційний об'єкт спеціальної конфіскації.

Висновки. Підсумовуючи, можна зазначити, що діяльність АРМА й ДСФМ із пошуку, відстеження та ідентифікації активів як вияв застосування фінансових розслідувань у правоохоронній діяльності має низку як спільних, так і відмінних ознак. Ці спільності й відмінності визначають специфіку кожної установи в розрізі досліджуваної діяльності й впливають на випадки й умови, за яких відбувається їхня участь у процесі пошуку, відстеження та ідентифікації кримінальних доходів під час різних слідчих ситуацій, що виникають у ході проведення паралельних фінансових розслідувань предикатних злочинів і злочинів із легалізації кримінальних коштів.

Як на пропозицію можна звернути увагу на необхідність вдосконалення профільного законодавства. Зокрема, вважаємо за доцільне ввести в Закон 361-IX термінологію, пов'язану з пошуком, відстеженням та ідентифікацією активів та узгодити її з положеннями Закону № 772-VIII, які містять визначення виявлення та розшуку активів.

Список використаних джерел:

1. Лепський С.І. Фінансова інформація про злочинну діяльність як предмет фінансових розслідувань. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ.* 2013. № 1. С. 251–257.

2. The FATF Recommendations: Interpretive Note 30. URL: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf.

3. Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів : Закон України від 10 листопада 2015 р. № 772-VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 1. Ст. 2. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/772-19#Text.

4. Про затвердження Положення про Державну службу фінансового моніторингу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 липня 2015 р. № 537 / Кабінет Міністрів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-2015-%D0%BF#Text.

5. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06 грудня 2019 р. № 361-IX / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 25. Ст. 171. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#n831.

6. Про затвердження Порядку надання та розгляду узагальнених матеріалів : Наказ Міністерства фінансів України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України від 11 березня 2019 р. № 103/162/384 / Міністерство фінансів України, Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0368-19#n7.

7. Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2019 рік. URL: https://fiu.gov.ua/assets/userfiles/0350/zvity/zvit2019ua.pdf.

8. Інформація з офіційного сайту Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів. URL: https://arma.gov.ua/pryklady

9. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України.* 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text.

10. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 січня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.26

КОНЄВ І.Є.

ПРОБЛЕМАТИКА ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ САМОСТІЙНОСТІ ТА НЕЗАЛЕЖНОСТІ СЛІДЧОГО В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

THE PROBLEM OF PROCEDURAL INDEPENDENCE AND AUTONOMY OF THE INVESTIGATOR IN MODERN UKRAINE

Стаття присвячена аналізу законодавства України щодо статусу слідчого у кримінальному провадженні. Визначається рівень взаємодії слідчого з низкою посадових осіб у процесі провадження досудового розслідування. Роль та вплив прокурора на слідчого. Акцентується увага на норми сучасного Кримінального процесуального кодексу України. Аналізуються положення чинного Кримінального процесуального кодексу щодо обсягу наданих повноважень слідчому, рівень його правової свободи під час провадження ним досудового розслідування. Висвітлюються значні прогалини та недосконалість чинних процесуально-правових норм України, що призводить до неповноти і невизначеності певних положень щодо діяльності слідчого. Зазначаються проблемні питання реалізації слідчим своїх повноважень у практичній площині. Розкриваються сучасні тенденції розвитку та сучасне становище постаті слідчого у кримінально-процесуальному праві України. Досліджено питання співпраці із прокурором, керівником слідчого підрозділу, розподіл між ними відповідних повноважень та відповідальності у співвідношенні з діяльністю слідчого. Зазначаються негативні аспекти процесуальних норм щодо правового статусу слідчого у формі втручання низки посадових осіб у його діяльність, що призводить до формування чималих важелів впливу на нього. Визначено керівне становище слідчого щодо всебічного, ефективного, повного та швидкого розкриття тих чи інших кримінальних правопорушень. Розкривається зміст положень старого Кримінально-процесуального кодексу 1960 року, наводяться рекомендації стосовно можливої кооперації сучасного Кримінального процесуального кодексу з попереднім. Убачається можливість застосування позитивного досвіду норм Кримінально-процесуального кодексу 1960 року, які наділяли слідчого значною процесуальною самостійністю та правовою свободою, у практичній площині. Приділяється увага принципу змагальності у процесі провадження слідчим розслідування, зазначено необхідність та фундаментальну значущість засад змагальності для забезпечення гарантій прав людини і формування правової держави. Наводиться низка проблемних питань щодо процесуальної самостійності та незалежності слідчого під час виконання ним своїх функцій. Висунуто перелік пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: *слідчий, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий суддя, процесуальна самостійність та незалежність, кримінальне провадження, досудове розслідування.*

This article is devoted to the analysis of the legislation of Ukraine on the status of an investigator in criminal proceedings. The level of interaction of the investigator with a number of officials in the process of pre-trial investigation is determined. The role and influence of the prosecutor on the investigator. Emphasis is placed on the norms of the modern CCP of Ukraine. The provisions of the current Criminal Procedure Code regarding the scope of powers granted to the investigator and the level of his legal freedom during the pre-trial investigation are analyzed. Significant gaps and imperfections of the current procedural and legal norms of Ukraine are highlighted, which leads to incompleteness

© КОНЄВ І.Є. – студент ІІІ курсу юридичного факультету (Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара)

and uncertainty of certain provisions regarding the activities of the investigator. Problematic issues of realization by investigators of their powers in the practical place are noted. The current trends of development and the current position of the investigator in the criminal procedure law of Ukraine are revealed. The issues of cooperation with the prosecutor, the head of the investigative unit and the distribution between them of the relevant powers and responsibilities in relation to the activities of the investigator have been studied. Negative aspects of procedural norms concerning the legal status of the investigator are noted in the form of interference of a number of officials in his activity, which leads to the formation of considerable levers of influence on him. The leading position of the investigator concerning comprehensive, effective, full and fast disclosure of these or those criminal offenses is defined. The content of the provisions of the old CCP of 1960 is revealed and a number of recommendations are given regarding the possible cooperation of the modern CCP with the former one. The possibility of applying the positive experience of the norms of the CCP of 1960, which endowed the investigator with considerable procedural independence and legal freedom, in the practical plane is seen. Considerable attention is paid to the principle of adversarial proceedings in the process of investigating investigators, the need and fundamental importance of the principles of adversarial proceedings to ensure human rights and the rule of law. There are a number of problematic issues regarding the procedural independence and autonomy of the investigator in the performance of his functions. A list of proposals for improving the current legislation has been put forward.

Key words: *investigator, prosecutor, head of pre-trial investigation unit, investigating judge, procedural autonomy and independence, criminal proceedings, pre-trial investigation.*

Вступ. Питання рівня процесуальної самостійності й незалежності слідчого досі залишається невирішеним у національній правовій системі України. Процес досудового розслідування, виявлення винних у скоєному злочині, притягнення їх до відповідальності та постійна взаємодія слідчого з різноманітними посадовими особами істотно впливають не тільки на сучасне правове поле нашої країни, але й на суспільні правовідносини, які повсякчас виникають в окремих сферах суспільного життя людини. Надання певного об'єму правової свободи слідчому безпосередньо визначає ефективність та швидкість розкриття тих чи інших кримінальних справ під час здійснення ним своїх повноважень, тому виявлення проблемних питань у законодавстві щодо його процесуальної діяльності допоможуть нам зрозуміти стан закріплених прав, навести свої пропозиції стосовно вдосконалення правових норм і зміцнення процесуальної незалежності слідчого.

Правильна побудова механізму роботи правоохоронних органів та чітке реґламентування їхньої взаємодії один з одним слугують важливим елементом для розбудови правової держави. Саме ці органи запроваджують і прямо реалізують гарантії захисту й охорони суспільного порядку в повсякденному житті людей, а посада слідчого є важливою складовою частиною всього механізму правоохоронної діяльності, що сприяє реалізації законодавчих норм на практиці. Варто зауважити, що закріплення законодавцем усіх імовірних життєвих обставин у матеріально-правові норми не є достатнім для втілення правових приписів у життя. Матеріальні норми не здатні функціонувати без норм процесуального права, адже призначення процесу полягає в регулюванні організаційних правовідносин, забезпеченні процедур і форм реалізації матеріально-правових приписів. Отже, реалізація норм права на практиці можлива лише через створення відповідних механізмів у державі та за тісної взаємодії норм матеріального і процесуального права.

Процес провадження досудового слідства і дізнання відіграють величезне значення для подальшого розвитку справи, тому слідчий повинен володіти достатнім обсягом процесуальної самостійності й незалежності для можливості реалізації покладених на нього завдань. Посада слідчого є первинною складовою частиною механізму досудового слідства, оскільки саме від нього залежить уся повнота та всебічність вирішення справи: встановлення факту вчинення правопорушення, наявність достатньої кількості зібраних доказів, виявлення підозрюваних, свідків, знарядь учинення злочину, складання обвинувального акта особі тощо. Отже, від результатів діяльності слідчого залежить перспектива подальшого розгляду справи в суді та притягнення винних осіб до необхідної міри відповідальності, яка прямо залежить від тяжкості вчиненого правопорушення, усі ці важливі складові частини справи, які впливають не тільки на кваліфікацію

злочину, але й на долю людини, повинен встановити слідчий. Виконанням свої функції він реалізує найважливіші принципи справедливості, об'єктивності, неупередженості, законності.

Чимало вчених у своїх працях розглядали питання процесуальної самостійності й незалежності слідчого у кримінальному провадженні, серед них Н.С. Карпов, А.О. Ляш, В.П. Данєвський, О.В. Баулін, В.О. Коновалова, С.М. Стахівський, В.Д. Берназ, В.Т. Нор, О.Г. Яновська, С.В. Слинько.

Постановка завдання. Мета статті – на основі проаналізованих процесуальних норм визначити обсяг правової самостійності та незалежності слідчого під час здійснення ним своїх повноважень, встановити рівень впливу на роботу слідчого з боку прокурора, слідчого судді та керівника органу досудового розслідування, провести паралель між Кримінально-процесуальним кодексом 1960 р. та сучасним Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України, на основі яких визначити найбільш гармонійне й ефективне правове становище слідчого, висвітлити головні проблемні питання стосовно діяльності слідчого та його співпраці із прокурором у кримінальному процесі, сформувати рекомендації щодо усунення колізій у процесуальному законодавстві України та практичного вирішення посталих проблем.

Результати дослідження. У результаті проведеного аналізу норм чинного КПК України ми можемо стверджувати, що нині обсяг процесуальної самостійності та незалежності слідчого дуже обмежений. У ст. 40 КПК закріплені повноваження слідчого органу досудового розслідування, до функцій якого належить здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень [1]. Зміст даної норми розкриває сучасне нормативно-процесуальне становище слідчого, адже тепер кожні свої дії та рішення він повинен узгоджувати із прокурором або керівником слідчого підрозділу. Без відповідного погодження прокурора слідчий не має права одноособово повідомляти особі про підозру, складати обвинувальний акт, продовжувати строки розслідування тощо. Хоча в ч. 5 ст. 40 КПК зазначено, що слідчий, коли здійснює свої повноваження, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється, однак установлений процесуальний контроль над ним низки посадових осіб фактично нівелює його незалежність. Варто наголосити на тому, що не зовсім коректно розподілені повноваження між державними суб'єктами кримінального провадження, а саме: прокурор і керівник слідчого підрозділу, спрямовуючи діяльність слідчого під час досудового розслідування, наділені широкими правами щодо керівництва всім розслідуванням загалом, тоді як останньому залишаються лише обов'язки і відповідальність. Беручи до уваги введення положення щодо інституту слідчого судді, сучасний КПК таким чином встановив потрійний процесуальний контроль за діяльністю слідчого [12]. Відповідно до вищенаведеного, можна зробити логічний висновок, що законодавець закріпленими процесуальними нормами практично унеможливив самостійну діяльність слідчого, що призвело до значного звуження його правового статусу у кримінальному провадженні. На наш погляд, це є значною проблемою, нині слідчий може лише виступати ініціатором проведення окремих слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, оскільки проведення їх відбувається за погодженням із прокурором або за ухвалою слідчого судді. Такі сучасні реалії призводять до значного затягування досудового розслідування, адже замість того, щоб надати слідчому право самостійно вчиняти певні процесуальні дії, коли цього потребують обставини для швидкого залучення важливих матеріалів до справи, він повинен чекати дозволу прокурора або відповідної ухвали слідчого судді. Отже, за цих обставин ми вважаємо, що сучасне процесуальне законодавство України не надало жодної процесуальної незалежності слідчому та введеними нормами значно звузило обсяг його процесуальної самостійності, що призвело до всебічного втручання низки посадових осіб у діяльність слідчого. Зауважимо, що законодавець нічого не згадав про відповідальність прокурора і керівника слідчого підрозділу, які відповідно до своїх нинішніх повноважень мають право змусити виконувати слідчого їхні вказівки під загрозою адміністративного або дисциплінарного впливу, що слугує додатковим важелем впливу на його діяльність.

Узагалі, норми чинного КПК не регламентують чіткі межі процесуальної самостійності слідчого, натомість вони спричиняють багато непорозумінь щодо дієвості деяких його норм, які б забезпечувалися відповідними правовими механізмами реалізації, а саме методами впливу, які б спонукали суб'єктів кримінального провадження до вчинення тих чи інших дій, які від них вимагаються, під загрозою жорстких санкцій. Так, наприклад, ч. 5 ст. 40 КПК зазначає, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації, службові особи, інші фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення слідчого [1]. Отже, законні вимоги слідчого повинні гарантуватися правовими санкціями в разі їх

невиконання, однак закон не передбачає механізму правового впливу і юридичної відповідальності для осіб, які його не виконали (винятком із цього твердження є вимоги, пов'язані з викликом осіб як свідків, експертів, перекладачів, для яких законом встановлена санкція у вигляді штрафу за злісне ухилення від явки до органів досудового розслідування, відповідно до ст. 185–4 Кодексу України про адміністративні правопорушення) [2]. Отже, норма у КПК за ч. 5 ст. 40 має більш декларативний характер, оскільки жодними юридичними механізмами реалізації даного положення не забезпечується і лише зведена до мінімуму, як і сам зміст процесуальної самостійності слідчого, який сформульований у Кодексі.

Проблематика взаємодії слідчого з керівником досудового слідства є вагомим питанням у нашій статті, оскільки воно виступає одним із трьох процесуальних важелів контролю за діяльністю слідчого. Законодавець надав широкі повноваження керівнику слідчого підрозділу, який має право в порядку, визначеному законом, втручатися в діяльність слідчого згідно зі ст. 39 КПК. Так, він уповноважений визначати слідчого (слідчих), який здійснюватиме досудове розслідування; відсторонювати слідчого від проведення досудового розслідування із власної ініціативи або з ініціативи прокурора за наявності підстав для його відводу або в разі неефективного досудового розслідування, про що виноситься вмотивована постанова; погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення; уживати заходів щодо усунення порушень вимог законодавства [1]. Діяльність слідчого постійно перебуває у процесуальній і службовій залежності. Службова залежність визначається як підпорядкованість керівнику органу досудового розслідування, який безпосередньо визначає спрямованість діяльності слідчого, шляхом надання письмових вказівок. Отже, керівник має неабиякий вплив як у процесуальній, так і в адміністративній сфері. Зокрема, до компетенції начальника слідчого підрозділу належить вирішення низки адміністративних питань стосовно розміру заробітної плати, призначення премій, присвоєння звання та просування по службі, притягнення до дисциплінарної відповідальності або звільнення з роботи.

Крім того, ми виявили достатньо нечітку реґламентацію норми щодо обов'язковості наданих вказівок слідчому від керівника досудового слідства (п. 3 ч. 2 ст. 39 КПК), адже в законі відсутнє посилання на обов'язковий характер даного положення. У свою чергу, якщо провести паралель порівняння з іншими нормами Кодексу, то можна помітити, як у ч. 3 ст. 39 і у ч. 4 ст. 40 КПК встановлено обов'язкове виконання наданих прокурорських доручень і вказівок для слідчого і начальника слідчого підрозділу. Тому через відсутність чіткого визначення закріпленої процесуальної дії законодавець, сам цього не усвідомлюючи, надав можливість розмірковувати про декларативність зазначеного припису, який може мати рекомендаційний характер для слідчого. Натомість у науково-практичному коментарі до ст. 39 КПК зазначається, що письмові вказівки начальника слідчого підрозділу є обов'язковими до виконання, як і вказівки та рішення прокурора [3]. Про обов'язковість даної норми говориться в п. 5.6 наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про організацію діяльності слідчих підрозділів Національної поліції України», де закріплюється безумовне їх виконання, якщо вони не суперечать рішенням та вказівкам прокурора, які надані в межах їхньої компетенції і в установленій законодавством формі [4]. Тож, щоб не поставало проблемних питань стосовно визначення характеру правового припису ані для слідчого, ані для інших посадових осіб, уважаємо доцільним більш детальне законодавцю реґламентувати зміст прописаної норми у КПК.

Неабияку роль у кримінальному провадженні відіграє прокурор. Він не тільки виступає державним обвинувачем у суді, але і володіє найбільшими важелями впливу на діяльність слідчого, оскільки уповноважений здійснювати процесуальне керівництво і нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування (ч. 2 ст. 36 КПК). З огляду на завдання і засади кримінального провадження, кримінально-процесуальні функції та повноваження владних суб'єктів досудового розслідування, можна сказати, що прокурор є тим суб'єктом, який прямо впливає на перебіг досудового слідства та визначає вектор розвитку справи. Наділивши прокурора величезним багажем процесуального впливу, законодавець фактично обмежив процесуальну самостійність та незалежність слідчого. Відповідно до ч. 4 ст. 40 КПК, слідчий зобов'язаний виконувати письмові доручення та вказівки прокурора під правовим тиском на нього у формі передбаченої відповідальності. На нашу думку, такі умови прямої залежності повноважень слідчого від рішень прокурора призводять до значного звуження його процесуального статусу і затягування досудового слідства.

Нині спостерігається позитивне зрушення в законодавстві України в бік зміцнення правової позиції слідчого, прикладом цього слугує декриміналізація норми ст. 381–1 Криміналь-

ного кодексу, якою передбачалась відповідальність слідчого за невиконання законних письмових вказівок прокурора [5]. Додатковою позитивною складовою частиною у процесі здійснення розслідування є надання права слідчому оскаржувати рішення, дії чи бездіяльність прокурора (ст. 311 КПК). Унаслідок поданої скарги протягом трьох днів здійснюється її розгляд службовцем прокуратури вищого рівня, вона може бути залишена без задоволення чи оскаржувані рішення чи діяння можуть бути цілком або частково визнані незаконними. Ми погоджуємося з думкою О.Г. Яновської, яка переконана, що надання зазначеного права є суттєвою гарантією щодо посилення процесуальної незалежності слідчого під час провадження досудового розслідування [6, с. 662]. На жаль, оскарження рішень, дій чи бездіяльності прокурора за ч. 3 ст. 312 КПК не зупиняє їх виконання, у такому разі слідчий, усупереч своїм внутрішнім переконанням, повинен усе одно виконувати розпорядження прокурора, навіть під час оскарження ним суперечливих рішень і дій, які надані йому прокурором. Відповідно до цього дана норма знов таки призводить до звуження процесуальної самостійності та незалежності слідчого, тому ми пропонуємо виключити зазначене положення із КПК.

На перший погляд законодавець у чинному КПК наділяє слідчого широким переліком повноважень щодо визначення напряму досудового розслідування, однак це не так, оскільки подальше провадження справи у практичній площині просто неможливе без відповідного погодження дій слідчого із прокурором або керівником слідчого підрозділу – це унеможливлює будь-яку самостійну діяльність слідчого у кримінальному провадженні [11]. Більшість норм КПК навіть не надають йому права одноосібно оскаржувати рішення прокурора щодо погодження тих чи інших процесуальних дій. У сучасному КПК міститься норма (ч. 3 ст. 40 КПК), яка закріплює право слідчого звернутися до керівника органу досудового розслідування, у разі відмови прокурора в погодженні його клопотання, щодо ініціювання розгляду порушених у ньому питань, який після вивчення клопотання за необхідності ініціює розгляд зазначених питань перед прокурором вищого рівня, який протягом трьох днів погоджує відповідне клопотання або відмовляє в його погодженні [1]. У такому разі ми можемо спостерігати зайву ланку у процесі оскарження слідчим процесуальних дій, що виступає однією з ознак формалізму, адже вона не реалізує принцип ефективного втілення законів у життя. Вартоакцентувати увагу на вислові: «за необхідності ініціює розгляд питань», тобто керівник слідчого підрозділу за власним розсудом вирішує, підтримувати думку слідчого чи ні, що також обмежує процесуальну самостійність та незалежність слідчого.

Уважаємо доцільним скасувати це положення у КПК та передбачити право слідчого самостійно оскаржувати протягом встановлених законом строків до прокуратури вищого рівня відмову прокурора в погодженні клопотання щодо ініціювання відповідних процесуальних дій, поданого йому слідчим. Також, спираючись на вищенаведені доводи, пропонуємо обмежити процесуальний вплив на слідчого з боку керівника органу досудового розслідування, залишити йому організаційні функції, а за прокурором визначити право здійснювати нагляд за дотриманням законів під час кримінального провадження, вилучити із КПК норми щодо процесуального керівництва.

З ухваленням Конституції України 28 червня 1996 р. (далі – КУ) були визначені основні засади судочинства у ст. 129 Основного закону держави. У зв'язку із чим п. 3 ч. 1 ст. 129 КУ натепер закріплює принцип змагальності сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів, у доведенні перед судом їхньої переконливості [7]. Отже, сторони під час судового розгляду кримінальної справи наділені рівними правами на реалізацію їхніх процесуальних прав, сторони обвинувачення і захисту на законних підставах беруть участь у процесі доказування на засадах змагальності. Сучасний КПК підтримує зазначений принцип, намагається поширити його не тільки на судову стадію розгляду справи, але й на все кримінальне провадження, починаючи з досудового розслідування. На нашу думку, такий підхід є виправданим та містить головні ознаки демократичної держави, адже обидві сторони у процесі кримінального провадження повинні мати однаково рівні умови щодо подання відповідних клопотань або доказів, які водночас можуть виправдати підозрюваного чи, навпаки, обтяжити його відповідальність. Незважаючи на те, що законодавець регламентував принцип змагальності у ст. 22 КПК, його реалізація на практиці є неможливою, оскільки слідчий не володіє достатнім обсягом процесуальної самостійності та незалежності від впливу прокурора, адже під час здійснення своїх повноважень слідчий більш наближений до сторони обвинувачення. Ми підтримуємо думку Б.В. Романюка, який наголошує на тому, що слідчий не повинен бути представником жодної зі сторін у змагальному процесі для забезпечення демократичного відправлення правосуддя [8, с. 134–135]. Самостійність слідчого щодо певних процесуальних дій має вирішальне значення для об'єктивного та неупередженого

вирішення справи, він повинен бути незалежним від сторін захисту й обвинувачення, займати нейтральну позицію щодо обох сторін для досягнення всебічного і повного вирішення справи, утвердження справедливості. На жаль, як свідчить практика, закріплений принцип не може функціонувати достатньою мірою, оскільки, незважаючи на прописану рівність прав сторін у змагальному процесі, сторона захисту і сторона обвинувачення фактично є нерівноправними [10]. Беручи до уваги те, що прокурор здійснює чималий вплив на діяльність слідчого, безпосередньо визначає напрям розвитку досудового розслідування та здійснює процесуальне керівництво, це відносить слідчого до сторони обвинувачення. Розпорядження прокурора є обов'язковими до виконання, тоді як сторона захисту перебуває в нерівному правовому становищі щодо збирання та подання доказів слідчому.

Якщо провести порівняння сучасного КПК та Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., то можна простежити, що останній забезпечував слідчого широким переліком повноважень, гарантував його процесуальну самостійність і незалежність, на відміну від КПК 2012 р. На нашу думку, у Кримінально-процесуальному кодексі 1960 р. правила інституту самостійності слідчого були значно краще сформульовані та послідовно викладені порівняно із сучасним. Так, у ст. 114 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. закріплено великий обсяг прав слідчого: під час досудового розслідування він мав право самостійно ухвалювати всі рішення про спрямування слідства і про провадження слідчих дій, за винятком випадків, коли законом передбачено одержання згоди від суду (судді) або прокурора, і ніс повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення [9]. Слідчий був наділений процесуальною самостійністю щодо вирішення питання про притягнення особи як обвинуваченого, кваліфікації злочину, обсягу обвинувачення, закриття справи та направлення її до суду. Згідно із ч. 2 ст. 114 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., слідчий, у разі його незгоди із вказівками прокурора, мав право не виконувати надані розпорядження, у такому разі він подавав справу вищому прокуророві з письмовим викладом своїх заперечень. Якщо прокурор вищого рівня підтримував позицію слідчого, він скасовував вказівки нижчого прокурора, якщо ні, то доручав провадження слідства в цій справі іншому слідчому. Тож, можна стверджувати, що наведені положення слугували гарантією невтручання прокурора в діяльність слідчого, захищали його процесуальну самостійність і незалежність упродовж усього досудового слідства. Додатковим підтвердженням значної правової свободи в реалізації слідчим своїх повноважень слугує норма ч. 3 ст. 114 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., відповідно до якої слідчий мав право давати органам дізнання обов'язкові до виконання доручення і вказівки про провадження розшукових та слідчих дій, вимагати від органів дізнання допомоги у провадженні окремих слідчих дій [9]. У чинному КПК міститься регламентація норми (ст. 40 КПК) про повноваження слідчого під час кримінального провадження, яка здебільшого ставить у пряму процесуальну залежність його від рішень прокурора, що унеможливлює самостійну діяльність слідчого в досудовому розслідуванні порівняно зі старим Кодексом. Також варто згадати ст. 23–1 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., яка надавала право слідчому від свого імені вносити відповідні подання до державних органів, громадських організацій або посадових осіб про вжиття заходів для усунення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину [9].

Тому, керуючись положеннями ч. 1 ст. 23–1, ст. ст. 67, 114 Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., можна зробити висновок, що законодавець повинен приділити більшу увагу попереднім нормам Кодексу, які наділяли слідчого повноцінною процесуальною самостійністю та незалежністю, оскільки позитивний досвід, набутий і апробований роками, несе в собі чималу змістовність і значущість для національного законодавства, яке формувалося у специфічних для української нації умовах державотворення. Це є беззаперечним фактом, оскільки впровадження будь-яких нових приписів або нормативно-процесуальних актів не повинно суперечити головним історичним аспектам розвитку нашої держави, воно має відповідати рівню правової розвиненості держави і правової освіченості її населення. Згідно із цим ми наполягаємо на тому, щоб приділити більшу увагу позитивному досвіду Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., синтезувати його із чинними нормами КПК, що дозволить посилити правову незалежність і самостійність слідчого.

Висновки. Проблематика досліджуваного в нашій роботі питання полягає в тому, що прокурор є досить віддаленим від безпосереднього процесу збирання, перевірки й оцінки доказів, у якому домінує слідчий. У даному разі прокурор здійснює опосередковане керівництво процесом кримінально-процесуального доказування, що може призвести до поширення слідчих помилок під час досудового розслідування. Віддалене процесуальне керівництво прокурора закладає підвалини негативного впливу на якість кримінального провадження та виконання завдань кримі-

нально-правової політики загалом. Тому нагальним питанням чинного КПК України натепер є надання достатнього обсягу процесуальної самостійності та незалежності слідчому, посилення його правового статусу у процесі виконання своїх повноважень, закріплення керівної ролі слідчого у провадженні досудового розслідування.

Варто наголосити, що в нашій статті ми не маємо наміру говорити про необхідність відсторонення від досудового розслідування всіх органів контролю, які здійснюють нагляд за законним провадженням досудового слідства, однак ми вважаємо, що такий надмірний вплив низки посадових осіб на діяльність слідчого повинен бути зведений до мінімуму. У зв'язку з викладеним у нашій роботі ми пропонуємо такий шлях вирішення зазначених проблем:

– надати слідчому окремий статус, передбачити його фактичну процесуальну самостійність і незалежність, яка полягатиме в наданому слідчому праві вирішувати основні питання про спрямування досудового розслідування одноосібно: щодо повідомлення особі про підозру, складання обвинувального акта, про кваліфікацію кримінального правопорушення, про форму провадження досудового розслідування, підстави його закінчення та направлення справи до судового розгляду;

– передбачити механізм правового впливу у виді юридичної відповідальності (наприклад, адміністративної) для фізичних, юридичних, службових та інших осіб, перелік яких наведений у ч. 5 ст. 40 КПК, за невиконання законних вимог чи постанов слідчого під час провадження ним слідчих дій;

– зменшити процесуальний вплив керівника органу досудового розслідування на слідчого шляхом обмеження його повноважень, залишити за ним організаційні питання забезпечення кримінального провадження;

– визначити чітку регламентацію п. 3 ч. 2 ст. 39 КПК стосовно письмових вказівок керівника органу досудового розслідування, що дозволить встановити характер даного положення щодо його виконання. Відповідно до цього пропонуємо законодавцю після слів «письмові вказівки» доповнити норму словами: «що мають для слідчого обов'язковий характер»;

– зменшити процесуальний вплив прокурора на діяльність слідчого шляхом виключення із КПК положення ч. 2 ст. 36 щодо процесуального керівництва прокурором досудовим розслідуванням, залишити за ним право здійснювати нагляд за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування;

– перейняти позитивний досвід Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., який надавав достатній обсяг правової свободи слідчому щодо права не виконувати певні розпорядження прокурора за власним розсудом, спираючись на власне внутрішнє переконання, маючи можливість письмово викладати свої заперечення прокурору вищого рівня. Тому законодавцю варто приділити більшу увагу попередньому механізму співпраці слідчого із прокурором, який гарантував процесуальну самостійність та незалежність слідчому;

– з метою поширення принципу змагальності на стадію досудового розслідування та реалізації даного принципу на практиці пропонуємо закріпити в законі обов'язок слідчого всебічно, повно, об'єктивно і неупереджено збирати як обвинувальні, так і виправдувальні докази, рівнозначно долучати до справи докази, що пом'якшують чи обтяжують відповідальність.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

2. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073–X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10.

3. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України (актуальний). *Мего-Інфо – юридичний портал № 1.* URL: http://mego.info.

4. Про організацію діяльності слідчих підрозділів Національної поліції України : наказ МВС від 6 липня 2017 р. № 570. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0918-17.

5. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341–III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14.

6. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ, 2012. 1224 с.

7. Конституція України : офіційний текст. Київ : КМ, 2018. 96 с.

8. Романюк Б.В. Спадковість та новизна у процесі формування кримінального судочинства стосовно процесуальної незалежності слідчого. *Кримінальний процес України в контексті*

європейських стандартів судочинства : матеріали Науково-практичної конференції, м. Київ, 7 грудня 2007 р. Київ : Київський нац. ун-т внутр. справ, 2008. С. 134–135.

9. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР від 28 грудня 1960 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0007.html.

10. Маркуш М.А. Принцип змагальності у кримінальному процесі України. Харків, 2006. 208 с.

11. Татаров О.Ю. Процесуальний статус слідчого та шляхи його вдосконалення. *Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ.* 2010. Вип. 4 (71). С. 115–127.

12. Скрябін О.М., Криворучко Д.І. Процесуальна незалежність слідчого: проблеми теорії та практики. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки.* 2014. № 3. С. 253.

13. Ляш А.О., Баулін О.В. Процесуальна самостійність незалежність слідчого за новим КПК України. *Часопис Академії адвокатури України.* 2013. № 18 (1). С. 1–6.

14. Стахівський С.М. Слідчі дії як основні засоби збирання доказів : науково-практичний посібник. Київ, 2009. 64 с.

15. Зеленюх О.В. Правовий статус та повноваження слідчого за новим КПК України. *Митна справа*. 2013. № 6 (2.1). С. 147–151.

УДК 343.1:342.737(477)
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.27

МИРОШНИЧЕНКО Т.М.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМАТИВНОГО ЗМІСТУ ЗАСАДИ НЕДОТОРКАННОСТІ ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ У ХОДІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ

THE CERTAIN ISSUES OF NORMATIVE CONTENT IMPLEMENTATION OF THE INVIOLABILITY PRINCIPLE OF PERSON'S HOUSING OR OTHER OWNERSHIP IN THE COURSE OF CRIMINAL PROCEDURAL EVIDENCE

Вітчизняне законодавство, урегульовуючи відносини у сфері кримінального судочинства, підносить приписи щодо недоторканності житла чи іншого володіння особи до вищого ступеня нормативності – загальних засад кримінального провадження. У ст. 13 КПК закріплено принципові положення, якими мають керуватися посадові особи, які ведуть процес: «Не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, окрім випадків, передбачених законом». Проникнення до житла, про яке йдеться у ст. 233 КПК, не є слідчою (розшуковою) дією, а лише створює передумови проведення в них слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та деяких заходів забезпечення кримінального провадження з метою збирання доказів. Системне тлумачення нормативного змісту ч. 1 ст. 233 КПК у сукупності з положеннями ст. 13 КПК дає змогу дійти висновку про те, що проведення слідчих (розшукових) дій, окрім огляду і обшуку з дозволу слідчого судді, можливе лише за добровільної згоди особи. Водночас слід використовувати практику Європейського суду з прав людини, обов'язкову для застосування (ст. 8 КПК). Згідно зі ст. 8 Європейської конвенції з прав людини, втручання державних органів у права заявників не порушує згадану статтю, якщо воно здійснене «згідно із законом», його цілі є пропорційними шкоді, яка ними заподіюється. Тож, використовуючи Конвенцію як акт прямої дії, суди вправі давати дозвіл на проведення слідчих (розшукових) дій за результатами розгляду відповідних клопотань. Задля забезпечення прав і законних інтересів особи, у житлі якої проводиться обшук, слід внести доповнення до кримінального процесуального закону, якими унормувати статус адвоката як учасника, що надає правничу допомогу не лише свідку, а й іншим особам, права та законні інтереси яких обмежуються під час кримінального провадження.

Ключові слова: *засада недоторканності житла чи іншого володіння особи, правозастосування, слідчі (розшукові) дії, збирання доказів, судовий контроль.*

Domestic legislation, regulating relations in the field of criminal justice, raises the requirements for the inviolability of housing or other property of a person to a higher degree of regulation - the general principles of criminal proceedings. In Art. 13 of the CPC enshrines the basic provisions that should guide the officials conducting the process: "It is not allowed to enter the home or other property of a person, conduct a search or search in them other than by a reasoned court decision, except as provided by law."Penetration into housing, referred to in Art. 233 of the CPC is not an investigative (investigative) action, but only creates the preconditions for conducting investigative (investigative), covert investigative (investigative) actions and some measures to ensure criminal proceedings in order to gather evidence. Systematic interpretation of the normative content of Part 1 of Art. 233 in conjunction with the provisions of Art. 13 of the CPC allows us to conclude that the conduct of investigative (search) actions, in addition to inspection and

© МИРОШНИЧЕНКО Т.М. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

search with the permission of the investigating judge, is possible only with the voluntary consent of the person. At the same time, the case law of the European Court of Human Rights, which is binding (Article 8 of the CPC), should be used. In accordance with Art. 8 of the European Convention on Human Rights, interference by public authorities with the applicants' rights does not infringe that article if it is carried out "in accordance with the law" and its objectives are proportionate to the harm they cause. Therefore, using the Convention as an act of direct action, the courts allow the case to conduct investigative (investigative) actions based on the results of consideration of the respective petitions. In order to ensure the rights and legitimate interests of the person whose home is being searched, amendments should be made to the Criminal Procedure Code to regulate the status of a lawyer as a participant providing legal assistance not only to a witness but also to others whose rights and legitimate interests are limited. criminal proceedings.

Key words: *principle of inviolability of housing or other property of a person, law enforcement, investigative (search) actions, collection of evidence, judicial control.*

Вступ. Одним із пріоритетних напрямів удосконалення кримінального процесуального законодавства і практики його застосування є забезпечення реалізації прав особи в кримінальному провадженні. Чинний КПК установив концептуально нові підходи до нормативного врегулювання правових процедур, пов'язаних із захистом прав і законних інтересів особи у сфері кримінальної юстиції. Серед правових засобів посилення механізмів захисту прав і свобод учасників кримінального провадження від незаконного і необґрунтованого обмеження особливого значення набувають засади кримінального провадження як приписи вищого ступеня нормативності порівняно зі звичайними правовими нормами, що набули властивостей прямої дії у випадках неврегулювання або неоднозначного врегулювання питань кримінального провадження (ч. 6 ст. 9 КПК).

Оскільки основним видом діяльності у кримінальному процесі є доказування, актуальними залишаються проблеми ефективної реалізації нормативного змісту засад кримінального провадження у процесах відповідної спрямованості.

Тематика наукових досліджень щодо забезпечення права особи на недоторканність житла чи іншого володіння особи під час кримінального провадження традиційно належала до тих, що привертають увагу дослідників через потенційну можливість обмеження цього права, втручання з боку органів правопорядку до сфери приватності людини. У різний час науковий пошук у цьому напрямі здійснювали такі науковці, як Ю.П. Аленін, М.В. Багрій, О.В. Білоус, І.В. Вегера-Іжевська, І.В. Гловюк, О.М. Дроздов, О.В. Капліна, В.І. Маринів, О.Г. Шило та ін. Водночас вивченню проблемних аспектів реалізації нормативного змісту засади забезпечення недоторканності житла чи іншого володіння особи у ході кримінального процесуального доказування у науці кримінального процесу приділялось недостатньо.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз окремих проблем реалізації нормативного змісту засади недоторканності житла чи іншого володіння особи у ході кримінального процесуального доказування, формування пропозицій щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства та практики його застосування.

Результати дослідження. Недоторканність житла чи іншого володіння особи, закріплена у ст. 30 Основного Закону, є одним зі складників особистої недоторканності та тісно пов'язана із конституційним правом на невтручання в особисте та сімейне життя, гарантованим ст. 32 Конституції України. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) також комплексно декларує ці права: «Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції» (ч. 1 ст. 8 Конвенції). Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях, заснованих на ст. 8 Конвенції, неодноразово зазначав, що держава у своїй діяльності має не просто утримуватися від порушення цих прав, а й діяти за певних обставин так, щоб гарантувати їх забезпечення.

Вітчизняне законодавство, урегульовуючи відносини у сфері кримінального судочинства, підносить приписи щодо недоторканності житла чи іншого володіння особи до вищого ступеня нормативності – загальних засад кримінального провадження. У ст. 13 КПК закріплено принципові положення, якими мають керуватися посадові особи, що ведуть процес: «Не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, окрім випадків, передбачених ... КПК».

Згідно із Законом, під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи незалежно від його призначення і правового статусу та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також усі складові частини такого приміщення... Під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи (ч. 2 ст. 233 КПК).

Попри надане Законом визначення житла чи іншого володіння особи чимало положень КПК залишаються предметом наукової полеміки. Деякі автори визначають норми ст. 233 КПК як «непередбачувані» та «незрозумілі» [1], такі, що суперечать іншим у статтях 234, 237 КПК [2, с. 123].

Певна ясність у поняття «житло» була внесена Постановою Верховного Суду України № 5-299кс15 від 24.03.2016. Під житлом із позиції Верховного Суду розуміються «предмети матеріального світу, які перебувають законно або незаконно у фактичному стабільному (тривалому) і безперервному володінні фізичної особи та призначені, пристосовані або спеціально обладнані для розміщення або зберігання її майна, вирощування або виробництва продукції, забезпечення побутових та інших потреб особи, а також оснащені будь-якими пристосуваннями (огорожею, запорами, сигналізацією, охороною тощо), які роблять неможливим або ускладненим проникнення до них». При цьому зазначення про законне чи незаконне володіння як житлом, так і іншим володінням особи вказує на будь-які підстави набуття особою фактичного права володіння цим майном.

За результатами аналізу практики ЄСПЛ із порушення ст. 8 Конвенції в юридичній літературі окремі науковці також доходять висновку про те, що в ній поняття «житло» тлумачиться досить широко та охоплює не лише «домівку», а й інші об'єкти, які за законодавством України житлом не визначаються, а належать до іншого володіння особи, що «створює для власних правоохоронних органів складніші умови, ніж у країнах Європи» [2, с. 124].

Думається, що вітчизняний законодавець у редакції ч. 2 ст. 233 КПК лише розділив об'єкти, що знаходяться під гарантіями ст. 8 Конвенції, на «пристосовані до житла» і такі, що «непристосовані до житла». Але при цьому вони залишаються житлом у сенсі, який надає їм ЄСПЛ. У рішенні по справі «Баклі проти Сполученого Королівства» останній зазначає про те, що у ст. 8 Конвенції немає нічого, що б свідчило на користь того, що концепція «житло» має обмежуватися резиденцією, яка о б л а ш т о в а н а (розр. – Т.М.) відповідно до чинного законодавства. Виходячи з фактичних обставин скарги, ЄСПЛ визнав те, що захистом ст. 8 Конвенції охоплюється циганська кибітка (шатро).

Проникнення до житла чи іншого володіння особи, про яке йдеться у ст. 233 КПК, є передумовою проведення у них слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та деяких заходів забезпечення кримінального провадження. Усі вони спрямовані на отримання доказів. Ст. 13 КПК забороняє будь-яким державним органам, посадовим особам порушувати право на недоторканність житла або обмежувати його інакше, ніж у порядку, передбаченому законом. Водночас ч. 1 ст. 233 КПК заборонено будь-кому (а не лише повноважним суб'єктам кримінального провадження) проникати до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді.

Не надто глибокий аналіз чинного кримінального процесуального законодавства допомагає дійти висновку про те, що слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проникнення до житла чи іншого володіння особи з метою проведення в них відповідних процесуальних дій, спрямованих на збирання доказів: огляду (ст. 137 КПК), обшуку (ст. 234 КПК), слідчого експерименту (ст. 240 КПК), обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК), застосування деяких заходів забезпечення кримінального провадження (ст. ст. 159, 167 КПК). Тому ми не погоджуємося з О. Атамановим, який уважає, що зі змісту ст. 233 КПК «жодним чином не випливає, що проникнення до житла чи іншого володіння особи може мати місце з метою проведення в них обшуку, навіть у випадку, передбаченому ч. 3 ст. 233 КПК... Формула «проникнення» дорівнює обшуку – пережиток старого КПК» [3]. Хоча й не прямо, а опосередковано, нашу позицію підтверджує законодавець, закріпивши ст. 233 КПК у розділі III «Досудове розслідування», главі 20 «Слідчі (розшукові) дії».

Саме по собі проникнення до житла чи іншого володіння особи, на наше переконання, не є слідчою (розшуковою) дією, як уважають деякі автори [1], а лише створюють умови для проведення слідчих (розшукових) дій, які на відміну від проникнення мають пізнавальну спря-

мованість, тобто здійснюються з метою збирання доказів. Тому нормативні положення ст. 233 КПК слід уважати правилами загального характеру, що застосовуються усякий раз, коли виникає необхідність у проведенні процесуальних дій у житлі під час кримінального провадження.

Окрім огляду, обшуку, про які йдеться у ст. 13 КПК, передбачена можливість проведення у житлі слідчого експерименту з дозволу суду (ч. 5 ст. 240 КПК). Таке «доповнення» до норми-принципу, викладеної у ст. 13 КПК, ледве витримує критику з огляду на основоположний характер засад кримінального провадження. І Конституцією у ст. 30, і КПК у ст. 13 забороняється лише огляд і обшук без умотивованого судового рішення, про слідчий експеримент мова не йдеться. Зважаючи на таку властивість засад, як наскрізний характер їх дії впродовж кримінального процесу, видається, ч. 5 ст. 240 КПК, якою впроваджена можливість з дозволу слідчого судді проводити слідчий експеримент у житлі, не узгоджується з базовою нормою, закріпленою у ст. 13 КПК, а тому ситуація, що склалася, потребує законодавчого втручання.

Слід зазначити також, що під час кримінального провадження виникає необхідність у проведенні в житлі не тільки обшуку, огляду та слідчого експерименту, а й інших слідчих (розшукових) дій, таких як допит, пред'явлення для впізнання, освідування. Зазвичай це може бути пов'язано з хворобою особи, зумовлено її похилим віком, що перешкоджають прибуттю за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді. Нерідко виклик не здійснюється з тактичних міркувань і пояснюється бажанням запобігти розголошенню даних досудового розслідування або тиску на особу з боку заінтересованих осіб.

Чи правомірним буде проведення вищезгаданих слідчих (розшукових) дій з огляду на вимоги засадничих положень ст. 13 КПК та загальних положень проникнення до житла ч. 1 ст. 233 КПК? Позитивна відповідь на це питання означатиме допустимість доказів, отриманих за результатами проведення цих слідчих дій у житлі чи іншому володінні особи.

В юридичній літературі висловлюється думка про те, що, застосовуючи буквальний спосіб тлумачення ч. 1 ст. 233 КПК, можна дійти висновку: допит, освідування, пред'явлення для впізнання може бути проведено в житлі чи іншому володінні особи лише за добровільною згодою особи, яка ним володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 233 КПК [4, с. 61]. Між тим за наявності закріпленої у законі засади щодо недоторканності житла слід застосовувати системне тлумачення нормативного змісту ч. 1 ст. 233 КПК у сукупності з положенням ст. 13 КПК. Ураховуючи значення терміна «проникнення» як «вторгнення в закрите чи не закрите приміщення або житло, яке здійснюється (без відповідного дозволу) всупереч волі громадян, які проживають, працюють або через інші обставини законно перебувають (або в даний час відсутні) в цьому місці» [5], можна дійти протилежного висновку, а саме: проведення усіх інших, окрім огляду і обшуку з дозволу слідчого судді, слідчих (розшукових) дій (за винятком невідкладних), можливо лише за добровільної згоди особи.

Водночас слід мати на увазі практику ЄСПЛ, яку держава Україна зобов'язана застосовувати з огляду на вимогу іншої засади кримінального провадження, передбаченої ст. 8 КПК, – верховенства права. Нормативною базою, що використовує ЄСПЛ під час прийняття рішень, є Конвенція. Згідно зі ст. 8 цього документу, втручання державних органів у права заявників не порушує згадану статтю, якщо воно здійснюється «згідно із законом». За європейськими стандартами судочинства законними можна вважати обмеження права на недоторканність житла, якщо: 1) вони мають правову основу; 2) їх цілі є пропорційними (відповідними) шкоді, яка ними заподіюється; 3) діють тимчасово; 4) під час їх застосування не допускається будь-яка дискримінація; 5) є підконтрольними суду; 6) не застосовуються до кола абсолютно недоторканних прав і свобод; 7) про їх уведення інформується світове співтовариство; 8) паралельно з ними існує механізм поновлення незаконно порушених прав та свобод; 9) у законі передбачена можливість їх оскарження [6, с. 144].

Аналіз цих вимог порівняно з нормами чинного вітчизняного законодавства свідчить про те, що національні правові норми у цілому відповідають міжнародним. Тож, на нашу думку, використовуючи Конвенцію як акт прямої дії, суди у згаданих процесуальних ситуаціях вправі надавати дозвіл на проведення слідчих (розшукових) дій у житлі за результатами розгляду відповідних клопотань слідчого, прокурора. Тим самим буде забезпечено здійснення судового контролю як гарантії реалізації особою права на недоторканність житла. Уважаємо за доречне також у цьому зв'язку доповнення ч. 1 ст. 303 КПК пунктом 7-1 такого змісту: «Дії слідчого, прокурора під час проведення у житлі чи іншому володінні особи слідчих (розшукових) дій». Переконані, що надання заінтересованим особам, у житлі яких проводяться слідчі (розшукові) дії, права на їх оскарження до суду, слугуватиме ефективним засобом від зловживань під час проведення таких

дій, сприятиме дотриманню законності у ході кримінального провадження і, як наслідок, отриманню інформації, допустимої як доказ.

Право на недоторканність житла, як бачимо, не є абсолютним. Найбільш суттєво його обмежує обшук як слідча (розшукова) дія, що здійснюється на підставі ухвали слідчого судді. За законом обшук проводиться слідчим, прокурором (ч. 1 ст. 236 КПК). Надання доручення по проведенню цієї слідчої (розшукової) дії оперативним підрозділам є незаконним, а отримані відомості за результатами її проведення – недопустимими як докази за критерієм неналежності суб'єкта збирання доказів.

Локальний предмет доказування необхідності проведення обшуку під час звернення повноважних суб'єктів із відповідним клопотанням до слідчого судді становлять обставини, передбачені ч. 5 ст. 234 КПК, а саме: чи було вчинено кримінальне правопорушення; чи мають значення відшукувані речі і документи для досудового розслідування; чи можуть бути доказами відомості, що містяться у відшукуваних речах і документах; чи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі відшукувані речі, документи або особи; чи є обшук за встановлених обставин найбільш доцільним та ефективним способом відшукання та вилучення вказаних об'єктів пошуку. При цьому вимога доведення того, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування зумовлює обов'язок надання інформації щодо індивідуальних або родових ознак речей і документів (п. 7 ч. 3 ст. 234 КПК). Також має бути доведено, що відшукувані об'єкти мають зв'язок із даним кримінальним провадженням. На це звертає увагу ЄСПЛ у своєму рішенні у справі «Смирнов проти Росії», де було вказано, що невизначене формулювання обсягу доказів дає можливість органу влади на власний розсуд вирішувати, які матеріали підлягають вилученню. У результаті це може призвести до виїмки деяких особистих речей, окрім тих об'єктів, які стосуються справи. ЄСПЛ із цього приводу зазначав, що відсутність указівки на конкретну мету обшуку є порушенням ст. 6 Конвенції. Для дотримання зазначеної вимоги суд уважає за необхідне відмовляти в задоволенні клопотань про обшук.

Разом із тим ЄСПЛ звертає увагу на те, що іноді під час звернення до суду за дозволом на проведення обшуку у житлі повноважним суб'єктам складно конкретизувати об'єкти пошуку, наприклад у ситуаціях, зумовлених необхідністю термінового проведення слідчої (розшукової) дії. У таких випадках ЄСПЛ припускає можливість відходу від указаної вимоги (рішення у справі «Алексанін проти Росії»). У справі «Шер та інші проти Сполученого Королівства» суд, ураховуючи рівень суспільної небезпеки широкомасштабних терористичних актів за участі великої кількості осіб, використання ними в процесі здійснення злочинів кодових слів, уважає виправданою неможливість дотримання вимоги конкретизації об'єктів пошуку.

Як бачимо, ЄСПЛ у своїй практиці досить виважено підходить до оцінки конкретної ситуації, пов’язаної з обмеженням права на недоторканність житла чи іншого володіння особи, ураховуючи при цьому наявність підстав для втручання, «необхідного в демократичному суспільстві», як цього вимагають приписи ч. 2 ст. 8 Конвенції. З огляду на змістовне наповнення правових позицій указаної статті Конвенції, видаються необґрунтованими рішення окремих слідчих суддів про відмову в задоволенні клопотань про дозвіл на обшук, в яких висловлюються позбавлені будь-якої правової аргументації думки щодо недопустимості проведення обшуку під час здійснення досудового розслідування «економічних злочинів» [8].

На окрему увагу в контексті новацій правового регулювання кримінального процесуального доказування заслуговує встановлена законом вимога обґрунтування у клопотанні про дозвіл на обшук неможливості отримати речі, документи у добровільному порядку шляхом витребування або за допомогою інших слідчих (розшукових) дій (п. 8 ч. 2 ст. 234 КПК). Тим самим у кримінальний процес упроваджується алгоритм дій сторони обвинувачення у напрямі від спроб отримання об'єктів пошуку у добровільному порядку до отримання дозволу від слідчого судді на тимчасовий доступ до речей і документів і далі – до обшуку, що свідчить про намагання законодавця максимально звузити сферу примусу у ході збирання доказів.

Думається, що означений підхід до врегулювання кримінально-процесуальних відносин не сприяє виконанню завдання швидкого розслідування кримінальних правопорушень. Такої думки дотримуються і практичні працівники, які вважають, що відмова в задоволенні клопотань про дозвіл на обшук, аргументована положеннями п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК, у подальшому може призвести до знищення доказів фігурантами, бо основною доказовою базою під час розслідування багатьох злочинів є первинні документи. Тож після отримання запиту чи ухвали на тимчасовий доступ до цих документів відбувається їх знищення або надається підтвердження про втрату (викрадення), або ж здійснюється передача адвокату, що у подальшому унеможливлює проведення швидкого та повного розслідування [7].

Дійсно, закон не визначає процесуальної форми витребування, як і порядку проведення тимчасового доступу до речей і документів, що істотно знижує їх результативність на відміну від обшуку, який справедливо вважається ефективним способом збирання доказів. Послідовне виконання вказаних процесуальних дій стороною обвинувачення насправді може призвести до втрати доказів, оскільки, не отримавши речі і документи у добровільному порядку та зустрівши згодом перешкоди під час виконання ухвали слідчого судді на надання тимчасового доступу до речей і документів, сторона обвинувачення неефективно витрачає оперативний ресурс. Водночас зацікавлені особи отримують можливість і час для пошкодження та знищення важливих для розслідування речових доказів і документів.

Уважаємо, що слідчий суддя, суд під час вирішення питання про надання дозволу на обшук повинен ураховувати ці та інші обставини конкретного кримінального провадження, зокрема цінність речей та обстановку, в якій речі й документи знаходяться. У разі коли речі мають значну матеріальну, культурну чи історичну цінність, а обстановка, в якій вони знаходяться, – доказове значення, речі і документи слід отримувати шляхом проведення обшуку. Процесуальна форма цієї слідчої (розшукової) дії надійно забезпечить схоронність отриманих речей і документів, належне фіксування ходу та результатів процесуальної дії і, як наслідок, ефективне досудове розслідування.

У продовження зазначеного доцільно звернути увагу на недавні зміни ч. 1 ст. 236 КПК «Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи», що полягають у наданні можливості особам, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, користуватися послугами адвоката. Безумовно, це є черговим кроком законодавця по наповненню нормативним змістом засади недоторканності житла у контексті правового забезпечення законності дій сторін у ході збирання доказів. Утім, слід зазначити, таке доповнення зумовлює необхідність внесення відповідних змін до інших статей КПК. Так, ми підтримуємо пропозицію І.В. Вегери-Іжевської доповнити ст. 223 КПК окремою частиною, у якій слід передбачити загальне положення такого змісту: «Слідчий, прокурор не мають права заборонити учасникам слідчої (розшукової) дії, яка проводиться в житлі чи іншому володінні особи, користуватися професійною правничою допомогою адвоката» [4, с. 76]. Водночас слід також внести зміни до п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК «Визначення основних термінів Кодексу», які полягають у доповненні словосполучення «інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування» словами «та її адвокат».

Висновки. Недоторканність житла чи іншого володіння особи є однією зі складових частин особистої недоторканності та тісно пов'язана з конституційним правом особи на невтручання в особисте та сімейне життя, гарантоване Конституцією України. Проникнення до житла чи іншого володіння особи є передумовою проведення в них слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій, спрямованих на збирання доказів. У житлі чи іншому володінні особи, окрім огляду та обшуку, проведення інших слідчих (розшукових) дій є законним за добровільної згоди їхніх власників чи з дозволу суду. Правовою базою для цього є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, приписи якої є нормами прямої дії.

Список використаних джерел:

1. Неводнича Л.О. Підстави проникнення до житла чи іншого володіння особи: проблеми законодавчого регулювання. URL: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1830%3A130418-12&catid=213%3A5-0418&Itemid=263&lang=ru.
2. Назаренко П.Г. Принцип недоторканності житла чи іншого володіння особи: загальнотеоретичний аналіз. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право».* 2016. С. 122–124.
3. Атаманов О. Проникнення правоохоронців до житла заради доказів. Наскільки правомірні такі дії з погляду закону. *Закон і бізнес*. 28.09–04.10.2019. № 38(1440). С. 1.
4. Вегера-Іжевська І.В. Забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні. Харків, 2019. 231 с.
5. Лист Верховного Суду СРСР від 23 червня 1983 р. № 01-16/31-83. *Материалы судебной практики Верховного Суда СССР*. 1983. № 47. С. 56.
6. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу у контексті європейських стандартів. Київ, 2005. 510 с.
7. Желтухін Є. Обшук vs приватне життя: як знайти баланс? *Юридична газета*. 2018. № 35(637).

УДК 343.985
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.28

СЕМЕНОГОВ В.В.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДЕЯКИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ З ОЗНАКАМИ ПРИХОВУВАННЯ

FEATURES OF SOME INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS IN THE INVESTIGATION OF CRIMES WITH SIGNS OF CONCEALMENT

Статтю присвячено достатньо важливій для сучасного часу темі не лише серед науковців-криміналістів, а й серед практичних працівників правоохоронних органів, які дуже часто стикаються через свою діяльність із розслідування злочинів, у тому числі таких небезпечних для суспільства, як вбивства, в умовах подолання протидії щодо встановлення дійсності та викриття винних осіб. Розглядаються особливості проведення деяких слідчих (розшукових) дій під час розслідування злочинів з ознаками приховування.

У статті підкреслюється, що слідчому необхідно демонструвати повну впевненість у позитивному проведенні слідчих дій та досудовому розслідуванні у цілому, вміти максимально зосередитися, мати високий рівень працездатності. Цьому сприяють відповідна підготовка до кожної слідчої дії, своєчасність і вдалий момент її проведення, залучення необхідної кількості помічників, фахівців, наявність необхідних технічних засобів.

Звернуто увагу на таку основну ознаку інсценування, як негативні обставини, тобто ті факти, які суперечать будь-якому поясненню, зокрема версії про сутність чи причини певної події. За виявлення ознак інсценування їх необхідно розглядати, зіставляючи між собою, отримані результати ретельно аналізувати, виділяючи ознаки, які порушують логічний ланцюг пояснень. Не слід робити висновки, особливо на початковому етапі розслідування, коли існує можливість помилкових висновків.

Акцентовано увагу на таких слідчих діях, як огляд місця події, допит підозрюваного, залучення експерта для проведення різних видів експертиз, зокрема по справах про вбивства, прихованих інсценуванням, що має свою специфіку й визначається видом інсценування, слідчою ситуацією.

Наголошено на тому, що під час планування і здійснення організації розслідування злочинів, що приховуються інсценуваннями, найбільш дієвим й успішним є застосування тактичних операцій, які складаються з декількох дій, проведення котрих переслідує вирішення єдиного слідчого завдання. Достатньо уваги приділено тактичним операціям, в яких центральне місце відведено обшуку і доцільності їх застосування.

Ключові слова: *інсценування, слідчі дії, досудове розслідування, негативні обставини, приховування злочинів.*

The article is devoted to a very important and relevant topic not only among scientists, but also among law enforcement practitioners, who often have to carry out their activities to investigate crimes, including such socially dangerous as murder, in terms of overcoming opposition to the establishment of truth and exposing the perpetrators. The article considers the peculiarities of conducting some investigative (search) actions in the investigation of crimes with signs of concealment.

The article emphasizes the need for the investigator to show full confidence in the successful conduct of investigative actions and pre-trial investigation in general, to be able to concentrate as much as possible, to have a high level of efficiency. This is facilitated by appropriate preparation for each investigative action, timeliness and good

© СЕМЕНОГОВ В.В. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри криміналістики (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

timing of its implementation, the involvement of the required number of assistants, specialists, the availability of the necessary technical means.

Attention is drawn to such a basic feature of staging as negative circumstances, ie those facts that contradict any explanation, in particular the version of the nature or causes of a particular event. When identifying signs of staging, they must be considered, comparing with each other, the results carefully analyzed, highlighting signs that violate the logical chain of explanations. No conclusions should be drawn, especially at the initial stage of the investigation, when there is a possibility of erroneous conclusions.

Emphasis is placed on such investigative actions as inspection of the scene, interrogation of the suspect, involvement of an expert to conduct various types of examinations, in particular in cases of murders hidden by staging, which has its own specifics and is determined by the type of staging, the investigative situation.

It is emphasized that in the planning and implementation of the organization of the investigation of crimes hidden by staging, the most effective is the conduct of tactical operations, combining several actions, the conduct of which is aimed at solving a specific investigative task. Sufficient attention is paid to tactical operations, in which the central place is given to searches and the expediency of their use.

Key words: *staging, investigative actions, pre-trial investigation, negative circumstances, concealment of crimes.*

Вступ. Реформування, що відбувається на сучасному етапі розвитку держави й суспільства, перерозподіл сфер впливу, зміни в різних галузях економіки спровокували загострення криміногенної обстановки, виникнення нових видів злочинної діяльності. Серед великої кількості злочинів, що вчиняються, особливо небезпечними вважаються ті, що містять ознаки протидії, зокрема приховані інсценуваннями. Соціальна небезпека приховування полягає у тому, що воно не тільки перешкоджає розкриттю вже скоєного злочину, а й часто підкріплює уявлення злочинця про можливість безкарності за новий злочин.

Постановка завдання. Метою статті є розроблення практичних рекомендацій щодо виявлення ознак приховування злочинів під час проведення деяких слідчих дій на досудовому розслідуванні з метою подолання протидії розслідуванню й установленню винних осіб та істини в кримінальних провадженнях.

Результати дослідження. По-перше, слід зауважити, що між ознаками злочину і способом його приховування існує взаємний зв'язок: по ознаках судять про спосіб, знання способу дає змогу максимально повно виявити ознаки його застосування, а через спосіб і ознаки в сукупності й подію у цілому.

Як наслідки злочину, його відбитки в оточуючому середовищі ознаки приховування злочину можуть носити як матеріальний, так і ідеальний характер (відображення у свідомості людини).

Ознаки приховування злочину можуть бути виявлені: під час проведення оперативно-розшукових заходів, що передують порушенню кримінальної справи; громадянами, а також представниками різних організацій і підприємств під час проведення перевірочних, контрольних або інших заходів і т. п.; безпосередньо правоохоронними органами, слідчим, прокурором і судом.

Як зазначає М.В. Даньшин, як би вміло і витончено винний не вживав заходів з приховування злочину або його окремих елементів і як би правдоподібно він не поводився при цьому, завжди існують об'єктивний і суб'єктивний чинники, що перешкоджають приховуванню істини, і це пов’язано як із тим що під впливом приховуваної обставини злочинець створює видимість певної події, що перебуває в конфлікті з реальною подією, яка відбулася, з одного боку, так і з тим, що злочинець, який приховує певний злочин, може мати про нього неповне, фрагментарне уявлення, не володіти спеціальними знаннями, не мати необхідних технічних засобів, а також у момент здійснення задуманого перебувати в стресовому стані, внаслідок чого він не може все передбачити й уникнути помилок [1].

Приховування злочину є відображенням вигаданої події і щодо приховуваної події носить характер неправдивого відображення. Ознаки ж приховування злочину іноді іменують негативними обставинами, маючи на увазі їх невідповідність справжньому відображенню злочину. Негативні обставини – це такі дані, що порушують уявлення слідчого про закономірні зв'язки в розвитку події чи явища.

Проаналізувавши матеріали слідчої практики, був складений перелік можливих типових негативних обставин, що вказують на інсценування, залежно від категорій кримінальних справ. [3]. Ці дані досить ефективно використовуються в практичній діяльності правоохоронних органів, що дає змогу більш удало здійснювати огляд місця події з метою виявлення і викриття інсценувань.

Багато вчених криміналістів дотримуються загальновизнаної класифікації негативних обставин як ознаки способу приховування злочину й поділяють їх на такі групи: негативні обставини – матеріально фіксовані сліди; негативні обставини – предмети; негативні обставини – відомості; негативні обставини – поведінка. Наприклад, М.В. Даньшин наголошує на тому, що залежно від способу їх виявлення ці обставини можуть бути поділені на явні (їх виявлення не потребує спеціальних прийомів) і заховані (для їх виявлення потрібні спеціальні пізнання чи спеціальні прийоми); можливо розрізняти за характером суперечності:

а) у відсутності чого-небудь, що суперечить можливому поясненню події;

б) у наявності чого-небудь, що суперечить припущенню [2].

Незалежно від виду негативних обставин у разі їх виявлення слідчий повинен їх ретельно перевірити, оскільки вони є підставою для сумніву відносно розслідуваної події й версій, що перевіряються. І все це підлягає подальшому дослідженню й оцінці.

Однією з найбільш важливих та інформативних початкових слідчих дій, яку проводять у процесі розслідування злочинів, прихованих інсценуванням, є допит підозрюваного. Такий допит, як правило, здійснюється відразу після огляду місця події. Проведення допиту після огляду місця події зумовлене виявленням негативних обставин, наявність яких припускає негайне з'ясовування їх характеру, місця і часу появи. Тактика допиту таких осіб здійснюється за правилами системи прийомів, спрямованих на викриття неправди в показаннях і на її викриття. Специфікою допиту у цьому разі є акцентування запитань щодо виявлених негативних обставин разом із детальним з'ясуванням усіх даних, що стосуються до того чи іншого виду інсценування. До системи прийомів допиту як підозрюваного, так і обвинуваченого входять: а) постановка додаткових запитань; б) постановка детальних запитань; в) постановка уточнювальних запитань; г) пред'явлення речових доказів; ґ) оголошення показань інших осіб; д) ознайомлення з протоколом огляду місця події; е) оголошення висновку експерта; є) оголошення результатів слідчого експерименту [5].

Оскільки інсценування події злочину завжди пов'язане з неправдою в показаннях, останню можна виявити таким прийомом, як виявлення суперечностей іншим даним у справі. Найчастіше це розбіжність показань із результатами огляду місця події, свідченнями інших осіб; наявністю внутрішніх суперечностей у самих показаннях; описом подій, особливо віддалених у часі, з надмірною точністю; збігом у дрібних деталях показань декількох допитуваних, що звичайно свідчить про змову; різним поясненням тих самих обставин на різних допитах; наполегливим кількаразовим повторенням допитуваним за власною ініціативою яких-небудь тверджень; відхиленням від відповіді на прямі запитання, спробою показати, що запитання слідчого незрозумілі; допущенням обмовки; наявністю висловів і категорій, не відповідних рівню освіти і розвитку допитуваного, які свідчать, що він говорить із чужих слів; приховуванням фактів, що за відомостями слідчого добре відомі допитуваному.

Під час допиту незалежно від процесуального положення допитуваного як підозрюваного слід звертати увагу на так звану винну поінформованість, яка полягає у повідомленні допитуваним таких обставин злочину, що можуть бути відомі тільки особі, яка вчинила злочин. Ця особа має такий рівень інформації і такої її спрямованості, що це повною мірою вказує на нього. Винна поінформованість може бути встановлена за досконалої підготовки до допиту, для цього необхідно знати всі обставини, що дає змогу точно аналізувати показання. Також винну поінформованість можна виявити шляхом постановки деталізуючих та уточнюючих запитань стосовно моментів спростування підозри. Винна поінформованість найчастіше виражається в так званих обмовках – випадковому повідомленні тих відомостей, які особа хотіла приховати, проте за емоційної напруги, що супроводжує її під час допиту, мимоволі видає.

Призначення і провадження експертиз. Під час розслідування злочинів даної категорії можуть бути призначені найрізноманітніші експертизи. Серед них – судово-медична, судово-хімічна, судово-біологічна, судово-балістична. Відповідно до характеру злочину (повішення, отруєння, автотранспортна подія, виробнича травма, що спричинила смерть) перед судово-медичним експертом ставиться комплекс запитань, серед яких головними є: причина смерті; чи була смерть насильницькою; яким способом і за яких обставин заподіяна смерть. Судово-медичний

експерт може вказати при цьому на низку обставин, що свідчать про інсценування події злочину (посмертний характер странгуляційної борозни, травм, заподіяних рухомим транспортом, та ін.). В окремих випадках висновок судово-медичного експерта суперечить матеріалам розслідування, підказуючи його інший напрям. За таких обставин може мати місце призначення повторної або комплексної судової експертизи [1]. У практиці розслідування вбивств, прихованих інсценуванням, знаходить застосування експертиза зброї та слідів її використання, за допомогою якої в низці випадків може бути викрито інсценування. Перелік запитань може змінюватися залежно від ситуації події і версій, що виникають у слідчого.

Поряд із названими видами судових експертиз можуть бути проведені: судово-хімічна експертиза у випадках, коли отруєння інсценується під природну смерть; судово-ботанічна та судово-біологічна, що сприяє викриттю смерті і часу її настання, по квітковому пилку і розвитку мікроорганізмів та ін.

Під час виявлення ознак інсценування вбивства в розумовій схемі слідчого, що висуває версії про подію злочину, існує паралельно ніби дві події: одна з них являє реально підготовлену картину події, друга виникає у разі виявлення інсценування. При цьому необхідно встановити, яка з них є дійсною, а яка помилковою. За подібних обставин на допомогу приходить дослідження логіки розвитку події, що характеризується наявністю закономірно виникаючих слідів, причинно зумовлених речових доказів, показань свідків, що пояснюють механізм події. На противагу так званій позитивній логіці розвитку подій можуть бути виявлені суперечності, які порушують уявлення слідчого про природний розвиток події, що випадають із логічного ланцюга взаємозалежних ознак злочинних дій та викликають підозру в правильному сприйнятті події злочину. При цьому моментом, що розриває ланцюг логічних уявлень, є виявлення негативних обставин, що своїм видом і характером відразу вказують на помилковість колишніх уявлень про подію, спрямовуючи мислення слідчого в інше русло, підказуючи шлях виявлення істини [4].

Під час здійснення планування та організації розслідування злочинів, прихованих інсценуванням, найбільш доцільнім і результативним є впровадження тактичних операцій, що об'єднують декілька дій, проведення яких спрямоване на вирішення певного слідчого завдання. Серед таких завдань, відповідно до висунутих версій, головними є: 1) встановлення злочинця; 2) виявлення доказів підготування інсценування; 3) встановлення мотивів учинення злочину; 4) встановлення способу вчинення і приховування злочину.

Визначення часу і характеру тактичної операції не повинно бути жорстким, ці показники можуть видозмінюватися залежно від ситуації.

Перша тактична операція – встановлення злочинця – містить у собі: а) огляд місця події і трупа, що припускає виявлення негативних обставин; б) затримання підозрюваного; в) допит підозрюваного; г) допит свідків; ґ) проведення оперативних заходів для встановлення можливих свідків і з'ясування характеру взаємовідносин між підозрюваним і убитим.

Друга тактична операція – виявлення доказів підготування інсценування містить у собі: а) допит можливих свідків для створення відповідної інформації про убитого, його наміри поїхати, покінчити життя самогубством та ін.; б) допит підозрюваного про характер взаємовідносин між ним і потерпілим, а також із питань підшукання необхідних способів для реалізації інсценування злочинного задуму; в) встановлення місць придбання знарядь і засобів, необхідних для вчинення вбивства, шляхом проведення оперативних заходів; г) допит осіб, у яких купувалася (діставалася) зброя або інші засоби, згодом використані для вчинення злочину.

Третя тактична операція – встановлення мотивів вчинення злочину – містить у собі такі слідчі та оперативно-розшукові дії: а) допит підозрюваного про мотиви вчинення злочину (позбутися турботи про хворого або старезного; позбутися від дружини (чоловіка) і дитини з метою придбання свободи дій: вступу в інший шлюб, ведення розгульного способу життя, одержання спадщини, одержання житла, заміщення посади, що звільнилася, тощо); б) допит свідків про наміри підозрюваного, поведінку і дії, що передували вчиненню злочину: бесіди про свої бажання, наміри, обставини, що заважають їх здійсненню, тощо; в) провадження обшуків із метою виявлення знарядь злочину, а також даних, що свідчать про їх підготування (виявлення боєприпасів для стрільби, зброї, мотузкових матеріалів для інсценування самогубства, передсмертних листів); г) допити осіб, з якими підозрюваний був у найбільш близьких стосунках і з якими могло бути пов'язане здійснення злочинних намірів (коханці, співучасники).

Четверта тактична операція – встановлення способу вчинення і приховування злочину – містить у собі такі слідчі дії та оперативно-розшукові заходи: а) огляд місця події і трупа з метою з'ясування способу вчинення злочину і механізму його здійснення; б) призначення судових

експертиз, у тому числі судово-медичної, судово-хімічної, судово-балістичної та ін., з метою визначення причини смерті та виявлення тих чи інших негативних обставин; в) установлення способу створення інсценування як способу приховування злочину шляхом огляду місця події, допиту підозрюваного і зіставлення їх результатів; г) провадження обшуків на квартирах підозрюваного і можливих співучасників із метою виявлення доказів інсценування злочину.

Висновки. Таким чином, розглянувши види негативних обставин, що є підставою для вирішення розумових завдань, пов'язаних із виявленням інсценування й побудовою слідчих версій, наголошено на їх практичному значенні у зв'язку з тим, що вони порушують логіку розвитку злочинної події і тим самим дають змогу досить швидко знайти дані, що вказують на інсценування події. Теоретичне і практичне значення під час розслідування прихованих злочинів має проведення початкових слідчих дій, особливо таких, як огляд місця події, що містить комплекс найважливішої доказової інформації, допит підозрюваного, залучення експерта для проведення судових експертиз, обшук. Під час вивчення провадження окремих слідчих дій у статті звертається увага на такі їх тактичні прийоми, що сприяють виявленню негативних обставин і тим самим створюють підстави для висунення слідчих версій.

Список використаних джерел:

1. Даньшин М.В. Проблема систематизації способів приховування злочинів у криміналістиці. *Вісник юридичного факультету ХНУ ім. В.Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2007. № 1(2). С. 93–103.

2. Даньшин М.В. Класифікація способів приховування злочинів у криміналістиці : навчальний посібник. Харків : ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2007. 116 с.

3. Кримінальне право. Особлива частина : підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 2. 780 с.

4. Шевчук В.М. Методика розслідування контрабанди: проблеми теорії та практики : монографія. Харків : Гриф, 2003. 280 с.

5. Шепитько В.Ю. Про негативні обставини і фальшиве відображення в розслідуванні злочинів. *Слідча практика України*. Київ, 1998. С. 34–41.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32844/2618-1258.2020.5-1.29

ТАРАСЕНКО О.С.

ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЯ ЯК ЗАХІД ВСТАНОВЛЕННЯ ДИСТАНЦІЇ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У МЕЖАХ ПРОТИДІЇ ПОШИРЕННЮ ІНФЕКЦІЙНИХ ХВОРОБ

VIDEOCONFERENCE AS A MEASURE OF DISTANCE ESTABLISHMENT DURING INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS IN THE FRAMEWORK OF COUNTERACTING THE SPREAD OF INFECTIOUS DISEASES

Метою статті є висвітлення проблемних питань, пов'язаних із проведенням окремих слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції під час досудового розслідування як заходу встановлення дистанції в рамках протидії поширенню інфекційних хвороб, зокрема коронавірусної хвороби COVID-19 та туберкульозу. У статті розглянуто потребу забезпечення безпеки населення, зокрема учасників кримінального провадження в умовах пандемії коронавірусу COVID-19 та епідемії туберкульозу в Україні. Охарактеризовано причини та умови, за яких зростає ризик інфікування учасників кримінального провадження під час проведення слідчих (розшукових) дій у разі проведення їх у звичайному режимі за місцем здійснення досудового розслідування. Приділено увагу потребі консолідації зусиль із метою подолання спалаху вказаного смертельно небезпечного недугу, викликаного коронавірусом SARS-CoV-2 та вжитті заходів з уникнення або зменшення ризику інфікування іншими інфекційними хворобами. Наголошено на необхідності дотримуватися дистанції з метою уникнення ризику інфікування. Висвітлено можливість проведення процесуальних дій, зокрема слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції під час досудового розслідування (дистанційне кримінальне провадження). Охарактеризовано відеоконференцію як захід, спрямований на дотримання дистанції та, своєю чергою, зменшення ризику інфікування коронавірусною хворобою COVID-19, туберкульозом та іншими інфекційними хворобами. Проаналізовано підстави, за яких законодавчо дозволено проведення допиту осіб (у тому числі одночасного допиту двох раніше допитаних осіб), упізнання осіб чи речей у режимі відеоконференції, та надано пропозиції з тлумачення норм кримінального процесуального законодавства, якими вони закріплені. Охарактеризовано пандемію коронавірусної хвороби COVID-19 та епідемію туберкульозу як одну з підстав проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції. Розглянуто переваги та недоліки, що вбачають вчені-криміналісти та процесуалісти, під час проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції. Запропоновано шляхи вирішення проблемних питань із метою популяризації та поліпшення якості проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції.

Ключові слова: *дистанція, COVID-19, туберкульоз, ризик інфікування, забезпечення безпеки, відеоконференція, слідчі (розшукові) дії.*

The purpose of the article is to highlight the problematic issues related to the conduct of certain investigative (search) actions by videoconference during the pre-trial investigation as a distance measure in the fight against the spread of infectious diseases, including coronavirus COVID-19 and tuberculosis. The article considers the need to ensure the safety of the population, in particular, participants in criminal proceedings in the context of the COVID-19 coronavirus pandemic and the tuberculosis epidemic in Ukraine. The reasons and conditions under which the risk of infection of participants in criminal proceedings increases during the investigative (search) actions in the case of conducting

© ТАРАСЕНКО О.С. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри оперативно-розшукової діяльності (Національна академія внутрішніх справ)

them in the usual manner at the place of pre-trial investigation are described. Attention is paid to the need to consolidate efforts to overcome the outbreak of this deadly disease caused by the coronavirus SARS-CoV-2 and to take measures to avoid or reduce the risk of infection with other infectious diseases. Emphasis is placed on the need to keep a distance in order to avoid the risk of infection. The possibility of carrying out procedural actions, in particular, investigative (search) actions in the mode of videoconference during the pre-trial investigation (remote criminal proceedings) is highlighted. Videoconferencing has been described as a measure aimed at keeping distance and, in turn, reducing the risk of infection with coronavirus COVID-19, tuberculosis and other infectious diseases. The grounds on which the interrogation of persons is allowed by law (including simultaneous interrogation of two previously interrogated persons), identification of persons or things by videoconference are analyzed and proposals on interpretation of the norms of criminal procedure legislation are enshrined. The crown pandemic of the COVID-19 viral disease and the tuberculosis epidemic have been described as one of the grounds for conducting investigative (search) actions by videoconference. The advantages and disadvantages that forensic scientists and proceduralists see during investigative (search) actions in the mode of videoconference are considered. Ways to solve problematic issues in order to promote and improve the quality of investigative (search) actions in the mode of videoconferencing are proposed.

Key words: *distance, COVID-19, tuberculosis, risk of infection, security, videoconference, investigative (search) actions.*

Вступ. Дистанційне проведення окремих слідчих (розшукових) дій значно розширює можливості кримінального провадження шляхом модернізації та комп'ютеризації. Окрім того, воно надає можливість гарантувати захист прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, зокрема в аспекті забезпечення їх безпеки. Відповідно, поняття «забезпечення безпеки учасників кримінального провадження» слід розглядати не лише як фізичний захист їхнього життя та здоров'я від протиправних посягань, а й із погляду запобігання поширенню на них інфекційних хвороб під час їхньої участі у досудовому розслідуванні.

Особливо актуальною потреба забезпечення безпеки учасників кримінального провадження виступає в умовах пандемії коронавірусу COVID-19 та епідемії туберкульозу в Україні. Як відомо, ще у 1993 році Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) оголосила туберкульоз глобальною проблемою людства [1], та вже за два роки, а саме у 1995 році, в Україні було офіційно зареєстровано епідемію вказаного недугу [2], яку донині не подолано. Своєю чергою, спалах коронавірусу COVID-19 у світі як пандемію ВООЗ було охарактеризовано 11 березня 2020 року [3]. Однак на тлі боротьби з коронавірусною хворобою COVID-19 інші інфекційні хвороби, які загрожують життю та здоров'ю людей, не залишаються осторонь, а лише прогресують, оскільки все більше лікарень, профільних медичних закладів та лікарів були перепрофільовані під нововиявлений штам коронавірусу SARS-CoV-2. Відповідно, населення усього світу має консолідувати зусилля, аби подолати спалах вказаного смертельно небезпечного недугу та вживати заходів з уникнення або зменшення ризику інфікування іншими інфекційними хворобами, поширення яких є не менш небезпечним для життя людей.

Постановка завдання. Метою статті є висвітлення проблемних питань, пов'язаних із проведенням окремих слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції під час досудового розслідування як заходу встановлення дистанції в рамках протидії поширенню інфекційних хвороб, зокрема коронавірусної хвороби COVID-19 та туберкульозу.

Результати дослідження. Фахівці у галузі медицини зазначають, що найкращим засобом уберегтися від інфекційних хвороб, що передаються повітряно-крапельним шляхом, зокрема коронавірусної хвороби COVID-19, є дотримання дистанції не менш як півтора метра з інфікованою особою. Варто зазначити, що під час проведення більшості слідчих (розшукових) дій, зокрема допиту, одночасного допиту двох або більше раніше допитаних осіб, пред'явлення осіб, речей для впізнання тощо, які здебільшого здійснюються за місцем проведення досудового розслідування, тобто у кабінеті слідчого, витримати між кожним з учасників, які можуть потенційно бути інфікованими, зазначену дистанцію досить складно. Це пов'язано, зокрема, з площею робочого кабінету слідчого, а також процесуальним порядком та тактикою проведення слідчих (розшукових) дій. Відповідно, постає потреба у вирішенні зазначеного питання шляхом пошуку

альтернативних засобів та заходів, які б забезпечили безпечне з погляду можливості інфікування проведення слідчих (розшукових) дій та не впливали б на якість та повноту розслідування.

Із цього приводу ми цілком погоджуємося з думкою М. Погорецького та О. Старенького, які до числа таких правових заходів у сфері кримінальної юстиції відносять можливість проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час кримінального провадження (дистанційне кримінальне провадження) [4], процесуальний порядок проведення якого закріплено статтею 232 та, бланкетно, статтями 224, 225, 226, 227, 228 та 229 Кримінального процесуального кодексу України.

Варто зазначити, що, враховуючи новизну та складність розв'язання, проблеми проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції були предметом досліджень багатьох учених-процесуалістів та криміналістів, зокрема: А. Волобуєва, А. Гаркуші, Р. Дударця, С. Книженка, Л. Лобойка, Т. Михальчука, Д. Міровця, М. Пашковського, Д. Письменного, М. Погорецького, А. Сизоненка, М. Смирнова, Ф. Сокирана, О. Старенького, С. Стахівського, О. Татарова, В. Тертишника, В. Фаринника, М. Цуцкерідзе, І. Цюприка, Н. Черняк, А. Шевчишена. Однак недостатньо уваги було приділено науковцями та практичними співробітниками розробленню рекомендацій та алгоритму проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції як ефективного заходу в рамках протидії поширенню інфекційних хвороб.

У цьому аспекті нами визначено низку обставин, за яких застосування відеоконференції «убезпечує» проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема:

– уникнення від ризику інфікування через спільні риси поширення інфекційних захворювань, а саме повітряно-крапельний (від людини до людини) та контактний (через спільні предмети користування) способи інфікування;

– можливість обмеження фактичної присутності під час проведення слідчих (розшукових) дій значної кількості осіб, зокрема віднесених до груп підвищеного ризику інфікування:

– уникнення безпосереднього фізичного контакту між учасниками слідчих (розшукових) дій;

– гарантоване дотримання безпечної дистанції;

– уникнення можливості користування спільними речами та предметами;

– можливість не перебувати у громадських місцях та місцях значного скупчення людей;

– зниження психологічного напруження осіб, які в період карантинних обмежень, епідемії та пандемії змушені брати участь у слідчих (розшукових) діях, де можливе перебування значної кількості людей (слідчий, захисник, поняті, статисти, спеціалісти тощо).

Згідно зі статтею 232 КПК України, до випадків, за яких можливе проведення допиту осіб (у тому числі одночасного допиту), впізнання осіб чи речей у режимі відеоконференції під час досудового розслідування, законодавством віднесено такі:

1) неможливість безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин;

2) необхідність забезпечення безпеки осіб;

3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого;

4) необхідність ужиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування;

5) наявність інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею достатніми [5].

Таким чином, перелік підстав для проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції не є вичерпним, оскільки достатність інших підстав у кожному випадку визначається процесуальною особою, яка самостійно приймає рішення про дистанційне проведення слідчої (розшукової) дії.

Уважаємо, що масштабне поширення коронавірусної хвороби COVID-19, туберкульозу та інших інфекційних хвороб, негативні наслідки для людини та держави, спричинені ними, а також можливість забезпечити безпеку учасників від ризику інфікування аксіоматично виступають достатньою підставою для проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції, що корелюється з положеннями Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про переведення єдиної державної системи цивільного захисту у режим надзвичайної ситуації» від 25.03.2020 № 338-р [6].

Також слушною є думка Є. Почтової, яка, розглядаючи ризик інфікування туберкульозом під час проведення одночасного допиту, зазначає, що наявність у одного з учасників заразної форми туберкульозу може підпадати під дію пунктів 1 та 2 частини 1 статті 232

КПК України, однак пропонує наявність у однієї з осіб, між якими планується проведення одночасного допиту заразної форми туберкульозу, відносити саме до пунтку 5 частини 1 статті 232 КПК як іншої достатньої підстави проведення одночасного допиту у режимі відеоконференції, що полегшить сприйняття мотивувальної частини постанови [7]. Однак ураховуючи, що коронавірусна хвороба COVID-19 та інші інфекційні захворювання можуть протікати безсимптомно та слідчий не завжди має можливість володіти достовірною інформацією про наявність у особи зазначених хвороб, доцільно проводити слідчі (розшукові) дій у режимі відеоконференції, коли учасники досудового розслідування відносяться до груп підвищеного ризику інфікування та у випадках, коли є підстави вважати або є дані, що свідчать про можливу наявність у особи захворювання.

Варто зазначити, що дотепер у наукових колах ведуться дискусії стосовно застосування відеоконференцзв'язку під час здійснення досудового розслідування. Хоча більшість науковців убачає прогресивність, модернізацію, спрощення, оперативність у проведенні слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції, однак небезпідставними є й певні недоліки, що вбачають науковці, зокрема:

– послаблення психологічного впливу на учасників одночасного допиту як одного з основних чинників, що сприяє встановленню істини під час проведення цієї слідчої дії [8, с. 26];

– проблема фінансового забезпечення відеоконференцзв'язку у кримінальному процесі та витрати, пов'язані з початковим установленням обладнання та налагодженням каналів для відеоконференцзв'язку, що мають глобальний характер [9, с. 480; 10];

– мала обізнаність працівників у конкретних питаннях, які стосуються технічних засобів, та відсутність відповідного матеріального забезпечення, конкретно щодо новітніх технічних засобів і осіб, які мають відповідний рівень знань у технічно галузевих питаннях [11].

У цьому аспекті слушною є ремарка І. Строкова, який наголошує, що досить складно відповісти на запитання, чому саме віддається перевага в боротьбі зі злочинністю – захисту прав та свобод людини (в частині забезпечення безпеки учасників кримінального провадження та використання відеоконференції) або забезпеченню повноти досудового розслідування шляхом використання низки психологічних прийомів і методів під час безпосереднього спілкування з особою без застосування відеоконференції? [12, с. 107].

Висновки. Урахування такої переваги проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції, як уникнення ризику інфікування в рамках протидії поширення інфекційних хвороб, наштовхує на опрацювання зазначених недоліків та, відповідно, спонукає до поширення частоти застосування дистанційного проведення досудового розслідування серед практичних співробітників органів досудового розслідування. Своєю чергою, це вимагає від особи, що його проводить, належних знань, умінь та навичок стосовно підготовки (активації технічних засобів відеозапису, перевірки наявності вільного місця на внутрішньому носії відеозапису, перевірки працездатності технічних засобів відеозапису тощо) та порядку проведення одночасного допиту в режимі відеоконференції. Лише якісна підготовка до проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції може забезпечити досягнення мети досудового розслідування та слугувати ефективним заходом установлення дистанції в рамках протидії поширенню інфекційних хвороб.

Список використаних джерел:

1. Туберкульоз : методичні матеріали для викладачів предмету ОБЖ загальноосвітніх шкіл / Навчально-методичний центр цивільного захисту та безпеки життєдіяльності Полтавської області. URL: http://www.suhodilske-school.edukit.kr.ua/Files/downloads/Туберкульоз.doc.

2. Епідеміологія туберкульозу у світі, сучасні підходи до організації протитуберкульозних заходів / Ю.І. Фещенко та ін. *Український пульмонологічний журнал*. 2003. № 4. С. 5–10. URL: http://www.ifp.kiev.ua/doc/journals/upj/03/pdf03-4/5.pdf.

3. Коронавірусна інфекція COVID-19. *Центр громадського здоров'я МОЗ України* : офіц. вебсайт. URL : https://phc.org.ua/kontrol-zakhvoryuvan/inshi-infekciyni-zakhvoryuvannya/koronavirusna-infekciya-covid-19.

4. Погорецький М., Старенький О. Встановлюємо дистанцію! Дистанційне кримінальне провадження в умовах поширення коронавірусу (COVID-19). *Закон і бізнес*. 2002. № 13(1467). URL: https://zib.com.ua/ua/print/142090-distanciyne_kriminalne_provadzhennya_v_umovah_poshirennya_ko.html.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2013 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України.* 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88 (редакція від 03.07.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

6. Про переведення єдиної державної системи цивільного захисту у режим надзвичайної ситуації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25.03.2020 № 338-р / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/338-2020-%D1%80#Text.

7. Почтова Є.С. Наявність в учасника заразного туберкульозу як підстава проведення одночасного допиту в режимі відеоконференції: процесуальний аспект. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. Вип. 5. С. 118–121. URL: http://apnl.dnu.in.ua/5_2018/28.pdf.

8. Стахівський С.М. Слідчі дії як основні засоби збирання доказів : науково-практичний посібник. Київ : Атіка, 2009. 64 с.

9. Павлова Н.В. Проблеми та перспективи дистанційного судочинства. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 477–484.

10. Козаков О. Відеоконференції у судовому процесі: за і проти. *Правовий тиждень.* URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123158.

11. Симчук А.С., Манубата Д.Е. Особливості та проблематика проведення допиту та пред'явлення для впізнання в режимі відеоконференції. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/jspui/handle/123456789/4129.

12. Строков І. Забезпечення прав і свобод людини у кримінальному судочинстві. *Право України*. 2001. № 3. С. 106–110.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

ГАВРЕЦЬКА М.Й. ПРАВОВИЙ РЕЖИМ УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ В ПЕРІОДИЧНИХ ВИДАННЯХ СХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XIX – НА ПОЧАТКУ XX СТОЛІТТЯ.....3

ДУРНОВ Є.С. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ В УМОВАХ ПЕРЕХІДНОГО СУСПІЛЬСТВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....10

КУБКО А.Є. ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ ТА ДЕРЖАВНІ ІНТЕРЕСИ.....16

ЧУДНОВСЬКИЙ О.В. СУДОВА РЕФОРМА 1864 Р. ТА ПРОКУРАТУРА НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ.....22

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

БОЙКО І.В. ОСНОВНІ ЗАВДАННЯ ТА ФУНКЦІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ РОЗВІДУВАЛЬНИМ ОРГАНОМ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ.....28

КОЛОДІЙ О.А. КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ: ЕЛЕМЕНТНИЙ СКЛАД.....39

КУЛІ-ІВАНЧЕНКО К.К., ТРУШКІНА А.Д. ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ.....44

ПАРХОМЕНКО М.М., БУЛГАКОВА О.Д. ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦТВА ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯН АБО ДЕРЖАВИ ЗА НОВИМИ ЗАСАДАМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПРЕДСТАВНИЦТВА ОСОБИ В СУДІ ЗГІДНО З ОСНОВНИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ.....50

САВИЧ Є.С. ДУАЛІСТИЧНА ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЗВЕРНЕННЯ.....56

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

КОЛІСНИК О.В. ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ НА СТАДІЇ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ ТА ЄДНІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ.....64

КОЛОМІЄЦЬ Я.Л. ВИЗНАЧЕННЯ БЕЗСПІРНОСТІ ПІД ЧАС ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧИХ НАПИСІВ.....71

ПАРИЗЬКИЙ І.В. ОСОБЛИВОСТІ МАРКЕТИНГУ АДВОКАТСЬКИХ ПОСЛУГ: ОБМЕЖЕННЯ ТА МОЖЛИВОСТІ.....78

ПОДОЛЄВА А.І. СПЕЦИФІКА ДОГОВОРІВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ: ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ В УМОВАХ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА.....87

СЬОМІН О.С. ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА НАПРЯМИ ВИРІШЕННЯ.....93

ТІМУШ І.С., КОВАЛЬ І.О. ДЕІНСТИТУАЛІЗАЦІЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ.....99

ТРУДОВЕ ПРАВО;
ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

КИТАЙГОРОДСЬКА В.В. СЛУЖБА В ОРГАНАХ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ВИД ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ.....104

КОЗІН С.М. МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ В УКРАЇНІ ДОСВІДУ НІМЕЧЧИНИ У СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ МІГРАНТІВ.....114

ШВЕЦЬ В.О. ЗАГАЛЬНА СУТНІСТЬ СТАБІЛЬНИХ І НЕСТАБІЛЬНИХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН.....119

ШКАРУПА К.В. НАСЛІДКИ ЗОВНІШНЬОЇ ТРУДОВОЇ МІГРАЦІЇ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ДОСВІД.....124

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО;
ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

КАРТАШОВ М.С. ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНОПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ.....128

ХАРКОВЕЦЬ О.П. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИДОБУВАННЯ БУРШТИНУ.....135

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА;
СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

ВИГІВСЬКИЙ І.М. ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ТАКТИКА ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В ПРОЦЕСІ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО ІЗ ЗАХОПЛЕННЯМ ЗАРУЧНИКІВ.....142

ГРИЩЕНКО О.В. ВИКОРИСТАННЯ БАЛІСТИЧНОГО ОБЛІКУ В МЕТОДИЦІ РОЗСЛІДУВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ.....147

ДРОЗД В.Г. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОВЕДЕННЯ ОДНОЧАСНОГО ДОПИТУ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ КОРОНАВІРУСУ COVID-19 ТА ЕПІДЕМІЇ ТУБЕРКУЛЬОЗУ.....153

ІВАЩЕНКО Ю.М. ПОШУК, ВІДСТЕЖЕННЯ ТА ІДЕНТИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИННИХ ДОХОДІВ ЯК ПРОЯВ ВИКОРИСТАННЯ ФІНАНСОВИХ РОЗСЛІДУВАНЬ НАЦІОНАЛЬНИМ АГЕНТСТВОМ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ВИЯВЛЕННЯ, РОЗШУКУ Й УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ, ОДЕРЖАНИМИ ВІД КОРУПЦІЙНИХ ТА ІНШИХ ЗЛОЧИНІВ І ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ УКРАЇНИ.....158

КОНЄВ І.Є. ПРОБЛЕМАТИКА ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ САМОСТІЙНОСТІ ТА НЕЗАЛЕЖНОСТІ СЛІДЧОГО В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ.....168

МИРОШНИЧЕНКО Т.М. ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМАТИВНОГО ЗМІСТУ ЗАСАДИ НЕДОТОРКАННОСТІ ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ У ХОДІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ.....176

СЕМЕНОГОВ В.В. ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДЕЯКИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ З ОЗНАКАМИ ПРИХОВУВАННЯ.....182

ТАРАСЕНКО О.С. ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЯ ЯК ЗАХІД ВСТАНОВЛЕННЯ ДИСТАНЦІЇ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У МЕЖАХ ПРОТИДІЇ ПОШИРЕННЮ ІНФЕКЦІЙНИХ ХВОРОБ.....187

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW; HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

HAVRETSKA M.I. LEGAL REGIME OF THE UKRAINIAN LANGUAGE IN PERIODICALS OF EASTERN GALICIA IN THE SECOND HALF OF THE XIX – EARLY XX CENTURY.....3

DURNOV YE.S. JUDICIAL LAWMAKING IN A TRANSITIONAL SOCIETY: THEORETICAL AND LEGAL ASPECT.....10

KUBKO A.IE. TO THE ISSUE OF THE RESPONSIBILITY OF THE STATE AND THE STATE INTERESTS.....16

CHUDNOVSKYI O.V. JUDICIAL REFORM OF 1864 AND THE PROSECUTOR'S OFFICE ON UKRAINIAN LANDS AS PART OF THE RUSSIAN EMPIRE.....22

CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

BOIKO I.V. MAIN TASKS AND FUNCTIONS OF ENSURING THE INTERNAL SECURITY OF THE STATE BY THE INTELLIGENCE BODY OF THE STATE BORDER SERVICE OF UKRAINE.....28

KOLODII O.A. CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF THE UKRAINIAN PEOPLE: ELEMENTAL COMPOSITION.....39

KULI-IVANCHENKO K.K., TRUSHKINA A.D. PROBLEMS AND PROSPECTS OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL REGULATION OF SURROGACY IN UKRAINE.....44

PARKHOMENKO M.M., BULHAKOVA O.D. PROBLEMS OF REALIZATION OF THE FUNCTION OF REPRESENTATION OF INTERESTS OF CITIZENS OR THE STATE ON NEW PRINCIPLES OF FUNCTIONING OF INSTITUTE OF REPRESENTATION OF THE PERSON IN COURT ACCORDING TO THE BASIC LAW OF UKRAINE.....50

SAVYCH YE.S. THE DUALISTIC NATURE OF THE CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHT TO APPEAL.....56

CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; PRIVATE INTERNATIONAL LAW

KOLISNYK O.V. DISCRETIONARY POWERS OF THE COURT AT THE STAGE OF INITIATING CIVIL PROCEEDINGS AND UNITY OF JUDICIAL PRACTICE.....64

KOLOMIIETS YA.L. DETERMINATION OF INDISPUTABILITY DURING THE EXECUTION OF ENFORCEMENT INSCRIPTIONS.....71

PARYZKYI I.V. FEATURES OF MARKETING OF LEGAL SERVICES: LIMITATIONS AND OPPORTUNITIES.....78

PODOLIEVA A.I. SPECIFICITY OF CONTRACTS ON THE INTERNET: THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT IN THE INFORMATION SOCIETY.....87

SOMIN O.S. LEGAL PLACEMENT OF ORPHANS AND CHILDREN DEPRIVED OF PARENTAL CARE: PROBLEM ISSUES AND SOLUTIONS.....93

TIMUSH I.S., KOVAL I.O. DEINSTITUALIZATION: FOREIGN EXPERIENCE AND UKRAINIAN REALITIES.....99

LABOR LAW;
SOCIAL SECURITY LAW

KYTAIHORODSKA V.V. SERVICE IN THE LOCAL GOVERNMENT BODIES AS THE TYPE OF PUBLIC SERVICE IN UKRAINE.....104

KOZIN S.M. OPPORTUNITIES TO USE GERMANY'S EXPERIENCE IN UKRAINE IN THE FIELD OF LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF LABOR RIGHTS OF MIGRANTS.....114

SHVETS V.O. GENERAL ESSENCE OF STABLE AND UNSTABLE LABOR RELATIONS.....119

SHKARUPA K.V. CONSEQUENCES OF EXTERNAL LABOR MIGRATION: DOMESTIC EXPERIENCE.....124

LAND LAW; AGRARIAN LAW; ENVIRONMENTAL LAW;
NATURAL RESOURCE LAW

KARTASHOV M.S. FEATURES OF CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL OFFENSES.....128

KHARKOVETS O.P. SOME PROBLEMS OF LEGAL REGULATION AMBER MINING.....135

CRIMINAL PROCEDURE AND FORENSIC SCIENCE;
LEGAL EXPERTISE; OPERATIVE INVESTIGATIVE ACTIVITY

VYHIVSKYI I.M. ORGANIZATION AND TACTICS OF CONDUCTING A SEARCH DURING THE INVESTIGATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS RELATED TO HOSTAGE-TAKING.....142

HRYSHCHENKO O.V. THE USE OF BALLISTIC ACCOUNTING IN THE METHODOLOGY OF INVESTIGATION OF CERTAIN TYPES OF CRIMINAL OFFENSES.....147

DROZD V.H. PROBLEMATIC ISSUES OF SIMULTANEOUS INTERROGATION IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC AND THE TUBERCULOSIS EPIDEMIC.....153

IVASHCHENKO YU.M. SEARCH, TRACKING AND IDENTIFICATION OF CRIMINAL PROCEEDS AS MANIFESTATION OF THE USE OF FINANCIAL INVESTIGATIONS BY THE NATIONAL AGENCY OF UKRAINE FOR FINDING, TRACING AND MANAGEMENT OF ASSETS DERIVED FROM CORRUPTION AND OTHER CRIMES AND THE STATE FINANCIAL MONITORING SERVICE OF UKRAINE.....158

KONIEV I.IE. THE PROBLEM OF PROCEDURAL INDEPENDENCE AND AUTONOMY OF THE INVESTIGATOR IN MODERN UKRAINE.....168

MYROSHNYCHENKO T.M. THE CERTAIN ISSUES OF NORMATIVE CONTENT IMPLEMENTATION OF THE INVIOLABILITY PRINCIPLE OF PERSON'S HOUSING OR OTHER OWNERSHIP IN THE COURSE OF CRIMINAL PROCEDURAL EVIDENCE.....176

SEMENOHOV V.V. FEATURES OF SOME INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS IN THE INVESTIGATION OF CRIMES WITH SIGNS OF CONCEALMENT.....182

TARASENKO O.S. VIDEOCONFERENCE AS A MEASURE OF DISTANCE ESTABLISHMENT DURING INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS IN THE FRAMEWORK OF COUNTERACTING THE SPREAD OF INFECTIOUS DISEASES.....187

НАУКОВИЙ ВІСНИК ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Випуск 5, том 1, 2020

Відповідальний за випуск – В.В. Галунько

Науковий редактор – О.Ю. Дрозд

Коректори: Я.І. Вишнякова, Н.В. Пірог

Комп'ютерне верстання – Ю.В. Ковальчук

Підписано до друку 06.08.2020. Формат 70х100/16.
Обл.-вид. арк. 19,88. Ум.-друк. арк. 15,93.
Наклад 300 прим. Зам. № 0321/83.

Надруковано: ТОВ «Видавничий дім «Гельветика»
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018
Україна, 03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Тел. +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua