

Правова позиція

(правонаступник наукового журналу
“Вісник Академії митної служби України.
Серія: “Право”)

№ 2 (27)

*Включено до Переліку наукових фахових видань України, у яких
можуть публікуватися результати дисертаційних робіт
з юридичних наук (Наказ Міністерства освіти і науки України
від 17.03.2020 р. № 409, додаток 1)*



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

Правова позиція
(правонаступник наукового журналу “Вісник Академії митної служби України.
Серія: “Право”)

Науковий журнал

Видається чотири рази на рік

Рекомендовано до друку та до поширення через мережу Інтернет вченою радою
Університету митної справи та фінансів (протокол № 11 від 13.05.2020)

**«Правова позиція» включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus International (Республіка Польща)**

Редакційна колегія:

Приймаченко Д. В. – д.ю.н., проф.

(головний редактор);

Мінка Т. П. – д.ю.н., доц.

(заступник головного редактора);

Варава В. В. – к.ю.н., доц.;

Гармаш Є. В. – к.ю.н., доц.;

Гелерт Лотар – д.ю.н., проф., Німецький урядовий

університет державного управління

(Федеративна Республіка Німеччина);

Гречанюк С. К. – д.ю.н., проф.;

Додін Є. В. – д.ю.н., проф.,

заслужений діяч науки і техніки України;

Кашубський Михайл – доктор філософії, доц.,

Університет Чарльза Стерта, голова Секретаріату

Міжнародної мережі митних університетів (Австралія);

Книш С. В. – к.ю.н., доц.;

Легеза Є. О. – д.ю.н., проф.;

Ліпінський В. В. – к.ю.н., доц.;

Лютіков П. С. – д.ю.н., доц.;

Макаренко А. В. – к.ю.н.;

Миронюк Р. В. – д.ю.н., проф.;

Перепьолкін С. М. – к.ю.н., доц.;

Раковський Мачей – доктор габ., доц.,

Лодзький університет (Республіка Польща);

Сабо Андреа – доктор наук, проф.,

Університет публічної служби (Угорська Республіка);

Сироїд Т. Л. – д.ю.н., проф.;

Тертишник В. М. – д.ю.н., проф.;

Тильчик В. В. – к.ю.н., доц.;

Чижович Вслав – доктор наук у галузі митної політики

та митного права, проф., Головна торгова школа у Варшаві

(Республіка Польща);

Щербина В. І. – д.ю.н., проф.

ISSN 2521-6473

Коректори: Н. В. Пірог, Н. С. Ігнатова
Комп'ютерна верстка: Ю. С. Семенченко

Свідоцтво про державну реєстрацію: серія КВ № 21947-11847ПР від 31.12.2015 р.

Адреса: м. Дніпро, вул. Володимира Вернадського, 2/4, 49000

Тел.: +38 (099) 729 63 79

E-mail: editor@legalposition.umsf.in.ua

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1

Телефони: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

Підписано до друку 16.05.2020. Формат 60×84/8. Папір офсетний.

Гарнітура Таймс. Ум. друк. арк. 18,83. Обл.-вид. арк. 19,91.

Наклад 300 прим. Замовлення № 0620/159.

ЗМІСТ

ІСТОРІЯ ТА ТЕОРІЯ ПРАВА

І. В. Ковбас. Державні нагороди: новаційні доктринально-правові підходи до виокремлення їх видів.....	7
О. О. Фаст. Розвиток уявлень про межі державної влади в середньовічній Європі.....	15
Т. О. Чепульченко, Н. О. Левіцька. Перспективи розвитку інституту президенства в Україні.....	21

АДМІНІСТРАТИВНЕ ТА МИТНЕ ПРАВО

О. Л. Макаренков. Добросесність у гуманітарній сфері діяльності виконавчої гілки державної влади як індикатор ефективності та верховенства публічного права.....	25
М. А. Носкова. Концептуальні основи ризикоорієнтованої системи податкового контролю.....	32
О. Ю. Піддубний. Волеузгодження як засіб реалізації повноважень органів місцевого самоврядування – сторін адміністративного договору з питань об'єднання об'єктів комунальної власності, виконання спільних програм та спільного фінансування господарюючих суб'єктів.....	37
Д. С. Припутень. Громадський контроль за діяльністю Національної поліції України.....	42
М. І. Смокович. Системний аналіз норм національного законодавства, які регулюють представництво в адміністративному процесі.....	48
Г. В. Соломенко. Правові основи створення та діяльності податкової міліції в Україні.....	54
Я. Я. Сташків. Адміністративно-правові засади реалізації дільничними офіцерами поліції заходів індивідуальної профілактики злочинів та адміністративних правопорушень.....	59
О. М. Фесенко. Принципи адміністративно-правового захисту інвестицій в Україні.....	66
П. О. Яковлев. Механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки України.....	74

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Т. С. Гудіма. Методологічні засади удосконалення поняття «грошово-кредитна політика».....	78
П. Д. Гуйван. Свобода вираження думки у ЗМІ: критерії правомірності реалізації права.....	83
С. В. Завальнюк. Проблематика співвідношення понять «прогаліни в цивільному законодавстві» та «прогаліни в цивільному праві».....	88
Н. Б. Москалюк. Припинення права державної власності через механізм приватизації: історичні аспекти, сучасний стан та перспективи розвитку.....	93
Т. В. Наконечна. До питання співвідношення договору перевезення з іншими транспортними договорами за законодавством України та іноземних країн.....	100
Р. Б. Сірко. До питання становлення та розвитку законодавства з питань відносин, що виникають із перевезення залізничним транспортом.....	104
В. В. Шеховцов. Економіко-правовий складник механізму забезпечення ефективності фауністичного законодавства.....	108

ПРОБЛЕМИ ПРАВООХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Г. М. Андрусяк. Кримінальна відповідальність неповнолітніх за законодавством зарубіжних країн.....	114
О. О. Торбас. Суб'єктивні детермінанти розсуду в кримінальному процесі.....	120
І. М. Чемерис. Тимчасове вилучення майна як спосіб захисту інтересів потерпілого у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених із використанням безготівкових операцій.....	124

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

О. В. Бігняк. Колізійне регулювання відносин із використання криптовалюти у міжнародному приватному праві.....	129
В. В. Гомонай. Поняття конституційно-правового механізму забезпечення набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору.....	133
Н. В. Клєцова, Н. О. Петрова. Порівняння міжнародного досвіду вирішення трудових спорів, спричинених наслідками «2019-nCoV»: науково-практичне дослідження впливу онлайн-промов спікерів країн.....	137
У. З. Коруч. Пропаганда як злочин у рішеннях міжнародних кримінальних судів і трибуналів.....	142

ТРИБУНА МОЛОДОГО НАУКОВЦЯ

А. М. Іваницький. Юридична особа як суб'єкт звернення до Європейського суду з прав людини.....	147
К. А. Мякота. Відповідальність за порушення валютного законодавства України: нові санкції.....	152
З. Д. Нагорна, Б. В. Нагорний. Проблеми захисту прав підозрюваного, щодо якого застосовано незаконне затримання слідчим чи детективом без ухвали слідчого судді.....	157

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

О. В. Сінькевич. Вплив предмету галузі конституційного права України на її функції.....	163
Г. М. Котляревська. Щодо питання удосконалення законодавства про звернення громадян.....	169
І. Я. Олендер. Концепція «податкового зобов'язання»: природа і особливості застосування.....	174
О. П. Мельничук. Відокремлення держави та релігійних організацій в сучасних умовах державотворення: правова природа, зміст та види.....	178
М. М. Малетич. Про вдосконалення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг: порівняльно-правовий аспект.....	183
І. А. Бурносенкова. Правові конструкції самостійності правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників.....	186
П. С. Єпринцев. Деякі питання суб'єктивних ознак створення злочинної організації.....	192
І. А. Васильєва. Організаційне забезпечення вирішення податкових спорів в Україні.....	198

CONTENTS

HISTORY AND THEORY OF LAW

I. V. Kovbas. National awards: the innovative doctrinal and legal approaches to distinguishing their types.....	7
O. O. Fast. Evolution of ideas about state power limits in medieval Europe.....	15
T. A. Chepulchenko, N. A. Levitskaya. Prospects of development of institute of presidency in Ukraine.....	21

ADMINISTRATIVE AND CUSTOMS LAW

O. L. Makarenkov. Integrity in the humanitarian area of activity of the executive branch of state power as an indicator of public law efficiency and rule.....	25
M. A. Noskova. Conceptual foundations of a risk-based tax control system.....	32
O. Yu. Piddubnyi. Coordination of wills as a means of exercising the powers of local self-government bodies – parties to an administrative agreement on communal property unification, implementation of joint programs and joint financing of economic entities.....	37
D. S. Pryputen. Public control over the activity of the National police of Ukraine.....	42
M. I. Smokovych. Systemic analysis of the national legal provisions regulating representation in the administrative procedure.....	48
G. V. Solomenko. Legal basis of creation and activities of tax police in Ukraine.....	54
Stashkiv Ya. Ya. Administrative fundamentals of the implementation of measures of individual prevention of crimes and administrative offences by district police officers.....	59
O. M. Fesenko. Principles of administrative and legal protection of investments in Ukraine.....	66
P. O. Yakovlev. Mechanism administratively legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety of Ukraine.....	74

CIVIL LAW

T. S. Hudima. Methodological principles of improvement concepts “monetary policy”.....	78
P. D. Guyvan. Freedom of opinion in the media: eligibility criteria for the implementation of law.....	83
S. V. Zavalniuk. Problems of the relation between the concepts of gaps in the civil legislation and gaps in civil law.....	88
N. B. Moskaliuk. State property rights termination through the mechanism of privatization: historical aspects, modern state and prospects for the development.....	93
T. V. Nakonechna. On the question of the relationship of the contract of carriage with other transport contracts under the laws of Ukraine and foreign countries.....	100
R. B. Sirko. On the issue of the formation and development of legislation on relations arising from the carriage by rail.....	104
V. V. Shekhovtsov. Economic and legal component of the mechanism of ensuring the effectiveness of faunistic legislation.....	108

PROBLEMS OF LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES

G. M. Andrusiak. The criminal personality of minors under the laws of foreign countries.....	114
O. O. Torbas. Subjective determinants of judgment in the criminal process.....	120

I. M. Chemerys. Temporary removal of property as way protection of the interest of the victim in criminal proceedings about the crimes committed by the use of non-current operations.....	124
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

INTERNATIONAL LAW

Bihniak O. V. Conflict-of-law regulation of the relations with the use of cryptocurrencies within international private law.....	129
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

V. V. Homonai. The concept of the constitutional and legal mechanism for procure of full membership of Ukraine in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization.....	133
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

N. V. Klietsova, N. O. Petrova. Comparison of international experience on solving labour disputes caused by “2019-nCoV” consequences: scientific and practical research on the impact of online speeches countries’ speakers.....	137
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

U. Z. Koruts. Propaganda as a crime in the decisions of the international criminal courts and tribunals.....	142
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TRIBUNE OF A YOUNG SCIENTIST

A. M. Ivanytskyi. Legal entity as a subject to appeal to the European Court of Human Rights.....	147
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

K. A. Miakota. Liability for violation of foreign currency legislation of Ukraine: new sanctions.....	152
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Z. D. Nahorna, B. V. Nahorny. Problems of the protection of the rights of a suspect on which illegal detention is implemented by an investigative or detective without an order of the investigating judge.....	157
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TOPICAL PROBLEMS OF JURISPRUDENCE

O. V. Sinkevych. Subject of the Ukrainian Constitutional Law’s Influence on the Branch’s Functions.....	163
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

H. M. Kotliarevska. On the issue of improving the legislation on citizens’ appeals.....	169
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I. Ya. Olender. The concept of “tax liability”: nature and features of application.....	174
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

O. P. Melnychuk. Separation of state and religious organizations under modern conditions of state building: legal nature, content and types.....	178
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

M. M. Maletych. On improvement of administrative proceedings, related to rendering of administrative services: comparative legal approach.....	183
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I. A. Burnosenkova. Legal constructions of independent legal personality of a legal entity and limited liability of its participants.....	186
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

P. S. Yepryntsev. Some issues of subjective signs of the creation of a criminal organization.....	192
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I. A. Vasylieva. The organizational support of tax disputes resolution in Ukraine.....	198
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

УДК 347

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.1>

І. В. Ковбас, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича

ДЕРЖАВНІ НАГОРОДИ: НОВАЦІЙНІ ДОКТРИНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО ВИОКРЕМЛЕННЯ ЇХ ВИДІВ

Актуальність. Оновлення положень вітчизняного нагородного законодавства безпосередньо пов'язане з формуванням новітнього наукового базису для цього, що зумовлює можливість максимально ефективно використовувати ресурс нагороди у всьому її розмаїтті. Незважаючи на те, що загально визначеними є кілька варіантів видового виокремлення нагород вченими-юристами, новітні вектори розвитку правової науки зумовлюють підґрунтя для новітнього пошуку новаційних критеріїв та класифікаційних поділів, що додатково розкриває унікальність ресурсу нагороди. Саме багатоваріантний критеріальний підхід до класифікаційного поділу (не лише дублювання «базових» варіантів) нагород і дозволяє фактично сформувати науковий базис для національного ефективного використання нагороди як особливої реакції держави на заслуги особи чи колективу осіб перед державою, українським народом, забезпечити використання мультифункціонального її призначення. Незважаючи на наявність тематичних наукових робіт, у т. ч. й з аналізом видового розмаїття нагород, їх класифікації (наприклад, роботи А. Майдебури, Д. Коритько, В. Бігуна, В. Заїки, Т. Коломоєць, В. Колпакова, М. Титаренко тощо), вся унікальність видового розмаїття нагород ще не охоплена увагою вчених-юристів. **Мета роботи** – на основі опрацювання різноманітних тематичних джерел виокремити «новаційні» підходи щодо класифікації нагород. **Об'єкт роботи** – суспільні відносини, що виникають у зв'язку з використанням ресурсу нагород. **Предмет дослідження** – доктринальні положення щодо класифікації нагород з урахуванням досягнень сучасної правової науки. **Методи дослідження** – діалектичний, класифікаційний, логіко-юридичний, прогнозування, моделювання. **Результати.** Саме використання різних критеріїв дозволяє виокремити розмаїття офіційних нагород та специфічні ознаки їхнього змісту. При цьому критерії фактично охоплюють усі елементи нагородної системи, матеріальний, процедурний її аспекти і тим самим дозволяють висвітлити унікальність офіційних нагород. Такий поділ варто врахувати під час розроблення та прийняття Нагородного Кодексу. Отже, з'ясування реального ресурсу офіційних нагород, розуміння їхньої специфіки, їх класифікаційний розподіл є важливим. Останній, для того щоб можна було його вважати дієвим, має базуватися на одночасному використанні різноманітних критеріїв, які б охоплювали як матеріально-правовий, так і процедурно-правовий аспект офіційних нагород. Більше того, формування «блоку критеріїв» розподілу офіційних нагород на види має здійснюватися з їх орієнтацією на охоплення всіх елементів нагородної системи. Використовуючи сформовані у правовій науці варіанти поділу офіційних нагород на види та зосереджуючи увагу на реаліях нагородної законотворчості й нагородного правозастосування, доцільним вбачається здійснення класифікаційного розподілу офіційних нагород на види з використанням таких критеріїв: а) суб'єкт впровадження нагороди; б) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування нагороди, або ж нагородженого суб'єкта (в аспекті персоніфікації); в) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування нагороди, або ж нагородженого суб'єкта (в аспекті політико-правового зв'язку з державою); г) сфера заслуг (в аспекті виокремлення специфіки статусу суб'єкта, щодо якого здійснюється застосування нагороди, його діяльності); д) характер заслуг; е) ступеневість поділу нагороди; ж) нагородний ценз; з) квотна ознака; є) спосіб впровадження нагороди; і) актуальність (сучасність) нагороди; к) термін застосування; л) зовнішня форма; м) безпосередня зовнішня форма; о) матеріальна ознака; н) особливість нагородної процедури; р) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування процедури (нагороджений суб'єкт) в аспекті фактичної наявності такої особи в живих. Всі критерії цілком можливо розподілити на кілька «підблоків» залежно від їх відношення до певного елементу нагородної системи, як-то: суб'єктний підблок, процедурний, об'єктний тощо. Саме таке розмаїття критеріїв і дозволяє детально з'ясувати ресурс офіційних нагород та запропонувати нормативні моделі їх закріплення.

Ключові слова: нагорода, державна нагорода, класифікація, вид, критерій, законодавство, новації, правова доктрина.

I. V. Kovbas. National awards: the innovative doctrinal and legal approaches to distinguishing their types

Relevance. The positional renewal of Ukrainian law concerning state award are directly linked to formation of modern scientific basis on the subject, which enables to use award resource in all its diversity with maximum effectiveness. Disregarding that several types of award are differentiated with general acceptance from scientists-lawyers, legislative theory's modern vectors of development are building the foundation for new search of modern criteria and classification divisions which are adding to uniqueness for award as a resource. These multi divisional criteria of approach to classification divisions (not just duplication of the base divisions) of awards enables to practically form the theoretical basis for national, effective use of award as a special state's reaction for a person's or persons' merit before the state, Ukrainian people. This also provides the use of its multifunctional application. Disregarding the existence of research papers on this theme, including those with divisional

differences in awards analysis, those with its classification (for example papers from A. Maydebur, D. Koryt'ko, B. Bigun, B. Zaika, T. Kolomoets, B. Kolpakov, M. Tytarenko, etc.) all uniqueness of classification division regarding awards are yet to be grasped by scientist-lawyers attention.

The Purpose of the paper – to differentiate «modern» approaches regarding awards classification, based on researching different subject sources. **The object of the paper** – are societal relations, which appear as a result of the use of award as a resource. **The subject of the research** – are doctrinal stances regarding classification of awards with the use of modern law science advancements. **Research Methods** – dialectical, classifications, logical, legal, with prognostication and modeling. **The result.** This use of different criteria allows differentiating between official awards and specific traits of their content. Those criteria grasp all elements in system of awards – material, procedural aspects and with this highlight the uniqueness of official awards. This differentiation needs to be accounted for during development and adoption of Awards Codex. To sum, for realizing practical resource of state awards, theirs specifics it is important to classify them.

This classification, for it to be considered usable, must be based on simultaneous use of different criteria, which must grasp both material-legislative and procedurally-legislative aspect of state awards. Moreover, forming criteria categories for official award differentiation must be done orienting on grasping all elements in system of awards. Using legal theory's variants of differentiation state awards by type, and concentrating attention on real state of affairs in awards legislation and legal practice, it is needed to classify official awards by types, using following criteria: a) recipient subject of award; b) subject, who is receiving the award, of awarded subject (in case of personification); d) subject, who is receiving the award, of awarded subject (in case of political and legal connection to the state); e) the field of merit (in case of specifics separation in subject's status, who is receiving the award, their occupation); f) the nature of merit; g) verticality of award's distribution; h) award qualification; j) quota mark; k) the way of implementing the award; l) the relevance of the award; m) period of application; n) material form; p) actual material form; q) material feature; r) the awarding procedure specifics; s) subject, who is receiving the award (awarded subject) in case of factual being of subject alive. All these criteria can be divided on several «sub-categories» depending on their relation to specific element of awards system, such as: subjective sub-category, procedural, objective, etc. This exact difference in criteria is what helps to closely examine the resource of official awards, and to propose legislative models of their formation.

Key words: award, state award, classification, type, criteria, legislation, modernization, legislative doctrine.

Постановка проблеми. Оновлення положень вітчизняного нагородного законодавства безпосередньо пов'язане з формуванням новітнього наукового базису для цього, що зумовлює можливість максимально ефективно використовувати ресурс нагороди у всьому її розмаїтті. Незважаючи на те, що загальновідомими є кілька варіантів видового виокремлення нагород вченими-юристами, новітні вектори розвитку правової науки зумовлюють підґрунтя для новітнього пошуку новаційних критеріїв та класифікаційних поділів, що додатково розкриває унікальність ресурсу нагороди. Саме багатоваріантний критеріальний підхід до класифікаційного поділу (не лише дублювання «базових» варіантів) нагород і дозволяє фактично сформулювати науковий базис для національного ефективного використання нагороди як особливої реакції держави на заслуги особи чи колективу осіб перед державою, українським народом, забезпечити використання мультифункціонального її призначення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на наявність тематичних наукових робіт, у т.ч. й з аналізом видового розмаїття нагород, їх класифікації (наприклад, роботи А. Майдебури, Д. Коритько, В. Бігуна, В. Заїки, Т. Коломоєць, В. Колпакова, М. Титаренко тощо), вся унікальність видового розмаїття нагород ще не охоплена увагою вчених-юристів.

Мета роботи – на основі опрацювання різноманітних тематичних джерел виокремити «новаційні» підходи щодо класифікації нагород. Об'єкт роботи – суспільні відносини, що виникають у зв'язку з використанням ресурсу нагород. Предмет дослідження – доктринальні положення щодо класифікації нагород з урахуванням досягнень сучасної правової науки. Методи дослідження – діалектичний, класифікації, логіко-юридичний, прогнозування, моделювання.

Виклад основного матеріалу.

I. Основні підходи до виокремлення критеріїв поділу нагород у вітчизняній правовій науці

Насамперед варто зазначити, що саме класифікація дозволяє з'ясувати реальний зміст, унікальність явища. Це у повній мірі стосується й офіційних нагород. Зазначаючи про те, що комплексних наукових робіт, безпосередньо присвячених класифікації офіційних нагород, немає, водночас можна стверджувати, що певні (хоч і недостатньо завершені, недостатньо змістовні) напрацювання з цього питання все ж таки є. Вони у більшості своїй присвячені класифікації державних нагород, а отже, їх варто проаналізувати з урахуванням того, що державні нагороди – це «ядро» офіційних нагород. Перед тим як перейти до аналізу цього питання, варто зазначити, що різним є підхід до обрання критеріїв такого розподілу, а отже, й класифікаційні варіанти поділу. Так, наприклад, А. Майдебура, досліджуючи конституційно-правовий статус державних нагород в Україні, в одній своїй роботі виокремлює «базову», на його погляд, класифікацію з огляду на формальне їх значення (форму), а саме: «1) нагороди, первинна сутність яких виявляється в їхньому матеріальному прояві, тобто це певні речі (як спеціально установлені – ордени, медалі, так і звичайні – зброя); 2) державні премії, звання Героя України та почесні звання – нагороди, первинна сутність яких полягає в тому, що це офіційно присвоєні назви, у випадку з державними преміями – це звання лауреата премії» [1, с. 10]. Одночасно він пропонує й цікаву класифікацію в інших роботах з акцентом на «нагороду як засіб

відзначення» на її певні формальні ознаки. Так, зокрема, до першої групи пропонується відносити «спеціально встановлені знаки, які мають символічне значення і у своєму матеріальному прояві свідчать про факт нагородження» [2, с. 71], до другої – спеціально встановлені назви (звання «Герой», почесні звання), третьої – «предмети і засоби, первинна сутність яких не має відношення до нагород, проте почали використовуватися як нагороди від впливом історичних умов (нагородна зброя, премія)» [2, с. 71–72]. Тобто за одним і тим же критерієм пропонує вже дещо розширений розподіл на види, що свідчить про певну спеціалізацію його дослідження. У подальшому в цій же роботі вчений-юрист, використовуючи той же критерій – форму, пропонує виокремлювати: матеріальні офіційні нагороди, якими є ордени, медалі, зброя (для їх позначення пропонується додаткова назва – «речові»); нематеріальні нагороди, якими прийнято вважати звання Героя України, почесні звання; комплексні (змішані), якими є державні премії [1, с. 10]. Отже, другий варіант вже є деталізованішим і дозволяє відмежувати почесне звання від державної премії, що підкреслює багатоманітність форм прояву унікального ресурсу офіційних нагород.

Пропонуючи класифікацію офіційних нагород, А. Майдебура доповнює перелік критеріїв для розподілу їх на види й формулює такий варіант: а) залежно від виду нагороди доцільним є виокремлення звання Героя України, орденів, медалей, нагородної зброї, почесного звання, державної премії, президентської відзнаки (тобто має місце їх ієрархічне розташування); б) залежно від сфери суспільного життя, заслуги в якій і слугували підставою для нагородження, нагороди пропонується розподіляти на: нагорода за заслуги в економіці, науці, культурі тощо; в) за суб'єктами, що підлягають нагородженню, пропонується виокремлення нагород для військових, нагород для представників певних професій, нагород для громадян України, іноземних громадян тощо. Щоправда, пропонується дещо розширений перелік таких нагород за цим критерієм, що не у повній мірі узгоджується з реальним станом справ. Зокрема, перераховуються «нагороди <...> чоловіків, жінок ...» [1, с. 10]. Втім, можна погодитися, що є нагороди, зорієнтовані лише на жінок, проте «суто чоловічих» нагород, на жаль, немає. Саме тому запропонований критерій є цілком доречним, проте авторське уточнення виглядає не зовсім коректним. І, нарешті, г) залежно від характеру заслуги пропонується виокремлювати нагороди як реакцію на «подвиг, особливу заслугу, заслугу» [1, с. 10]. Хоча й запропоновано кілька критеріїв для розподілу офіційних нагород, все ж таки визнати його всеохоплюючим навряд чи можна.

У цьому аспекті привертає увагу й робота Є. Трофимова, в якій він запропонував дещо розширений варіант класифікаційного поділу офіційних нагород на різновиди. Так, зокрема, насамперед пропонується виділення типів офіційних нагород, серед яких: державні та муніципальні нагороди, галузеві та відомчі нагороди [3, с. 30]. Виокремлення таких типів, які фактично й формують нагородну систему, є можливим завдяки одночасному використанню кількох критеріїв (полікритеріальний поділ), серед яких: «суб'єкт нагородження, особа, що нагороджується, сфера та ступінь винагородження, характер участі громадськості в нагородному провадженні» [3, с. 30]. За такого підходу державними та муніципальними є нагороди, які впроваджені суб'єктом публічної адміністрації або ж Президентом України, Верховною Радою, Кабінетом Міністрів, або ж органом місцевого самоврядування, нагородження яким здійснюється як офіційне визнання публічних заслуг перед державою, громадою. Відповідно, галузеві нагороди – це різновид офіційної нагороди, впровадження та застосування яких здійснюється з акцентом на спеціальну компетенцію суб'єкта нагородження і професійні (галузеві) заслуги особи, яку нагороджують. Відомчі – нагороди за відомчі (або ж локальні) заслуги особи [3, с. 30]. Зацікавленість викликають і запропоновані ним дванадцять критеріїв для розподілу офіційних нагород, серед яких: а) категорії осіб, які нагороджуються, що дозволило виокремити: нагороди для фізичних осіб, нагороди для колективів, змішані нагороди та так звані «нагороди для публічних установ» [3, с. 31]; б) залежно від кількості осіб, що підлягають одночасному нагородженню, запропоновано цілком слушно виділяти: одноосібні, колективні та альтернативні; в) характер заслуги як підстави для нагородження та її територіальний масштаб дозволили виділити загальнодержавні, міжрегіональні, регіональні, місцеві нагороди; г) залежно від соціально-організаційної ознаки пропонується вести мову про загальносоціальні (загальнодержавні), галузеві, відомчі (локальні) нагороди; д) за сферою заслуг можливим є виділення універсальних та спеціальних нагород, при цьому останні цілком логічно можуть підлягати деталізації; е) за характером заслуг нагороди пропонується поділяти на: «вислужні» (за багаторічну бездоганну службу, виконання обов'язків тощо), «орденські» (неодноразового індивідуального застосування) та «пом'якшені або ж ювілейні» (разового масового застосування); є) за ознакою нагородного цензу – безцензові та цензові нагороди (унормовані вікові, професійні, посадові, строкові та ін. цензи); ж) за ознакою квотування запропоновано розрізняти: безквотні (вільного застосування) та квотні нагороди із розподілом останніх ще на кілька видів, серед яких: хронологічно квотні, генерально квотні, квотні за кількості наявних кавалерів, а також із додатковим квотуванням; з) за способом встановлення – власні, визнані, спільні нагороди; і) за ознакою актуальності пропонується виокремлення таких видів: «діючі», «сплячі», виняткові, скасовані, неактуальні нагороди; к) за ознакою строковості – безстрокові та строкові; л) за формою – речові, документальні, усні, зарахування до складу військової частини тощо [3, с. 31–32]. Згадування про зазначену класифікацію нагород можна знайти і у роботі Д. Коритько [4, с. 85–86].

Щоправда, детальний аналіз роботи Є. Трофимова дозволяє виокремити ще одну класифікацію, для якої використовується один із зазначених критеріїв, проте взагалі йдеться не про «офіційні нагороди»,

а, скоріше за все, про їх антипод. Отже, за формою нагорода може бути: «антинагородою – це так звані «смійні» нагороди, які включають у себе пародійну риторичу визнання «заслуг»; щоправда без дотримання вимог деліктного провадження» [3, с. 21–22]. Безперечно, останній розподіл не є класифікацією офіційних нагород, а скоріш за все, їхній антипод у вигляді суспільного осуду. Д. Коритько пропонує розподіл офіційних нагород за такими критеріями: а) залежно від суб'єкта заснування – ті, що заснуються Президентом України, й ті, що встановлюються виключно законами України [4, с. 88]; цілком слушний розподіл стосовно державних нагород, а для всіх офіційних додатково слід виокремити ті, що впроваджуються підзаконними актами органів державної влади та місцевого самоврядування; б) за фактичною можливістю нагородження – ті, нагородження якими проводиться постійно, й ті, нагородження якими є разовим або ж взагалі не проводиться; у цьому аспекті можна додатково згадати про «сплячі», «раніше діючі» нагороди; в) за характером заслуг – універсальні, військові, шахтарські тощо; г) за статевою приналежністю – «жіночі» та універсальні нагороди; д) за способом досягнення заслуги – нагороди за «одиночні діяння» (мужність, подвиг, відвагу); нагороди за діяльність, яка не виключає й відзначення за «одиночні діяння»; нагороди за вислугу; е) за критерієм громадянства – нагороди лише для громадян України, універсальні нагороди; є) за матеріальною ознакою – нагороди з певними пільгами та привілеями, нагороди без пільг і привілеїв, нагороди з виплатою в разі нагородження [4, с. 88–92].

Зацікавленість викликає робота Д. Коритько й в аспекті опосередкованого виокремлення класифікації нагород із висвітленням зарубіжного досвіду правового регулювання нагородних правовідносин, порівняльно-правового його аналізу з досвідом України та побічним виділенням критеріїв поділу нагород на різновиди. Так, зокрема, аналізуючи історичний аспект нагородних правовідносин, учений-юрист виокремлює державні нагороди одноразового масового нагородження, «функціональним призначенням якого є разова нагородна кампанія» [4, с. 10], й багаторазові нагороди. Зокрема, зазначає, що «після завершення подій та ювілейних дат, яким вони присвячені, відповідні нагороди набувають статусу «сплячих» і безстроково посідають місце в системі нагород, не будучи такими, що скасовані або ж відмінені» [4, с. 10]. Одночасно виокремлюючи так звані «вислужні» нагороди, фактично вчений-юрист не тільки зазначає, що вони «мають нижчий статус, ніж нагороди за одиночні діяння, завдяки чому їхній соціальний престиж є нижчим» [4, с. 10–11], а й пропонує розподіл нагород залежно від безпосередньої підстави їх, а в попередньому варіанті – додатково й періодичність застосування.

У колективній праці «Заохочення у службовому праві» також пропонується класифікація, щоправда, лише державних нагород «із виокремленням цілої низки критеріїв для поділу». Серед них: суб'єкт застосування; суб'єкт, щодо якого здійснюється нагорода; характер заслуги; форма; зміст; особливості нагородної процедури; нормативно-правовий акт, який визначає особливості застосування [5, с. 72].

II. «Базові» підходи у виокремленні критеріїв для класифікації нагород у зарубіжній правовій науці та законодавстві

Аналізуючи, зокрема, досвід зарубіжних країн, виокремлюються нагороди залежно від: суб'єкта, щодо якого може відбуватися нагородження, в аспекті унормованих обмежень щодо окремих суб'єктів. Так, зокрема, в законодавстві Вірменії передбачено, що Президент, Віце-президент, депутати Верховної Ради та Рад Республіки Вірменія обмежені у праві бути відзначеними державними нагородами [5, с. 32]. Аналізуючи досвід Японії, одночасно виокремлюються кілька варіантів розподілу й одночасно порівнюються з українською практикою. Так, наприклад, за періодом вручення в Японії виокремлюються традиції «весняних» і «осінніх» нагороджень (до дня імператора (вже – екс-імператора Хідохіто) та до Дня Культури), які називають «нагородними сезонами», хоча й припускаються випадки вручення нагород і в інші дати (наприклад, до ювілейних дат) [5, с. 33]. Зазначаючи, що законодавство Японії, на відміну від України, не передбачає встановлення будь-яких пільг та привілеїв нагородження, фактично виокремлюються нагороди з пільгами, привілеями та нагороди без таких «бонусів» [4, с. 33]. Цікавим є і виокремлення різновидів нагород залежно від безпосереднього суб'єкта, що здійснює нагородження. В Японії за цим критерієм можна виокремити: нагороди, які вручаються виключно імператором Японії в його палаці (ордени першого ступеня), які вручаються Прем'єр-міністром в імператорському палаці, однак без присутності імператора (ордени другого ступеня), які вручаються міністрами за дорученням прем'єр-міністра (ордени третього ступеня і нижче, нагородні чаші, нагородні знаки) [4, с. 33]. Більше того, уважне вивчення роботи дозволяє виокремити ще один вид класифікації нагород в Японії залежно від їхньої зовнішньої форми, а саме: традиційна форма (ордени, нагородні чаші тощо) й умовна форма (медалей як таких, що є у традиційному їх розумінні, в Японії немає, це «нагородні стрічки, які кріпляться на планках (в основному для відзначення військовослужбовців)») [4, с. 41].

Аналізуючи досвід врегулювання відповідного питання у США, фактично пропонується виокремлення різновидів нагород залежно від суб'єкта, щодо якого нагорода здійснюється, а саме: універсальні (наприклад, Золота Медаль Конгресу США), для військових (наприклад, Медаль пошани як найвища військова нагорода США) [4, с. 35]. Порівнюючи засади нагородної справи в Україні та США, фактично пропонується й ще один розподіл нагород, а саме залежно від унормованості їхнього вигляду. Якщо в законодавстві України це питання абсолютно визначено і врегульовано, в законодавстві США

«не передбачено стандартного проекту для них ...» [4, с. 38]. Зокрема, Золоті Медалі «виготовляються виключно «під особу», яка представляється до нагородження до нагородження, зображується портрет нагородженого або події, в яких він брав участь <...> вона є «ненормативною», <...> скоріше символічною та не призначена для носіння на уніформі або іншому одязі, а є, радше, подібним трофеєм» [4, с. 38]. Цілком можливим є й розподіл офіційних нагород залежно від суб'єкта, щодо якого здійснюється нагородження, на: нагороди для особи, яка жива, і нагороди, які застосовуються посмертно; залежно від безпосереднього нормативно-правового акту, який містить опис, засади застосування нагороди: ті, що закріплені в статутах; ті, що закріплені в положеннях (на прикладі досвіду України). Цілком логічним вбачається і розподіл нагород за суб'єктом, щодо якого здійснюється нагородження, з огляду на те, чи це перша нагорода (первинне нагородження) чи вже наступна (наступне нагородження). Це стосується й ступеневості нагород в ієрархії нагородної системи, і самої ієрархічності нагород аж до «вищого ступеня відзнаки» (ст. 6 Закону України «Про державні нагороди України»). У цьому аспекті можна навести й приклади із зарубіжної практики. Так, наприклад, у законодавстві США прямо передбачено, що найвищою нагородою – Золотою Медаллю Конгресу США – особа може нагороджуватися «неодноразово (за умови повторного нагородження за досягнення в іншій галузі)» [4, с. 37]. Одночасно, згідно із законодавством України, почесні звання України, за винятком тих, що мають ступені, вдруге не присвоюються (п. 5 Положення про почесні звання України). Стосовно ж, наприклад, президентських відзнак, у законодавстві України передбачена можливість лише первинного застосування, тобто «повторно Хрестом Івана Мазепи не нагороджують» [2, с. 132]. Слід зазначити, що орденом князя Ярослава Мудрого особа може бути нагороджена лише у випадку, коли вона раніше вже була нагороджена іншими державними нагородами. Тобто має місце ситуація, яку можна вважати «первинним» нагородженням стосовно ордену князя Ярослава Мудрого й одночасно «наступним» нагородженням стосовно інших різновидів нагород, тобто «комплексне» нагородження. Стосовно ж звичайного виду «наступного» нагородження, а отже, і виду нагороди, можна вести мову про ступеневість останньої (у межах однієї нагороди, однак різних ступенів). У цьому сенсі також можна згадати досвід США. Зокрема, нагородження Золотою Медаллю Конгресу США можливе в т. ч. й посмертно, але не пізніше ніж через 25 років після смерті особи (строк 20 років починає спливати після 5-ти років із дня смерті особи). Виняток передбачено лише у тому випадку, коли Конгрес США вже прийняв рішення про відзначення медаллю (до смерті особи), і її мають вручити в будь-якому випадку [4, с. 37].

Д. Шуняков, аналізуючи історичний аспект проблематики нагород, зокрема державних нагород, виокремлює як різновиди «бойові» та «трудові», залежно від безпосередніх підстав їх застосування [6, с. 24]. Й додатково звертає увагу на існування індивідуальних, колективних нагород, які виділені залежно від суб'єкта, щодо якого застосовуються, та матеріальні та моральні нагороди (за змістом) [6, с. 33–34]. Аналіз наявних робіт свідчить про певну тенденцію у виокремленні критеріїв для поділу офіційних нагород на види в роботах вчених-юристів. Вони у переважній своїй більшості виокремлюють елемент «структури нагородної системи», серед яких: суб'єкт, об'єкт, засоби, способи, ресурс тощо [4, с. 84]. Таку тенденцію цілком можна використати як основу для формування оновленого, такого, що охоплює всі ознаки сучасності, переліку як елементу теорії нагородного права.

III «Новаційні» критерії поділу державних нагород

Варто запропонувати такий варіант виокремлення критеріїв класифікаційного розподілу офіційних нагород: а) суб'єкт впровадження, відповідно до якого всі офіційні нагороди цілком можна поділити на: президентські відзнаки (які впроваджуються безпосередньо цим суб'єктом) й інші нагороди (вони впроваджуються винятково законами України); б) суб'єкт, щодо якого нагородження здійснюється. За цим критерієм цілком можна вести мову про: індивідуальні та колективні нагороди, а отже, про нагороди для окремо фізичних осіб та для групи осіб (колективів); в) суб'єкт, щодо якого здійснюється нагородження, можна ще раз використати як критерій поділу й виокремити: нагороди для громадян України й нагороди універсальні (як для громадян України, так й іноземних громадян та осіб без громадянства); г) за сферою заслуг офіційні нагороди можна розподілити на: універсальні (для будь-якої сфери) та спеціальні (для різних сфер із внутрішнім поділом, як-то: «військові» нагороди і їх поділ залежно від сфери заслуг особи). Зокрема, аналіз національного законодавства дозволяє, наприклад, виокремити нагороди для військовослужбовців (медалі «За військову службу Україні»), шахтарів (орден «За доблесну шахтарську працю»), ветеранів війни (медалі «Захиснику Вітчизни»), жінок (орден княгині Ольги), осіб офіцерського складу Збройних Сил України, поліцейських, Національної гвардії України, Служби безпеки України, зовнішньої розвідки України та ін. (наприклад, орден «За мужність», медалі «За бездоганну службу», відзнака «Іменна вогнепальна зброя») тощо; д) за характером заслуг офіційні нагороди можна поділити на: універсальні (із можливістю неодноразового застосування), разові (це можуть бути, наприклад, ювілейні президентські відзнаки, застосування яких є разовим, пов'язаним із певними ювілейними датами), «вислужні» (за вислугу років, бездоганну багаторічну службу, працю тощо).

Певну зацікавленість викликає і зарубіжний досвід щодо розподілу нагород залежно від специфіки їх вручення, як-то: а) ті, що вручаються лише один раз на рік з нагоди певного свята (наприклад, в Естонії

24 лютого в День незалежності), т.з. «регулярне вручення»; б) ті, що вручаються в будь-який інший час («універсальне вручення»). У Німеччині «регулярне вручення», починаючи з 1991 р., відбувається лише 3 жовтня – в ювілей Об'єднання Німеччини. У Франції регламентованою є не лише періодичність вручення, дати вручення нагород, а й подання кандидатур для нагородження. Так, наприклад, орден Почесного Легіону може бути вручений тричі на рік для військових, а подання кандидатур на рівні міністрів – лише тричі на рік, відповідно, вручення ордену «За заслуги» можливе лише двічі на рік як для цивільних, так і для військових, а подання кандидатур – лише два рази на рік [7, с. 8–9].

Можливим є й розподіл нагород залежно від нормативно-правового акту, який визначає нагороду, засади її впровадження, застосування. З огляду на досвід України, враховуючи єдиний «базовий» акт, який визначає засади нагородної справи (Закон України «Про державні нагороди України»), все ж такий поділ можливий з акцентом на безпосередній нормативно-правовий акт, а саме:

а) нагороди зі статутами (звання Герой України, ордени);

б) нагороди із положеннями (для інших нагород). Водночас зарубіжний досвід нагородної нормотворчості свідчить про те, що можливим є виділення: 1) нагород, визначення, процедура впровадження та застосування яких регламентуються єдиним нормативно-правовим актом (наприклад, у Франції і щодо ордену Почесного Легіону, і щодо нагороди «За заслуги» діє єдиний акт); 2) нагород із визначенням в окремих нормативно-правових актах;

в) залежно від ступеневого поділу – без такого поділу і з таким поділом (для більшості нагород все ж таки характерним є ступеневий їх поділ, як-то: орден князя Ярослава Мудрого I, II, III, IV, V ступеня, орден «За заслуги» I, II, III ступеня, орден Богдана Хмельницького I, II, III ступеня, орден за мужність I, II, III, орден княгині Ольги I, II, III ступеня, орден «За доблесну шахтарську працю» I, II, III ступеня; ступеневий поділ є характерним і для медалей (щоправда, у меншій мірі), як-то медаль «За бездоганну службу» I, II, III ступеня. Певна умовна ступеневість притаманна і почесним нагородам (щоправда, не всім і лише «двоступенева» градація, як-то: «Народний артист України», «Заслужений артист України», такі ж аналоги передбачені ще для трьох почесних звань. Певна умовна ступеневість притаманна і Державним преміям України, щоправда зі специфікою спеціалізації сфери прояву заслуг (Народна премія України імені Тараса Шевченка, Державна премія України в галузі науки і техніки тощо);

г) залежно від нагородного цензу – безцензові та цензові (щодо професійних вимог, посад, віку, статі тощо). У цьому аспекті можна навести приклад регламентації цих питань у законодавстві зарубіжних країн. Так, зокрема, в Німеччині для подання особи як кандидатури для нагородження передбачено, що вона має відповідати вимогам «вікового цензу», який дорівнює 40 рокам («не молодше 40 років»), в Італії, зокрема, для вручення ордену «За заслуги» віковий ценз кандидатури не може бути нижчим за 35 років [7, с. 11]. Можна навести як приклад і «ценз вислуги» («ценз служби»), який, наприклад, у Франції для ордену Почесного Легіону дорівнює 20 рокам, для ордену «За заслуги» – 10 рокам, а в Італії для ордену «За заслуги» – 20 рокам [7, с. 11]. Досить «жорсткою» є цензова нагородна модель в Японії. Так, зокрема, «віковий ценз», як правило, відзначається «заслуги осіб 60–70 річного віку» [4, с. 33]. Стосовно нагородження іноземців деякими видами нагород для них встановлено «ценз осідлості», а саме така можливість передбачається для іноземців, які прожили у країні не менше 3-х років, але у більшості своїй це «від трьох до десяти років» [4, с. 33–34].

д) за квотною ознакою – ті, що підлягають квотуванню (щодо кількості, «прив'язки» до потенційних та наявних суб'єктів нагородження тощо), й ті, що такому квотуванню не підлягають, це так звані «квотні» та «неквотні» нагороди. Аналіз зарубіжного досвіду дозволяє виокремити приклади «нагородного квотування» кількох видів. Так, зокрема, поширення набули два «базові» підходи в нагородному квотуванні – визначення максимальної кількості нагород у певний проміжок часу та визначення максимальної кількості осіб, які могли би бути допущеними до нагородження;

е) залежно від способу впровадження можна виділити нагороди новаційні («власні»), визнані («сприйняті»), спільні («змішані»);

є) залежно від актуальності офіційні нагороди цілком можна поділити на: діючі (нагороди здійснюються), скасовані (вилучені з нагородної системи й визнані такими, що втратили чинність), «сплячі» (які не вилучаються з нагородної системи, проте застосування з певних причин не здійснюється);

ж) за терміном застосування і дії цілком можливо виокремити разові та тривалі офіційні нагороди. Прикладом можна навести нагородження орденом як «разову» державну нагороду та удостоєння почесного звання як нагороду тривалої дії з користуванням пільгами, а саме отримання щомісячної доплати за наявність такого звання;

з) за зовнішньою формою – речові (матеріальні), грошові (матеріальні), особисті та змішані. Щоправда, простежується певна трансформація різновидів нагород, «зміна» їх видової належності;

и) за безпосередньою зовнішньою формою – ордени, медалі, почесні звання тощо;

і) за безпосередньою підставою – нагороди за подвиг, за відвагу, особливі досягнення тощо. Аналіз положень чинного законодавства в частині фіксації безпосередньої підстави для нагородження свідчить про те, що орденами нагороджуються особи за «видатні заслуги», «особливі заслуги», «особисту мужність

та героїзм», «бездоганне служіння Українському народу» тощо, медалями – за «мужність», «самовідданість», «відвагу», «високі показники з діяльності» тощо, почесні звання – за «особливі заслуги», «видані заслуги», «значні успіхи», «вагомий внесок», державні премії – «видатні дослідження», «видатні досягнення». Отже, залежно від безпосередньої підстави також може бути розподіл нагород на види, хоча й спостерігаються деякі дублювання;

і) за наявності матеріальної ознаки – нагороди, які безпосередньо пов'язані з пільгами та перевагами для нагородженої особи, а також нагороди, які з такими пільгами чи перевагами не пов'язані, нагороди з разовою виплатою. У цьому аспекті можна говорити про нагородження медаллю (без пільг, переваг), почесним званням (із перевагами щодо постійних доплат), Державною премією України (разова виплата). Україна не є унікальною в цьому аспекті, бо й у законодавстві зарубіжних країн цілком можна знайти положення щодо відповідного розмаїття нагород, виокремлених саме за цією ознакою. Так, зокрема, Золота Медаль Конгресу США дає право «на пільгове отримання освіти для нагородженого або членів його сім'ї» [4, с. 37]. Натомість у нагородному законодавстві Японії для нагороджених не передбачено пільги чи привілеїв [4, с. 33];

к) у залежності від особливостей нагородної процедури є можливим виділення нагород у порядку конкурсної нагородної процедури, нагород у порядку списочної нагородної процедури та нагород у порядку індивідуальної нагородної процедури. З урахуванням нагородної практики зарубіжних країн можна запропонувати поділ нагород з використанням критерію «суб'єкт нагородження» на: 1) ті, рішення щодо яких приймає один суб'єкт (наприклад, досвід Німеччини, Італії, Великобританії); 2) ті, рішення щодо яких приймається кількома суб'єктами (ті, що сприяють; ті, що погоджують; ті, що приймають остаточне рішення). Як впровадження такої моделі, а отже, й нагород можна навести приклад Естонії, України [7, с. 11]. Окрім того, можна згадати і досвід США, наприклад, щодо нагородження Золотою Медаллю Конгресу США, рішення про яке приймається кількома суб'єктами, серед яких: щонайменше 67 сенаторів (як співавтори законопроекту щодо відзначення), Палата представників Конгресу США (схвалення принаймні двох третіх голосів), Президент (процедура погодження) [7, с. 37]. Стосовно ж України, слід зазначити таке. У державі існують всі три запропоновані особливості нагородного провадження, а отже, й види нагород залежно від специфіки такого провадження. Серед таких: ті, що присвоюються за індивідуальною процедурою (більшість нагород – звання Герой України, ордени, медалі, відзнака «Іменна вогнепальна зброя», почесні звання України), ті, що присвоюються за конкурсною процедурою (Державні премії України), ті, що присвоюються «списочно» (президентські відзнаки, зокрема ювілейні медалі, для вручення яких центральні органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації формують і затверджують «списки про нагородження»).

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Саме використання різних критеріїв дозволяє виокремити розмаїття офіційних нагород та специфічні ознаки їхнього змісту. При цьому критерії фактично охоплюють всі елементи нагородної системи, матеріальний, процедурний її аспекти і тим самим дозволяють висвітлити унікальність офіційних нагород. Такий поділ варто урахувати під час розроблення та прийняття Нагородного Кодексу. Отже, важливим є з'ясування реального ресурсу офіційних нагород, розуміння їхньої специфіки, їх класифікаційний розподіл. Останній, для того щоб можна було його вважати дієвим, має базуватися на одночасному використанні різноманітних критеріїв, які б охоплювали як матеріально-правовий, так і процедурно-правовий аспект офіційних нагород. Більше того, формування «блоку критеріїв» розподілу офіційних нагород на види має здійснюватися із їх орієнтацією на охоплення всіх елементів нагородної системи. Використовуючи сформовані у правовій науці варіанти поділу офіційних нагород на види та зосереджуючи увагу на реаліях нагородної законотворчості й нагородного правозастосування, доцільним вбачається здійснення класифікаційного розподілу офіційних нагород на види з використанням таких критеріїв: а) суб'єкт впровадження нагороди; б) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування нагороди, або ж нагородженого суб'єкта (в аспекті персоніфікації); в) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування нагороди, або ж нагородженого суб'єкта (в аспекті політико-правового зв'язку з державою); г) сфера заслуг (в аспекті виокремлення специфіки статусу суб'єкта, щодо якого здійснюється застосування нагороди, його діяльності); д) характер заслуг; е) ступеневість поділу нагороди; ж) нагородний ценз; з) квотна ознака; є) спосіб впровадження нагороди; і) актуальність (сучасність) нагороди; к) термін застосування; л) зовнішня форма; м) безпосередня зовнішня форма; о) матеріальна ознака; п) особливість нагородної процедури; р) суб'єкт, щодо якого здійснюється застосування процедури (нагороджений суб'єкт) в аспекті фактичної наявності такої особи в живих. Всі критерії цілком можливо розподілити на кілька «підблоків» залежно від їх відношення до певного елементу нагородної системи, як-то: суб'єктний підблок, процедурний, об'єктний тощо. Саме таке розмаїття критеріїв і дозволяє детально з'ясувати ресурс офіційних нагород та запропонувати нормативні моделі їх закріплення.

Список використаних джерел:

1. Майдебура А. Конституційно-правовий статус державних нагород в Україні : автореф. дис. ... к. ю. н. : 12.00.02. Одеса, 2013. 21 с.
2. Майдебура А.М. Конституційно-правовий статус державних нагород в Україні : дис. ... к. ю. н.: 12.00.02. Одеса, 2013.
3. Трофимов Е. Наградное дело в Российской Федерации: административно-правовое исследование: автореф. дисс. ... д. ю. н.: 12.00.14. Москва, 2013. 46 с.
4. Коритько Д. Нагородне право: стан дослідження проблематики. *Держава і право*: зб. наук. пр.: юрид. і політ. науки ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ : Інститут держави і права, 2009. Вип. 44. С. 82–88.
5. Заохочення у службовому праві : навч. посібник / Н.О. Армаш та ін. ; за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Київ : Ін Юре, 2017, 360 с.
6. Шуняков Д.В. Наградная система СССР в годы Великой отечественной войны (1941–1945 г.г.) : дис. ... к. и. н.: 07.00.02. Екатеринбург, 2018. 203 с.
7. Висновок щодо законодавства стосовно державних нагород в Україні, підготовлений департаментом демократичних інститутів та врядування Генерального директорату – II з питань демократії у співпраці з експертом Ради Європи Сереною Пескаморе.

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.2>

О. О. Фаст, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
та теоретико-правових дисциплін Інституту права
та суспільних відносин ВНЗ Відкритий міжнародний
університет розвитку людини «Україна»

РОЗВИТОК УЯВЛЕНЬ ПРО МЕЖІ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В СЕРЕДНЬОВІЧНІЙ ЄВРОПІ

У статті досліджується питання розвитку середньовічних уявлень про межі реалізації та умови легітимності державної влади. Розглядаються основні фактори їх формування. На основі аналізу правових звичаїв раннього середньовіччя, актів писаного законодавства, праць філософів, політичних мислителів та юристів встановлено основні визначальні риси середньовічних уявлень про межі здійснення державної влади. Відзначається, що абсолютна більшість середньовічних держав Європи були монархіями і не знали ідеї народного суверенітету. Монарх вважався жодним чином не підпорядкованим суспільству, а його законодавча влада не обмеженою. Уже наприкінці раннього етапу Середніх віків виникає концепція монарха як живого закону. Разом із тим легітимність влади монарха не була безумовною та на різних етапах визначалася і забезпечувалася різними юридичними критеріями, порушуючи які монарх відразу перетворювався на тирана, а його влада втрачала легітимність.

Ідея легітимності влади пов'язується із принципом справедливості та в комплексі з ідеєю «права на опір» несправедливому закону отримує філософське обґрунтування у працях Іоана Солсберійського, Фоми Аквінського та інших мислителів.

Намагання перевести дане явище у правове поле зумовило виникнення в державах Західної Європи примітивних конституційних актів, які встановлювали взаємні права та обов'язки королів та підданих, закладали базис майбутніх концепцій народного суверенітету та суспільного договору.

Ключові слова: середні віки, державна влада, легітимність влади, правовий звичай, Велика хартія вольностей, Золота булла, історія права.

O. O. Fast. Evolution of ideas about state power limits in medieval Europe

The article reviews the development of medieval ideas about the limits of realization and conditions of legitimacy of state power. The main factors of their formation are considered. On the basis of the analysis of the legal customs of the early Middle Ages, the acts of legislation, the works of philosophers, political thinkers and lawyers, the main defining features of medieval ideas about the limits of the realization of state power were determined. It is noted that the vast majority of medieval European states were monarchies and did not know the idea of people's sovereignty. The monarch was in no way subordinate to society and his legislature was not restricted. Already at the end of the early stages of the Middle Ages, the concept of the monarch as a "living law" ("lex animate" or "lex viva") emerges. This thesis is almost equally formulated in Western European and Byzantine authors, which testifies to the deep rooting of this idea in all of medieval Europe.

At the same time, the legitimacy of the monarch's power was not unconditional, and at various stages it was defined and provided with different legal criteria, violating which the monarch immediately turned into a tyrant and his power lost legitimacy. In the early Middle Ages in the German and Slavic peoples, such a criterion was the legal custom, ("honor") that was the obligation to fulfill its high status.

In later periods, the idea of legitimacy of power is associated with the principle of justice and, in combination with the idea of the "right to resist" unjust law, receives a philosophical foundation in the writings of John of Salisbury, Thomas Aquinas and other thinkers.

The attempt to translate this phenomenon into a legal field caused the emergence of primitive constitutional acts in the states of Western Europe (Magna Carta, Golden Bull, Great Ordinance), which established the mutual rights and obligations of kings and subjects, and laid the basis for future parliamentarism. These regulations were, in their essence, a formal expression of a social contract several centuries before the emergence of the relevant scientific theory. In the late medieval period, early concepts of people's sovereignty and the social contract emerged.

Key words: Middle Ages, state power, legitimacy of state power, state power limits, legal custom, Magna Carta, Golden Bull, history of law.

Постановка проблеми. Генеза ідеї лімітування державної влади традиційно пов'язується із філософсько-правовими та політичними вченнями пізнього Ренесансу та Просвітництва та розглядається в контексті таких конституційних доктрин, як демократія, народний суверенітет, поділ влад тощо. Разом із тим об'єктивний аналіз історико-правових та наукових джерел дає підстави стверджувати, що питання визначення меж державної влади було актуальним і для мислителів попередніх епох, які вибудовували свої теорії на світоглядній основі відмінній від модерної. Пошуку критеріїв легітимності та меж компетенції державної

влади присвячені праці античних філософів та політичних мислителів: Платона, Аристотеля, Цицерона та інших. Дані питання не втрачають значення і в епоху середньовіччя.

Природно, що сучасні теорії легітимності державної влади виникли не на порожньому місці, а внаслідок переосмислення та розвитку інтелектуального спадку античної та середньовічної правових культур. Варто зауважити, що хоча мислителі модерної епохи вважали себе радше наступниками античних, а не середньовічних авторів, останнім часом все більше дослідників схиляється до думки, що, за своєю ідеологією вони були значно ближчими до останніх, ніж до філософів Стародавньої Греції та Риму [1, с. 6].

Відповідно, вивчення політико-правових уявлень Середніх віків викликане не лише суто історичним інтересом. Дослідження концепцій природи та меж компетенції державної влади, які панували у середньовічній Європі, дає можливість виявити генетичне коріння базових конституційних теорій та доктрин сучасності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Якщо античні та модерні філософсько-правові та політико-правові вчення та уявлення достатньо ґрунтовно досліджено вітчизняною та зарубіжною історико-правовою наукою, то погляди середньовічних мислителів та юристів на питання меж та критеріїв легітимності державної влади часто залишаються поза увагою науковців. Такий стан речей пояснюється низкою причин, як наукового, так і соціокультурного характеру, серед яких: порівняно мала кількість збережених письмових першоджерел та їх перекладів; релігійний характер філософсько-правового мислення, притаманний даній епосі; а також стереотипне уявлення про Середні віки як період культурного та наукового занепаду.

Окремі аспекти середньовічних правових вчень та уявлень про природу та межі компетенції державної влади досліджувалися знаними представниками юридичної науки різних країн, серед яких: Е. Аннерс, Б. Бікс, Г.Дж. Берман, Б. Таманага, Ж. Маритен, Д.М. Фініс, І.І. Царьков та інші. Не оминула даного питання і вітчизняна наукова думка. Серед українських правників варто відмітити праці О.В. Буткевич, С.П. Головатого, М.І. Козюбри, С.П. Погребняка, С.В. Шевчука та інших. Із точки зору історичної та філософської наук окремі аспекти даного питання досліджували такі українські та зарубіжні автори: В.В. Бібіхін, В.Д. Гвоздецький, О.І. Гвоздік, А.Я. Гуревич, Ж. Ле Гофф, А.М. Домановський, Ж. Дюбі, Е. Калделліс, Е. Канторович, І.П. Медведєв, О. Марквард, С.С. Неретіна, М.Г. Патей-Братасюк, С.Б. Сорочан, Б.Н. Флоря, Н.А. Хачатурян та інші.

Мета. Дослідження має на меті виявити характерні риси середньовічних уявлень про легітимність та межі компетенції державної влади, а також показати діалектичний розвиток зазначених уявлень протягом досліджуваної епохи.

Результати. Більшість дослідників погоджуються, що в основі середньовічного розуміння природи та умов легітимності влади лежить звичаєве право «варварських» племен, поєднане з римськими республіканськими та імперськими політико-правовими традиціями, переосмисленими крізь призму християнської теології.

Під «варварським звичаєвим правом» у даному випадку розуміються правові звичаї племінних союзів, які заселили Європу в результаті великого переселення народів та заклали основи для формування національних держав сучасної Європи. Історико-юридичною наукою найбільш ґрунтовно досліджено право германських племен, проте, як буде показано далі, правові звичаї інших народів ранньосередньовічної Європи мали з ними багато спільних рис.

У ранньосередньовічному культурно-правовому просторі основою авторитету звичаю, як джерела права, визнавалася давність походження, яка утворювала навколо нього ореол сакральності. Відповідно, звичай вважався беззаперечно справедливим, що породжувало переконання про його незмінність та неможливість доповнення. Так, у ранньосередньовічний період метою діяльності народних зборів (слов'янських віч, скандинавських тингів, германських фольксмотів) визнавалося не створення правових норм, а радше проголошення стародавніх звичаїв та віднайдення в них моделі правильної поведінки в конкретних обставинах. Г.Дж. Берман слушно звертає увагу, що учасників таких зборів вважали не законотворцями, а «закономовцями». У цьому відношенні показово, що будь-які рішення германського фольксмоту, як нормативного, так і індивідуального характеру, позначалися єдиним терміном – «*dom*», який може бути перекладений як «доля», тобто щось невідворотне і справедливе [2, с. 72].

Політико-правовий світогляд побудований навколо ідеї сакралізованого звичаю, зумовив формування специфічних уявлень про природу і призначення державної влади. Німецький дослідник Фріц Керн наголошує, що мета держави, відповідно до політичних уявлень давніх германців, полягала в закріпленні та збереженні існуючого прабатьківського ладу, «старого доброго закону» [3, с. 91]. Відповідно, сфера діяльності влади визначалася та обмежувалася звичаєм.

У процесі розвитку середньовічного суспільства відбувається поступова централізація державної влади. Роль народних зборів із часом занепадає, а монархи концентрують дедалі більше повноважень. Проте і за нових умов обов'язок дотримання звичаєвого права залишається непорушним для правителя так само, як і для приватної особи. Середньовічна правова доктрина не сформувала концепції народного суверенітету: у класичний період монарх вважався таким, що не підпорядковується жодній людині, проте був зобов'язаний дотримуватися неписаного закону [3, с. 20].

Відповідно до звичаєвих уявлень легітимність влади монарха зумовлювалася його відповідністю природі та призначенню влади, а також виконанням низки традиційних функцій. Основною задачею монарха вважалося управління державою згідно з принципами звичаєвого права та забезпечення справедливості в законотворчій діяльності та вирішенні судових спорів. Крім того, до обов'язків монарха входила низка архаїчних вимог, таких як: керувати військовими кампаніями та бути сміливим у битві, роздавати подарунки та привілеї воїнам та аристократам, організувати бенкети тощо [4, с. 21].

Приблизно до XI–XII сторіччя звичай залишався основним джерелом права християнських держав Європи, за виключенням хіба-що Візантії, де римська політико-правова традиція ніколи не переривалася, проте еволюціонувала. Зводи законів від Салічної закону до Руської Правди так само не створювали нових норм, а лише фіксували та конкретизували «одвічні звичаї предків».

Проте в пізніший період, у зв'язку з розвитком та ускладненням економічних відносин, виникає необхідність більш визначеного та динамічного правового регулювання. Роль звичаю як джерела права поступово зменшується, натомість активізується пряма законотворча діяльність монархів, а римська політико-правова традиція переживає друге народження. Розвиток схоластики та юриспруденції зумовлює нові філософські пояснення природи державної влади. Дані фактори, з одного боку, утверджують авторитет влади монарха, а з іншого – встановлюють для неї нові обмеження.

Натхненні християнською теологією, середньовічні мислителі розглядали державу як віддзеркалення небесної ієрархії: монарх керує державою так само, як Бог керує Всесвітом. Відповідно, високий авторитет монархів визнавався суспільно корисним та, принаймні в теорії, тільки сприяв утвердженню прав індивідів та соціальних станів. Разом із тим, незважаючи на безпрецедентний авторитет, влада монарха вважалася легітимною тільки за умови її здійснення на законних (в широкому сенсі) підставах та в інтересах суспільного блага, тобто коли влада відповідала своєму призначенню за походженням і спрямуванням.

У даний період поступово утверджується вчення про монарха, як «живий (або одухотворений) закон» (*lex animate* або *lex viva*). Про глибоке вкорінення даної ідеї у правову культуру середньовіччя свідчить те, що вона практично незмінно зустрічається в самих різних авторів: від візантійських філософів до юристів Західної Європи. Термін *lex animate* з'являється ще в одному з едиктів імператора Юстиніана, проте широке використання отримує лише в період класичного Середньовіччя [5, с. 47].

Німецький хроніст Готфрід Вітербський описує таке звернення чотирьох анонімних докторів права з Болоньї до імператора Фрідріха Барбароси: «Ти, як живий закон, можеш надавати, скасовувати та проголошувати закони; за твоїм наказом підносяться та втрачають владу герцоги та правлять королі; ти, як одухотворений закон, здійсниш усе, що не побажаєш» [5, с. 213]. Болонським юристам вторить юрист Іоан Вітербський, який в «Зеркалі градському» зазначає, що Бог підпорядкував закони імператору та послав його людям, як живий закон [5, с. 213].

Незважаючи на оманливо авторитарне звучання даної ідеї, її детальний аналіз дозволяє стверджувати, що теза «монарх – живий закон» має мало спільного з абсолютизацією персональної влади. Середньовічні мислителі наголошують, що король має необмежені повноваження відносно примусової сили позитивного права, оскільки воно в будь-якому випадку отримує законну силу від монарха, однак той самий монарх зв'язаний принципами природного (встановленого Богом) права, якому він зобов'язаний добровільно підпорядковуватися.

Видатний середньовічний юрист Егидій Римський, розвиваючи дану ідею, приходить до висновку, що оскільки король є різновидом закону, то і закон є різновидом короля: «Якщо король – це живий закон, отже закон – це не неживий правитель». Дана сентенція привертає увагу тим, що вперше фіксує базову позицію сучасного принципу верховенства (панування) права. Особливим «генетичним» зв'язком між законом та монархом середньовічні автори пояснювали специфічну функцію короля – бути посередником між природним та позитивним правом [5, с. 220].

Думку Егидія підтверджує відома максима «закон робить короля», яка належить іншому видатному юристу середньовіччя – британцю Генрі Брактоуну. Король у своїх повноваженнях зв'язаний законом, який визначає межі королівської влади, але цей самий закон, з іншого боку, підсилює монаршу владу, наділяючи короля винятковими правами. При цьому влада короля розповсюджується лише на те, що він отримав згідно закону [6, с. 14].

Аналогічні ідеї зустрічаються і у мислителів європейського Сходу. Так, видатний візантійський філософ, богослов та державний діяч Миколай Містик називав імператора неписаним законом, проте уточнював, що ця дефініція зовсім не означає що монарх наділений правом порушувати закон і робити усе, що заманеться, навпаки, імператор є законом, який знаходить прояв у його діях, спрямованих на утвердження суспільної користі. Якщо ж василевс творить несправедливість, він неминуче перетворюється на тирана, тим самим заперечуючи божественне походження своєї влади, та втрачає легітимність. Самодержець, на думку Миколая, має «задовольнятися своєю владою і не переступати меж намічених йому Богом» [7, с. 70].

Характерно, що середньовічна політико-правова культура отримала у спадок від Стародавнього Риму не лише монархічну, але і республіканську традицію. Хоча, як уже зазначалося, середньовічна публічно-правова доктрина не знала концепції народного суверенітету, все ж легітимність влади монарха до деякої міри

санкціонувалася народом та контролювалася ним. Середньовічне право містило доволі примітивну, до кінця неоформлену систему народної легітимації глави держави, яка, крім того, не була однорідною та постійною, а також вирізнялася регіональною специфікою.

Процес сходження монарха на престол зазвичай супроводжувався його публічною присягою перед народом та церквою, у якій проголошувалася мета майбутнього правління та зобов'язання правити справедливо, не переходити прийнятих меж монаршої влади. [8, с. 30]

Аналіз таких монарших присяг дає змогу стверджувати, що і королі, і суспільство однаково вбачали призначення влади у служінні суспільному благу через захист справедливості і дотримання закону, а сама форма присяги дозволяє трактувати її як примітивний «конституційний» договір між народом та монархом. Так, наприклад, Піпін Короткий проголошував: «Так, як ми виконуємо закон щодо всіх, так і бажаємо, щоб усі виконували його щодо нас»; Карл Сміливий обіцяв підтримувати закон і справедливість; а Людовік Заїка зобов'язувався дотримуватися звичаїв і законів держави. [8, с. 30]

Подібні присяги існували і у політичній практиці Візантійської імперії. Найбільш відомою серед них є присяга імператора Анастасія I, текст якої містив, зокрема, такі слова: «Мені відомо, який великий тягар відповідальності був покладений вами на мене, заради загального порятунку; я і прошу Господа, аби ви завжди бачили мене старанно працюючим на благо спільної справи, як ви і сподівалися, коли одногосно обрали мене» [9, с. 102]. Частково зберіглися тексти аналогічних присяг імператорів Мануїла та Олексія Комнінів, Романа Діогена та інших.

Зі сторони народу важливим атрибутом санкціонування влади монарха виступали також своєрідні публічні знаки визнання влади монарха. Такими знаками були акламації у Візантії та літанії (*laudes*) у Західній Європі. Вони являли собою ритуальні публічні вигуки схвалення дій монарха та свідчили про його популярність. Особливого значення даний інститут набув у Візантійській імперії, де принцип спадковості влади утверджувався вкрай важко, та формально кожен імператор отримував владу від народу, в особі мешканців столиці. На практиці сполучення автократичних та республіканських традицій призводило до формування специфічного інституту «популярності» імператора в очах народу, як передумови легітимності його влади. Такий стан речей дозволив американському візантологу Ентоні Калделлісу навіть стверджувати, що візантійська держава мала фактично республіканський характер. Разом із тим після інтронізації влада імператора жодним чином юридично не обмежувалася, а єдиним способом висловлення недовіри до правлячого монарха було позбавлення його влади шляхом повстання.

Західним аналогом такого явища очевидно є знамените германське звичає «право на опір». Згідно з даним принципом будь-який король, який порушив закон, міг бути відсторонений народом від влади. У даному суто середньовічному інституті проявилися перші спроби забезпечити виконання монархом своїх функцій. І король, і народ були пов'язані взаємним обов'язком оберігати закон від порушень і викривлення, і в деяких випадках, коли король виявлявся неспроможним впоратися з виконанням цього обов'язку, його піддані відсторонювали його від влади шляхом повстання. Людина може чинити опір своєму королю і засуджувати його, коли він діє всупереч закону, та може навіть брати участь у війні проти короля. Такі дії не порушують обов'язку вірності, зазначає анонімний автор [8, с. 31].

В основі права на опір лежав принцип феодалної вірності, який накладав взаємні, хоч і нерівні, обов'язки, які поширювалися як на правителя, так і на підданих: покірність, вірність, захист тощо. Феодалні відносини діяли за принципом договору: невиконання обов'язків однією зі сторін тягло за собою право на непокору з боку іншої. Сеньйор, який порушив феодалний обов'язок, втрачав покірність своїх васалів.

Свідчення про наявність аналогічної практики знаходимо і у слов'янських джерелах. Аналіз літописів, художніх та філософських творів, зокрема «Слова о полку Ігоровим», «Слова Даниїла Заточника», «Слова про закон та благодать», дозволяє виділити такі чесноти князя: піклування про загальне благо, справедливість, піклування про військо та підданих, щедрість, зваженість та сміливість у бою. Даний перелік чеснот становив інститут «чесноти» князя – тобто обсяг характеристик, які відповідають високому статусу носія влади. Невідповідність князя таким ознакам, або їх втрата тягла за собою втрату честі, позначену в літописах терміном «сором». [10, с. 16] Втрата честі (*здобуття сорому*) була рівнозначною втраті легітимності та право на правління.

Характерно, що позбавлення нелегітимного монарха влади завжди мало суто консервативний характер: метою повстання була не революційна зміна державного ладу, а, навпаки, відновлення порушеного тираном правового порядку. Сама ж монарша влада не втрачала свого авторитету. Більше того, повалення монарха, що перетворився на тирана, розглядається багатьма середньовічними мислителями як васальний обов'язок його підданих, спрямований на захист та відновлення власної честі та честі сюзерена [11, с. 322].

Право на спротив отримало теоретичне обґрунтування у працях середньовічних філософів та було закріплено в перших «протоконституційних» актах.

До найбільш ранніх теоретичних концепцій тираноборства належить вчення Іоана Солсберійського, якому вдалося узгодити християнське вчення про божественне походження влади із обґрунтуванням права на опір. Філософ не заперечує, що будь-яка влада, якою б тиранічною вона не була, походить від Бога,

який допускає тиранію у якості покарання людям за їхні гріхи. Таким чином, тиран є інструментом божого провидіння, хоча і не усвідомлює цього. Однак, з іншого боку, тиранія сама по собі є гріхом, який має бути покараний. Тому, якщо тиран чинить несправедливо, а тим більше вимагає від підданих порушення «божественних установлень», обов'язок підданих – чинити йому всілякий опір, аж до позбавлення влади і фізичного знищення. У такому випадку уже народ виступає божим інструментом для покарання гріха тиранії: «Право чинити опір тирану є однією з форм покарання, яке Бог насилає на нечестивця, зло завжди карається Господом, а покарання може здійснюватися ним, як напряму, так і через обраних ним людей» [11, с. 325].

Дещо інакше обґрунтовує право на непокору видатний філософ середньовіччя Фома Аквінський. Підставою для опору мислитель визнає виникнення протиріччя між принципами природного закону та несправедливим нормативним актом, «оскільки, як сам такий нормативний акт, такі його виконання є злочином» [12, с. 31]. Відповідно, Фома допускає право народу на повстання з метою повалення влади, яка чинить всупереч природному праву, а найгіршими формами державного правління проголошує олігархію та тиранію, «оскільки вони перебувають найдалі від найкращого державного устрою» [13, с. 245].

Намагання захистити право вільних станів на контроль влади та включити його в систему писаного права зумовило виникнення в епоху пізнього Середньовіччя своєрідних «протоконституцій». Дані акти мали подвійну мету: з одного боку, вони закріплювали окремі права та свободи особистості, або окремих соціальних груп (станів), а з іншого – встановлювали межі королівської влади, порядок її реалізації та форми реагування народу у випадку їх порушення.

Так, Саксонське Зерцало закріплювало право і обов'язок людини опиратися королю і судді, якщо той чинить беззаконня, та перешкоджати йому в усякому беззаконні, навіть якщо він його родич або феодалний сеньйор. Причому такі дії не порушували феодалної присяги на вірність. Подібним чином знаменита юридична формула Арагона встановлювала, що піддані повинні підкорятися королю тільки до тих пір, поки він виконує свої обов'язки. Велика хартія вольностей закріплювала право членів ради за наявності підтримки місцевої громади «примушувати і тіснити короля всіма можливими способами, якими тільки можна, тобто шляхом захоплення замків, земель, володінь та іншого» [14, с. 70]. Угорський король Андраш II у Золотій буллі 1222 р. зобов'язується: «Якщо Ми або хто-небудь з наших наступників коли-небудь порушить умови цього статуту, то єпископи і вищі і нижчі благородні люди Нашого королівства, поодиночі і всі разом, нинішні і майбутні, в силу цих умов мають необмежене право чинити опір словом і ділом, не викликаючи на себе звинувачень в зраді» [2, с. 279].

«Протоконституційні» акти за своєю суттю являли собою юридичну форму суспільного договору між монархом та підданими. Їх широке розповсюдження, а також наростаюча криза середньовічної правової парадигми зумовили формування ранніх теорій суспільного договору, перші із яких виникли уже в XIV столітті. Італійський мислитель Марсилій Падуанський у праці «Захисник миру» закладає основу ідеї народного суверенітету та стверджує, що передумовою існування гармонійної держави є добровільна згода суспільства коритися законам, а державу, створену людьми, розглядає як інституту покликаного захищати суспільний мир [15, с. 35]. Оригінальну теорію суспільного договору сформулював також пізньовізантійський мислитель Мануїл Мосхопул.

Висновки. Передумовами формування середньовічних уявлень про межі державної влади стали звичаєве право нових народів Європи та римська політична традиція, переосмислені в контексті феодалного суспільно-економічного устрою та християнського віровчення.

У період раннього та високого Середньовіччя авторитет влади монарха вважався беззаперечним та не передбачав існування народного суверенітету. Монарх був не підконтрольним народу та іншим державним інституціям, проте був зобов'язаний діяти в межах звичаєвого права. Уже в цей період визнається право народу на непокору (опір) несправедливому наказу монарха.

Основними умовами легітимності влади за звичаєвими уявленнями вважалися легітимний спосіб одержання та відповідність наказів самій природі влади монарха (справедливість та спрямованість на суспільне благо).

Загальноприйняті уявлення про межі державної влади були теоретично опрацьовані філософами та юристами, а пізніше втілені в нормативних актах, які стали прообразом європейських конституцій.

Середньовічні уявлення про природу та межі державної влади пройшли складний шлях еволюційного розвитку та заклали основи для модерних конституційних концепцій суспільний договору та верховенство права.

Дослідження причинно-наслідкових зв'язків між середньовічними концепціями лімітування державної влади з модерними та сучасними конституційно-правовими доктринами та принципами становить малодосліджений та перспективний напрямок історико-юридичної науки.

Список використаних джерел:

1. Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права / Ассоциация Юридический центр. Санкт-Петербург : Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. 346 с.
2. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. Москва : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА М – НОРМА, 1998. 624 с.

3. Kern F. *Kingship and Law in Middle Ages II. Law and Constitution in the Middle Ages*. New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1956. xxxi, 214 pp.
4. Анфологион. Славяне и их соседи. Власть, общество, культура в славянском мире в Средние века. К 70-летию Бориса Николаевича Флори. Выпуск 12. Москва : Издательство «Индрик», 2008. 416 с.
5. Канторович Э.Х. Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии. Изд. второе, исправленное / Пер. с англ. М.А. Бойцова и А.Ю. Серegiной. Москва : Изд-во Института Гайдара, 2015. 752 с.
6. Святовец О.А. Генри Брактон и трактат «О законах и обычаях Англии» (Из истории политической мысли XIII века) : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата исторических наук. Санкт-Петербург, 2000. 23 с.
7. Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. Санкт-Петербург : Алетейя, 2001. С. 85.
8. Таманага, Браян. Верховенство права: історія, політика, теорія. / Перекл. з англ. А. Іщенко. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.
9. Калделлис Э. Византийская республика: народ и власть в Новом Риме / пер. и отв. ред. В.И. Земскова. Санкт-Петербург : Дмитрий Буланин, 2016. 448 с.
10. Власть и общество в литературных текстах Древней Руси и других славянских стран (XII – XIII вв.) / Отв. Ред. Б.Н. Флоря. Москва : Знак, 2012. 328 с.
11. Власть, общество, индивид в средневековой Европе / отв. ред. Н.А. Хачатурян; сост. О.С. Воскобойников ; Ин-т всеобщей истории РАН; МГУ им. М.В. Ломоносова. Москва : Наука, 200. 600 с.
12. Фома Аквинский Сумма тологии. Часть 2-1, Вопросы 90-114. Киев : Ника-Центр. 2010.
13. Аквінський, Тома. Коментарі до Арістотелевої «Політики» / Пер. з латини О. Кислюка ; передм. В. Котусенка. Київ : Основи, 2003.
14. Зборошенко Д.М. Право народу на опір в історико-правовій думці: від зародження до утвердження. *Наукові записки НаУКМА*, 2016. Том 181. Юридичні науки.
15. Защитник мира. Марсилья Падуанский / Пер. с франц. Б.У. Есенова ; науч. ред. Г.П. Лупарева. Москва : Издательско-торговая корпорация «Дашков и КО», 2014. 656 с.

УДК 342.6

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.3>

Т. О. Чепульченко, кандидат юридичних наук,
доцент, факультет соціології і права Національного технічного
університету України «Київський політехнічний інститут
імені Ігоря Сікорського»

Н. О. Левіцька, студентка
факультету соціології і права Національного технічного
університету України «Київський політехнічний інститут
імені Ігоря Сікорського»

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ПРЕЗИДЕНСТВА В УКРАЇНІ

У статті досліджено діяльність інституту глави держави з урахуванням конституційно-правового аспекту та визначено його перспективи розвитку в Україні. Інститут Президента в статті розглядається як юридична конструкція, яка визначається як система взаємопов'язаних і взаємодоповнюючих елементів. Досліджуючи інститут президентства, звертається увага на те, що його можна розглядати як інститут держави і як інститут права (правовий інститут), а щодо статусу глави держави, то у статті виділені його три основні виміри.

У науковій роботі окремо досліджується історія становлення інституту президентства на території України та здійснюється її періодизація. Визначаються роль і значення цього інституту в державному механізмі України. Зазначається, що інститут президентства є невіддільною частиною новітньої політичної історії України, перебуваючи у стані безперервного розвитку та вдосконалення, він покладає надії на великі перспективи свого політичного розвитку. Також окремо наголошується на політико-психологічному сприйнятті інституту громадянами України, з'ясовується наскільки інститут президентства психологічно збігається із ментальністю української нації.

Одним із пріоритетних завдань дослідження є визначення найперспективніших напрямів діяльності інституту президентства та положень, на яких він повинен ґрунтуватися на цьому етапі свого розвитку. Беруться до уваги визначення таких основних перспектив розвитку інституту глави держави, які включають такі змістовні частини: що необхідно зробити задля вдосконалення інституту президентства в Україні та які практичні рекомендації слід розробити. Всі дослідження, які проводяться, керуються думками досвідчених вчених.

Загалом вивчення теми «Перспективи розвитку інституту президентства в Україні» полягає у дослідженні процесів становлення, розвитку та функціонування цього інституту на території нашої країни.

Ключові слова: глава держави, Президент України, президентська влада, інститут президентства.

T. A. Chepulchenko, N. A. Levitskaya. Prospects of development of institute of presidency in Ukraine

The article investigates the activity of the head of state institute, taking into account the constitutional and legal aspect and defines its prospects for development in Ukraine. The President's Institute is regarded in a scientific article as a legal construction, defined as a system of interrelated and complementary elements. Researching the presidency institute draws attention to the fact that it can be considered as an institute of the state and as an institute of law (legal institute), and in relation to the status of the head of state, the article outlines its three main dimensions.

The scientific work separately investigates the history of the establishment of the Presidency Institute in the territory of Ukraine and carries out its periodization. The role and importance of this institute in the state mechanism of Ukraine are determined. It is noted that the Presidency Institute is an integral part of the recent political history of Ukraine, being in a state of continuous development and improvement, it places hope in the great prospects of its political development. Also, the political and psychological perception of the institute by the citizens of Ukraine is emphasized, as well as the extent to which the presidency institute psychologically coincides with the mentality of the Ukrainian nation.

One of the priorities of the study is to identify the most promising areas of activity of the Institute of the Presidency and the provisions on which it should be based at this stage of its development. The following are the main perspectives for the development of the Head of State's Institute, which include the following substantive parts: what needs to be done to improve the Presidency Institute in Ukraine and what practical recommendations should be developed. All research conducted is guided by the opinions of experienced scientists.

In general, the study of the theme "Prospects for the development of the Presidency Institute in Ukraine" is to study the processes of formation, development and functioning of this institute in the territory of our country.

Key words: Head of State, President of Ukraine, Presidential power, Institute of Presidency.

Постановка проблеми. В Україні як в демократичній державі громадське суспільство через свої інститути безпосередньо впливає на формування інституціями політики, яка контролює їх відкриту діяльність, реально спонукаючи чиновників служити інтересам людей. У цьому разі винятково актуальним є питання

© Т. О. Чепульченко, Н. О. Левіцька, 2020

гарантування органами публічної влади України ефективних методів їх співпраці із громадськістю, оскільки саме вони є вагомим фактором створення умов для участі громадян у здійсненні публічної політики.

Актуальність дослідження цієї теми полягає в тому, що посада Президента відіграє важливу роль у державному механізмі, оскільки незалежно від політичної системи та виду республіканської форми правління, виборний голова є гарантом державного суверенітету та територіальної цілісності країни, додержання Основного Закону, прав і свобод людини та громадянина.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у розвиток досліджень щодо діяльності та перспектив розвитку інституту глави держави, його історії, політико-психологічного сприйняття цього інституту громадянами України зробили такі вчені: В.В. Сухонос, О.В. Красногор, І.Ю. Клінова, М.І. Горлач, В.Г. Кремень, С.Г. Денисюк, В.О. Корнієнко, В. Мельниченко і багато інших.

Мета статті – визначити перспективи розвитку інституту глави держави в Україні, враховуючи його конституційно-правовий аспект та беручи до уваги історію становлення, політико-психологічне сприйняття та роль і значення інституту президентства в межах нашої країни.

Виклад основного матеріалу. У науці конституційного права категорія «глава держави» розкривається через два поняття: «інститут глави держави» та «статус глави держави». При цьому вони співвідносяться між собою як форма (інститут) та зміст (статус), тобто інститут глави держави розкривається через його статус. Досліджуючи інститут глави держави, слід наголосити, що його можна розглядати як інститут держави і як інститут права (правовий інститут). Спираючись на думку В.В. Сухоноса, відзначимо, що інститут глави держави є саме інститутом держави. Як правовий інститут глави держави має міжгалузевий характер, адже він притаманний як конституційному праву (конституційно-правовий інститут глави держави), так і адміністративному (адміністративно-правовий інститут глави держави), а також міжнародному праву (міжнародно-правовий інститут глави держави). Щодо статусу глави держави, то він має три основні виміри: структурний (положення в системі органів), функціональний (функції, повноваження та відповідальність) та організаційний (формування та припинення повноважень). [1, с. 65–66].

Для того щоб дослідити діяльність інституту глави держави та визначити перспективи його подальшого розвитку, важливо розуміти та уявляти історію становлення інституту Президентства на теренах України. Її можна поділити на періоди:

- перший період: 10-ті роки ХХ століття, коли загальні засади інституту Президента формувалися в програмних документах політичних партій та в політико-правовій доктрині того часу;
- другий період: 1918–1921 рр., коли вперше в історії України була спроба заснувати пост Президента;
- третій період пов'язаний із діяльністю радянської влади на теренах України, коли інститут президента досліджувався лише доктринально як інституція буржуазних держав;
- четвертий період: 1990 рік – період заснування посади Президента СРСР;
- п'ятий період: 1991 рік – заснування посади Президента України та прийняття перших нормативно-правових актів, які регулювали його правовий статус;
- шостий період: 1996 рік – закріплення інституту Президента в Конституції України [2].

З часом стало очевидно, що Конституція України потребує змін передусім у частині демократизації державної влади. Можливість внести зміни до Конституції України з'явилася лише у 2004 році. Як відомо, Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року. № 2222-IV помітно змінив правовий статус глави держави, як результат президентсько-парламентська форма правління в Україні була змінена на парламентсько-президентську. Згодом, у 2010 році, Україна повернулася до президентсько-парламентської форми правління. Однак перемога «Революції Гідності» 2014 року установила парламентсько-президентську форму правління, яка залишається незмінною донині.

Розуміючи історію становлення інституту глави держави в Україні, постає питання: яка ж роль та значення цього інституту в державному механізмі України?

У більшості країн світу, а саме: США, Кіпр, Франція, інститут Президента є одним із найважливіших елементів державного механізму. Президент як глава держави – особа, що займає формально вище місце у структурі державних органів влади, здійснює функцію представництва держави. У такому розумінні глава держави розглядається як одна з вищих владних інстанцій [4].

Інститут Президента як юридичну конструкцію можна визначити як систему взаємопов'язаних і взаємодоповнюючих елементів, що мають таку внутрішню побудову: 1) порядок обрання Президента; 2) його правове становище в структурі органів державної влади; 3) функції та повноваження Президента; 4) припинення повноважень глави держави; 5) відповідальність Президента за державну зраду і порушення конституції. Отже, інститут Президента у найбільш загальній формі можна визначити як систему конституційно-правових норм, що регулюють формування та функціонування президентської влади, а також деякі питання, пов'язані із забезпеченням безперервності та наступності цього важливого органу держави [3, с. 91].

Вивчаючи правову природу глави держави у країнах з республіканською формою правління, а саме Португалію, Румунію, Францію тощо, можна дійти висновку, що в них главою держави є президент, правовий статус якого відрізняється чотирма визначальними особливостями. *По-перше*, в основному пост глави держави

є персональним. Але існують окремі випадки, коли завдання, які покладені на главу держави, здійснюються колегіальними органами. Наприклад, у Швейцарській Конфедерації відповідно до Союзної конституції від 18 квітня 1999 р. функції глави держави і уряду виконує Союзна Рада, яка «є верховною керівною та виконавчою владою Союзу». Другою особливістю є те, що влада Президента юридично є похідною від народу (корпусу виборців) або іншого органу – Парламенту, або спеціально призначеної виборчої колегії за участю членів органу народного представництва. Президент як особа, що займає вищу посаду республіки, завжди обирається, крім випадків, коли цей пост обіймається у результаті державного перевороту. Третьою особливістю правової природи Президента як юридичної форми глави держави є визначений строк президентських повноважень. Президент зазвичай обирається на певний строк, який установлюється Конституцією (наприклад, від 1 року – в Швейцарії; до 7 років – в Італії та Ірландії). У більшості країн світу конституції не забороняють переобрання не більше ніж на 2 строки. Проте конституції деяких держав не регламентують узагалі цю позицію, що призводить, як показує конституційно-правова практика, до встановлення пожиттєвого президентства (наприклад, КНДР, Малаві та інші). Четвертою особливістю правової природи Президента як глави держави можна признавати його обмежену відповідальність за свою діяльність. Президент в принципі не несе відповідальності за свою діяльність, але, на відміну від монарха, його невідповідальність має певні визначені законом межі. Зокрема, конституції республік зазвичай передбачають інститут імпичменту, за допомогою якого є можливим дострокове припинення повноважень глави держави [4].

Наступне, не менш важливе питання, яке слід розглянути, – це політико-психологічне сприйняття інституту Президентства в Україні.

Введення в державу інституту президентської влади пов'язано з постійними демократичними перетвореннями, що проводяться в Україні. Президент в Україні – це не тільки лідер, а ще й певна система, в якій задіяні всі зацікавлені в політиці особи. Роль інституту президентства є актуальною. Але впливовість цієї інституції в кожній державі різна. Президент або є державним лідером, або функції «слуги народу» приймає на себе глава уряду.

Але наскільки інститут президентства психологічно збігається із ментальністю української нації? Сьогодні існують різні погляди на інститут президентства в Україні, що свідчить про певну спірність цього питання. Його доцільність та спрямованість є нерідко протилежними, тому влада президента здатна стати знаряддям демократичних перетворень, вона спроможна встановити режим особистої влади. Президентство містить у собі різні можливості: з одного боку, політиками не заперечується можливість скасування інституту глави держави, з іншого – наявні потреби і сподівання громадян, пов'язані із особою президента у державі. Через це розуміння політико-психологічних особливостей функціонування і дієвість цієї інституції є досить актуальним, особливо для українців, що перебувають в процесі трансформації.

На цей час серед громадян України часто можна почути думку, що українське суспільство потребує сильного лідера, який може і повинен вивести країну з кризи, вирішити всі проблеми. Український менталітет такий, що громадяни й досі жалкують за сильним лідером. Коли колективна надія реалізується в конкретній особі, він частково втілює надії на здійснення цього редуکتивного принципу. Практично будь-який керівник у кризовий період спроможний виступити уособленням колективно-бажаного політичного дива. Українці зараз прагнуть мати президента, який спроможний вирішити їхні проблеми, оскільки так зручно, коли є слуга народу, який є ніби «царь-батюшка», котрий і захистить, і покарає винних [5].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Отже, розглянувши попередні питання, можна сказати, що інститут президентства на цей період свого існування перебуває на найвищому рівні свого розвитку. Відбувається посилення президентських інституцій, зокрема однієї із найважливіших – Офісу Президента України, який безперервно забезпечує повноцінне здійснення конституційних повноважень глави держави.

Треба звернути увагу на найреальніші перспективи розвитку інституту президентства в Україні, зазначивши, що вони мають ґрунтуватися на таких положеннях:

По-перше, незаперечна пріоритетність розвитку України як демократичної та правової держави передбачає народовладний характер обрання та функціонування загальнонаціонального представницького органу та його наслідковий вплив на реалізацію державного управління.

По-друге, глава держави повинен бути одноособовим державним органом, наділений належними правообов'язками, який постає невіддільним складником цілісної та функціональної системи і має діяти на основі, в межах компетенцій та у спосіб, визначений Конституцією та законами України.

По-третє, коригування Основного Закону України в тій частині, що стосується глави держави, має бути дуже поміркованим, обережним, а найголовніше – упорядкованим процесом [6, с. 21].

З огляду на вищезазначені положення основними напрямками підвищення статусу президентства в Україні має стати:

- забезпечення реалізації конституційних положень щодо визначення України як правової, демократичної та соціальної держави;
- удосконалення та прийняття нових нормативно-правових актів, на які буде покладено завдання щодо здійснення системного регулювати суспільних відносин;

– удосконалення правового регулювання взамовідносин Президента України з Верховною Радою України та органами державної виконавчої влади;

– коригування основного Закону України в тій частині, що стосується глави держави, що має бути дуже зваженим і обережним, а головне – системним процесом.

Сьогодні в Україні здійснюється політико-правова реформа, яка пропонує перерозподіл функцій і повноважень законодавчої та виконавчої гілок державної влади, а також Президента України, що неупереджено віщує створення капітальних теоретичних основ подальшого функціонування інституту глави держави. Президент мусить залишатися слугою народу, але при цьому його повноваження повинні бути збалансованими з механізмами їхнього втілення. Зосередження повноважень в руках Президента спричиняє функціональний крах владного механізму. Проблеми зростають, але вирішити їх Президент інституційно не спроможний, а Уряд позбавлений самостійно щось вирішувати. Глава держави має широку компетенцію і нагляд за виконавчою гілкою влади, про що свідчать частини 10–12 статті 106 Конституції України, а саме там зазначено, що Президент України вносить до Верховної Ради України подання про призначення Міністра оборони України, Міністра закордонних справ України; призначає на посаду та звільняє з посади за згодою Верховної Ради України Генерального прокурора тощо.

Підсумовуючи, можна зазначити, що починаючи з існування інституту Президента України, він знаходиться в постійній динаміці та розвитку. Це є результатом відсутності в Україні достатнього досвіду функціонування інституту президента, що є об'єктивним, зважаючи на тривалий час відсутності самостійної Української держави.

Слід зазначити, що в цьому процесі Україна вже досягла деяких позитивних результатів, на яких не можна зупинятися. Треба зауважити, що пошук такої моделі інституту Президента України, яка могла б забезпечити належне функціонування політичної, економічної, соціальної та інших сфер суспільного життя може тривати безкінечно. Тому на цей час пріоритетним завданням інституту глави держави є повернення довіри народу до президента шляхом закінчення початих реформ у сфері економіки, освіти та медицини. Це послужить поштовхом до виходу із політичної кризи та децентралізації влади в Україні.

Список використаних джерел:

1. Сухонос В.В. Інститут глави держави в конституційному праві : монографія. Суми : ДВНЗ «УАБС НБУ», 2011 р. С. 65–66.
2. Науковий блог. Національний університет «Острозька академія» / Історія становлення інституту Президента України. URL: <https://naub.oa.edu.ua/2013/istoriya-stanovlennya-instytutu-prezydenta-ukrajiny>.
3. Горлач М.І., Кремень В.Г. Політологія: наука про політику: підручник. Київ : Центр учбової літератури, 2009. С. 191.
4. Науковий блог. Національний університет «Острозька академія» / Поняття та значення інституту Президента України. URL: <https://naub.oa.edu.ua/2013/ponyattya-ta-znachennya-instytutu-prezydenta-ukrajiny/>.
5. Денисюк С.Г., Корнієнко В.О. «Політико-психологічні чинники сприйняття Інституту Президентства в Україні» Інститут Президента України в системі державної влади України: матеріали наукової конференції. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2014 рік. С. 28–31.
6. Мельниченко В., Плахотнюк Н. Інститут президентства в Україні стан та перспективи розвитку. *Право України*. 2009. № 12. С. 18–29.
7. Міхрін В.К. Інститут Президентства в Україні: перспективи розвитку. URL: <http://www.srw.kspu.edu/?p=997>.

УДК 342.51:34.028:351:3.072.3

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.4>

О. Л. Макаренко, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри історії і теорії держави та права,
заступник декана з міжнародної діяльності юридичного
факультету Запорізького національного університету

ДОБРОЧЕСНІСТЬ У ГУМАНІТАРНІЙ СФЕРІ ДІЯЛЬНОСТІ ВИКОНАВЧОЇ ГІЛКИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ЯК ІНДИКАТОР ЕФЕКТИВНОСТІ ТА ВЕРХОВЕНСТВА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

У статті досліджено добросесність у гуманітарній сфері діяльності виконавчої гілки державної влади як індикатор ефективності та верховенства публічного права. Встановлено, що духовність для публічної адміністрації означає розширення відповідальності як відносно самих себе, так і стосовно інших громадян, їхніх спільнот. Зріз цієї якості у вигляді верховенства права та добросесності актуальні для цієї адміністрації, її ефективності в гуманітарній сфері суспільних відносин у силу важливості та чутливості для прав людини тих питань, яких стосується управлінська діяльність. На рівні політики і комунікації виконавчої гілки державної влади з населенням актуальні гуманістичні цінності становлять суть ідеологічної роботи. Експлікація домінуючої ідеології відбувається у вигляді зрозумілих ідеологем – добросесності, верховенства права, загальнолюдських цінностей і законності, справедливості, рівності, єдності прав та обов'язків і т. п. Наголошено, що справжніми викликами для добросесності публічної адміністрації стають вирішувані нею завдання у правових відносинах з охорони здоров'я, регулювання ринку фармацевтичних препаратів, соціального забезпечення і захисту громадян, а також створення, підтримання в належному стані та розвитку соціальної інфраструктури. Належна робота за цими напрямками зумовлена потребами людини у критично важливих для неї благах, без отримання яких вона не виживає й не розвивається. Другим аспектом стають фактичні можливості з акумулювання потрібного обсягу коштів за наслідками реалізації економічного блоку функцій. Третій чинник являє собою варіанти правильного розподілу накопичених коштів. Вирішальними у цих взаємозв'язках стають виключно добросесні мотиви і компетентність як важливі сутності практичної дії ідеї верховенства права в діяльності публічної адміністрації з утримання від реалізації приватних інтересів за рахунок публічних інтересів, задоволення яких знаходиться в межах її компетенції та юрисдикції.

Ключові слова: верховенство права, виконавча влада, гуманітарна сфера, держава, добросесність, здоров'я, освіта, патент, соціальність.

O. L. Makarenkov. Integrity in the humanitarian area of activity of the executive branch of state power as an indicator of public law efficiency and rule

The article reveals the righteousness in the humanitarian sphere of activity of the executive branch of state power as an indicator of efficiency and the rule of public law. At the present stage of civilizational development, people's needs are diversifying, and public administration is becoming more sophisticated in its activities, seeking to maximize these needs, eliminate unhealthy ambitions of citizens and ensure social progress. The differences between nations and the public administrations they form in these relationships are only compounded by the depth of the problems that inevitably accompany their development, including those caused by the external environment, and their correlation with their ability to successfully solve these problems. Priorities, shift of emphasis in the work of the government and other executive bodies of the state, specific and politically modified for any nation.

It has been established that spirituality for public administration means an extension of responsibility both to themselves and to other citizens and their communities. A cut of this quality in the form of the rule of law and integrity is relevant to this administration, its effectiveness in the humanitarian sphere of public relations because of the importance and sensitivity for human rights of those issues that are related to public organizational, administrative, economic and other management activities. The practical implementation of these qualities is achieved through the use of mandatory rules for the functioning of the social system, which allows the use of talented people with disparate abilities in favor of social progress. At the level of politics and communication of the executive branch of state power with the population, actual humanistic values constitute the essence of ideological work. The explication of the dominant ideology comes in the form of clear ideologies – integrity, the rule of law, universal values and legitimacy, justice, equality, unity of rights and responsibilities, etc. It is emphasized that the real challenges to the integrity of public administration are resolved by its legal tasks. on health care, regulation of the pharmaceutical market, social security and protection of citizens, as well as the creation, maintenance and maintenance of social infrastructure.

It is determined that, on the one hand, the proper work in these areas is conditioned by the needs of the person for the critical benefits for them, without which they do not survive and/or develop. The second aspect is the actual capacity to accumulate the required amount of funds by the consequences of the implementation of the economic block of functions. The third factor is options for the correct distribution of accumulated funds. Decisive in these relationships are solely virtuous motives and

competence (including the ability to predict the development of conditions necessary for progress) as essential to the practical operation of the idea of the rule of law in public administration activities to withhold private interests at the expense of public interests, the satisfaction of which falls within its jurisdiction.

Key words: *rule of law, executive power, humanitarian sphere, state, integrity, health, education, patent, sociality.*

Постановка проблеми. На сучасному етапі цивілізаційного розвитку потреби людей урізноманітнюються, а публічна адміністрація стає більш вигадливою у своїй діяльності, намагаючись сприяти максимальному задоволенню цих потреб, елімінувати нездорові амбіції громадян та забезпечити соціальний прогрес. Розбіжності націй та сформованих ними публічних адміністрацій у цих взаємозв'язках вичерпуються тільки глибиною проблем, що неминуче супроводжують їхній розвиток, у т. ч. зумовлених зовнішньою кон'юктурою та корелюючою їм їхньою здатністю успішно вирішувати ці проблеми. Пріоритети, зміщення акцентів у роботі уряду та інших органів виконавчої влади держави, специфічні та політично модифіковані для будь-якої нації [1, с. 173], доповнюють систему основних функцій цієї гілки публічної влади, усталеність яких історично зумовлена стандартними природними потребами суспільства – природного відтворення та переходу на більш високі щаблі цивілізаційного розвитку. Сфера гуманітарної політики – одна з ключових соціальних просторів відповідальності публічної адміністрації, де добросовісність відіграє роль як запоруки успіху в них, так і допримусовим порогом правозастосування та інших форм правореалізації.

Мета статті – розкрити роль добросовісності для ефективності й верховенства права у гуманітарній сфері діяльності публічної адміністрації.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Серед українських учених, роботи яких дотичні до порушеної в цьому дослідженні проблематики, необхідно згадати теоретиків права: А.Н. Алркабі, який дослідив питання поділу влади в умовах сучасного політичного процесу; О.В. Хоменко – особливості та функції виконавчої влади як гілки влади державної; В.Л. Ортинського, З.Р. Кисіля, М.В. Ковалів – управління в органах виконавчої влади України; А.А. Коваленка – становлення і розвиток виконавчої влади в Україні та інших. Низку корисних думок знаходимо в численних працях В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, Н.А. Берлач, А.М. Бойка, С.К. Бостана, С.Д. Гусарева, О.О. Дудорова, М.І. Козюбри, А.М. Колодія, Т.А. Коломоєць, А.Т. Комзюка, В.К. Колпакова, М.І. Мельника, Є.В. Невмержицького, С.Г. Стеценка, О.Д. Тихомирова, М.І. Хавронюка та ін. Із зарубіжних учених зазначену проблему досліджували: Ф. Квіглей, зокрема, цей вчений розкрив проблеми незалежного прокурорського нагляду за виконавчою владою держави; Н. Оберлендер, Р. Нейман – проблему виконавчого процесу у виконавчій гілці державної влади; Е. Канту – розподілу повноважень серед органів публічної влади; Р. Кауфман – ролі виконавчої гілки державної влади у сприянні дотримання прав людини на міжнародному рівні; Р. Інгер – прийняття рішень виконавчою владою держави; Ш. Сіннар – інституціоналізації прав у роботі служби національної безпеки; Х. Мак-Ноттон – трансформацій прав людини; Г. Шашевський – текстуалізм як спосіб правозастосування виконавчої влади держави тощо.

Виклад основного матеріалу. Гуманітарна сфера діяльності являє собою суспільне буття як таке, що охарактеризоване (оцінене, осмислене, організоване) крізь призму пріоритетів людини і людських цінностей; це особливий «зріз» суспільної цілісності – перетину й забезпечення людських інтересів [2, с. 487], соціального і духовного життя особи й людських спільнот. Складовими елементами гуманітарної сфери, які відображають стан духовного життя людини й суспільства, стали передусім фундаментальні галузі – освіта, наука, культура та їхні підгалузі: виховання, інформаційне середовище, фізкультура, спорт, дозвілля, туризм, релігія, етнічні відносини [3, с. 207]. Систематизований розвиток мислення, професійних, світоглядних і громадських якостей людини, його етичних, правових та інших цінностей відбувається завдяки роботі публічної адміністрації за напрямом освіти населення країни – організації системи необхідних матеріальних засобів і персоналу; формування соціального характеру [4, с. 40]. Повноцінне правове поле і добросовісність в освіті – одні з найбільш актуальних завдань функціонування і прогресу цієї галузі як у трансформаційний період [5, с. 91], так і впродовж перманентних змін сталих політико-правових систем.

Публічне управління освітою передбачає створення і постійне вдосконалення мережі інститутів для передачі науково достовірних знань (умінь, навичок та іншого досвіду) від вчителя до учнів у всіх сферах знань, а саме: математичних, фізичних, хімічних, біологічних, юридичних, військових, фізичної культури й інших наук. Утвердження верховенства права і добросовісності управління в цій сфері визначається за параметрами ієрархічності – отримання людиною компетентності нижчого рівня є умовою для отримання компетентності вищого рівня; послідовності – рівні освіти людина проходить один за іншим, без можливості отримати наступний рівень до закінчення попереднього; наступності – освітні стандарти всіх рівнів узгоджені між собою, відповідність людини кожному попередньому стандарту гарантує його можливість опанувати кожний наступний стандарт; безперервності розвитку людини з моменту її народження і до часу досягнення пенсійного віку; якостей учня – завзятості, творчості, добросовісності та поваги до себе, наполегливості та моральної мужності, а також уміннями вирішувати проблеми та критично мислити, нестандартно та з усіх можливих кутів дивитися на речі, працювати самостійно та в команді, добре використовувати ресурси навколишнього світу [6, с. 1, 3]. Організаційним доповненням цих характеристик стає обов'язок

публічної влади створити умови для забезпечення права на освіту – максимального розвитку людей на всіх етапах життя в дитячих садках (яслах), школах, коледжах, університетах, на робочому місці, а особливо – належного виконання батьками своїх соціальних обов'язків.

Охарактеризований напрям відтворення гуманітарних знань живиться за рахунок наукової діяльності, де на професійній та академічно добросесній основі створюють нові знання. Розвиток тут гарантує гнучке, позбавлене крутійства, формалізму, зарегульованості, бюрократизму публічне адміністрування з домінуючим методом стимулювання інтелектуальної, творчої, духовної роботи – проведення фундаментальних і прикладних наукових досліджень. При цьому верховенство права і добросесність – прояви виключно духовності. Якщо наука та освіта мають переважно прагматичний характер та вичерпуються ресурсами ментального тіла людини, то духовно-культурний розвиток передбачає більш альтруїстичний сенс і сягає найвищих ступенів просвітлення особистості знанням нематеріального, часто сакрального змісту й важко вловимих високоенергетичних сутностей Божественного духу світла, добра, права і справедливості. Словом «духовність» маркуємо найтоншу матерію людської душі, її почуттів і емоцій, які передаються генетично, культивуються в соціумі виключно чуйними до навколишнього середовища людьми з цілісно і повноцінно розвинутим ментальним тілом. Адміністрування цього напрямку соціального життя виходить за межі виконання завдань із відтворення однакового набору знань у всіх громадян і їхнього примноження за допомогою наукових досліджень. Відповідальність розширюються за рахунок необхідності сприяти функціонуванню такої системи публічних і приватних організацій, які дозволяють талановитих людей з непересічними здібностями відчуттів найкращих фарб, звуків, слів та інших проявів навколишнього світу використовувати, відповідно до їхньої волі, на користь соціального прогресу. Духовна культура зумовлює доцільність та корисність усіх інших досягнень суспільства, вона є єдиною основою для формування *homo juridicus* та їхньої самоідентифікації з онтології фундаментальних питань, виживання в умовах кризи і прогресу кожної нації. Одним із важливих напрямів у рамках функції духовно-культурного розвитку є збереження пам'яток та інших артефактів культури, забезпечення перманентного прогресу національної мови. В умовах верховенства права та незначної корупції публічна адміністрація діє виважено, обґрунтовано і неспростовно, у т. ч. накопичуючи критичну масу аргументації своїх рішень/діянь за допомогою технологій мережевого інтерактивного анкетування в системі Інтернет чи інших форм краудсорсингу відносно культурної спадщини, її національної цінності, збереження, нарощування, збагачення і/або оновлення (наприклад, відносно пам'ятника В. Ульянову у м. Запоріжжя 12–17.03.2016).

Діяльність публічної адміністрації у сферах освіти, науки і духовної культури відображає систему концептуально оформлених уявлень, ідей і поглядів на суспільне життя, яка відбиває інтереси, світогляд, ідеали, настрої людей. Антроповимірна успішність роботи організацій та їхніх працівників у цих сферах зумовлюють добросесну основу для реалізації ідеологічної функції виконавчою гілкою державної влади, її здатність забезпечувати комплексне відображення знань, досвіду, цінностей, які транслуються в суспільстві, передаються з покоління в покоління, визначають етнічну спільноту як націю, життєву унікальність (ідентичність) нації і зумовлюють її прогрес, у т. ч. за умови забезпечення загальнолюдських цінностей. Вираз основ ідеології нації та її держави відображається як зрозумілі ідеологеми (складники правової ідеології, що емоційно-чуттєво легко сприймаються та виступають першоосною для осмислення позначуваних ними понять і явищ, як правило, виключно складного гносеологічного, онтологічного та аксіологічного змісту) у преамбулі, загальних положеннях конституції держави, а також в акцентах і специфіці визначення прав і свобод громадян та суспільства, їхніх гарантій, розподілу повноважень між гілками публічної влади. Наприклад, у більшості держав романо-германської правової сім'ї уряд і його члени є суб'єктами публічно-юридичної відповідальності на загальних підставах, оскільки імунітетом вони не наділені [7, с. 177] і мають мінімальні можливості уникнути відповідальності корупційним шляхом. Це стає об'єктивною підставою для ідеології добросесності – поширення, рекламування, утвердження власним прикладом публічною адміністрацією підпорядкування приватних інтересів публічним інтересам, ефективного витрачання публічних фінансів, чесного і сумлінного ставлення до належного виконання своїх трудових обов'язків та реалізації прав, якими чиновник наділений у силу перебування на посаді.

Публічне адміністрування на вищеописаних рівнях соціалізації людини являє собою трансформації конкретних правових норм з відображенням у них ідеологічного повороту антропологічного зміщення від першочергового захисту державних інтересів до висування на перше місце завдань охорони визнаних цивілізованим суспільством прав і свобод людини і громадянина, зокрема, першочергових з них – права на життя та здоров'я. Як напрям гуманітарної функції охорона здоров'я стала однією з найважливіших сфер роботи сучасних держав, особливо в умовах високої техногенної напруги на людину. Зона відповідальності публічної адміністрації включає розроблення та впровадження відповідних адміністративних норм для реалізації національних цілей політики в галузі охорони здоров'я та медичних послуг. Це основний правотворчий суб'єкт, що ухвалює нормативно-правові акти з питань реалізації заявлених законодавцем стандартів у галузі охорони здоров'я [8, с. 25]. Серед основних напрямів роботи в цій сфері виокремлюємо зменшення впливу несприятливих чинників на здоров'я людей; надання медичної допомоги всіх рівнів складності; регулювання фармацевтичного ринку та забезпечення лікарськими препаратами. Зміст першого напрямку

роботи вичерпується дуже широким діапазоном профілактичних заходів, які перетинаються з екологічними та іншими подібними функціями. Серед важливих медичних засобів профілактики захворювань важливе місце займають щеплення. Виконання санітарних, протиепідемічних та гігієнічних завдань означає контроль публічної адміністрації над умовами проживання, навчання, роботи та іншої соціальної активності людей. У межах цього напрямку роботи виконавча влада також контролює якість води, сировини, продуктів харчування і всіх інших товарів. Цікавим прикладом може служити контроль держави над якістю будівельних робіт і матеріалів, наприклад, гранично допустимих норм вмісту Ra в гранітах, які використовувалися для будівництва житлових будинків. Цей напрям далі доповнюється роботою у сфері надання медичних допомоги і послуг, для якої характерно поширення на всіх людей, упродовж усього їхнього життя, та перманентно зростаючий діапазон і різноманітність її змісту. Цей напрям адміністрування в галузі охорони здоров'я ще більш витратний, ніж перший. Організація цього виду діяльності належної ефективності супроводжується високими витратами фінансових ресурсів. У зв'язку з цим сфера медицини безпосередньо залежить від стану економіки країни, розвитку фінансових інститутів (зокрема, страхових компаній) і грошей, які виділяються для неї. При цьому країни з ринковою економікою саме у сфері охорони здоров'я виявляють все більшу схожість із соціалістичними країнами. Наприклад, як резонно зазначив Р. Кастро, «медицина на Кубі краще, ніж у США, а жінки отримують більш справедливу заробітну плату» (21.03.2016 р. на зустрічі з Б. Обамою) [9]. З іншого боку, високорозвинена медицина сама стає джерелом прибутків для нації, наприклад, за рахунок продажу надлишків високоякісних медичних послуг, як це відбувається в Республіці Куба, США, ФРН, державі Ізраїль.

Ще більшим джерелом прибутку стає фармацевтичний сектор, робота публічної адміністрації в якому замикає функцію охорони здоров'я. Управління виробничо-технологічними процесами виготовлення лікарських засобів і субстанцій супроводжує як профілактику захворювань, так і їх лікування. Трансформація юридичних основ управління цим ринком наштовхується на об'єктивні і суб'єктивні проблеми, а саме: високу вартість наукових розробок лікарських препаратів, прагнення фармацевтичних компаній максимізувати свої прибутки, транснаціональні масштаби роботи, монополізацію ринку за цілою низкою ліків, відсталістю патентного права в частині забезпечення інтересів прав людини як частини соціуму. Наприклад, монополізм Novo Nordisk, Sanofi-Aventis, Eli Lilly на ринку інсуліну [10, с. 73]; патентування, отримання національними фармацевтичними компаніями від урядів Таїланду, Бразилії в 2007 році ліцензій для виробництва лікарських препаратів, які необхідні для перешкоди виникнення епідемії the human immunodeficiency virus (HIV). Юридично такі дії викликали супротив як самих фармацевтичних компаній, патентоволодільців на такі лікарські препарати, так і держав місця їхньої фіскальної реєстрації. Хоча право публічної адміністрації цих країн розширювати антропологічну сферу дію патентного права було природнім, зумовленим об'єктивними обставинами необхідності захисту права власних громадян, які масово страждали. При цьому діяння фармацевтичних компаній, патентоволодільців не просто зумовлювалися бажанням отримати прибуток, а були засновані на виключній зажерливості, прагненні до надприбутків ціною сотень тисяч людських життів. Асоціальність їхнього патентного права підтвердилася безрезультатністю багаторічних переговорів урядів і глав держав зазначених країн з фармацевтичними компаніями (Abbott Laboratories) про призначення економічно прийнятної ціни на Lopinavir/Ritonavir (Kaletra). Необхідність ужиття термінових заходів для рятування власних громадян була зумовлена поглибленням реальної загрози виникнення епідемії the human immunodeficiency virus (HIV), наприклад, у Бразилії із середини дев'яностих років XX століття. Водночас принципи та інші норми міжнародного права зобов'язують державну владу забезпечити епідеміологічне благополуччя в країні, в тому числі дозволяють їй вживати заходів усупереч інтересам і правилам приватних осіб [11, с. 61–76], проте відповідно до власної совісті, ідеалів добра і справедливості, а також правових норм Статуту та інших документів ООН як уособлення ідеї верховенства права відносно людини, суспільства та у міжнародних відносинах.

Зокрема, відповідно до ст. 4 Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права, схваленого ООН 16.12.1966, держава може встановлювати тільки такі обмеження прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним із природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві. Відносно наведеного прикладу ця норма стає однією з юридичних підстав не для охорони фармацевтичних патентів будь-якою ціною, а саме для ефективної охорони, її соціальної орієнтації, яка дозволяє особам-патентоволодільцям мати зиск з об'єктів промислової власності, але доступ громадськості до них ускладнений не більше, ніж це об'єктивно необхідно [12, с. 147].

Охарактеризовані напрями поєднуються в межах похідної від економічного блоку функцій виконавчої влади держави діяльності із соціальних забезпечення і захисту громадян. Розгортання цього напрямку гуманітарної політики передбачає надання достатніх матеріальних засобів з публічних бюджетів та інших фондів в умовах соціальних ризиків та інших вразливих умов буття, а саме в разі: вагітності та пологів, дитинства і похилого віку, інвалідності, хвороби тощо. Також зміст завдань, які вирішуються належним виконанням функцій соціального забезпечення і захисту громадян, передбачає розподіл публічних фінансів на потреби громадян у середній загальній, професійно-технічній та вищій освіті; житлі й субсидіях для оплати житлово-комунальних послуг, спорті, культурних заходах, пенсійному забезпеченні, грошових

допомогах всіх видів, у соціальному обслуговуванні, медичній допомозі та лікуванні, різного роду пільгах в умовах соціально вразливих обставин. Публічна адміністрація у цій сфері відповідальна за низку програм, розроблених для задоволення потреб людей. Як правило, через місцеві підрозділи соціальних служб, у т. ч. органів місцевого самоврядування, відбувається розподіл коштів на користь осіб похилого віку, включаючи виплату соціального забезпечення (наприклад, пенсій, виплат у зв'язку із втратою годувальника, працездатності тощо), додатковий дохід для забезпечення соціальних стандартів (мінімального щомісячного доходу нужденним особам), програми для людей похилого віку (підтримання здоров'я, доставки додому речей і надання послуг, догляд за дорослими, транспортні послуги; послуги омбудсмана в установах тривалої допомоги) тощо [8, с. 25]. Корупційний ризик зумовлений тут такими взаємозв'язками: 1) обсяг коштів та специфіка адресатів соціальної допомоги (вразливість громадян унаслідок об'єктивних обставин життя) підвищують рівень вимог до доброчесності, порядності чиновників, які беруть участь у реалізації соціальної політики в державі; 2) у разі відсутності належної правової культури у таких посадових осіб та неправомірного використання публічних фінансів, адресати допомоги від держави нездатні або мають суттєво послаблені юридичні можливості як організаційно (знайти юриста/адвоката), так і фінансово (сплатити за юридичні послуги) захистити себе для отримання належних виплат/допомоги своєчасно і/або у повному обсязі. Як бачимо, ця функція виключно чутлива до доброчесності публічної адміністрації. Наприклад, за ч. 3 і 4 ст. 131-2 Конституції України (після змін від 02.06.2016 р.) виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними, чи дієздатність яких обмежена. Формально було виражено індиферентність адвокатів до справ, щодо яких законом можуть бути визначені винятки, звісно не через фінансову прибутковість такого роду справ. Фактично категорія із захисту соціальних прав, поряд із представництвом інтересів особи у кримінальних справах, не стала ключовою для адвокатів, чим виявляється асоціальність спрямованості їхньої роботи. Відсутня доброчесність і верховенства права (зокрема, суб'єктивного соціально вразливого суб'єкта) у такому підході адвокатів й авторів відповідної норми закону. Підміна цих цінностей відбулася не інакше як за рахунок прагнення до отримання і накопичення коштів від надання допомоги по прибуткових справах, де клієнти – не соціально вразливі громадяни (пенсіонери, матері або батьки, які самі залишилися виховувати дитину/дітей та ін.), і в умовах монополії та відсутності конкуренції з боку інших юристів-практиків, корпоративних юристів, юристів органів публічної влади, вчених, викладачів юридичних клінік ЗВО, юристів-аудиторів, аудиторів, паралегалів (paralegal) та інших правників не менш, а часто й більш кваліфікованих за них. При цьому загальносоціально несуттєвою у силу поодинокості, хоча й однозначно позитивною і соціально схвальною, стає робота деяких адвокатів pro bono із захисту соціальних прав громадян.

Перелік видів соціальної допомоги відрізняється в кожній країні, залежно від ступенів економічного розвитку та фактично наявних ресурсів, які публічна влада спромоглася акумулювати за наслідками господарської діяльності підприємців та найманих працівників. Наприклад, у разі надлишку трудових ресурсів у конкретному сегменті економіки підприємці будуть знижувати рівень соціального захисту таких працівників, тому що для них перестає бути актуальним якісне відтворення робочої сили, яку вони використовують, і навпаки, дефіцит кадрів стимулює підприємців підвищувати соціальні стандарти для потрібних їм співробітників. Роль публічної адміністрації в цих взаємозв'язках ринку праці полягає в прогнозуванні, регулюванні та розподілі соціальної допомоги для тих працівників, які виявилися економічно найбільш уразливими в конкретний історичний період часу. Успішне здійснення соціальної політики в державі означає соціальну спрямованість економіки, тобто її антроповимірність, задоволення базових людських потреб відтворення і розвитку, відповідно до величезної кількості правових норм з питань соціального забезпечення. Ці норми дуже мінливі, тому що засновані на економічних та інших соціальних трансформаціях суспільства. У підсумку специфіка норм, які врегульовують суспільні відносини у сфері соціального забезпечення, за влучною думкою О.В. Прудивуса, характеризується на рівнях як правотворення, так і правозастосування тим, що об'єктивно наявна критично мала кількість юристів, у тому числі чиновників публічної адміністрації і суддів, які здатні професійно застосовувати право соціального забезпечення і/або своєчасно трансформувати його, адекватно змінам у суспільстві.

Замикаючим напрямом роботи в системі гуманітарних функцій публічної виконавчої влади стає управління соціальною інфраструктурою, що являє собою один із ключових елементів соціально-економічної безпеки населення. Рівень довіри населення до публічної влади та його певності у соціальній справедливості чинного законодавства (актів правозастосування) пов'язаний із соціально-економічною динамікою округу, населення якого відчуває свою залежність від держави (муніципальної влади). Цю динаміку й детерміновану нею соціально-економічну безпеку уможлиблюють діяння з протидії корупції [13, с. 117]. Власне, антикорупційні заходи разом з іншими складниками механізму адміністрування публічних фінансів, майна демонструють свою достатність і ефективність у перерозподілі капіталу (доходів і прибутків) на користь громадян, зокрема через розвиток соціальної інфраструктури, що передбачає досягнення поступу в щонайменше сферах доходів домогосподарств, отримання потрібних послуг з освіти, охорони здоров'я

та безпечної питної води. Ці показники соціального розвитку мають важливе значення для досягнення якості життя людей у суспільстві, відповідно до Індексу людського розвитку (Human Development Index), де Україна, наприклад, у 2019 р. обіймала 88 місце серед 189 країн світу [14].

Доступ до навчальних закладів, особливо до базової або початкової освіти та професійно-технічної освіти, покращив би людський капітал, що сприяє підвищенню продуктивності та ефективності у всіх галузях економіки. Освіта також приносить користь кожній особі в суспільстві, покращує професійну гнучкість та соціальну мобільність, сприяє добровільній відповідальності за діяльність у сфері добробуту та створює здорове середовище для нації [15, с. 141]. Тому створення комплексу об'єктів (підприємств, установ, організацій та споруд) необхідно для функціонування суспільного виробництва і життєдіяльності населення, формування фізично і культурно розвиненого, соціально активного індивіда. Громадянам забезпечуються належні побутові умови для життя, а саме: комфортне житло, всі види комунальних послуг (вода, каналізація, електрика, тепло, чисте повітря), побутове та соціальне обслуговування (в тому числі відділення банківських послуг), дороги (тротуари, алеї), об'єкти торгівлі та харчування, пасажирський транспорт, зв'язок (поштовий, телефонний, мобільний, Інтернет) та інше. Побутова інфраструктура для населення обов'язково доповнюється об'єктами духовно-культурної соціалізації, а саме: всіма ланками інститутів освіти і культури (в тому числі музеями, бібліотеками, школами мистецтв, музичними та спортивними школами), рекреаційними (парками, фонтанами, оранжереями тощо) і культовими об'єктами, установами охорони здоров'я, соціального забезпечення та ін. Викликами для доброчесності в питаннях створення, підтримання у належному стані та розвитку соціальної інфраструктури стають відносини з визначення найкращого підрядника, який фактично виконає ці дії відносно об'єктів інфраструктури, та оптимальної оплати його роботи за рахунок коштів публічних бюджетів чи фондів. Крім цього, часто предметом корупційних схем публічної адміністрації та підприємців у цій сфері стають питання надання земельних ділянок, будівель чи інших об'єктів, які виконують культурну, інфраструктурну і/або іншу соціальну роль, для використання з підприємницькою метою.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Духовність для публічної адміністрації означає, що відповідальність розширюються як відносно самих себе, так і стосовно інших громадян, їхніх спільнот. Зріз цієї якості у вигляді верховенства права та доброчесності актуальні для цієї адміністрації, її ефективності в гуманітарній сфері суспільних відносин у силу важливості та чутливості для прав людини тих питань, яких стосується публічна організаційно-розпорядча, адміністративно-господарська та іншого роду управлінська діяльність. Його практичне впровадження відбувається за рахунок використання загальнообов'язкових правил функціонування соціальної системи (громадян, публічних і приватних організацій), що дозволяє використання талановитих людей з непересічними здібностями відчуттів найкращих проявів навколишнього світу, відповідно до їхньої волі, на користь соціального прогресу. На рівні політики і комунікації виконавчої гілки державної влади з населенням актуальні гуманістичні цінності складають суть ідеологічної роботи. Експлікації домінуючої ідеології відбуваються у вигляді зрозумілих ідеологем – доброчесності, верховенства права, загальнолюдських цінностей і законності, справедливості, рівності, єдності прав та обов'язків і т. п. Справжніми викликами для доброчесності публічної адміністрації стають вирішувані нею завдання у правових відносинах з охорони здоров'я, регулювання ринку фармацевтичних препаратів, соціального забезпечення і захисту громадян, а також створення, підтримання в належному стані та розвитку соціальної інфраструктури. З одного боку, належна робота за цими напрямками зумовлена потребами людини у критично важливих для них благах, без отримання яких вони не виживають і/або не розвиваються. Другим аспектом стають фактичні можливості з акумулювання потрібного обсягу коштів за наслідками реалізації економічного блоку функцій. Третій чинник являє собою варіанти правильного розподілу накопичених коштів. Вирішальними у цих взаємозв'язках стають виключно доброчесні мотиви і компетентність як важливі сутності практичної дії ідеї верховенства права в діяльності публічної адміністрації з утримання від реалізації приватних інтересів за рахунок публічних інтересів, задоволення яких знаходиться в межах її компетенції і юрисдикції.

Список використаних джерел:

1. Курашвили Б.П. Очерк теории государственного управления : монография. Москва : Наука, 1987. 296 с.
2. Губернський Л., Андрущенко В., Михальченко М. Культура. Ідеологія. Особистість: методолого-світоглядний аналіз. Київ : Знання України, 2002. 580 с.
3. Степанко О.В. Сутність, мета, завдання та складові гуманітарної сфери. *Теорія та практика державного управління*. 2012. Вип. 3. С. 201–208.
4. Городняк І.В. Соціологія освіти : навчальний посібник. Львів : «Новий Світ-2000», 2011. 265 с.
5. Андрусішин Б. Освітнє право України: проблеми та перспективи. *Юридичний журнал*. 2011. № 1. С. 91–100.
6. Littky D., Grabelle S. The Big Picture: Education Is Everyone's Business. Alexandria : ASCD, 2012. 248 с.

7. Терещук М.М. Юридична відповідальність у публічному праві : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Київ, 2018. 211 с.
8. Pozgar G. D. Legal Aspects of Health Care Administration. 11th ed. Sudbury : Jones & Bartlett Publishers, 2012. 602 p.
9. Обама назвал условия для снятия санкций с Кубы 21.03.2016. URL: <https://news.mail.ru/politics/25206587/>
10. Innovation and Inequality: Emerging Technologies in an Unequal World / edited by S. Cozzens, D. Thakur, 1st. publish. 2003. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2014. 360 p.
11. Leitão S., Araújo A., Oliveira Duarte R., Fogaça Vieira M., Reis R. e outros. Justiça e direitos humanos. Experiências de Assessoria Jurídica Popular. 1ª edição: julho de 2010. Curitiba : Terra de Direitos, 2010. 256 p.
12. Диас М.Р. Принцип социальной функции интеллектуальной собственности в праве Бразилии : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2016. 193 с.
13. Ковригина Т.А. Управление социальным развитием региона Арктической зоны РФ: на примере ЯНАО : дис. ... канд. социол. наук : спец. 22.00.08. Тюмень, 2017. 210 с.
14. Human Development Index. 2019. URL: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>
15. Mujmule B.S. Economic and social infrastructure development: a case study ; 1th ed. Solapur : Ashok Yakkaldevi, 2016. 224 p.

УДК 336.221

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.5>

М. А. Носкова, аспірантка
кафедри публічно-правових дисциплін
ПВНЗ «Університет сучасних знань»

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ РИЗИКООРІЄНТОВАНОЇ СИСТЕМИ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ

У статті здійснено аналіз концепції ризикоорієнтованої системи податкових перевірок, серед яких є концепції українських і зарубіжних вчених, у результаті чого встановлено, що дослідники недостатньо уваги приділили саме концептуальним засадам даної системи та її адміністративно-правовому розумінню. У результаті аналізу доведено, що характерними тенденціями наукових тлумачень досліджуваного терміна є твердження про ризикоорієнтовану систему податкового контролю як про систему діагностики державними податковими органами податкової платоспроможності платників податків, а також твердження про те, що ризикоорієнтована система податкового контролю є інструментом ідентифікації недоліків побудови системи адміністрування податків. Визначено, що основною сутністю ризикоорієнтованої системи податкового контролю є інформування платника податків про виявлені ризики, яке спрямоване на забезпечення профілактичних заходів та попередження потенційних порушень податкового законодавства, а також можливість превентивного врегулювання питань, що виникають у процесі взаємодії платників податків з податковими органами. У статті показано, що термін «ризикоорієнтована система податкового контролю» базується на дефініції «податковий ризик» і є похідним від останнього. Наведено авторське твердження поняття «ризикоорієнтована система податкового контролю» як фінансово-економічного феномену крізь призму адміністративно-правового осмислення, що представлено як модель взаємодії між суб'єктами оподаткування, в основі якої закладено права і обов'язки таких суб'єктів щодо застосування законодавства з метою зменшення потенційних ризиків вчинення правопорушень у сфері оподаткування. Визначено, що результатом функціонування даної системи є адміністративно-правові наслідки виявлення ризикових платників податків у системі здійснення перевірок органами податкового контролю у процесі забезпечення мінімізації ризиків у процесі сплати податків суб'єктами господарювання.

Ключові слова: ризикоорієнтована система, податковий контроль, податкові надходження, платники податків, податкове адміністрування.

M. A. Noskova. Conceptual foundations of a risk-based tax control system

The article analyzes the concepts of a risk-oriented system of tax audits, including the concepts of Ukrainian and foreign scientists, as a result of which it is established that the researchers did not pay enough attention to the conceptual foundations of this system and its legal understanding. As a result of the analysis, it was proved that the characteristic tendencies of the scientific positions of the studied term show a risk-oriented tax control system as a system for diagnosing tax payers of tax payers by state tax authorities, as well as the assertion that a risk-oriented tax control system is a tool for identifying deficiencies in the construction of a tax administration system. It was determined that the main essence of the risk-based tax control system is to inform the taxpayer of the identified risks, which is aimed at providing preventive measures and preventing potential violations of tax legislation, as well as the possibility of proactive settlement of issues arising in the process of interaction between taxpayers and tax authorities. The article shows that the term "risk-based tax control system" is based on the definition of "tax risk" and is derived from the latter. The author's statement of the concept of "risk-based tax control system" as a financial and economic phenomenon through the prism of administrative legal interpretation is presented, which is presented as a model of interaction between taxable entities, which is based on the rights and obligations of such entities in the application of legislation in order to reduce potential risks of committing offenses in the field of taxation. It is determined that the result of the functioning of this system is the administrative and legal consequences of identifying risky taxpayers in the system of audits by tax control authorities in the process of minimizing risks in the process of paying taxes by business entities.

Key words: risk-based system, tax control, tax revenues, taxpayers, tax administration.

Постановка проблеми. Податковий контроль є одним із інструментів забезпечення податкових надходжень до бюджетів всіх рівнів, які покликані забезпечити як функціонування органів державної влади, так і реалізацію державної політики в усіх сферах. Саме тому податковий контроль призначений для мінімізації ризиків у системі сплати податків суб'єктами господарювання, що забезпечується інформаційно-аналітичною діяльністю та здійсненням перевірок органами податкового контролю. Варто зазначити, що висока небезпека зниження податкових надходжень створює значні загрози для держави, тому моніторинг та здійснення податкових перевірок є важливим актуальним напрямом адміністративно-правових досліджень справляння податків загалом. Забезпечення ефективного податкового контролю на основі ризикоорієнтованої системи побудоване на системі застосування відповідних критеріїв та індикаторів, за допомогою яких здійснюється оцінка ризиків потенційної несплати податків суб'єктами господарювання, а також

© М. А. Носкова, 2020

адміністративно-правових наслідків їх несплати. Водночас актуальність досліджень ризикової поведінки платників податків як підстави для податкових перевірок та адміністративно-правових засад функціонування даної системи загалом зумовлена динамічним станом взаємовідносин держави і платників податків: з одного боку, держава здійснює свою діяльність у напрямку інтенсивного справляння податків, а з іншого – платники податків прагнуть максимально мінімізувати податкові платежі. Актуальності набувають наукові дослідження концептуальних основ ризикоорієнтованої системи податкових перевірок, яка запроваджена і ефективно функціонує в багатьох зарубіжних державах і знаходиться у стадії формування в Україні.

Стан дослідження. Дослідження концептуальних основ ризикоорієнтованої системи податкових перевірок здійснюється вченими зі сфер економіки і права, де поєднуються методологічні підходи аналізу фінансово-економічної природи здійснення оподаткування та адміністративно-правових засад його забезпечення. Серед таких вчених слід виділити роботи українських дослідників, таких як О.М. Десятнюк, В.Я. Князькова, Ю.П. Кравченко, Л.А. Чудак, І.В. Шевчук та інших. Варто зазначити, що дана проблематика активно досліджується і зарубіжними вченими, такими як Г.А. Артеменко (Росія), К. Маградзе (Грузія), О.С. Прокурат (Білорусь), Ed. M. S. Khwaja, R. Awasthi, J. Loerprick (США) тощо. Водночас зазначені вчені під час висвітлення механізмів застосування ризикоорієнтованої системи для цілей податкового контролю недостатньо уваги приділили саме концептуальним засадам даної системи та її адміністративно-правовому розумінню.

Метою даної статті є дослідження концепцій ризикоорієнтованої системи податкових перевірок, завданням статті виступає формулювання авторської дефініції досліджуваного фінансово-економічного феномену крізь призму адміністративно-правового осмислення.

Виклад основного матеріалу. Дослідження аксіом загальності, прийнятності і неповторюваності в податковому середовищі свідчить, що в кожній складовій частині податкового механізму можливе існування ризиків, які одночасно збільшують його ризиковість та впливають на зростання ризиків функціонування податкової системи, реалізацію податкової політики і проведення діяльності у сфері оподаткування, а отже, на ризиковість останньої загалом. Цей процес є зворотнім. До того ж на ризиковість податкової сфери впливають незалежні від неї зовнішні ризики, спричинені невизначеністю економічних, політичних та соціальних умов, в яких проводиться податкова діяльність і динаміку яких вона враховує [1, с. 80].

Тому, на наш погляд, сьогодні дослідники і практики визначають прогноз головною місією ризикоорієнтованої системи податкового контролю, коли віднесення відповідних платників податків до категорії ризикових та здійснення відповідних адміністративно-правових заходів призводить до мінімізації ризиків несплати податків.

Так, В.Я. Князькова справедливо зазначає, що ризикоорієнтована система створена з метою запровадження системного підходу до адміністрування податків і базується на тому, що податкові органи за рахунок поінформованості на більш ранній стадії про можливі випадки порушення податкового законодавства відповідно реагують на них належними діями [2, с. 18].

Базова сутність ризикованої системи податкового контролю достатньо оптимально сформульована білоруським дослідником А.С. Прокуратом, який зазначає, що ризикоорієнтована система є елементом податкового ризик-менеджменту. Зазначений автор наголошує, що, будучи складовою частиною податкового менеджменту, ризикоорієнтована система виступає важливим елементом, необхідним для ефективного функціонування податкової системи, та покликана впливати на такі її елементи, як податкові відносини між суб'єктами, податковий процес і податковий механізм. За допомогою впливу на зазначені елементи податковий ризик-менеджмент також впливає і на їхні складові частини: фіскальну, регулюючу, контрольну та розподільчу функції; податкову політику, оподаткування і податкове право; податкове планування та прогнозування, податкове регулювання та адміністрування, податковий контроль [3, с. 256].

А.С. Прокурат слушно звертає увагу на кореспонденцію позитивного і негативного ефектів у публічного та приватного учасників податкового процесу. Зокрема, вказаний дослідник зазначає, що виникнення податкового ризику у платника податків, незалежно від форми власності, неодмінно призведе до виникнення податкового ризику в держави. Наведену тезу він пояснює таким чином: негативний ефект, отриманий від реалізації податкового ризику платника податків, спричинить у держави виникнення позитивного ефекту від реалізації даного ризику, і навпаки, позитивний результат реалізації податкового ризику платника податків позначиться для держави негативними наслідками [4, с. 349]. Однак А.С. Прокурат стверджує, що в деяких ситуаціях ефект від реалізації податкового ризику може бути ідентичним для обох учасників податкових правовідносин. Ми не підтримуємо таку думку. На наш погляд, ефект від реалізації податкового ризику має бути збалансованим – удосконалення процедури адміністрування, а також підвищення правосвідомості платників податків.

Власне для цілей забезпечення останньої складової частини і застосовується ризикоорієнтована система. А.В. Варнавський наголошує, що ризикоорієнтована система являє собою метод організації та здійснення державного контролю (нагляду), за якого вибір інтенсивності (форми, тривалості, періодичності) проведення заходів із контролю визначається віднесенням діяльності юридичної особи, індивідуального підприємця і (або) використовуються ними під час здійснення такої діяльності виробничих об'єктів до певної категорії ризику або певного класу (категорії) небезпеки [5]. На погляд вказаного автора, ризикоорієнтована система – це спочатку інструмент, застосований державним органом.

Інколи даний підхід зараховують до інструменту зниження витрат юридичних осіб і індивідуальних підприємців за рахунок підвищення результативності діяльності державних органів. На практиці це твердження піддається сильній критиці, зокрема, Д.В. Лубягіна аргументує свої критичні аргументи тим, що результативність державних органів підвищується за рахунок збільшення самоконтролю платників податків за їхній же рахунок. У галузях приватного права конструкція ризику («покладання ризику») призначена для визначення суб'єкта, який несе несприятливі наслідки своєї і чужої невинної діяльності. Ризик у публічному праві використовується для визначення наслідків поведінки чинного суб'єкта, а значення ризику полягає в можливості звільнення особи від державного осуду [6, с. 4].

На думку авторів більшості видань, податкові ризики виникають у зв'язку з діями, з одного боку, держави, а з іншого боку – самих платників податків і зборів.

Українська вчена-економіст О.М. Десятнюк наводить поняття податкового ризику як можливість виникнення негативних економічних та соціальних наслідків через неефективність побудови і функціонування податкової сфери під впливом об'єктивних та суб'єктивних факторів її розвитку в умовах невизначеності зовнішнього середовища [1, с. 55]. На наш погляд, дана дефініція відображає загальнодіалектичне бачення поняття «ризик», у якому не визначено значення кореспонденції суб'єктів «держава – платник податків», де виражається значною мірою різноманітна соціальна зумовленість появи податкових ризиків.

Серед зарубіжних вчених варто відзначити концептуальні підходи російських вчених. Зокрема, В.Г. Пансков розуміє під податковим ризиком імовірність виникнення у процесі оподаткування для суб'єктів податкових правовідносин фінансових та інших втрат, викликаних зміною, недотриманням, незнанням податкового законодавства, а також його недостатньою правовою і економічною обґрунтованістю. Податковими ризиками держави, на його думку, є можливі втрати держави в зв'язку з невиконанням або недобросовісним виконанням платниками податків податкового законодавства. Суть ризикоорієнтованої системи, на погляд вказаного автора, полягає в тому, що встановлена законодавством система управління податковими ризиками використовується під час планування контрольних заходів і вибору суб'єктів податкових перевірок [7, с. 75].

Водночас Л.І. Гончаренко має на увазі під податковим ризиком можливе настання несприятливих адміністративно-правових, зокрема матеріальних (насамперед фінансових), та інших наслідків для платника податків або держави в результаті дій (бездіяльності) учасників податкових правовідносин [8, с. 19].

Ю.Г. Тюріна зазначає, що з точки зору платників податків (платників зборів), податкових агентів, податковий ризик являє собою можливі втрати, пов'язані із процесом оподаткування, викликані змінами законодавства у сфері податків і зборів, діями контролюючих органів і т.д. Із позиції держави податковий ризик – це можливе невиконання (зниження ефективності виконання) завдань з адміністрування податкових доходів бюджету, пов'язане з неефективною роботою податкових органів із контролю за сплатою податків і зборів, порушеннями норм законодавства платниками податків і органами, що представляють фінансові інтереси держави, коливаннями в діяльності господарюючих суб'єктів, викликаними різними факторами (внутрішньокорпоративними, регіональними, макроекономічними та ін.) [9, с. 965].

Грузинська вчена К. Маградзе розглядає поняття податкового ризику здебільшого з точки зору ризиків для платника податків. Вона зазначає, що під податковим ризиком розуміється небезпека для суб'єкта податкових правовідносин понести фінансові та інші втрати, пов'язані із процесом оподаткування, внаслідок негативних відхилень для даного суб'єкта від передбачуваних їм, заснованих на чинних нормах права станом майбутнього, з розрахунку яких ним приймаються рішення в сьогоденні. Дослідниця наводить основні характеристики податкового ризику, зокрема:

- 1) пов'язаний із невизначеністю економічної та правової інформації;
- 2) є невід'ємною складовою частиною фінансового ризику;
- 3) поширюється на учасників податкових правовідносин: платників податків, податкових агентів та інших суб'єктів;
- 4) має негативний характер для всіх учасників податкових правовідносин;
- 5) проявляється для кожного учасника податкових правовідносин по-різному [10, с. 81].

У зарубіжній літературі термін «податковий ризик» вже давно широко увійшов у науковий лексикон вчених і фахівців з оподаткування, як юристів, так і економістів. Багатогранність підходів, що застосовуються до трактування податкових ризиків, які існують, у першу чергу, в зарубіжній літературі, потребує їх усебічного вивчення [11, с. 239].

Під час огляду концептуальних підходів до визначення податкових ризиків, що існують в інших зарубіжних країнах, слід зазначити, що дефініція поняття «податковий ризик» має законодавчо затверджене трактування в Республіці Казахстан, Австралії та Великобританії. Найчастіше податкові ризики трактуються як необґрунтовані рішення, податкові наслідки або поведінку платників податків, що сприяє тим чи іншим чином ухиленню від сплати податків, що, у свою чергу, негативно впливає на формування доходів бюджету. У законодавстві інших розглянутих країн – Німеччини, Канади, США – поняття податкового ризику видозмінено і звучить як «можливі податкові невідповідності» [4, с. 351].

Отже, потрібно зазначити, що концептуальний підхід до визначення поняття ризикоорієнтованої системи податкового контролю базується на тлумаченні ключового терміна – «податковий ризик».

На наш погляд, податковий ризик – це стан законодавства та системи податкового адміністрування, за якого існують передумови для можливості для порушення податкового законодавства, що може використовуватися учасниками податкових правовідносин. Саме для попередження та мінімізації даного явища і впроваджується ризикоорієнтована система податкового контролю.

Ризикоорієнтовану систему в податковому контролі деякі дослідники представляють у вигляді безперервного циклу, що має такі етапи: визначення ризику, аналіз, визначення пріоритетів, методи мінімізації ризику і оцінка ризику. Дану етапність обґрунтовують тим, що ризик-орієнтований підхід – це, в першу чергу, інструмент для найкращого використання ресурсів, водночас має і свої обмеження, такі як:

1) відмінності у фінансових ресурсах податкового органу, які можуть істотно вплинути на його здатність впоратися з усіма виявленими ризиками;

2) позиція уряду щодо конкретних змін податкового законодавства, наприклад, повноваження посадових осіб, що реалізують діяльність з оцінки ризику;

3) недостатність навичок персоналу, що може серйозно перешкодити в боротьбі із системними ризиками. Тому ризикоорієнтована система в податковому контролі являє собою динамічний і структурований процес, спрямований на систематичне виявлення і аналіз ризиків, вивчення поведінки платників податків із метою подальшого визначення варіантів мінімізації ризиків та їх попередження [12].

Концептуальні підходи західних дослідників до визначення та сутності ризикоорієнтованої системи податкового контролю суттєво відрізняються від зазначених вище. Зокрема, вони наголошують, що значно скоротити фінансові витрати платників податків і зберегти їх ділову репутацію як в очах партнерів і конкурентів, так і в очах держави, дозволить управління податковими ризиками, контроль і моніторинг можливих небезпек, які вони за собою несуть [13, с. 194; 14, с. 355]. При цьому вибудована система податкового ризик-менеджменту уможливить системне бачення питань прогнозування податкових надходжень до державного бюджету, що сприятиме забезпеченню стабільності в соціальній і правовій сферах та фінансово-економічному середовищі [15, с. 1291].

Серед українських концептуальних підходів до осмислення поняття ризикоорієнтованої системи податкового контролю вважаємо за необхідне виділити підхід О.М. Десятнюк, яка її визначає як сукупність взаємодіючих та взаємозалежних напрямів управлінської діяльності органів державної податкової служби, що пов'язана з організацією протидії виникненню негативних фінансових наслідків, спричинених податковими ризиками. На погляд вченої, в забезпеченні ефективності функціонування ризикоорієнтованої системи адміністрування податків пріоритетне значення відведене організації податкового контролю з урахуванням ризиків, яка базується на змінених загальних підходах до його стратегії в напрямку підвищення рівня добровільності сплати податків у державі [1, с. 151, 228]. Підтримуємо думку О.М. Десятнюк у тому, що існує реальний взаємозв'язок ризиків податкового контролю як процесу адміністрування і функції податкових органів.

Висновки. Таким чином, під час дослідження концептуальних основ ризикоорієнтованої системи податкового контролю слід констатувати відсутність спеціалізованих наукових досліджень та однакового тлумачення даного поняття. Характерними тенденціями наукових тлумачень досліджуваного терміна слід назвати такі: 1) уявлення про ризикоорієнтовану систему податкового контролю як про систему діагностики державними податковими органами податкової платоспроможності платників податків; 2) твердження, що ризикоорієнтована система податкового контролю є інструментом оперативного реагування на недоліки побудови системи адміністрування податків. Отже, на наш погляд, ризикоорієнтована система податкового контролю – це модель взаємодії між суб'єктами оподаткування, в основі якої закладено права і обов'язки таких суб'єктів щодо застосування законодавства з метою зменшення потенційних ризиків вчинення правопорушень у сфері оподаткування. Відтак у даній дефініції відображено в основному публічний інтерес держави, результатом функціонування даної системи є адміністративно-правові наслідки виявлення ризиків платників податків у системі здійснення перевірок органами податкового контролю і дослідження обсягу та інших їхніх особливостей.

Список використаних джерел:

1. Десятнюк О.М. Діалектика ризиковості розбудови податкової системи України : дис. ... д-ра екон. наук : 08.00.08. Тернопіль : ТНЕУ, 2010. 425 с.
2. Князькова В.Я. Роль Податкового кодексу України у вдосконаленні податкового контролю. *Збірник наукових праць «Управління розвитком»*. Харків : ХНЕУ, 2012. № 7(128). С. 17–18.
3. Прокурат А.С. Становление налогового риск-менеджмента: его место и роль в налоговой системе Республики Беларусь. URL : <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/201690/1/253-257.pdf>.
4. Прокурат А.С. Налоговые риски государства и организаций-налогоплательщиков: развитие теоретических положений в Республике Беларусь. *Ars Administrandi (Искусство управления)*. 2018. Том 10, № 2. С. 335–359.
5. Варнавский А.В. Риск-подход в налоговом правоприменении. *Экономика. Налоги. Право*. 2016. № 3. С. 135–142.

6. Лубягина Д.В. Риск в публичном и частном праве. *Финансовое право*. 2015. № 7. С. 3–7.
7. Пансков В.Г. Налоговые риски: проявление и возможные пути минимизации. *Экономика. Налоги. Право*. 2013. № 4. С. 74–80.
8. Гончаренко Л.И. Налоговые риски: теоретический взгляд на содержание понятия и факторы возникновения. *Налоги и налогообложение*. 2009. № 1. С. 17–24.
9. Тюрина Ю.Г. Налоговые риски и факторы, влияющие на их возникновение. *Известия Байкальского государственного университета*. Иркутск. 2016. Т. 26. № 6. С. 964–971.
10. Маградзе Е. Разработка и исследование моделей оценок системы налогового контроля : дис... докт. наук ; ТГУ - Тб., 2008. 114 с.
11. Langenmayr D., Lester R. Taxation and Corporate Risk-Taking. *Accounting Review*. 2018. Vol. 93, № 3. P. 237–266.
12. Давудгаджиева Р.Д. Совершенствование налогового контроля в условиях применения риск-ориентированного подхода. URL : <http://gmanagement.ru/index.php/ru/arxiv/2-2017r/573-davudgadjeva-122017>.
13. Eichfelder, S., Schorn, M. (2012), “Tax Compliance Costs: A BusinessAdministration Perspective”, *FinanzArchiv*, vol. 68, no. 2, pp. 191–230.
14. Fauziati, P., Kassim, A. A. M. The Effect of Business Characteristics on Tax Compliance Costs”, *Management Science Letters*, vol. 8, no. 5, pp. 353–358.
15. Schoenmaker De S., Van Cauwenberge P. and Bauwhede H. V. (2014), “Effects of Local Fiscal Policy on Firm Profitability”, *Service Industries Journal*, vol. 34, no. 16, pp. 1289–1306.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.6>

О. Ю. Піддубний, доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного та господарського права
Національного університету біоресурсів
і природокористування України

ВОЛЕУЗГОДЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ – СТОРІН АДМІНІСТРАТИВНОГО ДОГОВОРУ З ПИТАНЬ ОБ'ЄДНАННЯ ОБ'ЄКТІВ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ВИКОНАННЯ СПІЛЬНИХ ПРОГРАМ ТА СПІЛЬНОГО ФІНАНСУВАННЯ ГОСПОДАРЮЮЧИХ СУБ'ЄКТІВ

Досліджуються конституційні засади адміністративно-договірної компетенції суб'єктів владних повноважень. Дослідження проводиться на прикладі явно виражених у законодавстві повноважень органів місцевого самоврядування щодо укладання договорів із визначеного Конституцією кола питань. Конституція визнає певну договірну правосуб'єктність за органом місцевого самоврядування для виконання спільних проектів або спільного фінансування підприємств, організацій і установ.

На авторську думку, це найбільш достовірний і беззаперечний випадок адміністративно-договірних повноважень. Дані повноваження найбільшою мірою подібні до класичного міжгалузевого розуміння підстав укладення договору як єдності волі і волевиявлення сторін. Зокрема, обидва суб'єкти вступають у договірні відносини на підставі взаємної згоди. Жодна законодавча норма не змушує їх укладати адміністративний договір із питань реалізації спільних проектів, програм чи утримання комунальних підприємств. Саме це відповідає поняттю «волеузгодження», закріпленому у відповідному законодавчому акті.

Водночас проблемним є розрізнення такого волеузгодження з узгодженням волі сторін, що виникає під час укладення інших видів договорів. Питання полягає в тому, наскільки вільними у своїх діях і рішеннях є органи місцевого самоврядування як стосовно самого рішення про укладення договору, так і стосовно досягнення згоди відносно його конкретних умов. Убачається, що свобода волі сторін адміністративного договору є децю меншою, ніж у сторін цивільного договору. Обмеженням такої свободи є необхідність діяти задля оптимальної реалізації публічного інтересу. При цьому існує певна альтернативність можливої поведінки сторін залежно від того, як сторона в конкретний момент часу і в конкретних умовах розуміє оптимальне досягнення реалізації публічного інтересу.

Робиться висновок, що волеузгодження сторін адміністративного договору не суперечить конституційному принципу діяти в межах і на підставі законів і водночас не дорівнює принципу свободи договору.

Ключові слова: адміністративний договір, волевиявлення, воле узгодження, орган місцевого самоврядування, територіальна громада.

O. Yu. Pidubnyi. Coordination of wills as a means of exercising the powers of local self-government bodies – parties to an administrative agreement on communal property unification, implementation of joint programs and joint financing of economic entities

Constitutional principles of administrative and contractual competence of the subjects of power are explored.

The study is carried out on the example of explicitly stated in the legislation the powers of local self-government bodies to conclude contracts on a range of issues defined by the Constitution. The Constitution recognizes a certain contractual legal personality of a local government body for the implementation of joint projects or joint financing of enterprises, organizations and institutions. It will appear that these contractual legal relationships cannot be attributed to business, even though the subject of the contract may be the retention of the business entity.

This is the most reliable and unquestionable case of administrative and contractual authority. These powers are most similar to the classic cross-industry understanding of the grounds for concluding a contract as a unity of will and will of the parties. In particular, both entities enter into contractual relations on the basis of mutual consent. No legislative provision compels them to enter into an administrative contract for the implementation of joint projects, programs or the maintenance of local public enterprises. This is precisely what corresponds to the concept of “consent” enshrined in the relevant legislative act.

At the same time, it is problematic to distinguish such will from the agreement of the will of the parties that arises when concluding other types of contracts. The question is how free are local governments in their actions and decisions, both regarding the decision to conclude the contract itself and about reaching agreement on its specific terms. It appears that the freedom of the parties to the administrative contract is somewhat less than that of the parties to the civil agreement. The restriction on such freedom is the need to act for the optimum realization of public interest. However, there is a certain alternative to the possible behavior of the parties, depending on how the party at a particular point in time and in specific circumstances understands the optimal achievement of the realization of public interest.

It is concluded, that the will of the parties to an administrative agreement is not contrary to the constitutional principle of acting within the limits and on the basis of laws, and at the same time is not equal to the principle of freedom of contract.

Key words: administrative contract, volition, willpower, local government, local community.

© **О. Ю. Піддубний, 2020**

Постановка проблеми. У сучасній адміністративно-правовій доктрині тривають пошуки місця і ролі інституту адміністративного договору, який, попри свою відносно тривалу п'ятнадцятирічну історію, продовжує залишатись у центрі уваги вчених. Модель такого договору час від часу приміряється на різні види вже наявних договорів, що передбачають проведення господарських операцій із публічно-правовим елементом, проте, на нашу думку, специфіку адміністративного договору (принаймні окремих його видів) слід шукати в об'єднанні волі і зусиль суб'єктів владних повноважень задля досягнення спільного результату.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Договірне регулювання в загальних рисах безвідносно до галузевого наповнення досліджувалось такими вченими, як В. Авхадєєв, О. Віхров, І. Віхрова, Д. Гусарєв, Ж. Завальна, В. Курило, К. Рагуліна, О. Скакун, В. Стефанюк, О. Тихомиров та іншими, результати таких досліджень стали відповідним пунктом для цієї статті.

Мета статті – на прикладі закріплених у Конституції засад адміністративного договору провести дослідження волевиявлення і волеузгодження сторін як особливого засобу реалізації конституційно закріпленої адміністративно-договірної компетенції сторін.

Виклад основного матеріалу. Не викликає заперечень у сучасній науці договірна форма здійснення державних функцій [10, с. 68], порівнюються різні аспекти цивільних і адміністративних договорів [3], беззаперечно сприймається договір як особлива форма існування правових норм [7, с. 179].

У Конституції України також згадується договір – пряма вказівка на міжнародний договір, і опосередкована – на можливість укладення та сферу застосування адміністративних договорів.

Частина 1 статті 9 Конституції України встановлює, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [5]. В іншому контексті термін «договір» у Конституції України не вживається.

Очевидно, таким чином, методом нескладної логічної операції робимо висновок, що, на відміну від міжнародних, адміністративні договори, ким би вони не уклались, і із чого б не склались, частиною національного законодавства не є. Не тільки законами адміністративні договори, ясна річ, не є, а і взагалі частиною законодавства також.

При цьому згідно із ч. 2 ст. 6 Конституції України органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України [5].

Полишаємо поза дискусією питання, а яким саме чином діють органи влади в межах міжнародних договорів, якщо вони так само законами не є, а є лише частиною законодавства, що ніяк не зобов'язує їх дотримуватись, якщо буквально сприймати ст. 6 Конституції України.

Проте в Конституції згадуються певні договірні засади, на яких можуть діяти, зокрема, територіальні громади і органи місцевого самоврядування, створені ними та обласні і районні ради (теж органи місцевого самоврядування, різновидів яких доволі багато у нас). Проливає світло на їхню договірну компетенцію відповідна конституційна норма.

Зокрема, ч. 2 ст. 142 Конституції України встановлює, що територіальні громади сіл, селищ і міст можуть об'єднувати на договірних засадах об'єкти комунальної власності, а також кошти бюджетів для виконання спільних проектів або для спільного фінансування (утримання) комунальних підприємств, організацій і установ, створювати для цього відповідні органи і служби.

Частина 2 ст. 143 Конституції України передбачає, що «обласні та районні ради затверджують програми соціально-економічного та культурного розвитку відповідних областей і районів та контролюють їх виконання; затверджують районні і обласні бюджети, які формуються з коштів державного бюджету для їх відповідного розподілу між територіальними громадами або для виконання спільних проектів та з коштів, залучених на договірних засадах із місцевих бюджетів для реалізації спільних соціально-економічних і культурних програм, та контролюють їх виконання; вирішують інші питання, віднесені законом до їхньої компетенції».

Отже, Конституція визнає певну договірну правосуб'єктність за територіальною громадою села, селища, міста або утвореним ними органом місцевого самоврядування для виконання спільних проектів або спільного фінансування підприємств, організацій і установ.

Ключовим є термін «договірні засади», який не розшифровується, і галузеву приналежність цих договірних засад слід витлумачити окремо. Наша гіпотеза полягає в тому, що це і є адміністративний договір, проте недостатньо конкретизований у Конституції.

Також рисою таких договорів може бути об'єднання об'єктів комунальної власності. Зі змісту даної норми слідує, що договірні відносини передбачаються горизонтального характеру – між територіальними громадами чи їхніми органами місцевого самоврядування.

Подібну правосуб'єктність щодо укладання договорів Конституція визнає і за обласними та районними радами, з тією різницею, що в даному випадку договірні відносини можуть складатись по «діагоналі» між радами різних рівнів.

Характерним є те, що дані договори носять явно виражений майновий характер, їхнім об'єктом є витрачання коштів згідно з обраними сторонами (органами місцевого самоврядування) напрямками, а от делегування, «спуск донизу» повноважень органів виконавчої влади неможливе на договірних засадах і може відбуватись тільки на підставі закону, як це передбачено ч. 3 ст. 143 Конституції.

Отже, сама Конституція дає нам відповідь на питання про предмет договірних засад, які в ній згадуються, – об'єднання об'єктів комунальної власності; виконання спільних проектів; спільне фінансування підприємств, організацій і установ.

Зауважимо, що хоч в основі і лежать майнові відносини, але вони принципово не господарські, оскільки мова йде про акумулювання бюджетних коштів і їх передачу або підрядникам, що будуть виконувати спільні проекти, або на фінансування підприємств, організацій і установ, які є суб'єктами господарської діяльності, але не стороною в цих договірних відносинах, а відтак і відносини з фінансування двома органами місцевого самоврядування спільно господарюючого суб'єкта згідно з договором між ними (тобто в яких господарюючий суб'єкт приймає фінансування, виділене в розпорядчому порядку) не можна віднести до господарських відносин.

Для підтвердження того, чи можна віднести до адміністративних такі або будь-які договори, слід звернутись до тих конкретних законодавчих норм, які власне і регулюють наразі адміністративний договір у Кодексі адміністративного судочинства, тобто матеріально-правових норм, розташованих в акті процесуального права, що є оксюмороном, але залишимо і це питання поза дискусією як доволі очевидне. Суть його в тому, що відповідна норма, п'ятнадцять років, займає для себе «тимчасове помешкання» у процесуально-правовому акті.

Це як, наприклад, договір купівлі-продажу був би прописаний не в ЦК, а в ЦПК України. Але ніхто не звертає на це особливої уваги.

Очевидно, свого часу треба було ввести до законодавства дійсно, без перебільшення, прогресивний інститут, але до спеціального закону руки не дійшли, адже слід було виписати детально правовий інститут адміністративних договорів із невизначеною перспективою щодо його прийняття. Простіше було використати як локомотив підходящий кодекс, який, очевидно, був «на злеті» тоді ще в стадії проекту, можливо, з думкою в подальшому після «обкатки» цього інституту ексборпоровати його у спеціальний матеріальний закон або ж в майбутній адміністративний кодекс України, якщо такому акту знайдеться місце, спочатку на рівні ідеї в адміністративно-правовій доктрині, яка згодом втілиться у відповідний законодавчий акт. Інакше неможливо пояснити розміщення матеріальної норми в процесуальному кодексі.

Як свідчать джерела, недоопрацьованість законодавчого акта вже на момент роботи над законопроектом викликала обґрунтований скепсис у тодішнього міністерства юстиції, що у своїй відповіді профільному комітету зазначало: «Адміністративний договір ... не визначений чинним законодавством і не розкритий у проекті АПК України» [9]. Такої ж думки притримувалось і головне науково-експертне управління апарату Верховної Ради України. Прошло п'ятнадцять років, наразі він визначений тим самим КАСУ, але і досі «не розкритий».

У первісній редакції цього документу, ще від 2005 року, п. 14 ч. 1 статті 3 встановлює, що «адміністративний договір – дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією зі сторін угоди» [4], створивши тим самим коло у визначенні шляхом застосування синонімів «договір» і «угода».

Дефектом змісту є в даному разі визначення одного поняття через інше, синонімічне, чого, наприклад, уникає теорія цивільного права, користуючись вишуканим терміном «правочин», який, до речі, був запропонований до використання, а потім і введений до теорії адміністративного права, хоча і не отримав значного поширення.

У чинній редакції кодексу визначення мігрувало до п. 16 ч. 1 ст. 4 і дещо видозмінилось. «Адміністративний договір – спільний правовий акт суб'єктів владних повноважень або правовий акт за участі суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їхньому *волеузгодженні*, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері і укладається на підставі закону:

- 1) для розмежування компетенції чи визначення порядку взаємодії між суб'єктами владних повноважень;
- 2) для делегування публічно-владних управлінських функцій;
- 3) для перерозподілу або об'єднання бюджетних коштів у випадках, визначених законом;
- 4) замість видання індивідуального акта;
- 5) для врегулювання питань надання адміністративних послуг».

Як бачимо, замість угоди адміністративний договір вже названий правовим актом, і хоча це скоріше змістило уявлення про нього в бік об'єктивного факту дійсності, за яким не стоїть, принаймні, не явно виражене волевиявлення, як не виражене волевиявлення в підзаконному акті, який сприймається як обставина, норма, яка впливає на дії учасників правовідносин, а не як результат волевої дії органу, що її видав.

Утім, волевиявлення адміністративний договір називається актом, хоч і в непрямій формі, не дивлячись на те, що він є нормою права. Адже волеузгодження – це результат узгодження автономних воель учасників акта. Узгодити волю можна лише шляхом виявлення її в тому чи іншому вигляді.

У принципі, з одного боку, кожен правовий акт є актом виявлення волі суб'єкта, що його видав, акт-волевиявлення (рішення) уповноваженого суб'єкта права, що регулює суспільні відносини за допомогою

встановлення (зміни, скасування, зміни сфери дії) правових норм, а також визначення (зміни, припинення) на основі цих норм прав і обов'язків учасників конкретних правовідносин [8], на факті і напрямі волевиявлення навіть заснований один із способів тлумачення правових норм, а саме «телеологічне (цільове) з'ясування змісту правових норм на основі виявлення їхньої мети. Використання різних способів тлумачення дозволяє інтерпретатору правильно і повно виявити волю законодавця» [2], як і кожен договір в цивільних відносинах є актом волі і волевиявлення. Але ж за цього підходу стирається межа між актом законодавства як об'єктивними умовами, в яких виникають, змінюються і припиняються правовідносини зобов'язального характеру, і актом волевиявлення (угодою, договором, правочином – чим завгодно), в силу якого такі правовідносини виникають.

На тлі цього виникає питання: яке волеузгодження може мати місце, коли підписант акта волеузгодження – суб'єкт владних повноважень? Нагадуємо, що згідно із ч. 2 ст. 19 Конституції України зобов'язаний «діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»? Яка може бути воля, якщо вона лише на підставі і в межах? Воля може існувати, якщо вона не суперечить законам, а якщо вона виникає лише на підставі і в межах законів – то це виконання волі законодавця без жодного простору для виявлення власної волі. Чим тоді має відрізнитись імперативне правове регулювання від диспозитивного? Адже суб'єкт приватних правовідносин, діючи в межах значно ширшої доктрини автономії волі (яка так само є простором між обмежувачими правовими нормами), так само укладенням договору творить своєрідний правовий акт – обов'язкову до виконання ним і контрагентом норму.

Звичайно, якщо імперативний метод правового регулювання розуміти примітивно як єдиний можливий варіант поведінки, на противагу диспозитивній автономії волі як певному спектру варіантів поведінки, кінці з кінцями не будуть сходитись, адміністративний договір буде виходити за межі імперативного правового регулювання. Власне по це попереджав під час прийняття КАСУ народний депутат Ю.А. Кармазін: «Владні управлінські функції передбачають безальтернативність поведінки їхніх учасників» [9], але те, що п'ятнадцять років тому здавалось фахівцям нонсенсом, зараз перетворилось на невід'ємну частину теорії адміністративного права. Альтернативність поведінки під час виконання владних управлінських функцій існує і існувала завжди, просто до кінця не усвідомлювалась у теорії адміністративного права.

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі. Що перераховані факти і узагальнення можуть означати для адміністративного права? Ні більше ні менше, ніж наявність певної, своєрідної, з оговірками, автономії волі суб'єкта владних повноважень, яка взаємодіє з волями інших суб'єктів. Із цього моменту, з моменту усвідомлення цього (а як окремі факти це усвідомлено в науці адміністративного права безліч разів до нас) сама правосуб'єктність влади як механістичної конструкції має розглядатись набагато уважніше. Одна справа, якщо влада, ліберальна чи авторитарна, отримує джерело своєї легітимзації в тому, що заявляє, чи дійсно виконує те, чого хочемо ми з вами, громадяни, і зовсім інша річ, якщо влада має свою окрему, автономну волю. На наш погляд, проблема не фатальна і цілком укладається в теорію, адже індивіди хочуть різного, часто протилежного, а влада має обирати певну рівнодіючу цих інтересів і на свій розсуд, керуючись своїм баченням, визначатись, як вона збирається цей рівнодіючий інтерес задовольняти.

Варто приймати до уваги той факт, що імперативність, дія в межах владних приписів – це також певна множинність варіантів, хоча і звужена, яка виражається, наприклад, у формі адміністративної дискреції під час прийняття управлінських рішень, адміністративного розсуду, визначення ступеня тяжкості проступку та призначення покарання в межах від мінімального до максимального розміру. А отже, і договірній компетенції знайдеться місце під егідою імперативного методу регулювання адміністративних правовідносин.

Якщо стояти на позиціях, згідно з якими суб'єкт публічних правовідносин, суб'єкт владних повноважень, нехай у даному разі орган виконавчої влади, діє виключно виконуючи правові норми і не маючи простору для проявів волі, а лише рухається публічним інтересом, закладеним у публічно-правових нормах, його спосіб прийняття рішень дійсно відрізняється від *modus operandi* суб'єкта приватних правовідносин, який підштовхується виключно своєю вільною «автономною» волею і керується під час досягнення своїх власних (фізична особа) або корпоративних (юридична особа) інтересів такими способами дій, які він (суб'єкт), чи його засновники, або керівний орган вважають оптимальними.

Фактично ж ці види волевиявлення доволі подібні. Але різниця в тому, що цим відносинам приділяється набагато більше уваги, вони носять публічно-правовий характер, у решті ж особливостей вони наслідують приватно-правову автономію волі.

Можемо говорити, що автономна воля суб'єкта приватних правовідносин, якому для правомірності поведінки достатньо лише не порушувати приписів правових норм, шляхом волевиявлення приводить його до створення локального правового акта, обов'язкового лише для нього і його візаві (цивільно-правовий договір), а значно більш обмежена Конституцією та необхідністю діяти виключно у спосіб та на підставі закону воля суб'єкта владних повноважень втілюється у правовий акт (адміністративний договір), але також породжує публічно-правові права і обов'язки (зобов'язання) його учасників, а можливо, і підпорядкованих сторонам адміністративного договору суб'єктів.

Отже, воля, що не суперечить законам (диспозитивна), відрізняється від волі на підставі і в межах законів тим, що остання реалізується в межах множини варіантів, заданих законом, із яких суб'єкт обирає найбільш оптимальний, на його думку, з точки зору забезпечення публічного інтересу і виходячи із цих міркувань, під пильною увагою суспільства узгоджує свою волю з іншим суб'єктом шляхом вчинення адміністративного договору.

Підтвердженням тому є поняття адміністративної дискреції, публічно-приватного партнерства, управління суб'єктами господарювання державної і комунальної власності, гнучких, творчих, пов'язаних із ризиком невдачі заходів державної політики в різних сферах, через які ми впевнюємося: левіафан – не мертво опудало, яке їздить виключно взад-вперед по залізних рейках законодавства, не сходячи з них; він – жива істота з певним рефлексивним апаратом свідомості, творчим началом політичної ініціативи, який через щупальця підзаконної нормотворчості (в тому числі і адміністративно-договірної) дотягується до різних сфер публічного життя та створює перешкоди для небажаних і умови для розвитку корисних правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Авхадеев В.Р. Договор как общеправовая ценность : монография. Москва : Статут, 2018. 381 с. ISBN 978-5-6041528-8-1. URL: <https://znanium.com/catalog/product/1053962> (дата звернення: 04.03.2020 р.)
2. Віхров О.П., Віхрова І.О. Теорія держави і права: курс лекцій [Текст] : навч. посіб. ; Чернігів. нац. пед. ун-т ім. Т.Г. Шевченка. Чернігів : Десна Поліграф, 2015. 303 с. URL: https://pidruchniki.com/84581/pravo/tlumachennya_realizatsiya_zastosuvannya_prava (дата звернення: 04.03.2020 р.)
3. Завальна Ж.В. Порівняльний аналіз адміністративного та цивільного договорів. *Право України*. 2007. № 3. С. 135–139.
4. Кодекс адміністративного судочинства України 6 липня 2005 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print> (дата звернення: 04.03.2020 р.)
5. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення 04.03.2020 р.)
6. Курило В.І. Адміністративні правочини у сільському господарстві України: сучасна парадигма : монографія. Київ : Магістр-XXI сторіччя, 2007. 312 с.
7. Рагуліна К.А. Договір як особлива форма існування правових норм. *Державне будівництво та місце самоврядування*. 2015. Випуск 29. С. 179–189.
8. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків : Консум. 2001 р. 656 с. URL: <http://politics.ellib.org.ua/pages-1664.html> (дата звернення: 04.03.2020 р.)
9. Стефанюк В.С. Адміністративний договір: необхідність впровадження // Верховний Суд України. Інформаційний сервер. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/F7E34709A45B0513C3256FBA003455AD> (дата звернення: 04.03.2020 р.)
10. Теорія держави та права : навч. посіб. / Є.В. Білозьоров, В.П. Власенко, О.Б. Горова та ін. ; за заг. ред. С.Д. Гусарева, О.Д. Тихомирова. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.

УДК 342.951:351.82

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.7>

Д. С. Припутень, доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри загальноправових дисциплін
юридичного факультету Дніпропетровського державного
університету внутрішніх справ

ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

У статті акцентовано увагу, що в період реформування органів Національної поліції серед найбільш активних і правосвідомих громадян одним із першочергових питань є можливість здійснення громадського контролю. Адже ефективна діяльність громадянського суспільства є дієвим способом підвищення роботи органів Національної поліції у сфері здійснення поліцейських послуг. З огляду на те, що сьогодні в науковій літературі відсутнє єдине визначення поняття «громадський контроль», як і у сфері діяльності органів Національної поліції, обґрунтовано актуальність, необхідність та перспективність подальшого дослідження зазначеного інституту. Так, ефективна реалізація громадського контролю за діяльністю органів Національної поліції є потужним чинником розбудови правової та демократичної держави, що формує серед населення позитивний імідж працівників поліції. На основі проаналізованих наукових підходів до визначення поняття «громадський контроль» подано авторську дефініцію поняття «громадський контроль за діяльністю Національної поліції». Зауважено, що природу громадського контролю у сфері діяльності Національної поліції неможливо пізнати без аналізу його ознак. Для повного та об'єктивного розкриття основних характеристик та особливостей досліджуваного явища, яке є складним за змістом і багатоманітним за формами, виокремлено його найсуттєвіші ознаки. Незважаючи на наявні позитивні аспекти в напрямі закріплення форм громадського контролю за діяльністю органів (підрозділів) поліції в Законі України «Про Національну поліцію», наявними є ряд прогалин та колізій, які виникають під час їх практичної реалізації. Автором пропонуються конкретні пропозиції до законодавства, які спрямовані на подолання виявлених прогалин та колізій. Особливу увагу приділено такій формі громадського контролю, як прийняття резолюції недовіри керівнику територіального органу (підрозділу) поліції.

Ключові слова: контроль, громадський контроль, громадський контроль за діяльністю органів Національної поліції, форми громадського контролю, прозорість та відкритість діяльності поліції, взаємодія поліції з населенням, громадянське суспільство, правова держава, демократія.

D. S. Pryputen. Public control over the activity of the National police of Ukraine

The article emphasises that in the period of reforming the bodies of the National Police among the most active and fair citizens, one of the priority issues is the possibility of exercising public control. After all, the effective activity of civil society is an efficient way of enhancing the work of the National Police in the field of police services. Considering the fact that in the scientific literature today there is no single definition of the concept of public control, and in the sphere of activity of the bodies of the National Police there is none at all, relevance, necessity and prospect of further research of the institute is substantiated. Thus, the effective implementation of public control over the activities of the National Police bodies is a powerful factor in building a rule of law and a democratic state, which creates a positive image of police officers among the population. On the basis of the scientific approaches analyzed, the author defines the concept of public control over the activities of the National Police. It is noted that the nature of public control in the field of activity of the National Police cannot be known without analyzing its features. For a complete and objective disclosure of the main characteristics and features of the phenomenon under study, which is complex in content and diverse in forms, its most essential features are distinguished. Despite the positive aspects in the direction of consolidation of forms of public control over the activities of police bodies (units) in the Law of Ukraine "On the National Police", there are a number of gaps and conflicts that arise in their practical implementation. The author offers specific proposals for legislation aimed at overcoming the identified gaps and conflicts. Particular attention has been paid to such a form of public scrutiny as the adoption of a resolution of no confidence in the head of a territorial body (unit) of the police.

Key words: control, public control, public control over the activities of the National Police bodies, forms of public control, transparency and openness of police activity, interaction of police with the population, civil society, the rule of law, democracy.

Постановка проблеми. Розвиток нашої держави свідчить про те, що упродовж останніх років сформувалося громадянське суспільство, яке характеризується високим рівнем відповідальності в контексті власної ролі в підвищенні ефективності діяльності органів державної влади. Закріплюючи в Конституції України положення, відповідно до якого народ є єдиним джерелом влади, наша держава взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення участі громадськості в управлінні державними справами. Одним із дієвих способів такого управління є громадський контроль за діяльністю правоохоронних органів, здійснення якого спрямовано на попередження сваволі та забезпечення прозорості у сфері діяльності органів Національної поліції України.

© Д. С. Припутень, 2020

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі теоретичні аспекти здійснення громадського контролю досліджували у своїх працях О. Андрійко, С. Братель, С. Вітвіцький, С. Денисюк, А. Крупник, С. Кушнір, В. Латишева, В. Малиновський, Л. Наливайко, С. Новіков, В. Погорілко, О. Полтараков, Л. Рогатина, І. Сквірський, С. Тимченко, С. Шестако, О. Щербанюк та інші. Незважаючи на наявні дослідження окремих питань щодо громадського контролю, відсутні саме комплексні розвідки, пов'язані з діяльністю окремих органів державної влади, зокрема Національної поліції.

Метою статті є аналіз громадського контролю за діяльністю органів Національної поліції України та запровадження можливих шляхів подальшого розвитку і вдосконалення його форм.

Виклад основного матеріалу. У період реформування органів Національної поліції серед найбільш активних і правосвідомих громадян актуалізувалося питання щодо здійснення громадського контролю. Ефективна діяльність громадянського суспільства є дієвим способом підвищення якості роботи органів Національної поліції щодо здійснення поліцейських послуг.

Наразі спостерігається динамічний розвиток інституцій громадянського суспільства, що зумовлює появу наукових досліджень, пов'язаних із визначенням сутності громадського контролю як одного із проявів громадянської активності, метою якого є забезпечення ефективних умов для самореалізації окремих суб'єктів і виконання суспільством контрольної функції [1, с. 149]. У будь-якій державі посадовим особам правоохоронних органів у тому числі органів Національної поліції властиві зловживання владними повноваженнями. Зазначена негативна тенденція змінює сутність і соціальне призначення держави. Необхідним є впровадження дієвого контролю, спрямованого на обмеження влади як у цілому у правоохоронних органах, так і Національній поліції, що зумовлює необхідність формування і розвитку громадського контролю за їхньою діяльністю.

На думку Ф. Харріса, поліція має нести відповідальність перед законом, а її діяльність повинна бути прозорою та підвітною суспільству [2]. Більш розгорнуто із цього приводу висловлюється Д. Бейлі, який зазначає, що діяльність поліції повинна бути відкритою спостереженню та про її хід слід регулярно звітувати перед сторонніми особами або організаціями [3]. Т. Гаврилюк, акцентує увагу, що діяльність поліції, яка не орієнтується на громадськість, її можливості та потреби, не може бути ефективною, оскільки забезпечення контролю над злочинністю шляхом високого професіоналізму поліції не створює почуття впевненості в безпечному середовищі пересічних громадян, а брак живого спілкування з ними спричиняє подальше відчуження й нерозуміння між поліцією і громадськістю [4, с. 58]. У контексті того, що поліція є державним органом, який надає послуги населенню, актуальності набуває взаємодія з інститутами громадянського суспільства.

Необхідно звернути увагу, що реформування поліції розглядалося в нечинному вже Законі України «Про міліцію», де містився розділ VI, який було присвячено контролю і нагляду за діяльністю міліції. Відповідно до положень, які містилися в зазначеному розділі, контроль за діяльністю міліції здійснюють Кабінет Міністрів України, Міністр внутрішніх справ України в межах своєї компетенції ради (ч. 1 ст. 26) та прокурор (ст. 27) [5]. Положення щодо громадського контролю були взагалі відсутніми. Прикладом переорієнтації діяльності поліції, який проявляється у служінні суспільству, та важливим досягненням українського суспільства є усунення зазначеної прогалини шляхом включення в Закон України «Про Національну поліцію» розділу VIII «Громадський контроль поліції», відповідно до якого діяльність поліції контролюється громадянським суспільством.

Так, перебуваючи у процесі свого реформування, органи правопорядку зазнали значних змін, які пов'язані з тим, що наша держава взяла на себе низку міжнародних зобов'язань на шляху до формування демократичного європейського суспільства. Демократизм за своїм змістом передбачає безпосереднє управління державою, її народом через представницькі органи. Але український менталітет та міжнародні стандарти не обмежують участь суспільства в управлінні державними справами лише обранням державних органів. Удосконалення державно-управлінської діяльності неможливе без всебічного та належного аналізу факторів, що впливають на неї. Контроль є одним із інструментальних чинників демократичного державотворення [6], а громадський контроль виступає дієвим засобом стримування від сваволі органів Національної поліції.

Необхідно акцентувати увагу на тому, що робота Національної поліції України в першу чергу ґрунтується на принципах, закріплених у розділі II Закону України «Про Національну поліцію». Відповідно до ч. 1 ст. 9 одним із таких принципів діяльності є відкритість та прозорість [7], головне призначення яких полягає у звільненні поліції від політичного впливу та корупційних ризиків у їхній діяльності. Дієвим способом дотримання принципу відкритості та прозорості діяльності органів Національної поліції є громадський контроль. Незважаючи на те, що зазначений вид контролю не є новим, часто він має формальний характер. Дієві та ефективні можливості щодо реалізації громадського контролю надає реформування законодавства у сфері діяльності поліції та концепція Community Policing (діяльність поліції в інтересах громади).

Проте сьогодні в науковій літературі відсутнє єдине визначення поняття «громадський контроль», а у сфері діяльності органів Національної поліції воно взагалі відсутнє, що доводить актуальність, необхідність та перспективність його подальшого дослідження. З огляду на це першочергово необхідно проаналізувати етимологічне значення визначення поняття «контроль». В. Двуреченських зазначає, що, зважаючи

на відсутність слова «контроль» у латині, воно походить від однокорінного французького слова *contrerole* та означає встановлення достовірності обставин справи [8, с. 8]. Деякі автори вбачають походження поняття «контроль» від франц. *controle*, що, утворилося від латинського *contra* і слова «роль», яке означає «міра впливу, значення, ступінь участі в чомусь» [9, с. 8]. У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» зазначаються одразу декілька визначень контролю, серед яких: перевірка відповідності контрольованого об'єкта встановленим вимогам; перевірка, облік діяльності кого-, чого-небудь, нагляд за кимось, чимось; установа чи організація, що здійснює нагляд за ким-, чим-небудь або перевіряє його [10]. На думку В. Малиновського, контроль – це процес забезпечення досягнення організацією своєї мети, що складається з встановлення критеріїв, визначення фактично досягнутих результатів і запровадження корективів у тому випадку, якщо досягнуті результати суттєво відрізняються від встановлених критеріїв [11]. С. Стеценко визначає контроль як організаційно-правовий спосіб забезпечення законності й дисципліни, який характеризується спостереженням і перевіркою правомірності діяльності об'єкта контролю та фактичної відповідності тих чи інших фактичних дій вимогам чинного законодавства з можливістю втручання в оперативно-господарську та виробничу діяльність для усунення виявлених недоліків [12]. Досліджуване поняття необхідно розуміти як вид діяльності, який проявляється: по-перше, в перевірці або спостереженні з метою подальшої перевірки діяльності, спрямованої на виконання покладених завдань та реалізацію функцій органів Національної поліції; по-друге, в можливості припинення виявлених порушень.

Відсутність єдиного визначення поняття «громадський контроль» зумовлюється його складністю та багатоаспектністю. Сьогодні в науковій літературі пропонується чимало визначень досліджуваного поняття. Науковці, досліджуючи громадський контроль, пропонують два підходи щодо його розуміння – вузький та широкий. Прихильники вузького підходу зосереджують увагу на суб'єктах здійснення контрольної діяльності. Так, громадський контроль в «Юридичній енциклопедії» визначається О. Андрійко як один із видів соціального контролю, який здійснюється об'єднаннями громадян та самими громадянами і є важливою формою реалізації демократії, способом залучення населення до управління суспільством та державою [13]. Дослідник А. Крупник зазначає, що громадський контроль є інструментом громадської оцінки виконання органами влади й іншими підконтрольними об'єктами їхніх соціальних завдань [14]. Прихильниками зазначеного підходу є А. Васіна, Л. Гордієнко, А. Мельник, О. Оболенський [15, с. 149]. В умовах розбудови демократичної, соціальної, правової держави такий контроль є чинником розвитку соціуму.

Більш обґрунтованим, на нашу думку, є широкий підхід, у контексті якого науковці, розкриваючи визначення поняття «громадський контроль», акцентують увагу, наприклад, на його сутнісних рисах, меті, на реалізацію якої він спрямований тощо. О. Полтараков громадський контроль визначає як систему відносин громадянського суспільства з державою, яка ґрунтується на підзвітності органів державної виконавчої влади органам державної законодавчої влади (парламентський контроль) та недержавним структурам («третьому секторові» та ЗМІ) [16]. С. Новіков розглядає його як інституційну систему, завдяки якій громадянське суспільство через певні свої структури отримує право і здатність спостерігати за перебігом, процедурами та результатами виборчого процесу, контролювати їх відповідність чинному законодавству та нормам міжнародного права, вимагати усунення виявлених порушень [17, с. 18]. Прихильниками наведеного підходу є І. Дрейслер [18, с. 35], В. Беляєв [19, с. 4], Т. Наливайко [20] та ін. Зазначений підхід використано у проєкті Закону України «Про громадський контроль» (вносився на розгляд Верховної Ради України народними депутатами України ІV скликання І. Шаровим і А. Раханським) [21].

Проведений нами аналіз нормативно-правових актів свідчить, що відсутнім є також законодавче визначення поняття «громадський контроль». Проте з метою дієвості та ефективності громадського контролю за діяльністю органів Національної поліції, забезпечення умов для належної реалізації прав і свобод громадян у цій сфері неодноразово висловлювалися пропозиції щодо необхідності прийняття Закону України «Про громадський контроль» [20; 22; 23]. За період незалежності України були здійсненні спроби розробити проєкт Закону про громадський контроль, серед них: Проєкт Закону України «Про громадський контроль» від 2004 р. (народний депутат України А. Раханський та І. Шаровий) [214]; Проєкт Закону України «Про громадський контроль» від 2008 р. (народний депутат України С. Кириченко) [24]; Проєкт Закону України «Про громадський контроль» від 2014 р. (народний депутат України С. Тігіпко) [25]; Проєкт Закону України «Про громадський контроль» від 2015 р. (народні депутати України Н. Королевська та Ю. Солод) [26]. Незважаючи на те, що не один із названих проєктів не був прийнятий, слід наголосити, що громадськість активно показує своє прагнення до утвердження зазначеного демократичного інституту. Подальша розробка нового проєкту повинна ґрунтуватися на комплексних теоретичних та практичних дослідженнях, пов'язаних із становленням у нашій державі інституту громадського контролю, зокрема у сфері діяльності Національної поліції.

Зважаючи на відсутність законодавчого закріплення визначення поняття «громадський контроль», щодо нього наявною є активна полеміка. Більшість науковців вживають поняття «громадський контроль» та «громадянський контроль» як синоніми, інші ж надають цим двом поняттям різне змістове значення [27, с. 10].

У контексті вищезазначеного 07.08.2018 р. Верховною Радою України було отримано проєкт Закону України «Про громадянський контроль за діяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб» (внесений народним депутатом України С. Капліним) [28]. Законопроект містив ряд суттєвих новацій, а саме: визначено поняття «громадянський контроль» та «громадянський спротив»; закріплено гарантії здійснення заходів громадянського контролю тощо. Проте, 29.08.2019 р. проєкт – відкликано.

Співвідносячи поняття «громадський контроль» із «громадянським контролем», можемо зауважити, що останнє має ширше значення, зважаючи на те, що його зміст охоплює всі прояви контролю. Так, В. Кравчук вважає за доцільне розрізняти громадський і громадянський контроль, підкреслюючи, що ключовою ознакою розмежування понять «громадський контроль» і «громадянський контроль» є колективність та індивідуальність суб'єктів їх здійснення. Саме тому «громадський контроль» реалізується у формах громадських рад, громадських експертиз, у громадських слуханнях тощо, а «громадянський контроль» виявляється у формах індивідуальних звернень громадян, їх особистої активності [29, с. 89].

Як вже зазначалося, Закон України «Про Національну поліцію», перелічивши форми громадського контролю, закріпив правові передумови щодо їх здійснення. Так, у Законі України «Про Національну поліцію» нормативно визначено такі форми контролю: звіт про поліцейську діяльність (ст. 86); прийняття резолюції недовіри керівникам органів поліції (ст. 87); взаємодія між керівниками територіальних органів поліції та представниками органів місцевого самоврядування (ст. 88); спільні проєкти із громадськістю (ст. 89); залучення громадськості до розгляду скарг на дії чи бездіяльність поліцейських (ст. 90) [7]. Однією з форм громадського контролю, яка прямо не зазначена в розділі VIII Закону України «Про Національну поліцію», є участь представників громадськості як членів поліцейської комісії з метою забезпечення прозорого добору (конкурсу) та просування по службі поліцейських (ст. 51) [7]. На нашу думку, в контексті систематизації та підвищення рівня юридичної техніки зазначену участь, яка набула активного застосування в період формування нової поліції, необхідно закріпити в розділі VIII як окрему форму громадського контролю.

Усі зазначені форми контролю ми не будемо розглядати в рамках нашого дослідження, адже за своєю суттю вони не є новими. Ми зупинимося на розгляді ст. 87 Закону України «Про Національну поліцію», якою встановлюється можливість прийняття резолюції недовіри керівникам органів поліції [7]. Наведену норму можна вважати дієвим проявом демократичності та партнерства із громадськістю в діяльності органів Національної поліції.

Проте норма, яка регулює реалізацію зазначеної форми громадського контролю, має низку неузгодженостей та суперечностей, серед яких необхідно назвати такі:

– *по-перше*, право прийняти рішення щодо резолюції недовіри керівнику відповідного органу (підрозділу) поліції мають лише органи місцевого самоврядування, окрім селищної та сільської ради. Проте суб'єктами ініціювання рішення із приводу прийняття резолюції недовіри мають бути також всі органи місцевого самоврядування, в тому числі селищна та сільська ради;

– *по-друге*, не передбачено, яких саме мотивів має бути достатньо для того, щоб своїм рішенням органи місцевого самоврядування прийняли резолюцію недовіри. Відсутність виключного переліку мотивів може бути використано як елемент політичного тиску. Необхідно визначити перелік мотивів, за наявності яких щодо керівника органу (підрозділу) поліції може бути прийнято резолюцію недовіри, наприклад, недотримання законодавства; вчинення діяльності, яка виходить за межі наданих керівникам повноважень тощо;

– *по-третє*, прийняти резолюцію недовіри можливо лише щодо керівника органу (підрозділу) поліції, проте відсутня можливість прийняти резолюцію недовіри щодо інших працівників поліції, які також можуть порушувати законодавство;

– *по-четверте*, мотиви, що зумовлюють необхідність прийняти рішення щодо резолюції недовіри керівнику, який обіймає займану посаду, можуть виникнути раніше, ніж через один рік. Так, чітко визначений термін встановлює обмеження.

Також ми погоджуємося із зауваженнями науковців, які пропонують у ст. 87 Закону України «Про Національну поліцію» внести доповнення, згідно з якими керівник органу поліції, щодо якого розглядається рішення щодо висування резолюції недовіри, має право на виступ на засіданні відповідної ради, під час обговорення проєкту резолюції недовіри [30, с. 134]. Внести подібне доповнення пропонувалося ще на стадії розгляду законопроекту. Так, у коментарі Генерального директорату із прав людини та верховенства права (Директорату з прав людини) Ради Європи до проєктів законів України «Про органи внутрішніх справ» та «Про Національну поліцію» на основі аналізу, проведеного експертами Ради Європи Ральфом Рошем та Франсеском Гільєном Ласьєрою, прямо висунута рекомендація № 32, згідно з якою має бути передбачено право особи, щодо якої прийнято резолюцію недовіри, бути заслуханою під час провадження [31]. Незважаючи на наявність зазначеної рекомендації ще на стадії розгляду законопроекту, вона досі не була врахована законодавцем.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Сьогодні ефективна реалізація громадського контролю за діяльністю органів Національної поліції є потужним чинником розбудови правової та демократичної держави, що формує серед населення позитивний імідж працівників поліції. На основі опрацьованого матеріалу можемо визначити *громадський контроль за діяльністю Національної поліції*

як діяльність громадян або їх об'єднань, що здійснюється з використанням комплексу правових, організаційних, інформаційних заходів, встановлених Конституцією та Законами України в умовах розбудови демократичної, соціальної, правової держави, що сприяє отриманню об'єктивної інформації про діяльність органів (підрозділів) поліції, а також забезпеченню ефективної діяльності, спрямованої на охорону прав і свобод людини, протидію злочинності, підтримку публічної безпеки та порядку.

Природу громадського контролю у сфері діяльності Національної поліції неможливо пізнати без аналізу його ознак. Водночас для того, щоб повно та об'єктивно розкрити основні характеристики та особливості цього складного за своїм змістом і багатоманітного за формами прояву явища, необхідним є акцентування уваги на *найсуттєвіших його ознаках*, серед яких можемо виокремити такі: є дієвим механізмом участі громадян та їхніх об'єднань у діяльності органів (підрозділів) поліції; здійснюється у формі публічної перевірки; базується на використанні передбачених Конституцією та Законами України заходах (правових, організаційних, інформаційних); сприяє отриманню об'єктивної інформації про діяльність органів (підрозділів) поліції; повноваження суб'єктів здійснення громадського контролю не мають юридично-владного змісту; сприяє забезпеченню ефективної діяльності, яка спрямована на охорону прав і свобод людини, протидію злочинності, а також підтримку публічної безпеки та порядку; рішення суб'єктів громадського контролю мають, як правило, рекомендаційний характер.

Список використаних джерел:

1. Пасько О.О. Влада громадянського суспільства : межі і можливості. *Зб. наук. праць Донецького державного ун-ту управління*. Донецьк, 2009. Т. X. Вип. 125. С. 147–152.
2. Harris, Frank. *The Role of Capacity Building in Police Reform*. Pristina: OSCE Mission in Kosovo, Department of Police Education and Development, 2005.
3. Bayley, David. *Democratizing the police abroad: What to do and how to do it*. Washington: National Institute of Justice, US Department of Justice, June, 2001. 135 p.
4. Гаврилюк Т. Становлення відносин між поліцією та населенням у європейських країнах: історичні передумови та сучасні тенденції. *Вісник Академії управління МВС*. 2003. № 3(15). С. 56–63.
5. Про міліцію : Закон України від 20.12.1990 р. № 565-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 4. Ст. 20.
6. Іжа М. Громадський контроль в системі публічного управління як ефективний інструмент експертизи державно-управлінських рішень. *Публічне управління: теорія та практика*. 2012. Т. 4. С. 74–79.
7. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40-41. Ст. 379.
8. Двуреченских В.А. Основы государственного аудита. Москва : Патриот, 2011. 447 с.
9. Бутинець Ф.Ф. Контроль і ревізія: підручник. 3-тє вид., доп. і перероб. Житомир : Рута, 2002. 544 с.
10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь, 2007. С. 569.
11. Малиновський В.Я. Державне управління. Київ : Атіка, 2003. 573 с.
12. Стеценко С.Г. Адміністративне право України : навч. посіб. Вид. 2-ге перер. і доп. Київ : Атіка, 2009. С. 199–200.
13. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Ю.С. Шемшученко та ін. Київ : Укр. енцикл. ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 1 : А-Г. 672 с.
14. Крупник А.С. Зарубіжний досвід громадського контролю: уроки для України. *Ефективність державного управління*. 2007. Вип. 14. С. 14–154.
15. Державне управління : навч. посібник / А.Ф. Мельник, О.Ю. Оболенський, А.Ю. Васіна, Л.Ю. Гордієнко ; за ред. А.Ф. Мельника. Київ : Знання-Прес, 2003. 343 с.
16. Полтораков О. Громадський контроль над «силовими» структурами в Україні: проблеми та перспективи. URL: <http://www.niisp.org.ua/articles/109/>.
17. Новіков С. Інституціоналізація громадського контролю виборчого процесу в Україні: необхідність, здобутки, проблеми. *Людина і політика*. 2004. № 5. С. 17–24.
18. Дрейслер И.С. О соотношении государственного и общественного контроля как гарантий социалистической законности. *Проблемы социалистической законности на современном этапе развития советского государства*. 1968. С. 35–37.
19. Беляев В.П. Общественный контроль в современной России. *Конституционное и муниципальное право*. 2006. № 6. С. 2–6.
20. Наливайко Т.В. Громадський контроль в Україні як інститут громадянського суспільства : теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Львів, 2010. 21 с.
21. Проект Закону України «Про громадський контроль» № 6246 від 11.10.2004 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6246&skl=5.

22. Денисюк С.Ф. Громадський контроль за правоохоронною діяльністю в Україні: адміністративно-правові засади : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Дніпропетровськ, 2010. 38 с.

23. Кушнір С.М. Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Запоріжжя, 2011. 20 с.

24. Про громадський контроль: Проект Закону України від 2008 р. URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id.

25. Про громадський контроль : Проект Закону України від 14.04.2014 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JG3MH00A.html.

26. Про громадський контроль : Проект Закону України від 13.05.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55101.

27. Шестак С.В. Недержавний контроль за діяльністю міліції: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Харків, 2009. 19 с.

28. Про громадянський контроль за діяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб : Проект Закону України від 07.08.2018 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64506.

29. Кравчук В.М. Контроль над публічною владою: уточнення понятійно-категорійного апарату. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 1. С. 85–90.

30. Денисюк С.Ф. Громадський контроль за діяльністю органів Національної поліції України: сучасний стан та перспективи розвитку. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Сер. : Юридичні науки*. 2016. Вип. 3(1). С. 131–134.

31. Коментар Генерального директорату з прав людини та верховенства права (Директорату з прав людини) Ради Європи до проектів законів України «Про органи внутрішніх справ» та «Про Національну поліцію». URL: <https://rm.coe.int/168068460a>.

УДК 342.98

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.8>

М. І. Смокович, доктор юридичних наук,
Голова Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду

СИСТЕМНИЙ АНАЛІЗ НОРМ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ ПРЕДСТАВНИЦТВО В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Статтю присвячено системному аналізу норм національного законодавства, які регулюють представництво в адміністративному процесі. Проаналізовано коло осіб, які можуть брати участь у розгляді адміністративної справи як представники. Виділено такі ознаки, характерні для представництва в адміністративному процесі: 1) представник наділений повноваженнями, які здійснюються в інтересах особи, яку він представляє, в адміністративному суді. При цьому представник виступає від імені довірителя; 2) в результаті адміністративного процесу представник не отримує особистих благ, тобто всі правові наслідки розповсюджуються виключно на особу, яку він представляє в адміністративному суді. Правові наслідки для особи, яку представляють, виникають у результаті законних процесуальних дій представника в межах його компетенції; 3) представник наділяється повноваженнями та правами для представництва в адміністративному судовому процесі на основі закону або оформленого в установленому порядку договору; 4) повноваження представника мають бути зазначені в договорі або визначатися законом; 5) участь в адміністративному судовому процесі представника не позбавляє особу, яку він представляє, від можливості брати участь у процесі (особа може відстоювати свої права та інтереси поряд із представником).

Особливостями представництва в адміністративному процесі названо такі: 1) адміністративне представництво спрямоване на надання юридичної допомоги в ході адміністративного процесу щодо реалізації прав та інтересів певного учасника судового процесу; 2) участь представника та довірителя може бути одночасною, окрім випадків, визначених законодавчо; 3) характерною є можливість залучення декількох представників, що підтверджує мету представництва – надання юридичної допомоги, а не вчинення певних дій за учасника процесу; 4) повноваження представника визначені на законодавчому рівні, він є самостійним у їх реалізації; 5) адміністративне представництво може бути законним та добровільним.

Приділено увагу видам адміністративних процесуальних правовідносин представництва. Встановлено, що представництво в адміністративному процесі – це правовідносини, в яких особа в межах визначених договором або законом повноважень вчиняє процесуальні дії в адміністративному процесі, спрямовані на захист законних прав, свобод та інтересів іншої особи, яку представляє, у сфері публічно-правових відносин.

Ключові слова: представництво, представник, адміністративний процес, судочинство, суд, захист.

M. I. Smokovych. Systemic analysis of the national legal provisions regulating representation in the administrative procedure

The article is devoted to a systematic analysis of the rules of national legislation governing representation in the administrative process. The circle of persons who can participate in the consideration of administrative case as representatives is analyzed. The following features are characteristic of representation in the administrative process: 1) the representative is endowed with powers exercised in the interests of the person he represents in the administrative court. The representative acts on behalf of the principal; 2) as a result of the administrative process, the representative does not receive personal benefits, that is, all legal consequences extend exclusively to the person he represents in the administrative court. Legal consequences for the person they represent arise as a result of the legal action of the representative within his / her competence; 3) the representative is vested with the powers and rights to represent himself in the administrative judicial process on the basis of a law or a contract drawn up in accordance with the established procedure; 4) the powers of the representative must be specified in the contract or determined by law; 5) participation in the administrative litigation of the representative does not deprive the person he represents from the opportunity to participate in the process (the person can defend his rights and interests alongside the representative).

The peculiarities of representation in the administrative process are: 1) administrative representation aimed at providing legal assistance during the administrative process in the exercise of the rights and interests of a particular participant in the trial; 2) the participation of the representative and the principal may be at the same time, except in cases specified by law; 3) there is a characteristic possibility of involvement of several representatives, which confirms the purpose of representation – to provide legal assistance, and not to take certain actions for the participant of the process; 4) the powers of the representative are defined at the legislative level, he is independent in their implementation; 5) administrative representation may be legal and voluntary.

Attention was paid to the types of administrative procedural relations of the representation. It is established that representation in the administrative process is a legal relationship in which a person, within the limits specified by the contract or law, performs procedural actions in an administrative process aimed at protecting the legal rights, freedoms and interests of another person, which he represents, in the field of public legal relations.

Key words: representation, representative, administrative process, litigation, court, defense.

Постановка проблеми. В Україні триває реформа суспільно значущих сфер та інститутів держави, в тому числі й такого інституту, як представництво, роль якого у сучасних правовідносинах неможливо переоцінити, адже діяльність саме цього інституту націлена на забезпечення додержання проголошених Основним Законом прав, свобод та законних інтересів суб'єктів правовідносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною основою дослідження стали роботи таких українських вчених щодо вивчення окремих аспектів інституту представництва, зокрема і представництва в адміністративному судочинстві: В.Б. Авер'янова, В.М. Бевзенка, Ю.П. Битяка, І.Б. Коліушко, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюка, О.В. Кузьменко, Р.С. Мельника, С.Г. Стеценко. Водночас, незважаючи на вагомий значущість проведених досліджень, низка проблем у безпосередньому функціонуванні інституту представництва в Україні залишаються невирішеними.

Виклад основного матеріалу. Основні засади інституту представництва в цілому закріплені в Конституції України, якою гарантується право на професійну правову допомогу кожному громадянину та можливість вільного вибору захисника у випадках, передбачених законодавчо (ст. 59 Конституції України).

Разом із тим положення щодо регламентації цього інституту закріплені в Кодексі адміністративного судочинства України, в якому зазначено, що сторони в адміністративній справі можуть брати участь в адміністративному процесі особисто або через представника (ст. 55 КАС України). Цією нормою законодавчо закріплена відповідна правова можливість залучення позивачем або відповідачем, а також третьою особою юридично досвідчених осіб для ведення адміністративних справ в адміністративному суді з метою захисту суб'єктивних прав, свобод та інтересів.

Проте, як зазначають окремі вчені-правознавці, при досить значній законодавчій регламентації повноважень та особливостей процесуального представництва його поняття не отримало належного законодавчого закріплення.

Оскільки інститут процесуального представництва є вкрай важливим та сприяє більш повній та ефективній реалізації процесуальних прав і обов'язків зацікавлених у цьому осіб, доцільно зупинитися на понятті та особливостях цього інституту в адміністративному процесі більш детально.

Зокрема, у спеціальній літературі можна знайти два підходи до визначення поняття адміністративного представництва:

- 1) це правовідносини, в результаті яких одна особа, представляючи іншу в межах своїх повноважень, здійснює процесуальні дії [1, с. 282];
- 2) вчинення процесуальних дій, вчинених особою, наділеною певними повноваженнями, від імені іншої особи та в її інтересах [2, с. 314].

Тобто в першому випадку представництво розглядається за допомогою правовідносин, у другому – процесуальної діяльності самого представника.

Розглядаючи представництво в адміністративному процесі як систему процесуальних дій, слід зазначити, що представник виступає активним учасником судового процесу, а його діяльність спрямовується на одержання найкращого правового результату для довірителя.

Результатом дій представника можуть бути зміна чи припинення, а також виникнення та реалізація процесуальних прав і обов'язків особи, яку представляє. Проте, на думку окремих дослідників, такий підхід має ряд недоліків. Зокрема, дозволяє розглядати лише зовнішні явища та врегульовані нормативно відносини, нехтуючи суттю представництва та його місцем у правовій системі. Разом із тим такий підхід не дозволяє врахувати зміст самих правовідносин, які відбуваються між представником та особою, які він представляє, чи між представником та судом.

Інший підхід дозволяє розглядати правозаступництво як наявність відносин між представником і особою та між представником і судом, проте не враховує, що, окрім процесуальних правовідносин, де суд є обов'язковим елементом, є й інші, а отже, не є вичерпним.

Таким чином, окремі автори вказують, що представництво в адміністративному процесі слід визначати як сукупність трьох елементів, об'єднаних в один інститут: дій, норм та правовідносин. Отже, представництво визначають як вчинення в судовому процесі однією особою (представником) у межах наданих повноважень юридичних дій від імені іншої особи з метою захисту її прав та законних інтересів або реалізації її прав чи обов'язків [3, с. 112].

Однак деякі вчені вважають, що інститут представництва має матеріально-правові і процесуально-правові ознаки, сукупність яких визначає зміст цього правового інституту, що регулює як відносини між представником і особою, яку він представляє, так і відносини між представником і судом [4, с. 79].

Відповідно до змісту ст. 56 КАС України можна побачити, що законодавець надав вичерпний перелік суб'єктів, які можуть брати участь у розгляді адміністративної справи через представника.

Згідно із загальним правилом це: батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом, які захищають інтереси малолітніх та неповнолітніх осіб, які не досягли віку, з якого настає адміністративна процесуальна дієздатність; недієздатних та непрацездатних фізичних осіб; фізичних осіб, цивільна дієздатність яких обмежена.

Відповідно до чинного КАС України представником у суді може бути адвокат або законний представник (ст. 57 КАС України). Тобто це фізична особа, яка має адміністративну процесуальну дієздатність, досягла повноліття і не визнана судом недієздатною, або особа до досягнення цього віку (якщо спір виник у правовідносинах, у яких відповідно до законодавства вона може самостійно брати участь).

На підставі проведеного аналізу доцільно виділити такі ознаки, характерні для представництва в адміністративному процесі:

- 1) представник наділений повноваженнями, які здійснюються в інтересах особи, яку він представляє, в адміністративному суді. При цьому представник виступає від імені довірителя;
- 2) в результаті адміністративного процесу представник не отримує особистих благ, тобто всі правові наслідки розповсюджуються виключно на особу, яку він представляє в адміністративному суді. Правові наслідки для особи, яку представляють, виникають у результаті законних процесуальних дій представника в межах його компетенції;
- 3) представник наділяється повноваженнями та правами для представництва в адміністративному судовому процесі на основі закону або оформленого в установленому порядку договору;
- 4) повноваження представника мають бути зазначені в договорі або визначатися законом;
- 5) участь в адміністративному судовому процесі представника не позбавляє особу, яку він представляє, від можливості брати участь у процесі (особа може відстоювати свої права та інтереси поряд із представником).

Особливостями представництва в адміністративному процесі є:

- 1) адміністративне представництво спрямоване на надання юридичної допомоги в ході адміністративного процесу щодо реалізації прав та інтересів певного учасника судового процесу;
- 2) участь представника та довірителя може бути одночасною, окрім випадків, визначених законодавчо;
- 3) характерна можливість залучення декількох представників, що підтверджує мету представництва – надання юридичної допомоги, а не вчинення певних дій за учасника процесу;
- 4) повноваження представника визначені на законодавчому рівні, він є самостійним у їх реалізації;
- 5) адміністративне представництво може бути законним та добровільним.

Разом із тим доцільно відмітити, що на сучасному етапі питання поділу представництва в адміністративному процесі на види залишається дискусійним. Так, за Кодексом адміністративного судочинства України існує два види представництва: той, який ґрунтується на законних засадах, та той, що на договірних. Зокрема, обмеження щодо можливості особи бути представником встановлені статтею 57 КАС України.

Прикметною рисою законного представництва є його виникнення внаслідок прямого припису закону чи адміністративного акта, обов'язковість виконання, при цьому воля представника не враховується під час встановлення правовідносин внутрішнього характеру.

Під час договірної представництва особи користуються послугами фахового представника в адміністративному процесі.

Зокрема, провівши аналіз представництва в адміністративному процесі, окремі автори виділяють три підвиди:

- 1) безпосередньо адвокатське представництво;
- 2) представництво прав й інтересів юридичних осіб працівниками;
- 3) представництво в адміністративному процесі іншими особами, які були допущені судом із метою представництва.

Слід зазначити, що із прийняттям Закону України від 02.06.2016 № 1401-III «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» перехідні положення Конституції України доповнено пунктом 16¹, згідно з яким (підпункт 11) представництво відповідно до пункту 3 частини першої статті 131¹ та статті 131² Конституції України з 1 січня 2017 року здійснюється у Верховному Суді, зокрема і в Касаційному адміністративному суді, виключно прокурорами або адвокатами.

Винятком із зазначеного правила є представництво в суді у провадженнях, які розпочато до набрання чинності цього Закону. У таких справах представництво має здійснюватися за правилами, які діяли до набрання чинності згаданого Закону, тобто до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню, а саме у справах, у яких відкриті провадження до 30 вересня 2016 року (дати набуття чинності Закону України від 02.06.2016 № 1401-III).

Повноваження адвоката відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» посвідчуються ордером, дорученням органів чи установ, уповноважених законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін [5].

Повноваження представника, які посвідчені в інших державах, повинні бути легалізовані в установленому законодавством порядку, якщо інше не встановлене міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Звернемо увагу, що Україна підписала міжнародні договори, відповідно до яких відмінене додаткове засвідчення документів. Стаття 3 Конвенції скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів. Єдиною вимогою для посвідчення автентичності підпису чи відбитка печатки або штампа, якими скріплено документ, є проставлення апостилю компетентними владними органами, де був складений документ [6].

Повноваження прокурора щодо представництва в суді інтересів громадян України, іноземців та осіб без громадянства закріплено у ч. 2 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру». Проте своє право прокурор може реалізувати лише в таких випадках:

- 1) якщо особа не може самостійно захистити свої порушені чи оскаржувані права;
- 2) якщо особа не може реалізувати процесуальні повноваження через недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність;
- 3) якщо законні представники або органи, яким законом надане право захищати права, свободи та інтереси такої особи, не здійснюють або неналежним чином здійснюють їх захист [7].

Разом із тим прокурор має подати документи, що підтверджують неспроможність вказаних осіб самостійно захищати свої права у суді. Таким чином, прокурор як законний представник стає повноцінним учасником адміністративного процесу, маючи змогу реалізувати свої законні права (отримання матеріалів та копій документів справи).

Проаналізувавши дослідження вчених-правників [8; 9] функції представництва прокурором в адміністративному судовому процесі, можна визначити такі:

- 1) неперешкоджання та сприяння адміністративному суду щодо виконання вимог закону;
- 2) захист законних інтересів та прав громадян, а також інтересів держави;
- 3) попередження та своєчасне вжиття заходів щодо порушення законодавства відповідно до принципів представництва в адміністративному процесі тощо.

У свою чергу, перед адвокатом в адміністративному процесі стоїть ряд загальних завдань, а саме:

- 1) надання правової консультації щодо адміністративної справи;
- 2) складання заяв та скарг чи інших документів, які мають адміністративно-правовий характер; захист законних інтересів, прав та свобод особи, яка притягується до адміністративного правопорушення;
- 3) представництво інтересів свого клієнта в адміністративному суді чи іншому державному органі стосовно адміністративного правопорушення тощо.

Водночас слід вказати, що на розгляді у Верховній Раді знаходиться президентський законопроект № 1013 «Про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії)». Зокрема, законопроектом пропонується виключити положення частини четвертої статті 131-2 чинної Конституції, згідно з якою виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді.

У зв'язку із цим пропонується вилучити частину п'яту статті 131-2 Конституції України, за якою законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

Також законопроект пропонує вилучити підпункт 11 пункту 16-1 Розділу XV «Перехідні положення», згідно з яким із дня набрання чинності закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» представництво відповідно до пункту 3 частини першої статті 131¹ та статті 131² Конституції виключно прокурорами або адвокатами у Верховному суді та судах касаційної інстанції здійснюється з 1 січня 2017 року; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 року; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 року.

Передбачається, що ухвалення закону сприятиме оптимізації механізму отримання професійної правничої допомоги.

Доцільно відмітити, що з 1 січня 2020 року набрав чинності Закон України № 390-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення можливостей самопредставництва в суді органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб незалежно від порядку їх створення» (далі – Закон України № 390-IX), яким внесені зміни до чинного законодавства.

Зокрема, зміни полягають у такому. Раніше інтереси юридичної особи в судах усіх інстанцій мали право представляти виключно:

- 1) керівник чи члени виконавчого органу (так зване самопредставництво юридичної особи). Тобто штатний юрист або інший співробітник не міг представляти юридичну особу в суді;
- 2) представники (адвокати).

Згаданим Законом розширено перелік осіб, які можуть представляти інтереси юридичної особи в рамках самопредставництва незалежно від форми власності (тобто у т.ч. й юридичних осіб публічного права).

Так, статтю 55 Кодексу адміністративного судочинства України викладено у такій редакції:

«1. Сторона, третя особа в адміністративній справі, а також особа, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи, може брати участь у судовому процесі особисто (самопредставництво) та (або) через представника.

2. Особиста участь у справі особи не позбавляє її права мати в цій справі представника.

3. Юридична особа, суб'єкт владних повноважень, який не є юридичною особою, бере участь у справі через свого керівника або члена виконавчого органу, уповноваженого діяти від її (його) імені відповідно до закону, статуту, положення (самопредставництво юридичної особи), або через представника.

4. Держава, територіальна громада бере участь у справі через відповідний орган державної влади, орган місцевого самоврядування відповідно до його компетенції, від імені якого діє його керівник або представник».

Таким чином, за приписами чинного законодавства юридична особа може брати участь у судовій справі через члена виконавчого органу, іншу особу, уповноважену діяти від її імені відповідно до трудового договору (контракту).

Проте практичне застосування Закону виявилось не таким однозначним для судової практики.

Зокрема, аналізуючи поняття «самопредставництво юридичної особи», розкриті в КАС України, можна зрозуміти, що під цим терміном розуміють представництво інтересів сторони у справі через керівника або члена виконавчого органу, якого наділено відповідними повноваженнями. Тобто юридичним особам законодавчо надано можливість не залучати адвоката та відстоювати у судовому порядку свої права самостійно. Але при цьому важливою умовою є те, що представляти юридичну особу має керівник або член виконавчого органу.

За загальним правилом, підтримуваним у теорії права, самопредставництво юридичної особи – це право одноосібного виконавчого органу (керівника) чи голови (уповноваженого члена) колегіального виконавчого органу безпосередньо діяти від імені такої особи без довіреності, представляючи її інтереси в силу закону, статуту, положення.

Розглянемо основні підходи щодо реалізації права на самопредставництво з посиланням на відповідну судову практику.

Так, Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду у своєму рішенні від 21 січня 2020 року у справі № 2140/1691/18, проаналізувавши зміни, внесені до КАС України Законом № 390-ІХ, дійшов висновку, що для визнання особи такою, що діє в порядку самопредставництва, необхідно, щоб у відповідному законі, положенні чи трудовому договорі (контракті) було чітко визначене її право діяти від імені такої юридичної особи (суб'єкта владних повноважень без права юридичної особи) без додаткового уповноваження (довіреності).

Нагадаємо, що з метою забезпечення державних органів достовірною інформацією створено Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, в якому відображаються відомості щодо керівників державних органів і органів місцевого самоврядування як юридичних осіб та осіб, які можуть вчиняти дії від імені юридичної особи. Таким чином, відсутність відповідного запису в реєстрі є належним і достатнім (достовірним) підтвердженням відсутності таких відомостей (інформації) для будь-якого державного органу, яким є і суд.

Так само в ухвалах від 16 січня 2020 року у справах № 140/2575/19, № 826/11291/17 Касаційний адміністративний суд висловив свою позицію щодо представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах, де зазначив, що «з 1 січня 2020 року представництво суб'єктів владних повноважень у судах може здійснюватись виключно прокурорами або адвокатами, повноваження яких мають бути підтверджені статутом, положенням чи іншим актом, на підставі якого особа здійснює представництво юридичної особи у порядку її самопредставництва».

Доцільно відмітити, що для підтвердження статусу представника іноземної юридичної особи в адміністративних судах або його повноважень на право підпису та подання позовної заяви, апеляційної чи касаційної скарги, крім документів, визначених статтями 55, 59 КАС України, подаються також документи, які підтверджують правосуб'єктність такої юридичної особи за відповідним законом іноземної держави.

Верховний Суд, залишаючи у цій справі касаційну скаргу без задоволення, а ухвалу апеляційного суду – без змін, погодився із судом апеляційної інстанції стосовно того, що додана до апеляційної скарги довіреність, видана президентом іноземної юридичної особи, не є достатнім підтвердженням необхідних повноважень на здійснення представництва в адміністративних судах у зв'язку з тим, що на підставі цієї довіреності неможливо встановити повноваження тієї особи, яка видала довіреність, зокрема наявність у неї повноважень видавати довіреність на представництво прав та інтересів іноземної юридичної особи в адміністративних судах.

Колегія суддів дійшла висновку, що представник іноземної юридичної особи не надав належним чином засвідчених документів, які підтверджують: державну реєстрацію цієї компанії у відповідному реєстрі компаній іноземної держави; призначення особи, яка підписала довіреність, на посаду президента компанії та її перебування на цій посаді на момент видачі довіреності; наявність у президента компанії повноважень видавати довіреність на представництво прав та інтересів в адміністративних судах. Такий висновок ґрунтується на положеннях статей 25, 26 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Верховний Суд сформулював правову позицію, відповідно до якої вимога адміністративних судів щодо подання представником іноземної юридичної особи документів, які підтверджують правосуб'єктність останньої за відповідним законом іноземної держави, не є надмірною та переслідує законну мету, оскільки такі документи необхідні для того, щоб підтвердити статус адвоката або іншого представника іноземної юридичної особи та його повноваження на право підпису і подання позовної заяви, апеляційної чи касаційної скарги у розумінні статей 55, 59 КАС України (постанова ВС від 26 червня 2019 року у справі № 826/13396/18).

Разом із тим було сформовано позицію ВС щодо питання самопредставництва Президента України. Як приклад доцільно навести протокольну ухвалу у справі № 9901/543/19 від 06 лютого 2020 року колегії суддів КАС ВС, якою відмовлено Керівникові Апарату Офісу Президента України в допуску як представника відповідача, оскільки відповідно до Положення про Офіс Президента України ця особа не наділена повноваженнями щодо визначення самопредставника, який здійснює самопредставництво Президента України.

Наслідком вказаного було прийняття Володимиром Зеленським Указу № 162/2020 від 30 квітня 2020 року «Про забезпечення самопредставництва Президента України та створених ним допоміжних органів і служб у судах України», який набрав чинності того ж дня та визначив, хто здійснюватиме самопредставництво Президента та створених ним допоміжних органів і служб у судах України.

Згідно із цим документом встановлено, що самопредставництво Президента України та створених ним для виконання своїх повноважень консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб, їхніх посадових та службових осіб у судах України здійснюється Офісом Президента через Головне управління представництва інтересів Президента в судах Директорату з питань правової політики Офісу Президента.

Також в указі зазначається, що працівники директорату без окремого доручення беруть участь у справах з усіма правами, що надані законодавством про адміністративне, господарське, цивільне судочинство, кримінальним процесуальним законодавством України, Законом України «Про виконавче провадження» позивачу, відповідачу, третій особі, учаснику судового провадження, учаснику виконавчого провадження тощо. На наш погляд, таке врегулювання Президентом України інституту самопредставництва є зразковим і прикладом для інших суб'єктів владних повноважень.

Підсумовуючи наведене, доцільно вказати, що у правозастосовній діяльності можна уникнути проблем у питаннях самопредставництва, а саме за рахунок системного тлумачення норм чинного законодавства, що є передумовою об'єктивного та однорідного застосування норм чинного процесуального законодавства.

Доцільно підкреслити, що безпосередньо Закон не надає працівникам юридичної особи повноваження на представництво свого роботодавця. Відповідно до чинних норм законодавства таке повноваження має бути закріплено у статуті компанії, положенні (наприклад, про юридичний підрозділ, про порядок представництва підприємства в судах або про відповідний орган влади) або трудовому договорі (контракті) працівника, який займається судовою практикою. Хоча доцільність послуговування таким інструментом приватного права, як «трудова угода», теж є доволі сумнівним.

Крім того, слід згадати, що ЄСПЛ у своїй практиці дотримується стандарту, за яким закон має бути сформульованим із достатньою точністю для того, щоб надати зацікавленим особам можливість – за необхідності – шляхом надання відповідної допомоги передбачати тією мірою, що є розумною за відповідних обставин, наслідки, які може спричинити відповідна дія (рішення ЄСПЛ у справі «Маєстрі проти Італії»).

Висновки. Таким чином, слід констатувати, що представництво в адміністративному процесі – це правовідносини, в яких особа в межах визначених договором або законом повноважень вчиняє процесуальні дії в адміністративному процесі, спрямовані на захист законних прав, свобод та інтересів іншої особи, яку представляє, у сфері публічно-правових відносин.

Безумовно, вдосконалення інституту представництва, з-поміж іншого і самопредставництва, в адміністративному процесі залишається перспективним завданням національної правової системи, яке потребує подальшого дослідження.

Список використаних джерел:

1. Куйбіда Р.О., Шишкін В.І. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права. Київ : Старий світ, 2006. 435 с.
2. Кузьменко О.В., Гуржій Т.О. Адміністративне процесуальне право України: підручник. Київ : Атіка, 2008. 416 с.
3. Гребеняк М. Особливості юридичної конструкції та суті правовідносин представництва в адміністративному судочинстві: компаративістський аспект. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 2, С. 108–114.
4. Комаров В.В., Радченко П.І. Цивільні процесуальні відносини та їх суб'єкти : навч. посіб. Київ : УМК ВО, 1991. 155 с.
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 травня 2012 р. № 5076-VI. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
6. Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів : ратифікована 10 січн. 2002 р. на підставі Закону України № 2933-III. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_082.
7. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>.
8. Гузе К.А. Інститут представництва прокурором інтересів громадянина або держави в процесуальних галузях права. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 113. С. 254–261.
9. Лапкін А.В. Основи прокурорської діяльності в Україні : навчальний посібник у схемах. Вид. 3-тє, змін. та допов. Харків : Право, 2015. 148 с.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.9>

Г. В. Соломенко, кандидат юридичних наук,
митний брокер

ПРАВОВІ ОСНОВИ СТВОРЕННЯ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ПОДАТКОВОЇ МІЛІЦІЇ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена правовим засадам створення в незалежній Україні функціонально спроможної та ефективної системи протидії кримінальним проявам під час здійснення підприємницької діяльності та оподаткування отриманих доходів. Автором проаналізовано передумови та необхідність створення нової інституції в системі органів державної влади – податкової міліції. Це сучасний правоохоронний орган, діяльність якого спрямована на подолання кримінального приховування доходів від оподаткування. Негативні тенденції в оподаткуванні виникли у процесі відходу від планової економіки до здійснення підприємництва приватними (недержавними) суб'єктами, який розпочався ще з кінця 1980-х років за часів радянської епохи. Такі процеси викликали створення суб'єктів тіньової економіки, приховування ними прибутків, що, у свою чергу, призвело до втрат бюджету. Автором висвітлено етапи становлення, взаємодії і поступового симбіозу органів державної податкової служби та спеціальних підрозділів із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування. Акцентовано увагу на необхідності пошуку ефективної правової моделі органу із протидії податковим кримінальним правопорушенням. Окреслено процеси реформування податкової системи України, створення податкової міліції, матеріально-технічного забезпечення новоствореного правоохоронного органу, освітньої підготовки фахівців із боротьби із кримінальним ухиленням від оподаткування та заснування унікального начального підрозділу в системі вищої освіти. Проаналізовано законодавче врегулювання діяльності новоствореного органу із протидії податковим злочинам. Це визначення правового статусу, структури, завдань та функцій, повноважень, порядку проходження служби, правового та соціального захисту працівників податкової міліції. Підкреслено важливість законодавчого закріплення процесуального статусу слідчих податкової міліції та доповнення Кримінального кодексу України податковими злочинами. Зроблено висновок, що прийняті ще у 1998 році законодавчі норми є досить стабільними правовими засадами діяльності податкової міліції як складової частини правоохоронної системи держави, а її створення в системі податкових органів було досить виправданим. У подальшому цей процес став основою для забезпечення фінансової безпеки держави та розбудови партнерських відносин між державними інституціями та легальним бізнесом.

Ключові слова: податкова міліція, податкова служба, оподаткування, правоохоронний орган, податкові злочини.

G. V. Solomenko. Legal basis of creation and activities of tax police in Ukraine

The article is devoted to the legal foundations of creation in independent Ukraine functionally capable and effective system of counteraction of criminal manifestations during entrepreneurial activity and taxation of received incomes. The author analyzes the pre-conditions and the need to create a new institution in the system of public authorities – tax police. It is modern law enforcement authority of that is send to overcoming of criminal concealment of profit from taxation. Negative trends in taxation are appear in the process of departure from the planned economy to entrepreneurship, private (non-governmental) entities, which began from the late 1980's during the Soviet era. Such processes caused the creation of subjects of shadow economy, concealment of their profits, which, in turn, resulted in the losses of budget. The author previously documented the stages of formation, interaction and gradual symbiosis of the state tax service and special units in the fight with criminal the hiding of profits from taxation. Attention is accent on the necessity of search of effective legal model of organ from counteraction tax criminal offence. The processes of reforming the tax system of Ukraine, the creation of tax police, logistical support of the newly established Law enforcement authority, educational training of specialists to fight criminal tax evasion and the establishment of a unique business unit in the higher education system is outline. The legislative settlement of the newly established body for combating tax crimes has analyze. This is the definition of the legal status, structure, tasks and functions, powers, order of service, legal and social protection of tax police employees. It is underlined the importance of the legislative consolidation of the procedural status of tax police investigators and the Criminal Code amendment by tax crimes. It is conclude that in 1998 legislative norms are sufficiently stable legal principles of the tax police as a component of the law enforcement system, and its creation in the system of tax authorities was quite justified. In further this process is begin the basic for providing financial safety of state and for development partnership in the relationship between state institutions and legal business.

Key words: tax police, tax service, taxation, law enforcement authority, tax crimes.

Постановка проблеми. Після оголошення незалежності Україна стала на шлях розвитку в умовах переходу від планової до ринкової економіки, який розпочався ще в кінці 1980-х років за часів радянської епохи. В економіці країни поступово виділявся тіньовий сегмент, який супроводжувався появою такого явища, як приховування в результаті здійснення підприємницької діяльності отриманих прибутків. Цей процес супроводжувався виникненням нових правопорушень, як адміністративних, так і кримінальних, які посягали на дохідну частину державного бюджету, послідовно створюючи незаконні схеми ухилення від оподаткування, які в умовах трансформації суспільних процесів викликали серйозну загрозу фінансо-

© Г. В. Соломенко, 2020

вим інтересам України. За цих обставин гостро постало питання щодо створення нового правоохоронного органу з боротьби із правопорушеннями у сфері оподаткування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові аспекти створення податкової міліції вивчалися такими науковцями, як Мулявка Д.Г., Шакірова О.В., Білоус В.Т., Рябченко О.П., та іншими, які у своїх працях вивчали юридичні підстави становлення податкової міліції та її розвитку в системі податкових органів.

Мета статті – системний підхід до причин і організаційно-правових підстав створення підрозділів податкової міліції та їх інтеграції у правоохоронну систему держави.

Виклад основного матеріалу. Після здобуття незалежності Україна стала на шлях активного розвитку ринкової економіки. При цьому сталий економічний розвиток держави неможливий без надійного функціонування органів державної влади, що забезпечується прийняттям відповідних юридичних норм у формі законодавчих та підзаконних актів, оскільки органи державної влади мають здійснювати свої повноваження у встановлених межах відповідно до національного законодавства.

У цих умовах виникла гостра потреба створити такий орган державної влади, який би поєднував як фіскальні, так і правоохоронні функції, з належним інституціональним забезпеченням. Формування нової структурної одиниці системи органів державної влади також передбачало прийняття відповідних правових норм.

Ще в кінці радянської епохи української історії, з метою вдосконалення системи контролю за додержанням законодавства про податки, повноти і своєчасності внесення платежів до бюджету, підвищення відповідальності підприємств, організацій і населення за виконання податкових зобов'язань, 12 квітня 1990 року Радою Міністрів Української РСР прийнято постанову № 74, якою в системі Міністерства фінансів УРСР створено державну податкову службу у складі Державної податкової інспекції Міністерства фінансів та ДПІ в областях, районах, містах і районах у містах. На податкову службу було покладено контроль за додержанням законодавства про податки, правильністю обчислення, повнотою і своєчасністю внесення до бюджету державних податків та інших платежів, установлених законодавством. При цьому органи внутрішніх справ зобов'язано сприяти працівникам державних податкових інспекцій у виконанні ними службових обов'язків, припиняти дії службових осіб і окремих громадян, що перешкоджають виконанню працівниками податкових інспекцій їхніх службових функцій [9].

Але функціонування податкової служби вимагало законодавчого врегулювання правового статусу цього органу, визначення його функцій та правових основ діяльності. Із цією метою 4 грудня 1990 року прийнято Закон Української РСР «Про державну податкову службу в Україні», яким визначено права, обов'язки і відповідальність державних податкових інспекцій під час стягнення ними податків та інших обов'язкових платежів у бюджет, здійснення контролю за правильністю обчислення і сплати цих платежів, а також за додержанням податкового законодавства [3].

Поступово здійснювалось подальше нормативне забезпечення податкової служби, її трансформація в окрему правоохоронну структуру та посилення правових позицій у системі органів виконавчої влади. 5 жовтня 1992 року Кабінетом Міністрів України прийнято постанову № 559 «Питання державної податкової служби в Україні» [5], якою серед загальних питань з організації роботи у системі податкової служби було створено підрозділи податкових розслідувань, призначені для проведення заходів із запобігання, виявлення і припинення порушень податкового законодавства та створення умов для безпечної роботи працівників податкової служби. Це стало початком створення спеціальних підрозділів із боротьби з податковими правопорушенням, але обмежена компетентність та нераціональна функціональна належність підрозділів податкових розслідувань не змогла забезпечити виконання завдань, пов'язаних із боротьбою з податковими злочинами, та, відповідно, бути ефективним процесуально самостійним правоохоронним органом.

Постановою Кабінету Міністрів України від 05.10.1992 № 559 передбачалось прикомандирування осіб начальницького складу органів внутрішніх справ до підрозділів податкових розслідувань. У зв'язку з необхідністю дотримання законодавства під час прикомандирування працівників міліції до державних податкових інспекцій для виконання завдань із боротьби з податковою злочинністю постало питання нормативного закріплення статусу осіб начальницького складу органів внутрішніх справ із метою забезпечення дотримання прав і свобод людини і громадянина, а також юридичних осіб.

Законом України від 30 червня 1993 року «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» [4] органи державної податкової служби віднесено до державних органів, які беруть участь у боротьбі з організованою злочинністю. Прийняття цього законодавчого акта підсилило правові засади взаємодії органів внутрішніх справ та податкової служби під час здійсненні ними наданих законом повноважень.

Розпочато пошук моделі дієвого правоохоронного органу, який би міг реально протидіяти кримінальним проявам у сфері оподаткування та усувати їх наслідки. Із цією метою створено експериментальні підрозділи в управліннях внутрішніх справ м. Києва, Полтавської та Київської областей.

Наприклад, у Полтавській області розпорядженням Представника Президента України в Полтавській області від 16.12.1992 № 449 створено спеціальний структурний підрозділ із боротьби із правопорушеннями у сфері оподаткування при УВС Полтавської області. Цей нормативний акт запровадив пілотний проєкт у Полтавській області, спрямований на забезпечення повного і своєчасного стягнення податків, інших

обов'язкових платежів до бюджету та позабюджетних фондів, здійснення контролю за дотриманням податкового законодавства підприємствами, установами, організаціями і громадянами. При цьому 30 відсотків додатково вилучених коштів у відповідні місцеві бюджети за порушення податкового законодавства, виявлені працівниками новоствореного спецпідрозділу спільно з податковою інспекцією, спрямовувались на розвиток цих органів та фінансове забезпечення їх працівників [13].

Аналогічна робота проводилася і в місті Києві та Київській області.

Експеримент вдався. Результати роботи спеціальних підрозділів із боротьби із кримінальними правопорушеннями у сфері оподаткування підтвердили доцільність їх створення та функціонування, тому наприкінці 1994 року у структурі МВС України створено Управління з боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, першочерговим завданням якого було нормативне забезпечення створення та організація діяльності відповідних підрозділів на місцях.

Із цією метою МВС України видано наказ від 01.12.1994 № 652 «Про організаційно-штатні питання», яким нормативно урегульовано правовий статус самостійних управлінь (відділів, груп) із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, які створено у структурі апаратів регіональних підрозділів МВС України. Розпочався процес комплектування цих підрозділів із числа кваліфікованих фахівців необхідного рівня, забезпечення їх матеріально-технічними ресурсами. Крім цього, розпочався перший освітній процес із підготовки працівників для новостворених підрозділів на базі Харківського інституту внутрішніх справ та училища професійної підготовки працівників міліції УМВС України у Львівській області [12].

Проте правові засади боротьби з податковою злочинністю все ще не були досконалими, оскільки протидія кримінальним проявам в оподаткуванні здійснювалась (хоча і у взаємодії між собою) двома різними державними органами: Державною податковою інспекцією, яка проводила документальні перевірки суб'єктів господарювання, та Міністерством внутрішніх справ, до якого передавались матеріали таких перевірок із сумами донарахованих податків, розмір яких підпадав під об'єкт посягання на кримінальний злочин.

У пошуках ефективнішої правової моделі органу із протидії податковим злочинам у березні 1996 року до США відряджено делегацію із числа керівників підрозділів із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування МВС України та підрозділів податкових розслідувань Головної державної податкової інспекції України. Отриманий передовий досвід роботи Служби внутрішніх доходів (IRS) США дозволив прийняти рішучі кроки в юридичному формуванні нової концепції створення підрозділів із боротьби з податковими злочинами.

У ході реформування податкової системи Указом Президента України від 22 серпня 1996 року № 760/96 «Про утворення Державної податкової адміністрації України та місцевих державних податкових адміністрацій» підрозділи МВС України з боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування підпорядковано Державній податковій адміністрації України [11]. Це стало правовими підставами формування нових підрозділів із боротьби з податковою злочинністю у складі ДПА України та відповідних державних податкових адміністрацій на місцях.

До законодавчого врегулювання статусу державних податкових адміністрацій та підрозділів із боротьби з податковою злочинністю, зокрема, Президентом України прийнято низку указів щодо їх організаційного забезпечення діяльності.

Так, Указом Президента України від 30 жовтня 1996 року № 1013/96 «Питання державних податкових адміністрацій» визначено деякі юридичні норми на відповідний перехідний період. Зокрема, за працівниками підрозділів із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, які передаються МВС України до ДПА України, збережено повноваження, правовий та соціальний захист, встановлені законодавством для працівників міліції. Кабінету Міністрів України доручено утворити у структурі ДПА України Головне управління податкової поліції та вирішити питання щодо передачі Міністерством внутрішніх справ України Державній податковій адміністрації України 4700 штатних одиниць підрозділів із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування для створення підрозділів податкової поліції із відповідною передачею асигнувань на їх утримання та матеріально-технічної бази [10].

Урядом проведено першочергові заходи з нормативного закріплення за податковою поліцією матеріально-ресурсної бази, яка повинна була забезпечити достатні правові умови для здійснення діяльності новостворених підрозділів, а також передбачити додаткове фінансування податкової поліції з метою забезпечення здійснення оперативно-розшукової, кримінально-процесуальної та адміністративної діяльності, підвищення кваліфікації працівників податкової поліції та їх медичного обслуговування.

Так, згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 15 листопада 1996 року № 1385 «Про забезпечення діяльності Державної податкової адміністрації України» передбачено передачу Міністерством внутрішніх справ України Державній податковій адміністрації України майна, відокремлених приміщень, озброєння, технічних засобів, оргтехніки, засобів зв'язку та транспорту, які були закріплені за підрозділами з боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування. Крім цього, передбачено визначення додаткового обсягу видатків на утримання підрозділів податкової поліції, а її працівникам удвічі підвищено посадові оклади. Підготовку фахівців із боротьби із кримінальним приховуванням прибутків від

оподаткування вирішено здійснювати на базі Української академії внутрішніх справ, створивши відповідний факультет [7].

Постало питання юридичного врегулювання питання проходження служби в податковій поліції. До врегулювання в установленому порядку цього питання Урядом прийнято рішення поширити на працівників податкової поліції дію Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів УРСР від 29 липня 1991 року № 114. Із цією метою прийнято постанову Кабінету Міністрів України від 11.12.1996 № 1486 «Про деякі питання проходження служби в податковій поліції», якою, зокрема, Голові Державної податкової адміністрації України надано права Міністра внутрішніх справ [6].

У зв'язку з тим, що постановою Кабінету Міністрів України від 15.11.96 № 1385 Державній податковій адміністрації України передано Український фінансово-економічний інститут (м. Ірпінь) для забезпечення податкових органів кваліфікованими кадрами, виникла правова доцільність здійснювати підготовку на базі цього вищого навчального закладу фахівців для податкової поліції. Тому 30 травня 1997 року Кабінетом Міністрів України прийнято постанову № 518 «Про підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації працівників податкової міліції», якою у структурі Українського фінансово-економічного інституту (м. Ірпінь Київської області) створено факультет підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників податкової поліції з метою якісної підготовки та виховання фахівців, необхідних для виконання завдань, покладених на податкову поліцію [8].

Усе ж прийняті нормативно-правові акти щодо діяльності податкової поліції були тимчасовими рішеннями в умовах перехідного періоду. Діяльність нової правоохоронної структури потребувала законодавчого закріплення, і робота над цим тривала з моменту створення Державної податкової адміністрації України. Підготовлені пропозиції ДПА України з урахуванням позиції Міністерства фінансів України передано на розгляд Кабінету Міністрів України для внесення в установленому порядку до Верховної Ради України для розгляду та прийняття рішення.

5 лютого 1998 року парламентом підтримано пропозиції Уряду та вперше в новітній історії України законодавчо врегульовано діяльність органу із протидії податковим злочинам.

Так, прийнято Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну податкову службу в Україні», який доповнено новим Розділом V «Податкова міліція». Податкову поліцію перейменовано в податкову міліцію (за аналогією з відповідними підрозділами міліції Міністерства внутрішніх справ України). Визначено, що податкова міліція складається зі спеціальних підрозділів із боротьби з податковими правопорушеннями, що діють у складі відповідних органів державної податкової служби, і здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, виконує оперативно-розшукову, кримінально-процесуальну та охоронну функції. Визначено завдання, структуру, повноваження, права податкової міліції, порядок проходження служби в податковій міліції, відповідальність працівників податкової міліції, їх правовий і соціальний захист та матеріальне і соціально-побутове забезпечення [1].

Крім цього, Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України та деяких інших законодавчих актів України у зв'язку з утворенням податкової міліції». Цим законом законодавчо врегульовано процесуальний статус слідчих податкової міліції, яких уповноважено розслідувати злочини, передбачені (на той час) статтею 80-1 «Приховування валютної виручки» та частинами 2 і 3 статті 148-2 «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» (у великих та особливо великих розмірах). Крім того, внесено зміни до: Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», якими податкову міліцію визначено суб'єктом здійснення оперативно-розшукової діяльності, що надало змогу документувати злочинну діяльність осіб із вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів у сфері оподаткування; Закону України «Про боротьбу з корупцією», згідно з якими відповідні підрозділи податкової міліції визначено суб'єктом боротьби з корупцією; Закону України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ», які врегулювали умови, норми і порядок пенсійного забезпечення осіб начальницького складу податкової міліції [2].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Прийняті 5 лютого 1998 року норми з незначними змінами діють вже понад 22 роки та є досить стабільними правовими засадами діяльності податкової міліції як складової частини правоохоронної системи держави, а її створення в системі податкових органів було досить виправданим. У подальшому цей процес став основою для забезпечення фінансової безпеки держави та розбудови партнерських відносин між державними інституціями та легальним бізнесом.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Закону України «Про державну податкову службу в Україні»: Закон України від 05.02.1998 р. № 83/98-ВР. В редакції від 05.02.1998. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 29, ст. 190.
2. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України та деяких інших законодавчих актів України у зв'язку з утворенням податкової міліції: Закон України від 05.02.1998 р. № 85/98-ВР. В редакції від 05.02.1998. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 26, ст. 149.

3. Про державну податкову службу в Україні : Закон України від 04.12.1990 р. № 509-ХІІ. В редакції від 04.12.1990. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 6 ст. 37.

4. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30.06.1993 р. № 3341-ХІІ. В редакції від 30.06.1993. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 35, ст. 358.

5. Питання державної податкової служби в Україні : Постанова Кабінету Міністрів України від 05.10.1992 р. № 559. Дата оновлення: 05.10.1992. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/559-92-п/ed19921005> (дата звернення: 13.04.2020).

6. Про деякі питання проходження служби в податковій поліції : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.12.1996 р. № 1486. Дата оновлення: 11.12.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1486-96-п/ed19961211> (дата звернення: 13.04.2020).

7. Про забезпечення діяльності Державної податкової адміністрації України : Постанова Кабінету Міністрів України від 15.11.1996 р. № 1385. Дата оновлення: 15.11.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1385-96-п/ed19961115> (дата звернення: 13.04.2020).

8. Про підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації працівників податкової міліції : Постанова Кабінету Міністрів України від 30.05.1997 р. № 518. Дата оновлення: 15.11.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/518-97-п/ed19970530> (дата звернення: 13.04.2020).

9. Про створення державної податкової служби в Українській РСР : Постанова Ради Міністрів УРСР від 12.04.1990 р. № 74. Дата оновлення: 01.01.1992. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/74-90-п> (дата звернення: 13.04.2020).

10. Питання державних податкових адміністрацій : Указ Президента України від 30.10.1996 р. № 1013/96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1013/96> (дата звернення: 13.04.2020).

11. Про утворення Державної податкової адміністрації України та місцевих державних податкових адміністрацій : Указ Президента України від 22.08.1996 р. № 760/96. Дата оновлення: 28.08.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/760/96/ed19960822> (дата звернення: 13.04.2020).

12. Про організаційно-штатні питання : Наказ МВС України від 01.12.1994 р. № 652.

13. Про посилення контролю за дотриманням податкового законодавства : Розпорядження Представника Президента України у Полтавській області від 16.12.1992 р. № 449.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.10>

Я. Я. Сташків, ад'юнкт
відділу докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕАЛІЗАЦІЇ ДІЛЬНИЧНИМИ ОФІЦЕРАМИ ПОЛІЦІЇ ЗАХОДІВ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ ПРОФІЛАКТИКИ ЗЛОЧИНІВ ТА АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Аналізуються особливості діяльності дільничних офіцерів поліції на таких стадіях індивідуальної профілактики, як: виявлення осіб, які потребують профілактичного впливу; прогнозування їхньої протиправної поведінки; вибір заходів індивідуального профілактичного впливу щодо них та негативних факторів оточуючого їх мікросередовища; перевірка та оцінка результатів застосованих профілактичних заходів. Обґрунтовуються пропозиції щодо необхідності розширення нормативно закріпленого переліку осіб, щодо яких дільничними офіцерами поліції має здійснюватись індивідуальна профілактична робота. Розкривається зміст таких основних заходів індивідуальної профілактики, що найбільш часто застосовуються дільничними, як офіційне застереження про неприпустимість протиправної поведінки, превентивний облік, адміністративний нагляд, профілактична бесіда, терміновий заборонний припис стосовно кривдника, надання соціальної допомоги, профілактична опіка, обговорення протиправних вчинків особи за місцем проживання, роботи, навчання. Зроблено висновок, що сьогодні чинне законодавство надає дільничним офіцерам поліції фактично невичерпні ресурси та можливості щодо позитивної корекції поведінки осіб, від яких із високою ймовірністю можна очікувати вчинення правопорушень, а також нейтралізації криміногенних факторів їх оточуючого мікросередовища. Однак для того, щоб досягнути дійсно помітних результатів у цій сфері, самого лише нормативного регулювання недостатньо. Не менш важливу роль відіграють суб'єктивні фактори, основним із яких є рівень професійної підготовки дільничного офіцера поліції. Так, лише добре підготовлений працівник може безпомилково обрати такий захід профілактичного впливу, який був би своєчасним, необхідним, достатнім та найбільш ефективним у тій чи іншій ситуації. Індивідуальна профілактика – це тривалий процес, а тому всі застосовувані заходи повинні бути послідовними, систематичними, взаємоузгодженими, мати багатоступеневий та комплексний характер. Крім того, такі заходи мають бути диференційованими, враховувати індивідуальні особливості профілактованого, вміло поєднувати репресивні й виховні функції.

Ключові слова: адміністративний нагляд, індивідуальна профілактика, надання соціальної допомоги, обговорення протиправних вчинків особи, офіційне застереження про неприпустимість протиправної поведінки, подання про необхідність усунення причин та умов, які сприяють вчиненню конкретних правопорушень, превентивний облік, профілактична бесіда, профілактична опіка, стадії індивідуальної профілактики, терміновий заборонний припис стосовно кривдника, усунення негативних факторів оточуючого середовища.

Stashkiv Ya. Ya. Administrative fundamentals of the implementation of measures of individual prevention of crimes and administrative offences by district police officers

The peculiarities of the activity of district police officers at such stages of individual prevention as the identification of persons in need of preventive influence are analyzed; forecasting their illegal behavior; the choice of measures of individual preventive influence on them and the negative factors of the surrounding microenvironment; verification and evaluation of the results of applied preventive measures. The proposals on the need to expand the normatively established list of persons in respect of whom individual preventive work should be carried out by district police officers are substantiated. The content of such basic measures of individual prevention, which are most often used by precincts, as a formal warning about the inadmissibility of illegal behavior, preventive accounting, administrative supervision, preventive interview, urgent injunction against the offender, social assistance, preventive care, discussion of illegal actions on the spot residence, work, study. It is concluded that the current legislation provides district police officers with virtually inexhaustible resources and opportunities for positive correction of the behavior of persons who are likely to commit offenses, as well as neutralization of criminogenic factors in their environment. However, in order to achieve really noticeable results in this area, regulation alone is not enough. Subjective factors play an equally important role, the main of which is the level of professional training of the district police officer. Yes, only a well-trained worker can unmistakably choose a preventive measure that would be timely, necessary, sufficient and most effective in a given situation. Individual prevention is a long process, and therefore all applied measures must be consistent, systematic, mutually agreed, have a multi-stage and comprehensive nature. In addition, such measures should be differentiated, take into account the individual characteristics of the prophylactic, skillfully combine repressive and educational functions.

Key words: administrative supervision, individual prevention, provision of social assistance, discussion of illegal actions of a person, official warning about inadmissibility of illegal behavior, submission about the need to eliminate the causes and conditions that contribute to specific offenses, preventive accounting, preventive interview, preventive care, individual stages prevention, urgent prohibition against the offender, elimination of negative environmental factors.

© Я. Я. Сташків, 2020

Постановка проблеми. У сучасній юридичній літературі обґрунтовуються різноманітні підходи до періодизації індивідуальної профілактики. Зокрема, одні науковці в її рамках виділяють підготовчу, безпосередню та заключну (кінцеву) стадії [1, с. 149]; другі – виявлення осіб, які можуть реально стати на шлях вчинення злочину, постановку їх на профілактичний облік та зняття з такого обліку [2, с. 25]; треті – доделітну профілактику, припинення правопорушень на стадії приготування або замаху, профілактичні заходи за фактом вчиненого правопорушення та після його вчинення [3, с. 175] тощо.

Аналіз наведених підходів засвідчив недоцільність їх використання під час побудови типової моделі індивідуальної профілактики дільничних офіцерів поліції (далі – ДОП), оскільки вони не розкривають повною мірою її потенціал, а подекуди навіть не виправдано звужують її межі. Так, наприклад, перший із названих підходів більш доцільно застосовувати для аналізу процесу застосування окремих попереджувальних заходів, а не профілактичної діяльності в цілому; другий ототожнює індивідуальну профілактику із профілактичним обліком, хоча, як відомо, окрім такого обліку, ДОП застосовують ще цілу низку форм індивідуального профілактичного впливу; третій – передбачає виділення стадій, зміст яких цілком узгоджується з основними рівнями профілактики.

На нашу думку, яка ґрунтується на дослідженні практичної діяльності ДОП, здійснення ними індивідуальної профілактики проходить такі стадії: 1) виявлення осіб, які потребують профілактичного впливу; 2) прогнозування їхньої протиправної поведінки; 3) вибір заходів індивідуального профілактичного впливу щодо них та негативних факторів оточуючого їх мікросередовища; 4) перевірка та оцінка результатів застосованих профілактичних заходів. Оскільки діяльність ДОП на кожній із цих стадій дозволяє отримати цілісне уявлення про адміністративно-правові засади реалізації дільничними офіцерами поліції заходів Індивідуальної профілактики злочинів та адміністративних правопорушень, **основною метою даної наукової статті** є проведення їх детального аналізу.

Виклад основного матеріалу. Першим етапом індивідуальної профілактики ДОП, на якому встановлюється коло осіб, схильних до вчинення правопорушень, є етап **виявлення осіб, які потребують профілактичного впливу**. Ефективність даного напрямку індивідуальної профілактики ДОП визначається за двома критеріями: своєчасність і повнота. Своєчасність передбачає виявлення осіб, антигромадські погляди та установки яких ще не набули стійкого характеру. Чим раніше вони потраплять в поле зору дільничних, тим менше зусиль останні витратять на позитивну корекцію їх поведінки. Повнота передбачає охоплення профілактичним впливом всіх осіб, поведінка, погляди, мотиви яких, судячи з достовірно встановлених фактів, свідчать про високу ймовірність вчинення протиправних дій. І тут дуже важливим є дотримання оптимального балансу. З одного боку, до сфери профілактичного впливу мають потрапити всі особи, схильні до вчинення правопорушень. З іншого боку, неправильне визначення об'єкта профілактичного впливу не лише розпорошує сили ДОП, не дозволяючи їм сконцентрувати свою увагу на найбільш небезпечних у кримінальному відношенні громадянах [4, с. 5], але й досить часто є причиною необґрунтованого вторгнення у сферу приватного життя громадян, обмеження їхніх прав і законних інтересів [5, с. 286].

Аби мінімізувати зазначені ризики, на нашу думку, необхідно: по-перше, законодавчо закріпити вичерпний перелік осіб, щодо яких в обов'язковому порядку повинні застосовуватись найбільш жорсткі заходи профілактичного впливу із чіткою диференціацією таких заходів; по-друге, визначити категорії осіб, які не потребують посиленого нагляду та контролю; по-третє, визначити заходи індивідуального профілактичного впливу, які дільничні можуть застосовувати на власний розсуд; по-четверте, чітко визначити джерела надходження інформації про таких осіб.

Однак проаналізувавши чинне законодавство, ми прийшли до висновку, що наведені положення в ньому реалізуються лише частково. Зокрема, п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про Національну поліцію» уповноважує працівників поліції на наповнення та підтримання в актуальному стані бази (банки) даних стосовно осіб, щодо яких поліцейські здійснюють профілактичну роботу [6]; ст. 3 Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» закріплює вичерпний перелік осіб, щодо яких такий нагляд може бути встановлено [7]; п. 5 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» відносить до повноважень уповноважених підрозділів НПУ взяття на профілактичний облік кривдників та проведення з ними профілактичної роботи [8].

Наведені нами вище законодавчі положення знайшли свою конкретизацію в новій Інструкції з організації діяльності ДОП, п. 2 п'ятого розділу якої уповноважує ДОП ставити на превентивний облік та в межах своєї компетенції проводити профілактичну роботу з особами лише двох категорій: 1) звільненими з місць позбавлення волі, які відбували покарання за умисний злочин і в яких судимість не знято або не погашено в установленому законом порядку; 2) щодо яких винесено офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Крім того, Інструкцією передбачено, що ДОП вживають заходів індивідуального профілактичного впливу щодо осіб, звільнених із місць позбавлення волі, які за ознаками судимості підпадають під дію Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі», а також осіб, щодо яких такий нагляд було встановлено судом (п. 3 п'ятого розділу Інструкції [9]).

На нашу думку, наведений перелік не дозволяє охопити профілактичним впливом усіх потенційно криміногенних осіб. Для прикладу, в раніше чинному Положенні про службу ДІМ 2010 р. було передбачено

здійснення профілактичного впливу, окрім зазначених вище категорій осіб, також і щодо осіб, які були засуджені за вчинення злочинів, виконання вироку щодо яких не пов'язано з позбавленням волі, а також щодо осіб, які страждають на тяжкі психічні розлади і перебувають на спеціальному обліку в закладах охорони здоров'я (п. 13.2 Наказу МВС України № 550 [10]).

Проаналізувавши чинне законодавство та практику діяльності ДОП, ми дійшли висновку *про необхідність розширення нормативно закріпленого переліку осіб, які потребують посиленого профілактичного впливу з боку ДОП. Із цією метою ми пропонуємо внести зміни до п. 2 п'ятого розділу Інструкції з організації діяльності ДОП, передбачивши в ній такі категорії осіб.*

По-перше, це особи: 1) звільнені з місць позбавлення волі, з яких судимість не знято або не погашено у встановленому законом порядку; 2) засуджені за вчинення злочинів, виконання вироку щодо яких не пов'язано з позбавленням волі; 3) звільнені від кримінальної відповідальності або від відбування покарання; 4) кривдники, які вчинили домашнє насильство; 5) які зловживають спиртними напоями і на ґрунті пияцтва систематично допускають порушення громадського порядку; 6) які неодноразово притягувались до відповідальності за правопорушення у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів; 7) які неодноразово притягувались до відповідальності за ухилення від виконання батьківських обов'язків та забезпечення необхідних умов життя, навчання і виховання дітей. Неважко помітити, що всі ці особи раніше вчиняли злочини та адміністративні проступки, й існує висока ймовірність продовження або повторення ними протиправних дій. Саме тому дільничний повинен в обов'язковому порядку ставити таких осіб на профілактичний облік, заводити на них профілактичні справи, максимально інтенсивно та індивідуалізовано проводити з ними профілактичну роботу.

По-друге, це особи: 1) визнані в установленому порядку хронічними алкоголіками; 2) визнані в установленому порядку наркоманами, токсикоманами або вживають наркотичні засоби чи психотропні речовини без призначення лікаря; 3) страждають на тяжкі психічні розлади, є суспільно небезпечними і перебувають на спеціальному обліку в закладах охорони здоров'я; 4) займаються проституцією, сутенерством, жебрацтвом; 5) члени неформальних молодіжних угруповань; 6) звільнені зі спеціальних виховних чи медичних установ. Особи, віднесені до цієї групи (на відміну від попередньої), раніше не притягувались до відповідальності за вчинення злочинів, однак їхня поведінка, стан здоров'я, спосіб життя чи інші обставини свідчать про те, що від них із високою ймовірністю можна очікувати вчинення протиправних дій. Таких осіб дільничний теж повинен ставити на профілактичний облік, проводити з ними виховну та роз'яснювальну роботу, здійснювати нагляд і контроль за їх поведінкою.

По-третє, це особи, що: 1) надають приміщення для вживання алкогольних напоїв, наркотиків, розпусти і зайняття проституцією; 2) займаються виготовленням та збутом самогону чи інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення, а також апаратів для їх вироблення; 3) беруть участь та організують проведення азартних ігор; 4) неодноразово притягувались до відповідальності за порушення порядку перебування дітей у розважальних закладах та закладах громадського харчування, а також за порушення обмежень щодо продажу їм алкогольних напоїв; 5) із високою ймовірністю можуть стати жертвою злочину внаслідок характеру своєї поведінки, способу життя, фізичних чи психічних особливостей. Усіх осіб, віднесених до цієї групи, можна умовно назвати «джерелами криміногенного впливу». Досить часто їхня антигромадська поведінка не утворює складу правопорушення, однак вона завжди негативно впливає на оточуючих їх осіб, особливо тих, які в силу вікових, фізичних чи психічних особливостей не можуть правильно її оцінити та адекватно на неї реагувати. Систематичний профілактичний вплив на таких осіб не завжди виправданий, а тому дільничний повинен мати можливість самостійно приймати рішення про доцільність їх постановки на облік та життя індивідуальних профілактичних заходів впливу.

По-четверте, дільничний повинен взаємодіяти та надавати допомогу іншим підрозділам і службам НПУ, іншим правоохоронним органам, а також державним органам та установам в організації і проведенні профілактичних заходів стосовно осіб, які перебувають у них на обліках.

Прогнозування протиправної поведінки осіб, які потребують профілактичного впливу – це другий етап індивідуальної профілактики, на якому здійснюється збір, узагальнення та аналіз інформації про найбільш значущі кримінально-прогностичні ознаки особи та оточуючого її мікросередовища. Основним завданням ДОП на даному етапі є постійне, глибоке і всебічне виявлення, вивчення, оцінка групових та індивідуальних особливостей об'єкта профілактичного впливу.

При цьому, в першу чергу, ДОП повинні опрацьовувати інформацію, яка містить такі дані про особу профілактованого: 1) соціальні-демографічні дані – вік, стать, місце проживання, роботи (навчання), соціальний і сімейний стан, склад сім'ї, освітній рівень; 2) моральні якості, фізіологічні та індивідуально-психологічні особливості – фізичне та психічне здоров'я, відхилення у психічному та фізичному розвитку, захворювання, рівень розумового розвитку, риси характеру, емоційно-вольові якості, життєвий досвід, погляди, переконання, ціннісні орієнтації, антисуспільні схильності (до вживання алкогольних напоїв, наркотиків, азартних ігор тощо); 3) характер факторів оточуючого мікросередовища та поведінка особи в різних сферах суспільного життя – житлові умови, рівень матеріального забезпечення, взаємовідносини із членами сім'ї та найближчим соціальним оточенням, ставлення до роботи (навчання), морально-психологічний

клімат у колективі, особливості проведення вільного часу, наявність у найближчому середовищі осіб та інших факторів, які можуть сприяти чи, навпаки, перешкодити вчиненню правопорушень; 4) досвід протиправної поведінки – характер вчинених правопорушень, їх причини, характер мотивації, вид та розмір стягнення, відношення особи до його виконання, особливості поведінки під час відбування покарання, наявність незнятої чи непогашеної судимості тощо.

Збір та опрацювання дільничним такої інформації має безпосередній вихід на практику, оскільки дозволяє йому вирішити такі завдання: 1) правильно обрати об'єкт індивідуальної профілактики; 2) отримати об'єктивне уявлення про особистісні якості профілакованих осіб, стійкість їхніх протиправних установок та ступінь суспільної небезпечності; 3) виявити чинники, що негативно та позитивно впливають на профілакованих осіб; 4) спрогнозувати поведінку таких осіб у майбутньому; 5) обрати найбільш ефективні та дієві методи профілактичного впливу; 6) отримати чітке уявлення про обсяг профілактичного впливу та ресурси, необхідні для його здійснення; 7) правильно розподілити зусилля під час проведення індивідуально-профілактичних заходів тощо.

Вибір заходів індивідуального профілактичного впливу щодо конкретних осіб та негативних факторів оточуючого їх мікросередовища – це третій етап індивідуальної профілактики, на якому дільничний, виходячи із кримінально-прогностичних ознак особи та факторів оточуючого середовища, обирає та застосовує передбачені законом виховні та інші заходи позитивного корегуючого впливу. Цей етап слід називати основним, вирішальним. Саме на ньому дільничний безпосередньо застосовує увесь арсенал засобів і методів, прикладає усі свої зусилля для того, щоб попередити вчинення злочинів конкретними особами. До основних завдань дільничного на даному етапі можна віднести такі: схилення профілакованих осіб до добровільної відмови від продовження протиправної діяльності; структурно-змістова перебудова їхньої мотиваційної сфери та системи ціннісних орієнтацій; вироблення в них достатньо стійких позитивних або хоча б стримуючих моральних установок; повернення до соціально правильного способу життя; зміна характеру поведінки в конкретних життєвих ситуаціях; формування поваги до вимог закону та загальноприйнятих правил поведінки; нейтралізація негативних факторів оточуючого мікросередовища тощо.

Проаналізувавши практику діяльності ДОП, ми прийшли до висновку, що сьогодні відсутні стандартні, універсальні, придатні абсолютно для всіх категорій профілакованих осіб заходи індивідуального корегуючого впливу. І це очевидно. Адже зміст і спрямованість конкретних методів, форм і прийомів профілактики залежить від стійкості протиправних установок особи, індивідуальних особливостей її характеру та поведінки, способу життя, оточуючого мікросередовища, причин та умов протиправної поведінки та ще цілої низки факторів. Ігнорування даної обставини може призвести до порушення принципу диференційованого підходу до виховної роботи і, відповідно, до зниження ефективності всієї профілактичної діяльності. Водночас існує перелік найпоширеніших, нормативно закріплених, відносно універсальних і стандартизованих заходів індивідуальної профілактики, які найбільш часто застосовуються дільничними офіцерами поліції у практичній діяльності.

Офіційне застереження про неприпустимість протиправних і антигромадських дій. Даний захід індивідуальної профілактики прямо не згадується в новій Інструкції з організації діяльності ДОП. Водночас у Законі України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» [7], а також в Інструкції про організацію здійснення адміністративного нагляду за особами, звільненими з місць позбавлення волі [11], передбачено досить близький до нього за змістом і правовою природою захід – «Попередження особи, стосовно якої може бути встановлено адміністративний нагляд». У додатках до останньої також передбачено типовий зразок такого Попередження.

На нашу думку, такий захід індивідуальної профілактики, як винесення офіційного застереження про неприпустимість протиправних і антигромадських дій, сьогодні має значно ширший профілактичний потенціал і може досить ефективно застосовуватись дільничними інспекторами щодо широкого кола профілакованих осіб. А відтак у новій Інструкції з організації діяльності ДОП необхідно передбачити право дільничних викликати осіб, які систематично вчиняють порушення громадського порядку та інші правопорушення, ведуть аморальний чи антигромадський спосіб життя, з метою проведення з ними профілактичної бесіди та винесення їм офіційного застереження про неприпустимість протиправної поведінки.

Із метою практичної реалізації зроблених нами висновків необхідно внести деякі зміни до нової Інструкції з організації діяльності ДОП, зокрема п. 4 першого розділу доповнити новим абзацом такого змісту: «*Офіційне застереження про неприпустимість протиправної поведінки* – це форма індивідуального профілактичного впливу дільничного офіцера поліції на осіб, які систематично порушують громадський порядок і права інших громадян, вчиняють інші правопорушення, що передбачає запрошення таких осіб до органу поліції, їх реєстрацію, проведення з ними профілактичної бесіди, роз'яснення заходів кримінальної, адміністративної чи цивільно-правової відповідальності за вчинення правопорушень, попередження про постановку на профілактичний облік у разі продовження протиправної чи антигромадської поведінки, а також підписання офіційного застереження про це».

Превентивний облік. Згідно з абз 5 п. 4 першого розділу нової Інструкції з організації діяльності ДОП превентивний облік – це «комплекс заходів у діяльності ДОП, спрямованих на підтримання

в актуальному стані інформаційних підсистем єдиної інформаційної системи МВС про осіб, щодо яких здійснюється превентивна робота» [9]. Зовсім інше за своїм змістом визначення профілактичного обліку міститься в п. 13 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Зокрема, профілактичний облік тут визначається як «здійснення уповноваженими підрозділами органів НПУ організаційно-практичних заходів щодо контролю за поведінкою кривдника з метою недопущення повторного вчинення домашнього насильства, за дотриманням ним тимчасових обмежень його прав та виконанням обов'язків, покладених на нього у зв'язку із учиненням домашнього насильства» [8]. Проаналізувавши наведені визначення, ми помітили, що вони не відображають справжню сутність аналізованого профілактичного заходу. Зокрема, загальновідомо, що основною метою будь-якого обліку є накопичення відомостей про певних осіб, а не «підтримання в актуальному стані інформаційних підсистем», або ж «контроль за поведінкою кривдника». Крім того, наведені визначення не дозволяють з'ясувати справжню спрямованість превентивного обліку, яка, на нашу думку, полягає в попередженні вчинення злочинів особами, які на ньому перебувають.

Ураховуючи наведені аргументи, ми сформулювали власне визначення превентивного обліку, яке пропонуємо закріпити в п. 4 першого розділу нової Інструкції з організації діяльності ДОП: «Превентивний облік – це комплекс передбачених чинним законодавством заходів із виявлення, постановки на облік, накопичення відомостей про осіб, які підлягають контролю з боку дільничних офіцерів поліції, а також здійснення щодо них систематичного та цілеспрямованого профілактичного впливу з метою попередження вчинення ними злочинів та інших правопорушень».

Адміністративний нагляд – це здійснення ДОП у межах встановлених чинним законодавством тимчасових примусових профілактичних заходів спостереження і контролю за поведінкою окремих осіб, звільнених із місць позбавлення волі. Адміністративний нагляд за правом вважається найбільш жорстким заходом індивідуальної профілактики. Його основне призначення полягає в недопущенні рецидиву злочинів з боку раніше судимих осіб, поведінка та спосіб життя яких свідчить про те, що вони вперто не бажають стати на шлях виправлення і залишаються небезпечними для суспільства.

Окрім офіційного застереження, превентивного обліку та адміністративного нагляду, ДОП застосовують ще цілу низку заходів індивідуального профілактичного впливу, профілактичний потенціал яких очевидний і його важко переоцінити. Однак, незважаючи на це, нова Інструкція з організації діяльності ДОП не приділяє достатньо увагу їх правовому регулюванню. Із метою усунення зазначеного недоліку ми пропонуємо закріпити визначення даних заходів (які будуть сформульовані нами нижче) у п. 7 першого розділу Інструкції, а у п'ятому розділі детально прописати порядок їх застосування.

Профілактична бесіда – це роз'яснення особам, схильним до вчинення правопорушень, та їх найближчому соціальному оточенню суспільної небезпечності антигромадської поведінки, попередження таких осіб про неприпустимість протиправних дій, що здійснюється дільничним офіцером поліції за місцем їх проживання, роботи чи навчання, за необхідності із залученням посадових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, адміністрації підприємств, установ, організацій, представників навчально-виховних закладів, громадськості та окремих громадян.

Терміновий заборонний припис стосовно кривдника – це спеціальний захід протидії домашньому насильству, що вживається уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України як реагування на факт домашнього насильства та спрямований на негайне припинення домашнього насильства, усунення небезпеки для життя і здоров'я постраждалих осіб та недопущення продовження чи повторного вчинення такого насильства [8].

Надання соціальної допомоги – це надання особам, які опинились у кризових ситуаціях, а також особам, щодо яких дільничний офіцер поліції здійснює профілактичний вплив, допомоги у працевлаштуванні, вирішенні побутових та матеріальних проблем, направленні на лікування, в тому числі від алкоголізму та наркоманії, влаштуванні до притулків, інтернатів та центрів соціальної реабілітації, розв'язанні конфліктних ситуацій, подоланні інших життєвих перешкод.

Профілактична опіка – це форма індивідуальної профілактики дільничного офіцера поліції, що передбачає вжиття ним заходів впливу, нагляду та контролю за поведінкою осіб, від яких із високою ймовірністю можна очікувати вчинення злочинів.

Обговорення протиправних вчинків особи за місцем проживання, роботи, навчання – це повідомлення про вчинення особою злочину чи адміністративного правопорушення адміністрації підприємств, установ, організацій, керівництва навчально-виховних закладів, а також громадськості, в тому числі через ЗМІ, з метою їх залучення до обговорення антигромадської поведінки особи, встановлення за нею шефства та вжиття інших заходів профілактичного впливу.

Подання про необхідність усунення причин та умов, які сприяють вчиненню конкретних правопорушень, – це форма індивідуальної профілактики дільничного офіцера поліції, що передбачає внесення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, правоохоронних органів, адміністрації підприємств усіх форм власності, закладів освіти й охорони здоров'я, соціальних служб та інших установ і організацій письмової вимоги про вжиття заходів, спрямованих на усунення причин та умов, які сприяють учиненню конкретних правопорушень чи зумовлюють протиправну поведінку окремих осіб.

Усунення негативних факторів оточуючого середовища – це форма індивідуальної профілактики дільничного офіцера поліції, що передбачає виявлення та ліквідацію криміногенних факторів у сімейно-побутовому, трудовому, навчальному, дозвільному та іншому мікросередовищі особи, щодо якої здійснюється профілактичний вплив, припинення її антигромадських зв'язків, а також нейтралізацію інших негативних впливів на неї.

Перевірка та оцінка результатів застосованих профілактичних заходів – це заключний етап індивідуальної профілактики, на якому дільничний офіцер поліції аналізує ефективність і результативність застосованих профілактичних заходів, вживає заходів щодо закріплення досягнутих результатів, а також приймає рішення про доцільність продовження чи припинення профілактичного впливу, посилення чи послаблення його режиму.

Моніторинг результатів здійснення профілактичного впливу покладається на: 1) Управління ДОП ДПД НПУ, яке здійснює комплексний аналіз результатів роботи ДОП; 2) відділи (сектори) ДОП управлінь (відділів) превентивної діяльності територіальних органів поліції, які аналізують стан профілактики правопорушень, ефективність заходів, які вживаються дільничними щодо його покращення; 3) керівників секторів превенції відповідних відділів (відділень) поліції, які систематично контролюють, аналізують і оцінюють результати діяльності ДОП, уживають заходів щодо усунення виявлених недоліків; 4) старших ДОП, які безпосередньо організовують перевірку осіб, які перебувають на обліках у дільничних, узагальнюють й оцінюють результати роботи групи ДОП за місяць, квартал, півріччя, рік. Крім того, ДОП має особисто здійснювати систематичний аналіз ефективності вжитих заходів, визначати їх результативність і на цій основі своєчасно корегувати плани індивідуальної профілактики.

Що стосується підстав і порядку припинення профілактичної роботи і зняття особи з профілактичного обліку, то вимушені констатувати, що нова Інструкція з організації діяльності ДОП, на відміну від раніше чинного Положення, вказані питання не регулює. На нашу думку, дана обставина негативно позначається на результативності роботи дільничних, які позбавлені можливості корегувати індивідуальну профілактичну роботу залежно від ефективності вжитих раніше заходів. Із метою усунення зазначеного недоліку необхідно: по-перше, нормативно закріпити вичерпний перелік підстав зняття особи з профілактичного обліку; по-друге, чітко прописати процедуру припинення індивідуального профілактичного впливу, зняття особи з профілактичного обліку та продовження терміну перебування на такому обліку; по-третє, передбачити можливість дострокового припинення індивідуального профілактичного впливу.

Завершуючи наліз типової моделі індивідуальної профілактики злочинів, ми можемо зробити **висновок**, що сьогодні чинне законодавство надає дільничним офіцерам поліції фактично невичерпні ресурси та можливості щодо позитивної корекції поведінки осіб, від яких із високою ймовірністю можна очікувати вчинення правопорушень, а також нейтралізації криміногенних факторів їхнього оточуючого мікросередовища. Однак для того, щоб досягнути дійсно помітних результатів у цій сфері, самого лише нормативного регулювання недостатньо. Не менш важливу роль відіграють суб'єктивні фактори, основним із яких є рівень професійної підготовки ДОП. Індивідуальну профілактику можна порівняти з мистецтвом. А тому лише добре підготовлений працівник може безпомилково обрати такий захід профілактичного впливу, який був би своєчасним, необхідним, достатнім та найбільш ефективним у тій чи іншій ситуації. Індивідуальна профілактика – це тривалий процес, а тому всі застосовувані заходи повинні бути послідовними, систематичними, взаємоузгодженими, мати багатоступеневий та комплексний характер. Крім того, такі заходи мають бути диференційованими, враховувати індивідуальні особливості профілактованого, вмільо поєднувати репресивні й виховні функції.

Список використаних джерел:

1. Бугайчук К. Л. Адміністративні проступки: сутність та організаційно-правові заходи їх профілактики : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07. Харків : Національний університет внутрішніх справ України, 2002. 243 с.
2. Кальченко Т. Л. Запобігання злочинності неповнолітніх в Україні спеціальними органами та установами : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.08. Київ : Національна академія внутрішніх справ України, 2003. 222 с.
3. Панов І. О. Адміністративно-юрисдикційна діяльність дільничного інспектора міліції : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07. Харків : Національний університет внутрішніх справ, 2005. 233 с.
4. Мышляев Н. П. Индивидуальная профилактика, осуществляемая участковым инспектором милиции : учебное пособие. Москва : ВНИИ МВД СССР, 1990. 64 с.
5. Быргэу М. М. Организация деятельности полиции Республики Молдова по профилактике преступлений : дисс. ... доктора юрид. наук : 12.00.07. Харьков : Национальный университет внутренних дел, 2004. 532 с.
6. Про Національну поліцію : Закон України від 2.07.2015 р.

7. Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі : Закон України від 01.12.1994 р.

8. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 7.12.2017 р.

9. Про затвердження Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції : Наказ МВС України від 28.07.2017 р. № 650.

10. Про затвердження Положення про службу дільничних інспекторів міліції в системі Міністерства внутрішніх справ України : Наказ МВС України від 11.11.2010 р. № 550.

11. Про затвердження Інструкції про організацію здійснення адміністративного нагляду за особами, звільненими з місць позбавлення волі : Наказ МВС України, Департаменту виконання покарань від 04.11.2003 р. № 1303/203.

УДК 347.73+342.951

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.11>

О. М. Фесенко, кандидат юридичних наук,
докторант Науково-дослідного інституту публічного права

ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ

Мета статті полягає в дослідженні сутності принципів адміністративно-правового захисту інвестицій. Так, статтю присвячено дослідженню принципів адміністративно-правового захисту інвестицій, зроблено спробу сформулювати і систематизувати інституційні та субінституційні принципи інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності. Наголошено, що альтернативні механізми вирішення спорів, включаючи примирення (консиліацію), медіацію (посередництво), переговори (негоціацію), третейські суди, також доступні і все частіше використовуються для вирішення комерційних спорів. Такі процедури є конфіденційними і не вносять свій внесок у розвиток інвестиційного законодавства, на відміну від судових справ. Коли спори вирішуються третейськими судами за межами країни, національні закони повинні гарантувати, що національні суди визнають та забезпечують виконання цих рішень відповідно до чинних міжнародних стандартів. З'ясовано, що підходи до укладення інвестиційних договорів розрізняються залежно від країни, часу, а також найбільш поширеними двосторонніми інвестиційними договорами та угодами про вільну торгівлю з інвестиційною складовою частиною. Під час вирішення питання про укладення міжнародної інвестиційної угоди органи державної влади повинні в першу чергу гарантувати, що вони мають можливість виконати зобов'язання та укласти угоди, що забезпечують досягнення цілей сталого розвитку. Зроблено висновок, що принципи інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності являють собою основоположні начала, ідеї, установки, на яких базується правове регулювання даного інституту. Дані принципи в концентрованому вигляді виражають саму суть правового регулювання інвестування (особливо державного) і є елементом цього регулювання, оскільки являють собою основні керівні положення, що поширюються на всі відносини які складають предмет регулювання даного інституту. Вони також спрямовують розвиток та функціонування даного фінансово-правового інституту.

Ключові слова: інвестиції, інвестиційна діяльність, адміністративно-правовий захист інвестицій, принципи захисту.

O. M. Fesenko. Principles of administrative and legal protection of investments in Ukraine

The purpose of the article is to study the essence of the principles of administrative and legal protection of investments. Thus, the article is devoted to the study of the principles of administrative and legal protection of investments, an attempt is made to formulate and systematize the institutional and subinstitutional principles of the institute of administrative and legal protection of investments and investment activities. It is emphasized that alternative dispute resolution mechanisms, including conciliation, mediation, negotiations, arbitration courts, are also available and are increasingly used to resolve commercial disputes. Such procedures are confidential and do not contribute to the development of investment legislation, unlike court cases. When disputes are settled by arbitral tribunals outside the country, national laws must ensure that national courts recognize and enforce those decisions in accordance with applicable international standards. It was found that the approaches to concluding investment agreements differ depending on the country, time, as well as the most common bilateral investment agreements and free trade agreements with an investment component. In deciding whether to conclude an international investment agreement, public authorities must first and foremost ensure that they are able to meet their obligations and enter into agreements that achieve the goals of sustainable development. It is concluded that the principles of the institute of administrative and legal protection of investments and investment activities are the basic principles, ideas, attitudes on which the legal regulation of this institute is based. These principles in a concentrated form express the essence of the legal regulation of investment (especially state) and are an element of this regulation, as they are the main guidelines that apply to all relations that are the subject of regulation of this institution. They also guide the development and operation of this financial and legal institution.

Key words: investments, investment activity, administrative and legal protection of investments, protection principles.

Постановка проблеми. Виступаючи правовою державою, Україна захищає права громадян та юридичних осіб головним чином за допомогою наявності механізму адміністративно-правового захисту. В основі цієї діяльності знаходяться правові принципи, що представляють собою способи та засоби, спрямовані на виключення з правотворчої та правозастосовчої практики незаконних рішень і дій державних органів та посадових осіб. У даний час величезна кількість державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, які формують механізм державного управління України, приймають якісь рішення й видають нормативно-правові акти, які, у свою чергу, відображаються на житті кожного громадянина нашої держави. За загальним справедливим правилом, особи, що володіють владними повноваженнями та приймають від імені України рішення, повинні нести відповідальність за якість і об'єктивність прийнятих ними рішень та дій. Звичайно, добре, коли ці рішення і дії позитивно відбиваються на життєдіяльності та благополуччі

громадян, але, на жаль, це не завжди буває так. Досить часто люди, наділені владою, не вважають необхідним слідувати вимогам закону і діють або не діють на свій розсуд, або ж здійснюють свою діяльність в інших корисливих цілях, забуваючи, в першу чергу, про відповідальність. Однак треба пам'ятати, що закони, якими вони прикриваються, пишуться і створюються в правовій державі, а однією з ознак правової держави є можливість захисту порушених прав і свобод як громадян, так і організацій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичним аспектам вивчення принципів адміністративно-правового захисту у сфері інвестицій присвячено роботи: В. Лебедева, Є. Додіна, І. Пахомова, В. Чернадчука, О. Горбунової, О. Грачової та інших, але є певні моменти, які потребують пошуку новітніх підходів.

Мета цієї статті полягає в дослідженні сутності принципів адміністративно-правового захисту інвестицій.

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання інвестицій та інвестиційної діяльності, як і будь-який інший правовий інститут, ґрунтується на певній системі принципів, тобто основоположних засадах, правилах і вимогах, що виражають його найбільш істотні особливості й цілеспрямованість. Перш ніж приступити до розгляду даного питання, необхідно звернутися до аналізу змісту понятійного апарату юридичної категорії «принцип права».

Дійсно, для однакової та найбільш повної реалізації функцій будь-якого елементу правової системи формулюються певні установки, загальні основи діяльності. У науці їх прийнято називати принципами. Будучи відправним началом, що лежить в основі формування, організації та функціонування елементів правової системи держави, принципи в основі своїй мають законодавче закріплення, але можуть бути виділені і під час системного тлумачення правових норм. Питання про правові засади займає одне з центральних місць у теорії права і ніколи не втрачало своєї теоретичної та емпіричної актуальності, бо, як справедливо зазначав Ф. Франк «якщо немає невеликого числа принципів ... то немає і науки» [1, с. 110].

У перекладі з латинської мови принцип (*principium*) означає першооснову будь-якого явища, вихідне чи відправне положення, засоби, правила, що визначають природу й соціальну сутність явища, його спрямованість і найсуттєвіші властивості [2, с. 17]. Новий тлумачний словник української мови трактує дане поняття як: 1) основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку; засада; 2) особливість, покладену в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось; 3) правило, покладене в основу діяльності якої-небудь організації, товариства і т. ін.; 4) переконання, норму, правило, яким керується хто-небудь у житті, поведінці, канон [3, с. 899]. Проблеми трактування даного філософського поняття присвячені численні праці фахівців різних галузей знань. Так, наприклад, Р.З. Лівшиц вважає, що принцип – це завжди вихідне положення, напрямком, передусім це ідея [4, с. 195]. В.Ф. Погорілко трактує принципи як порядок здійснення регулюючого впливу [5, с. 12]. А.М. Колодій у монографічному дослідженні «Принципи права України» розглядає дану категорію з точки зору гносеології, як таку, що тісно пов'язана з категоріями «закономірність» і «сутність», зазначаючи, що поняття «принцип» співвідноситься з категорією «ідея» у тому випадку, коли під останньою філософи розуміють внутрішню логіку, закон існування об'єкта, те, що складає його внутрішню сутність; у теорії пізнання принцип виступає як абстрактне визначення ідеї, а точніше, як певна сукупність (сума) принципів, що дорівнюють ідеї [2, с. 16]. Отже, принципи, безперечно, відносяться до однієї з основних категорій та механізмів будь-якого суспільного явища.

У загальній теорії права існують різні точки зору на поняття «принципи права». Так, одні вчені під ними розуміють «головні, керівні положення, що визначають загальну спрямованість і найбільш істотні риси змісту ... правового регулювання суспільних відносин» [6, с. 240], інші – «начала, відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності та підвалини даної суспільно-економічної формації, є однопорядковими із сутністю права і складають його головний зміст» [7, с. 84], треті – «керівні, відправні ідеї, які виступають в якості вихідних для ... права в цілому» [8, с. 25], четверті – «соціальні цінності, відображені у праві» [9, с. 30], п'яті – «провідні начала, закони даного руху матерії або суспільства, а також явища, включені в ту чи іншу форму руху» [10, с. 135]. Із точки зору С.С. Алексєєва, принципи права являють собою «виражені у праві вихідні нормативно-керівні начала, що характеризують його зміст, його основи, закріплені в ньому закономірності суспільного життя. Принципи – це те, що пронизує право, виявляє його зміст у вигляді вихідних, наскрізних «ідей», головних його начал, нормативно-керівних положень» [11, с. 135]. Схожої точки зору дотримується М.І. Байтін, розуміючи під ними «вихідні, що визначають ідеї, положення установки, які складають моральну та організаційну основу виникнення, розвитку та функціонування права ... Принципи права виражають головне, основне в праві, тенденції його розвитку, то на що право має бути орієнтоване, спрямовано» [12, с. 149]. Кожна з вищевикладених позицій вносить свій вклад в осмислення загальнотеоретичного поняття «принципи права», при цьому маючи як свої переваги, так і недоліки, але дисертантом не ставиться завдання їх детального розгляду.

Для цього дослідження представляється найбільш важливим виділити суттєві ознаки принципів права, які знайшли своє відображення у принципах фінансово-правового інституту інвестиційної діяльності нашої держави. Серед них такі:

1) керівна (визначальна) роль принципів права в розробці, удосконаленні та застосуванні правових норм;

2) нормативно-керівний характер основних начал, що виявляється в регулюючому впливі на суспільні відносини;

3) стабільність принципів права, тобто їх міцне, стійке, чинне нормативно-керівне положення.

Проблема загальних фінансово-правових принципів була предметом вивчення вже в дореволюційній літературі, проте дане питання досліджувалося в рамках пошуку «керівних начал фінансової науки». На думку В.А. Лебедева, спроби деяких вчених дати фінансовій науці загальні положення, начала, принципи, які обіймали б собою всю ідею науки, вказували на її сутність, робилися вже давно (наприклад, Жаном Боденом в роботі «Les six livres de la Republique», 1576 р.) [13, с. 45]. Слід зазначити, що одним із перших учених, які запропонували як підстави фінансової науки вважати принципи права, тобто справедливе застосування відомих правил з боку держави при вживанні державних доходів, став А. Шеффле. Однак дана позиція була розкритикована В.А. Лебедєвим, який вважав, що принципи права «не є винятковим керівним початком для фінансової науки, бо принцип права повинен панувати у всьому державному управлінні, а отже, не становить відмінну властивість фінансової науки» [14].

У даний час не всі принципи інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності знайшли своє належне закріплення в законодавстві, а ті, які знайшли розкидані по численних нормативних актах, мають різну юридичну силу. У зв'язку з вищевикладеним зробимо спробу сформулювати і систематизувати інституційні та субінституційні принципи інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності, бо «визначення принципів підгалузеві та інститутів фінансового права є одним з основних завдань, що стоять перед сучасним фінансовим правом» [15, с. 28]. Цінність дослідження принципів фінансово-правового інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності полягає, перш за все, в тому, що, по-перше, на їх основі можна скласти загальне уявлення про весь фінансово-правовий інститут; по-друге, вони виступають в якості основи для тлумачення фінансово-правових норм і, по-третє, вони задають основні напрямки й орієнтири розвитку даного фінансово-правового інституту. Крім того, за допомогою принципів права визначаються цілі, завдання, методи правового регулювання, закріплюються правові категорії і поняття. Принцип права не тільки дозволяють правильно розуміти та застосовувати правові норми, але також виявляти й усувати прогалини в законодавстві. Слід погодитися з думкою О.Ю. Рибаківа, що під час наукової характеристики будь-якої системи проблему принципу обійти неможливо, бо без неї тема, яка розробляється не буде глибоко розкрита та досліджена [16, с. 80].

Традиційно правові принципи поділяються на загальноправові (загальногалузеві), які мають універсальний характер, міжгалузеві, які поширюються на кілька галузей права та галузеві, що визначають специфіку конкретної галузі права.

Г.А. Борисов виділяє головною підставою для класифікації різні сфери суспільних відносин, на які поширюються ті чи інші принципи, різний характер суспільних закономірностей, що ними відбивається, виділяє такі групи принципів, що діють у правовій сфері: 1) загальнополітичні; 2) правові; 3) принципи побудови і функціонування державної організації; 4) принципи окремих форм державної діяльності – правотворчості, зокрема законодавчої діяльності, діяльності з реалізації правових норм, правоохоронної діяльності тощо; 5) принципи права; 6) міжгалузеві принципи; 7) галузеві принципи; 8) принципи окремих груп норм [17, с. 14]. В.В. Лазарев зазначений список доповнює внутрішньогалузевими принципами, або принципами інститутів права [18, с. 138], що виділяються в рамках галузі права. А.М. Колодій виокремлює у своїх наукових працях такі принципи права: 1) правосвідомості; 2) правоутворення; 3) правотворчості, а серед них – законотворчості і нормотворчості; 4) системи права: а) загальноправові (основні); б) міжгалузеві; в) галузеві; г) інститутів права; 5) структури права: а) загальносоціального і юридичного; б) публічного й приватного; в) регулятивного і охоронного; г) матеріального й процесуального; д) об'єктивного й суб'єктивного; б) правореалізації, а серед них - правозастосування; 7) правоохорони, а серед них особливо – правосуддя і юридичної відповідальності. Принципи системи і структури права, що втілюються у принципі правоутворення, правореалізації і правоохорони, можна назвати принципами правового регулювання, визнаючи водночас особливу роль загальноправових (основних) принципів [2, с. 39]. Також існує ще й така точка зору, відповідно до якої систему принципів державної інвестиційної політики поділяють на загальні принципи, яких необхідно дотримуватись під час розробки основних напрямів такої політики, та принципи, яких необхідно додержуватись під час оцінки її реалізації. Погоджуючись у цілому із системою принципів, наведеною В.В. Лазарєвим, в основі якої лежить обмеження принципів за сферою їхньої дії як наслідку особливості відносин, які відображаються та на які вони поширюються, відзначимо, що всі принципи взаємопов'язані, проявляються один в одному та утворюють систему принципів права, чільне місце в якій відводиться загальноправовим (загальногалузевим) принципам права.

Так, загальними принципами інвестиційної політики держави в інвестиційній сфері виступають:

- практична потреба досягнення мети та її наукова обґрунтованість;
- поставлені цілі мають бути прозорими, зрозумілими і бажаними для населення, а також для груп з особливими економічними інтересами;
- будь-яка мета державного регулювання економіки може бути поставлена і досягнута тільки у взаємодії з усіма іншими цілями відповідно до її місця в системі пріоритетів цілей;

- створення ефективного механізму координації і тісна співпраця між учасниками реалізації політики;
- обґрунтованість, послідовність, публічність та передбачуваність державної інвестиційної політики;
- пріоритет державної підтримки стратегічно важливих для держави галузей, які забезпечують функціонування всього національного господарства, інноваційний прорив, розвиток соціальної інфраструктури, екологічну безпеку;
- відмова від практики надлишкового втручання в діяльність ринкового сектора, стимулювання залучення приватного капіталу для вирішення ключових завдань соціально-економічного розвитку країни [19, с. 64].

На правове регулювання інвестицій та інвестиційної діяльності, як фінансово-правового інституту, поширюються всі галузеві принципи сучасного фінансового права, з тим лише застереженням, що під час їх розгляду стосовно конкретного фінансово-правового інституту, включаючи і захист інвестиційної діяльності, вони набувають особливого характеру, переломлюються й відображають ті особливі риси, що властиві конкретному правовому інституту. Зупинимося більш детально на найбільш значущих із них.

– *Принцип пріоритетності публічних завдань у правовому регулюванні фінансових відносин, що поєднуються з реалізацією приватних інтересів громадян*, проявляється в інституті адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності у вигляді використання державних інвестицій в якості інструменту для державного регулювання економіки, виходячи із загальнозначущих інтересів суспільства. При цьому слід зазначити, що необхідність державного регулювання ринкових відносин має важливе значення, оскільки «ефективний ринок не створюється сам собою, а є, зокрема, продуктом або результатом законодавства, державної політики» [20, с. 279]. До всього іншого, слід зазначити, що державне втручання в інвестиційну сферу має об'єктивні межі. Ці межі, з одного боку, зумовлені реальними фінансовими можливостями держави, а з іншого – тим, що зростання присутності держави в економіці має сприяти припливу приватних інвестицій, а не їх витісненню.

– *Принцип соціальної спрямованості інвестиційної діяльності* означає, що дана діяльність повинна призводити до соціального ефекту, сприяти задоволенню публічних інтересів всього суспільства (наприклад, підвищенню рівня зайнятості населення, розвитку соціальної інфраструктури, підвищенню рівня охорони здоров'я тощо).

– *Принцип рівноправності* під час здійснення інвестиційної діяльності передбачає визначення інвестиційних повноважень органів державної влади, як загальнодержавних, так і місцевих, встановлення та виконання видаткових зобов'язань на здійснення державного інвестування, визначення умов доступу суб'єктів інвестиційної діяльності до процедури розподілу міжбюджетних трансфертів інвестиційного характеру з державного бюджету відповідно до єдиних принципів і вимог, встановлених законодавством. Отже, «рівність як загальнофілософська категорія підрозділяється на два види – фактичну і юридичну. При цьому в основі останньої лежать два аспекти справедливості: по-перше, це справедливість зрівнююча («арифметична»), тобто рівність всіх перед законом і судом. По-друге, це справедливість розподілююча, або пропорційна («геометрична»), яка виражена в еквівалентному обміні та відплати за допомогою пропорційності («рівним за рівне», «кожному своє», «кожному – у справах його», «якою мірою міряєте, такою відміряне буде і вам»)» [21]. У зв'язку із цим розподіл міжбюджетних трансфертів соціального характеру з державного бюджету має здійснюватися відповідно до принципу «арифметичної» справедливості, тоді як міжбюджетні трансферти інвестиційного характеру (капітальні трансферти) повинні надаватися на основі принципу «геометричної» справедливості. Адміністративно-правовий захист інвестицій повинен будуватися на засадах розумного співвідношення концентрації влади і її децентралізації, оскільки порушення даного балансу призведе до негативних наслідків.

– *Принцип законності* в інвестиційній діяльності виражається в тому, що весь процес вкладення інвестицій повинен детально регламентуватися нормами фінансового та інвестиційного законодавства, дотримання яких повинно забезпечуватися можливістю застосування до правопорушників заходів державного примусу.

– *Принцип гласності* під час здійснення інвестиційної діяльності виявляється у процедурі доведення до загального відома громадян інформації про розробки, затвердження та фінансування цільових програм, адресних інвестиційних програм та інвестиційних проектах, що реалізуються Україною, а також про прийняття звітів про їх виконання, про результати фінансового контролю за цільовим використанням державних інвестицій. Дотримання цього принципу є актуальним, бо він, з одного боку, забезпечує можливість широкої участі громадськості в адміністративно-правовому регулюванні, з іншого – є бар'єром проти корупційних діянь. В умовах сьогодення цей принцип отримав ґрунтовну деталізацію у Законах України «Про інформацію» від 13 січня 2011 р. № 2938-VI, «Про доступ до публічної інформації» від 23 січня 2011 р. № 2939-VI.

– *Принцип економічного стимулювання*, як один із нових принципів сучасного фінансового права [22, с. 130–131], дуже помітно проявляється у сфері інвестиційної діяльності держави, основним призначенням якої є вкладення інвестицій не тільки в цілях комплексного розвитку економіки, а й активізації

інвестиційної діяльності як публічно-територіальних утворень, так і приватних осіб, за рахунок надання їм державної підтримки та (або) забезпечення інвестиційної привабливості проекту шляхом входження в нього держави.

Не можна не зупинитися і на принципах інвестиційної діяльності, яких необхідно дотримуватися під час оцінки реалізації державної інвестиційної політики, серед них можна виділити такі:

– *принцип децентралізації інвестиційного процесу* – всі інвестиційні процеси, що можуть здійснюватися без обов'язкової участі держави як партнера, передавати для реалізації приватним компаніям та фізичним особам, створювати для цього всі передумови та надавати за необхідності певні державні гарантії;

– *принцип контрольованості* – постійне здійснення контролю використання державних коштів та коштів місцевих бюджетів, що виділяються в рамках комплементарної інвестиційної політики держави для реалізації необхідних проєктів;

– *принцип адаптивності* – постійне коректування тактичних заходів інвестиційної політики держави у зв'язку з економічним розвитком суспільства. Стратегічні орієнтири зазначеної політики повинні залишатися стабільними, оскільки постійна зміна законодавства не сприяє покращанню інвестиційного клімату країни;

– *принцип ефективності* – постійний моніторинг ефективності здійснення інвестиційної політики держави та коректування заходів у разі неефективної реалізації зазначеної програми та неотримання очікуваних ефектів від її впровадження;

– *принцип безперервності* – процес удосконалення інвестиційної політики держави є нескінченним, і після завершення стадії досягнення означених цілей необхідно розробляти нові напрями покращання інвестиційного клімату країни;

– *принцип гармонізації взаємодії* – під час реалізації інвестиційної політики держави важливу роль відіграє взаємодія між органами державної влади та місцевого самоврядування [23, с. 48].

Безперечний інтерес з точки зору предмета дослідження викликають інституційні та субінституційні принципи правового регулювання інвестиційної діяльності держави. На думку дисертанта, основними інституційними принципами даного інституту є:

– *Принцип бюджетування орієнтованого на результат*, згідно з яким інвестиційні витрати держави повинні бути спрямовані на досягнення конкретних результатів, у зв'язку із чим державні інвестиції вкладаються або надаються бюджетам муніципальних утворень, під реалізацію конкретного інвестиційного проєкту, що пройшов належну процедуру Due Diligence (з англ. «належна дбайливість», «старанність, обачність», «ретельне спостереження», «перевірка належної сумлінності») та відповідає усім критеріям надання державних інвестицій. На практиці Due Diligence являє собою усталену в діловому обороті назву комплексної аудиторської процедури, що дозволяє отримати повне і різнобічне уявлення про фінансовий стан компанії, структуру її власності та становище на ринку. Об'єктами даних перевірок є юридична, фінансова, маркетингова, технічна та інші сфери діяльності компанії, яка перевіряється.

– *Принцип раціонального та ефективного використання обмежених державних коштів* означає, що під час здійснення інвестиційної діяльності держава повинна виходити з необхідності досягнення заданих результатів із використанням найменшого обсягу коштів або досягнення найкращого результату з використанням визначеного бюджетом обсягу коштів.

– *Принцип поєднання планового та конкурсного надання державних інвестицій* означає, що їх вкладення в об'єкти державної власності здійснюється на основі фінансових планів (довгострокових цільових програм), а в об'єкти приватної та муніципальної власності – згідно з умовами та порядком проведення конкурсу.

– *Принцип збалансованості державних та приватних інвестицій* полягає в тому, що державні інвестиції не повинні розглядатися як альтернатива приватним, тобто вони не повинні направлятися в високоприбуткові підприємства й галузі економіки. Основна мета державних інвестицій – комплексний розвиток економіки та активізація інвестиційної діяльності фізичних та юридичних осіб.

– *Принцип адресності та цільового характеру державного інвестування* означає, що державні інвестиції надаються в розпорядження конкретних суб'єктів (організаторів) інвестування з позначенням цілей та напрямків їх вкладення.

– *Принцип договірної оформлення інвестиційних відносин* у рамках державного інвестування передбачає укладення угод (державних контрактів) між Урядом України, виконавчими органами місцевого самоврядування та юридичною особою про здійснення державних інвестицій у рамках капітальних вкладень, фінансових вкладень або міжбюджетних трансфертів. Дані види інвестиційних угод слід розглядати як різновиди адміністративних договорів.

– *Принцип вкладення інвестицій у реалізацію інвестиційного проєкту тільки в рамках однієї з операцій інвестиційної діяльності держави*. Даний принцип покликаний підвищити рівень планування державних інвестиційних витрат та виключити випадки вкладення державних інвестицій в інвестиційний проєкт із використанням різних операцій державного інвестування.

Ч. 1 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 року № 1560-ХІІ говорить, що «держава гарантує захист інвестицій незалежно від форм власності, а також іноземних інвестицій» [24].

Саме тому необхідно не оминати увагою й основні принципи адміністративно-правового захисту іноземних інвестицій. А саме:

– принцип недискримінації передбачає рівний розгляд інвесторів за одних і тих же обставин, незалежно від форми власності і країни походження. Дотримання принципу недискримінації є однією з найважливіших умов формування сприятливого інвестиційного клімату. Ключова ідея, що впливає із принципу недискримінації по відношенню до іноземних інвесторів, полягає у формуванні національного режиму розгляду інвестицій однаково сприятливого для іноземного та місцевого інвестора;

– принцип захисту права власності інвесторів від примусового відчуження майна, тобто експропріації. Одним із найважливіших напрямків державного регулювання прямих іноземних інвестицій є захист прав та інтересів інвесторів, у тому числі захист права власності. Даний напрямок характеризується формуванням та ефективною реалізацією правових механізмів. При цьому однією з основних загроз для реалізації прав та інтересів іноземних інвесторів є експропріація. Виділяють дві основні форми експропріації. По-перше, пряму, коли держава позбавляє іноземного інвестора його титулу і тим самим здійснює пряме фізичне захоплення майна і прав, якими він володіє [25]. По-друге, непряму експропріацію, коли органи державної влади особливим чином втручаються в діяльність іноземного інвестора, пов'язану з використанням власності або користуванням його благами, що призводить до «...втрати управління, контролю та використання або значного знецінення вартості активів іноземного інвестора...» [26]. Рівень захищеності прав та інтересів іноземного інвестора від непрямой експропріації, істотно відрізняється в різних юрисдикціях. Визначення випадків, в яких державне регулювання інвестиційної діяльності надає можливість проведення непрямой експропріації з обов'язковою виплатою компенсації, суто індивідуально. Однак у законодавстві деяких країн передбачено, що експропріацією не є ті «недискримінаційні» заходи державного регулювання, які прийняті для захисту національних і суспільних інтересів, наприклад, у сфері оборони і безпеки, охорони здоров'я, екології та освіти;

– принцип прозорості механізму дотримання контрактів та врегулювання спорів покликаний підвищити відкритість та передбачуваність у відносинах господарюючих суб'єктів, гарантуватиме дотримання договірних прав інвесторів у місцевих судах. Господарюючі суб'єкти часто можуть обмежити свою діяльність, якщо процедури виконання контрактів надмірно бюрократизовані або якщо контрактні спори не можуть бути вирішені своєчасним та економічно ефективним способом. Одну з найважливіших ролей у забезпеченні виконання контрактів та у врегулюванні спорів, як серед приватних осіб, так і між інвестором і державою відіграє судова система, ефективність і незалежність якої є найважливішою умовою сприятливого середовища для всіх інвесторів (іноземна компанія, суб'єкти малого або середнього бізнесу). Судову систему можна зробити більш привабливою для інвесторів за рахунок забезпечення незалежності суддів, передбачуваних і прозорих судових процедур та ефективного виконання судових рішень і постанов. Багато урядів створюють спеціалізовані комерційні суди для вирішення ділових спорів [27].

Альтернативні механізми вирішення спорів, включаючи примирення (консиліацію), медіацію (посередництво), переговори (негоціацію), третейські суди, також доступні, і все частіше використовується для вирішення комерційних спорів. Такі процедури є конфіденційними і не вносять свій внесок у розвиток інвестиційного законодавства, на відміну від судових справ. Коли спори вирішуються третейськими судами за межами країни, національні закони повинні гарантувати, що національні суди визнають та забезпечують виконання цих рішень відповідно до чинних міжнародних стандартів [28];

– принцип застосування міжнародних інвестиційних угод, який передбачає заохочення (просування) та захист інвестицій однієї договірної сторони на території іншої сторони. Вони включають питання зміни обсягу та змісту, стандарти розгляду інвесторів та їх інвестицій, в тому числі: національний режим; гарантії проти експропріації без компенсації; гарантії справедливого і рівноправного інвестиційного режиму або дотримання міжнародних мінімальних стандартів розгляду; повний захист та безпеку; врегулювання спорів, що дозволяє іноземним інвесторам подавати позови проти уряду приймаючої країни у випадках порушення договірних зобов'язань.

Підходи до укладення інвестиційних договорів розрізняються залежно від країни, часу, а також найбільш поширеними двосторонніми інвестиційними договорами та угодами про вільну торгівлю з інвестиційним складником. Під час вирішенні питання про укладення міжнародної інвестиційної угоди органи державної влади повинні в першу чергу гарантувати, що вони мають можливість виконати зобов'язання та укласти угоди, що забезпечують досягнення цілей сталого розвитку.

Інвестиційні угоди забезпечують додатковий рівень безпеки іноземних інвесторів та дозволяють звертатися до інвестиційних арбітражів, таких як Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes) для вирішення спорів із державою. Так, станом на 2019 р. в ICSID зареєстровано близько 750 справ, при цьому Україна є відповідачем у двох поточних арбітражних провадженнях в ICSID. Основною відмінністю ICSID від інших арбітражів є його юрисдикція – він може розглядати тільки суперечки між державами та іноземними інвесторами, що пов'язані з інвестиціями, та не має юрисдикції розглядати комерційні спори. Також інвесторам потрібні деякі гарантії того, що будь-який спір з органами державної влади буде вирішуватися справедливо і швидко, особливо

в тих країнах, де інвестори мають побоювання із приводу надійності та незалежності національних судів. Такі угоди можуть також допомогти країнам поліпшити своє внутрішнє законодавство в інвестиційній сфері.

Висновки. Отже, проаналізувавши основні принципи, яким підпорядковується фінансово-правовий інститут адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності, можна прийти до висновку, що принципи інституту адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності являють собою основоположні начала, ідеї, установки, на яких базується правове регулювання даного інституту. Дані принципи в концентрованому вигляді виражають саму суть правового регулювання інвестування (особливо державного) і є елементом цього регулювання, оскільки являють собою основні керівні положення, що поширюються на всі відносини, що складають предмет регулювання даного інституту. Вони також спрямовують розвиток та функціонування даного фінансово-правового інституту.

Не можна також обійти питання про наявність або відсутність ієрархії принципів. Поза всяким сумнівом, принципи даного фінансово-правового інституту підпорядковуються певній логіці й знаходяться в єдиній системі, однак говорити про наявність принципів, що мають по відношенню один до одного більшу або меншу юридичну силу, представляється необґрунтованим. Оскільки уся система принципів адміністративно-правового захисту інвестицій та інвестиційної діяльності являє собою сукупність рівнозначних основних положень, кожне з них взаємозумовлене та об'єктивно висловлює конкретну сторону суті інвестиційної діяльності, спрямовану на досягнення її завдань.

Список використаних джерел:

1. Франк Ф. Философия науки. Связь между наукой и философией / Перевод с английского Н.В. Воробьева. Москва : Издательство иностранной литературы, 1960. 544 с.
2. Колодій А.М. Принципи права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 208 с.
3. Новый тлумачний словник Української мови у 4-х т. Т. 2 / В. Яременко, О. Сліпушко. Київ : Вид. Аконті, 1998. 910 с.
4. Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. 2-е изд. Москва : БЕК, 2001. 224 с.
5. Органи державної влади України / за ред. В.Ф. Погорілко. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2002. 595 с.
6. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Эспада, 2000. 730 с.
7. Скурко Е.В. Принципы права : монография. Москва : Ось-89, 2008. 192 с.
8. Мосьондз С.О. Адміністративне право України у визначеннях та схемах : навч. посіб. Київ : Прецедент, 2006. 176 с.
9. Котюк В.О. Теория права : Курс лекцій. Київ : Вентурі, 1996. 208 с.
10. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права [Текст]. Москва : Госюриздат, 1963. 197 с.
11. Алексеев С.С. Проблемы теории права : Курс лекций в 2-х т. Т. 1. Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1972. 396 с.
12. Байтин М.И. Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд., доп. Москва : ООО ИД «Право и государство», 2005. 544 с.
13. Лебедев В.А. Финансовое право : учебник / Сост.: Ялбулганов А.А. ; науч. ред. Козырин А.Н. Москва : Статут, 2000. 461 с.
14. Сафронова Е.В., Алонцева Д.В. В.А. Лебедев об истоках науки финансового права. *Образование. Наука. Научные кадры*. 2019. № 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/v-a-lebedev-ob-istokah-nauki-finansovogo-prava>.
15. Химичева Н.И. Проблемы финансового права на новом этапе развития Российского государства. *Финансовое право*. Москва : Юрист, 2006, № 4. С. 26–29.
16. Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. Монография. Москва : РПА МЮ РФ, 2004. 260 с.
17. Борисов Г.А. О системе принципов, действующих в правовой сфере. *Проблемы правоведения : межвед. науч. сб.* Вып. 34. 1976. С. 14–15.
18. Общая теория права и государства : учебник / В.С. Афанасьев, С.В. Липень, Т.Н. Радько ; под ред. В.В. Лазарева. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : Норма: ИНФРА-М, 2010. 592 с.
19. Дребот Н. Інвестиційна стратегія підприємств: засади і особливості її формування в сучасних умовах. *Регіональна економіка*. 2000. С. 63–69.
20. Квятковська Л.А., Таловер В.А. Структурні елементи формування державної інвестиційної політики. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Випуск 17. Частина 1. 2016. С. 46–50.
21. Основы экономической теории : підручник / За заг. ред. д-ра екон. наук, проф. Л.С. Шевченко. Харків : Право, 2008. 448 с.
22. Зорькин В.Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод. *Журнал российского права*. 2008. № 12(144). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/tsennostnyy-podhod-v-konstitutsionnom-regulirovanii-prav-i-svobod> (дата звернення: 26.09.2019).

23. Химичева Н.И. Принцип экономического стимулирования как инструмент современной финансово-правовой политики в России. *Реализация финансовой, банковской и таможенной политики: современные проблемы экономики и права: сборник научных трудов (по материалам межвузовской научно-практической конференции, Саратов, 18 апреля 2008 г.)* / под ред. Е.В. Покачаповой, О.В. Бакаевой ; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». Саратов : Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. С. 130–133.

24. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 року № 1560-XII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1991. № 47. Ст. 646.

25. Ворожевич А.С. Экспроприация иностранных инвестиций: проблемные аспекты теории и практики. *Современные научные исследования и инновации*. 2012. № 6. URL: <http://web.snauka.ru/issues/2012/06/15628>.

26. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award and concurring and dissenting opinion, ICSID Case No ARB/05/22, IIC 330 (2008), 18th July 2008, despatched 24th July 2008, United Nations [UN]; World Bank; International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID]; para. 452. URL: <https://www.italaw.com/cases/157>.

27. Gordon, K., J. Pohl and M. Bouchard (2014), «Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey», OECD Working Papers on International Investment, № 2014/01, OECD Publishing, Paris. URL: <https://www.oecd-ilibrary.org/content/paper/5jz0xvngx1zlt-en>.

28. Pohl, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), «Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey», OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/02, OECD Publishing, Paris. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187254.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.12>

П. О. Яковлєв, кандидат юридичних наук,
докторант Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

МЕХАНІЗМ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

У статті розкрито особливості регуляторного потенціалу і охарактеризовано структуру механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки України. З урахуванням особливостей наукових напрацювань представників юридичної доктрини під механізмом адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки пропонуємо розуміти систему спеціальних правових засобів, які призначені для впорядкування функціонування й організації органів державної влади різної спеціалізації, які здійснюють компетенцію у сфері захисту національних інтересів України в інформаційній сфері задля забезпечення прав і свобод особи і досягнення правопорядку у суспільстві.

Запропоновано структуру механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Так, структурними елементами механізму є адміністративно-правові норми, які становлять юридичну основу функціонування органів державного управління у напрямі забезпечення інформаційної безпеки, акти тлумачення норм, акти застосування таких норм, а також адміністративно-правові відносини стосовно захисту національних інтересів в інформаційній сфері. Кожен із наведених елементів виконує певне функціональне навантаження, що дає можливість виокремити стадії реалізації механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Наведено характеристику кожного складового компонента. Акцентовано увагу на особливому значенні адміністративної відповідальності як правового засобу охорони режиму інформаційної безпеки суспільства.

Викладено, що механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки реалізується посередництвом застосування системи методів, які характеризують модель організації юридичних способів і засобів упорядкування суспільних відносин у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Запропоновано методи адміністративно-правового регулювання класифікувати залежно від функціонального змісту на загальні методи і спеціальні методи. Перша група методів представлена імперативним і диспозитивним методами. У групу спеціальних методів включено метод субординаційної координації, метод стимулювання, метод контролю, метод налагодження співробітництва з інститутами громадянського суспільства. Зауважено, що нинішній функціональний потенціал механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки визначається явними і потенційними ризиками і загрозами національному інформаційному середовищу, а також оптимальністю нормативно-правового забезпечення всіх його складників.

Ключові слова: Україна, інформація, механізм адміністративно-правового регулювання, норми адміністративного права, державна політика, інформаційна безпека, інформаційний суверенітет, інформаційне середовище.

P. O. Yakovlev. Mechanism administratively legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety of Ukraine

In the article the features of regulator potential are exposed and described structure of mechanism of the administrative legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety of Ukraine. Taking into account the features of scientific works of representatives of legal doctrine under the mechanism of the administrative legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety suggest to understand the system of the special legal facilities, what functioning and organizations of public of different specialization, that carry out a competence in the field of defense of national interests of Ukraine in an informative sphere for the sake of providing of rights and freedoms of person and achievement of law and order in authorities intended for organization

The structure of mechanism of administratively legal adjusting of state administration is offered in the field of providing of informative safety. Yes, the structural elements of mechanism are administratively legal norms that present legal basis of functioning of organs of state administration in the direction of providing of informative safety, acts of interpretation of norms, acts of application of such norms, and also administratively legal relations concerning defense of national interests in an informative sphere. Each of the brought elements over executes the functional loading that gives an opportunity to distinguish the stages of realization of mechanism of the administrative legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety is certain. Description over of every component is brought. Attention is accented on the special value of administrative responsibility as legal means of guard of the mode of informative safety of society.

It is expounded, that the mechanism of the administrative legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety will be realized by mediation of application systems of methods, that characterize a model organization

of legal methods and facilities of arrangement of public relations in the field of providing of informative safety. The methods of the administratively legal adjusting are suggested to classify depending on functional maintenance on general methods and special methods. The first group of methods is presented by imperative and non-mandatory methods. In the group of the special methods the method of deference to rank co-ordination, method of stimulation, control method, method of adjusting of collaboration, is plugged with the institutes of civil society. It is noticed that on present tense functional potential of mechanism of the administratively legal adjusting of state administration in the field of providing of informative safety is determined by obvious and potential risks and threats to the national informative environment, and also by the optimality of the normative legal providing all him.

Key words: Ukraine, information, mechanism of the administrative legal adjusting, norm of administrative law, public policy, informative safety, informative sovereignty, informative environment.

Постановка проблеми. Державне регулювання у сфері забезпечення інформаційної безпеки України на сучасному етапі державотворення є одним із найбільш важливих напрямів державної політики. Триваюче напруження військово-політичної ситуації у східних регіонах держави, а також багаточисельні недоброзичливі зазіхання на національне інформаційне середовище з боку інших держав становить пряму загрозу для суверенітету держави і правопорядку у суспільстві. Така ситуація вимагає від системи державного управління розробки ефективного кейсу державно-управлінських заходів, спрямованих на відвернення і мінімізацію загроз інформаційному полю України. Погляд на вказану проблематику крізь призму юридичної доктрини дає підстави зазначити, що актуальним завданням вітчизняної юридичної науки є дослідження аспектів адміністративно-правового регулювання державно-владної діяльності, спрямованої на забезпечення стану захищеності інформаційного середовища України від можливих форм і видів загроз (інформаційні диверсії, дезінформація, поширення неправдивих чуток, виведення з ладу технічної інфраструктури обробки інформації). Відповідно, метою статті є висвітлення механізму адміністративно-правового регулювання здійснення державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з обраної проблематики доводить, що аспекти, які характеризують механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у напрямі захисту інформаційного середовища, висвітлені у наукових працях не достатньо і потребують поглибленої розробки. Разом із тим науково-інформаційною основою статті стали наукові праці таких вчених, як В.Б. Авер'янов, І.П. Голосніченко, М.В. Данилова, С.Т. Гончарук, О.О. Онищук та інші.

Виклад основного матеріалу. Сучасна доктрина адміністративного права визначає механізм адміністративно-правового регулювання з огляду на загальне призначення адміністративного права, яке має на меті урегулювання процесів здійснення державного управління. О.О. Онищук у зазначеному контексті наголошує, що у сучасних джерелах наукової інформації механізм адміністративно-правового регулювання розкривається перш за все як система (сукупність) адміністративно-правових засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин у сфері дії норм адміністративного права [1, с. 689]. Деякі науковці наводять додаткові сутнісні риси цього явища. Зокрема, наголошується, що механізм адміністративно-правового регулювання спрямований не просто на унормування суспільних відносин, а на надання їм організованого характеру у процесі реалізації державної виконавчої влади [2, с. 14].

Слід зауважити, що здійснення державного управління є неможливим без механізму адміністративно-правового регулювання. Це пояснюється тим, що державне управління у будь-якій сфері передбачає налагодження субординаційних відносин між керуючою та керованою ланками (інституціями). Слушною у цьому контексті є позиція Н. Бедрака, який наголошує, що механізм адміністративно-правового регулювання розрахований на відносини, за яких воля керованого підпорядковується волі керуючого суб'єкта влади і виключається юридична рівність учасників [3, с. 58]. Зазначені постулати є універсальними для регулювання державою суспільних відносин у будь-якій сфері, включаючи і сферу державного регулювання забезпечення інформаційної безпеки. Прямуючи до визначення категорії «механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки», слід виходити з кількох позицій. По-перше, у правовому полі України відсутня уніфікована законодавчо визначена дефініція «інформаційна безпека», незважаючи на те, що зазначена категорія міститься у Конституції України та Законі України «Про національну безпеку» від 21.06.2018 р. № 2469-VIII [4; 5]. По-друге, логічні основи розуміння категорії «інформаційна безпека» мітяться в Доктрині інформаційної безпеки України, яку затверджено Указом Президента України від 25.02.2017 № 47/217 [6]. Положення документу вказують на те, що стан інформаційної безпеки держави визначається ступенем захисту національних інтересів в інформаційній сфері. Вказана сфера включає в себе життєво важливі інтереси особи в інформаційній сфері, а також життєво важливі інтереси суспільства і держави в інформаційній сфері. По-третє, оскільки державне управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки спрямоване на досягнення якомога ефективного рівня діяльності системи органів публічної влади різної спеціалізації, за якого забезпечується режим убезпечення національних інтересів в інформаційній сфері від потенційних загроз, адміністративно-правове регулювання функціонування таких інституцій призначене забезпечувати правопорядок у державі і, зокрема, у сфері збору, обробки та використання інформації в соціумі. Відштовхуючись від цього, *під механізмом адміністративно-правового*

регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки пропонуємо розуміти систему спеціальних правових засобів, які призначені для впорядкування функціонування і організації органів державної влади різної спеціалізації, які здійснюють компетенцію у сфері захисту національних інтересів України в інформаційній сфері задля забезпечення прав і свобод особи і досягнення правопорядку у суспільстві.

Структура механізму адміністративно-правового регулювання складається з системи елементів, які є засобами впливу на поведінку суб'єктів соціального життя і державного управління. Більшість спеціалістів до елементів структури механізму адміністративно-правового регулювання відносять адміністративно-правові норми, акти тлумачення цих норм, акти реалізації адміністративно-правових норм, адміністративно-правові відносини [4, с. 23; 5, с. 398]. Беручи на озброєння вказану модель структури, елементами механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки є *адміністративно-правові норми, які становлять юридичну основу функціонування органів державного управління у напрямі забезпечення інформаційної безпеки, акти тлумачення норм, акти застосування таких норм, а також адміністративно-правові відносини стосовно захисту національних інтересів в інформаційній сфері.*

Слід зауважити, що кожен із наведених елементів виконує певне функціональне навантаження, що дає можливість виокремити стадії реалізації механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Розкриємо зміст стадій у процесі характеристики кожного з елементів механізму. Так, адміністративно-правові норми, які складають правове підґрунтя функціонування органів державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки, є первинною умовою для формування політики в інформаційній сфері. Формально такі норми містяться у різних законодавчих актах, які прямо чи опосередковано регулюють управлінський вплив у сфері забезпечення національних інтересів в інформаційній сфері. Окрім згаданих вище актів, відповідні норми містяться передусім у Законі України «Про інформацію» від 21.06.2018 р. № 2469-VIII, Законі України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 р. № 2297-VI, Законі України «Про державну службу» від 10.12.2015 № 889-VIII, законодавчих актах, які регулюють правовий статус суб'єктів військового управління, та інших [6–8]. Специфіка норм адміністративного права як базового елемента механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки полягає у тому, що реалізація їх регуляторного потенціалу відбувається в особливих внутрішніх організаційних умовах (комплектування державного органу, проходження служби, застосування уповноваженими особами примусу і технічних заходів). Крім цього, норми адміністративного права регулюють стадії адміністративно-правового регулювання, які включають у себе нормотворчу діяльність, визначення суб'єктивних прав і юридичних обов'язків інституцій державного управління, що призначені регулювати відносини інформаційної безпеки, порядок реалізації прав і обов'язків, порядок захисту суб'єктивних прав і забезпечення юридичних обов'язків у разі порушення прав і свобод у сфері інформації.

Акти тлумачення норм права, які регулюють функціонування органів державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки України, є діяльністю органів влади та їх посадових осіб щодо встановлення змісту адміністративно-правової норми, розкриття вираженої в ній державної волі. Такі акти бувають офіційними (мають форму інтерпретаційного акту і видаються спеціально уповноваженими суб'єктами або посадовими особами, які безпосередньо формують і реалізують державну політику у сфері забезпечення інформаційної безпеки – Президент України, Кабінет Міністрів, Служба безпеки України та інші) та неофіційними (не мають встановленої форми і даються суб'єктами, що не наділені офіційними повноваженнями з роз'яснення змісту адміністративно-правових норм, – експертами, представниками громадянського суспільства).

Акти правозастосування здебільшого мають форму індивідуальних актів у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Такі акти розповсюджують свою дію або на окремих суб'єктів, або їх об'єктом регулювання стає певний режим зберігання, використання або захисту самої інформації. Як приклад можна навести положення Закону України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р. № 3855-XII, яке регламентує видання наказу про призначення осіб на посади заступників керівників з питань режиму, начальників режимно-секретних органів та їх заступників, або видання наказу про покладення на окремого працівника обов'язків щодо забезпечення режиму секретності [9].

Адміністративно-правові відносини з приводу захисту національних інтересів в інформаційній сфері також є важливим компонентом механізму адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Такі відносини бувають організаційні і охоронні. Організаційні відносини забезпечують внутрішні процеси організації функціонування і взаємодії суб'єктів державного управління, які реалізують компетенцію у сфері забезпечення інформаційної безпеки держави (проведення спільних заходів з виявлення і припинення атак на інформаційний суверенітет України). Своєю чергою охоронні відносини формуються у вимірі реалізації юридичної відповідальності та є інструментом захисту прав, свобод і законних інтересів особи [10, с. 163]. Чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачає адміністративну відповідальність за посягання на інформаційні відносини у різних галузях – у галузі охорони праці і здоров'я населення (ст.ст. 41-3), у галузі охорони природи,

використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини (ст. ст. 53-2, 82-1, 82-3, 91-4, 92-1), галузі шляхового господарства та зв'язку (ст. ст. 116-3, 144, 145, 148), житлово-комунального господарства та благоустрою (ст. 149-1), галузі господарської діяльності та послуг (ст. 163-5, 163-9, 163-11, 164-6, 164-9, 166-4), галузі протидії корупції (172-8), встановленого порядку управління (ст. 184-2, 185-11, 186-3, 188-7, 188-31, 188-32, 188-35, 188-36, 188-37, 188-39, 211-2, 211-5, 2012-2, 212-3, 212-5, 212-6), здійснення народного волевиявлення та порядку його забезпечення (ст. ст. 212-7, 212-8, 212-9, 212-11, 212-13, 212-14) [11]. Адміністративна відповідальність виконує також роль своєрідного «гаранта» дотримання інформаційного правопорядку у державі.

Функціонально механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки реалізується посередництвом застосування системи методів. Методи характеризують модель реалізації юридичних способів і засобів упорядкування суспільних відносин у певній сфері, у тому числі й у сфері забезпечення інформаційної безпеки. Адміністративно-правовий метод регулювання містить ідеї і засади регулювання у певній області виконавчо-розпорядчої діяльності держави [11, с. 12]. Враховуючи особливості об'єкту регулювання, яким є забезпечення інформаційної безпеки держави, пропонуємо методи адміністративно-правового регулювання зазначеної сфери класифікувати залежно від функціонального змісту на загальні методи і спеціальні методи. Перша група методів представлена імперативним і диспозитивним методами. У групу спеціальних методів включимо метод субординаційної координації, метод стимулювання, метод контролю, метод налагодження співробітництва з інститутами громадянського суспільства.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Механізм адміністративно-правового регулювання державного управління у сфері забезпечення інформаційної безпеки є складним і багатоаспектним державно-правовим явищем. Сутнісні характеристики і функціональний потенціал механізму визначається явними і потенційними ризиками і загрозами національному інформаційному середовищу, а також оптимальністю нормативно-правового забезпечення всіх його складників. Разом із тим триваюче удосконалення технологій ведення інформаційної війни вимагає від політичного керівництва держави постійного перегляду і кореляції законодавчої основи функціонування механізму адміністративно-правового регулювання діяльності органів публічної влади у сфері забезпечення інформаційної безпеки. У зв'язку з цим актуальним завданням доктрини адміністративного права є вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення правового поля діяльності владних інституцій задля забезпечення національних інтересів України в інформаційній сфері.

Список використаних джерел:

1. Онищук О.О. Механізм адміністративно-правового запобігання та протидії корупції. *Форум права*. 2010. № 4. С. 686-689 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_4_109 (дата звернення: 10.04.2020).
2. Голосніченко І.П. Адміністративне право України (основні категорії і поняття) : посібник. Ірпінь, 1998. 108 с.
3. Бедрак Н. Зміст та особливості механізму адміністративно-правового регулювання туристичної галузі. *Адміністративне право*. 2009. № 6. С. 56–59
4. Про національну безпеку України: Закон від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241
5. Конституція України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30, ст. 141
6. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 25 лютого 2017 року № 47/217. *Офіційний вісник Президента України*. 2017. № 5. стор. 15
7. Гончарук С. Т. Адміністративне право України. Загальна та Особлива частини : навч. посіб. Київ : НАВС, 2000. 240 с.
8. Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. Т. 1. Москва : НОРМА, 2002. 728 с.
9. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. №2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650
10. Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 р № Закон №2297-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 34. ст. 481
11. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016 р. № 4. ст. 43
12. Про державну таємницю від 21.01.1994 р. № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93
13. Данилова М.В. Роль охоронних і організаційно-управлінських відносин у трудовому праві. *Форум права*. 2013. № 3. С. 162–168.
14. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-10. *Відомості Верховної Ради УРСР*. № 51. Ст. 1122
15. Аверьянов В.Б. Нова доктрина українського адміністративного права: концептуальні позиції. *Право України*. 2006. № 5. С. 11–15.

УДК 346.62

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.13>

Т. С. Гудіма, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Інституту економіко-правових
досліджень Національної академії наук України

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОНЯТТЯ «ГРОШОВО-КРЕДИТНА ПОЛІТИКА»

У статті досліджено окремі методологічні засади удосконалення поняття «грошово-кредитна політика» (далі – ГПК). Доведено, що держава є основним суб'єктом, який покликаний виконувати координуючу, організуючу роль у регулюванні процесів її реалізації з боку Національного банку України (далі – НБУ). У зв'язку з цим аргументовано положення про доцільність застосування словосполучення «грошово-кредитна політика держави», що потребує внесення змін до Стратегії монетарної політики Національного банку, Основних засад ГПК на 2020 рік та середньострокову перспективу та до інших нормативно-правових актів у цій сфері.

ГПК має бути пов'язана з майбутніми показниками економічного розвитку, а не економічного зростання в країні. Аргументовано, що саме категорія «економічний розвиток» у більшій мірі відповідає критеріям сталого розвитку. Зазначеним зумовлено пропозицію щодо приведення у відповідність до ГКУ визначення поняття «ГПК», що наведене у спеціальному законодавстві України. Поняття «ГПК» охоплює також і підтримку «стабільності валютного курсу». У зв'язку з цим виділення окремої «валютної політики» як різновиду економічної політики в межах кодифікованого акту визнається недоцільним. Додатково це аргументовано тим, що реалізація валютної політики, як і ГПК, покладається на одного і того ж суб'єкта – НБУ, а управління золотовалютними резервами (об'єкт валютної політики за ГКУ) є одним із засобів ГПК. Доведено, що досягнення задекларованих державою цілей, зокрема сприяння сталому розвитку країни, є неможливим без активної взаємодії та взаємозумовленості економічної політики, в тому числі такого її напрямку, як ГПК, зі стратегією держави в екологічній та соціальній сферах.

Ключові слова: грошово-кредитна політика, Національний банк України, економічний розвиток, економічне зростання, економічна політика.

T. S. Hudima. Methodological principles of improvement concepts “monetary policy”

The article explores some methodological principles of improving the concept of monetary policy. It is proved that the state is the main subject, which is called to perform a coordinating, organizing role in regulating the processes of its implementation by the National Bank of Ukraine (NBU). In this regard, it is argued the provision on the expediency of using the phrase “monetary policy of the state”, which requires amendments to the National Bank's Monetary Policy Strategy, the General Principles of the Monetary Policy for 2020 and the medium-term perspective and other normative legal acts in the sphere of the Monetary Policy.

Monetary Policy should be linked to future indicators of economic development, not economic growth in the country. It is argued that it is the category of “economic development” that more closely meets the criteria of sustainable development. The above mentioned stipulates the proposal to align the definition of the term “Monetary Policy” (which is specified in the special legislation of Ukraine) with the Economic code of Ukraine. The notion of “Monetary Policy” also includes support for “exchange rate stability”. In this regard, the allocation of a separate “exchange rate policy” as a kind of economic policy within the framework of the codified act is considered inappropriate. In addition, this is justified by the fact that the implementation of monetary policy, as well as the exchange rate policy relies on the same entity – the NBU, and the management of foreign exchange reserves (the object of monetary policy under the Economic code of Ukraine) is one of the Monetary Policy's tools. It is proved that the achievement of the goals declared by the state, in particular the promotion of sustainable development of the country, is impossible without active interaction and interdependence of economic policy, including its direction as the Monetary Policy, with the state strategy in the environmental and social spheres.

Key words: monetary policy, National Bank of Ukraine, economic development, economic growth, economic policy.

Постановка проблеми. Відповідно до статті 10 Господарського кодексу України грошово-кредитна політика (далі – ГПК) являє собою один із напрямів економічної політики держави і має узгоджуватися з метою останньої. Саме тому чіткість розуміння та законодавче визначення її поняття, а також застосування його в різних нормативно-правових актах є особливо актуальним. Акцентування уваги на цій тезі зумовлено нещодавною появою у вітчизняному законодавстві терміна «монетарна політика». Досить часто він вживається як синонім поняттю «грошово-кредитна політика», втім, іноді його можна розуміти як окремих різновид економічної політики держави. Зокрема, 13.07.2018 р. Рішенням Ради Національного банку України № 37-рд було затверджено Стратегію монетарної політики Національного банку. Одночасно «Основні засади грошово-кредитної політики на 2020 рік та середньострокову перспективу» в преамбулі містять положення, що вони є розробленими Радою НБУ відповідно до законодавства (статті 100 Конституції України і статей 8, 9, 24 Закону України «Про Національний банк України» (далі – ЗУ «Про НБУ»)) та з урахуванням

© Т. С. Гудіма, 2020

цілей, принципів та інструментів монетарної політики НБУ, визначених Стратегією монетарної політики НБУ. Надалі в тексті зазначеного документу зауважується на тому, що «основні засади деталізують особливості проведення грошово-кредитної (монетарної) політики, пріоритетною ціллю якої залишатиметься досягнення та підтримка цінової стабільності в державі». Отже, можна спостерігати лінгвістичні неточності у вищеписаних дефініціях. Неоднозначність у розумінні їхньої сутності ускладнює процеси правозастосування та правореалізації і актуалізує необхідність проведення додаткових досліджень за цим напрямом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано вирішення даної проблеми, свідчить про значний інтерес учених щодо сутності та особливостей реалізації ГПК як з боку вітчизняних, так і з боку зарубіжних учених, зокрема таких, як: С. Аржевітін, Б. Адамик, В. Геєць, А. Гриценко, Т. Унковська, М. Савлук, О. Сугоняко, В. Стельмах, С. Кораблін, С. Моїсєєв, В. Friendman та ін. Водночас відсутність єдності підходів до вживання та з'ясування змістовного наповнення термінів, що позначають ГПК, зумовлює доцільність проведення подальших досліджень у цьому напрямі та становить **мету** даного дослідження.

Виклад основного матеріалу. Слід зазначити, що плутанина в застосуванні термінів «монетарна» та «грошово-кредитна» політика, насамперед зумовлена недосконалістю перекладу іншомовного терміна. Так, у перекладі з англійської мови слово «monetary» означає «грошовий» або «валютний». Зокрема, «monetary union» перекладається як «валютний союз», а термін «monetary policy» зазвичай трактують як «валютна політика», «грошово-кредитна політика» або «монетарна політика». Зокрема, у Договорі про Європейський Союз [1], так само як і в матеріалах Європейського центрального банку [2], використовується термін «monetary policy», а також «exchange rate mechanism», який визнається частиною монетарної політики [3]. Хоча в деяких дослідженнях, зокрема банку Англії, можна зустріти поняття «exchange rate policy», що в перекладі на українську мову означає «політика обмінного курсу» [4]. Можливо, застосування цього поняття пояснюється поділом (у більш ранніх зарубіжних дослідженнях) ГПК на вузьку (що забезпечує стабільність національної валюти шляхом здійснення валютних інтервенцій, зміни рівня облікової ставки, а також інших інструментів, що завдають впливу на стан грошової одиниці) та широку (що безпосередньо впливає на обсяг грошової маси в обігу) [5, с. 59].

Втім, як стверджує А.Ю. Лісцин, сучасна європейська економічна наука загалом не розрізняє терміни «грошово-кредитна» та «валютна політика», розуміючи їх як одне ціле і поєднуючи поняттям «монетарна політика». Він наголошує, що розмежування цих понять у пострадянських країнах, імовірно, пов'язане з тим, що більш ніж 80 років у них (країнах) «валютна політика здійснювалася переважно адміністративними методами (заборами) під час здійснення валютних операцій в режимі валютної монополії» [6].

Слід констатувати, що в Україні валютна політика виділена як окремий напрям економічної політики, що знайшло відображення у ст. 10 ГКУ, що спрямована «на встановлення і підтримання паритетного курсу національної валюти щодо іноземних валют, стимулювання зростання державних валютних резервів та їх ефективне використання». У свою чергу ЗУ «Про НБУ» містить поняття «дивізона валютна політика» та визначає її як політику регулювання валютного курсу шляхом купівлі та продажу іноземної валюти.

Зважаючи на такі законодавчі підходи, а також окремі наукові позиції представників економічної науки [7], можна дійти висновку про те, що головною метою валютної політики є підтримка стабільності національної валюти відносно іноземних валют і управління золотовалютними резервами. Втім, на думку деяких учених [8], вона (мета) полягає не тільки в цьому. Наприклад, Л.М. Красавіна зазначає, що валютна політика «спрямована на досягнення головних цілей економічної політики в рамках «магічного багатокутника»: забезпечити стійкість економічного зростання, стримати зростання безробіття й інфляції, підтримати рівновагу платіжного балансу. Такий підхід не дозволяє однозначно відповісти на питання, які інструменти будуть задіяні на виконання вищезазначених завдань, та яким чином це буде узгоджуватися з метою та інструментами ГПК.

Принагідно зазначимо, що, незважаючи на основні цілі НБУ, які закріплені в ст. 6 ЗУ «Про НБУ», а також їх дублювання як цілей ГПК в «Основних засадах ГПК на 2020 рік та середньострокову перспективу», поняття ГПК, що міститься, зокрема, в ст. 1 вищезазначеного закону, обмежується лише однією метою, одночасно нівелюючи інші цілі, як-то сприяння фінансовій стабільності тощо. Зокрема, відповідно до ст. 1 ЗУ «Про НБУ» ГПК спрямована на забезпечення стабільності грошової одиниці України через використання визначених цим Законом засобів та методів.

Щодо поняття «стабільність грошової одиниці», то як вже було наголошено в попередніх статтях, воно складається з трьох елементів: внутрішньої (цінової) та/або зовнішньої стабільності (стабільності обмінного курсу) грошової одиниці, а також стабільності цін на кредитні ресурси (активи) [9, с. 77]. А отже, в даному випадку поняття «грошово-кредитна політика» (стаття 1 ЗУ «Про НБУ») охоплює також і підтримку «стабільності валютного курсу». У свою чергу ст. 25 ЗУ «Про НБУ» серед економічних засобів і методів ГПК визначено регулювання обсягу грошової маси, в тому числі через управління золотовалютними резервами, та інші засоби, які так чи інакше можуть впливати на курс національної валюти щодо іноземних валют. А отже, можна дійти висновку про тісний взаємозв'язок обох політик щодо інструментів та тотожність щодо цілей.

Повертаючись до аналізу поняття ГПК та співвідношення його з терміном «монетарна політика» (який широко використовується на міжнародному рівні), слід зазначити, що у вітчизняному законодавстві та на

практиці вони вживаються як синоніми. Відмінність вітчизняних підходів, порівняно із зарубіжними, в означеному питанні може бути пояснена специфікою української практики, переліком використовуваних інструментів, характером та інтенсивністю їх застосування [10, с. 137], важливістю окремих елементів, зокрема кредитного.

Справа в тому, що розвиток кредитних відносин має першорядне значення для економіки країни. Від масштабів та ефективності їх використання в тому числі залежить вирішення економічних і соціальних завдань. За своєю природою кредит є категорією обміну, розділеного в часі. Це означає, що його використання є пов'язаним насамперед із грошовою (монетарною) сферою. Кредит збільшує грошовий обіг, одночасно прискорюючи його. Наданий у грошовій формі юридичним і фізичним особам, він створює нові можливості розширення платежів за їхніми (осіб) зобов'язаннями. Попри зазначене, перебуваючи в тісній взаємодії з виробництвом та обігом, кредит є регулятором грошової пропозиції [11]. Як відомо, саме вона являє собою основний об'єкт ГКП. Зокрема, від розміру грошової маси залежить динаміка основних показників макроекономічного розвитку [12]. Відповідно до такого підходу ГКП набуває чітких, економічно зумовлених меж, внутрішньо єдиної інституційної основи, тобто охоплює розвиток грошового обігу і кредитних відносин, виступає як системний, організаційно оформлений регулятивний механізм зі своїми специфічними цілями, інструментами та роллю в економічній системі [13].

Найбільш повно обґрунтованість наявності двох складників – грошового та кредитного – та тісний зв'язок ГКП із кінцевими цілями економічної політики розкриваються в її (ГКП) понятті, що закріплене кодифікованим актом. Зокрема, відповідно до ст. 10 ГКУ така політика є спрямованою на забезпечення економіки необхідним обсягом грошової маси, досягнення ефективного готівкового обігу, залучення коштів суб'єктів господарювання та населення до банківської системи, стимулювання використання кредитних ресурсів на потреби функціонування і розвитку економіки. Відповідно, такий підхід до трактування означеної політики більш точно пояснює її сутність та спрямованість на досягнення загальноекономічної цілі (економічному розвитку).

Слід зазначити, що на противагу кодифікованому акту Стратегією монетарної політики Національного банку та Основними засадами ГКП на 2020 рік та середньострокову перспективу одним з основних напрямів ГКП визначено сприяння додержанню стійких темпів економічного зростання. Акцентування уваги на цьому аспекті пояснюється неузгодженістю норм спеціального законодавства з нормами кодифікованого акту, як щодо поняття, так і до цілей. Справа в тому, що законодавець, можливо, ототожнює два різних за смисловим навантаженням терміни «економічне зростання» та «економічний розвиток». Дане припущення ґрунтується на тому, що, наприклад, термін «економічне зростання» вжито в ЗУ «Про НБУ» лише в ст. 6, яка визначає основні функції НБУ, та в ст. 1 для визначення поняття «фінансова стабільність». У ст. 9 згаданого Закону, де йдеться про повноваження Ради НБУ, вжито поняття «економічний розвиток». Водночас слід з обережністю використовувати термінологію в законодавчих актах, в протилежному випадку відбувається підміна цілей тієї чи іншої політики, зокрема грошово-кредитної. Це у свою чергу може суттєво вплинути як на шляхи досягнення загальноекономічних цілей державної політики, так і на саму спрямованість визначеної нею стратегічної траєкторії розвитку.

Зокрема, концепція і цінність постійного «економічного зростання» зазвичай передбачає збільшення масштабу економіки в її вартісному та натуральному вимірі (мається на увазі кількісний приріст валового національного продукту, чистого національного продукту або доходу за рік). Орієнтація держави на ці показники, як правило, обтяжує реальне виробництво нераціональним витрачанням природних, енергетичних, матеріальних і фінансових ресурсів. Економічне зростання переважно досягається без урахування узгодженості інтересів різних верств населення, соціальних груп і регіонів [14]. Таким чином, воно має різноманітні соціально-економічні наслідки, серед яких негативний вплив на сталий розвиток країни. А отже, визначення «сприяння додержанню стійких темпів економічного зростання» як одного з напрямів ГКП зводить нанівець виконання Стратегії сталого розвитку «Україна-2020» і, відповідно, кінцевих цілей економічної політики.

На відміну від економічного зростання, основними показниками економічного розвитку країни є якість життя населення, конкурентоспроможність економіки, індекс економічної свободи, а основними рушійними силами – людський капітал і створювані на його основі інновації. Переважна кількість учених зауважує на тому, що дане поняття не можна вважати тотожним поняттю «економічне зростання». На їхню думку, економічний розвиток – це перехід від одного його якісного стану до іншого, тоді як економічне зростання є проявом економічного розвитку, іншими словами, виступає його структурною складовою частиною [15]. Як бачимо, дослідження в межах відповідної термінології доводять відмінність сутності понять – «економічний розвиток» та «економічне зростання». При цьому одночасне стимулювання цих процесів (зростання та розвитку) не представляється можливим. У ситуації, коли необхідно підвищити якісні показники, виникає потреба призупинення економічного зростання для технічного переозброєння виробництва [15].

Натепер в Україні якісні показники (показники економічного розвитку) сягають критичного рівня: 60% населення перебувають за межею бідності [16], лише 6% території України вважаються екологічно чистими та ін. При цьому забезпечення сталого розвитку і розвитку інноваційної економіки є пріоритетними напрямами країни відповідно до національних та міжнародних документів [17–19]. Саме тому ГКП має бути

пов'язана з майбутніми економічними показниками розвитку, а не зростанням у країні. Зазначене актуалізує доцільність приведення норм спеціального законодавства в частині трактування ГКП у відповідність до положень кодифікованого акту (зокрема, ГКУ). Крім того, беручи до уваги вищенаведене, а також з метою забезпечення єдності термінології, що вживається в нормативно-правових актах у сфері ГКП, та приведення їх у відповідність до Конституції України (зокрема, статті 100) вважаємо за доцільне вживати термін «грошово-кредитна політика».

У цьому контексті важливого значення набуває завдання усунення неточностей, пов'язаних з ідентифікацією основного суб'єкта ГКП. Справа в тому, що більшість нормативно-правових актів центрального банку, зокрема Стратегія монетарної політики Національного банку, Основні засади ГКП на 2020 рік та середньострокову перспективу, містять словосполучення «грошово-кредитна політика НБУ». У свою чергу відповідно до статті 10 ГКУ ГКП визначена як один з основних напрямів економічної політики, що визначаються державою. А отже, держава є основним суб'єктом ГКП, який покликаний виконувати координуючу, організуючу роль у регулюванні процесів її реалізації з боку НБУ. Тобто Центральний банк виступає суб'єктом, що здійснює від імені та в інтересах держави ГКП. Зазначене мало би бути враховане в актах НБУ, якими визначаються стратегічні та тактичні завдання ГКП.

Повертаючись до аналізу спрямованості ГКП, слід звернути увагу на те, що конкретизація одного напрямку економічної політики не здатна призвести до бажаного ефекту – сталого розвитку країни. Важливим є системний підхід. Елементи сталості мають «пронизувати» всі напрями економічної політики і реалізовуватися в органічному поєднанні із соціальною та екологічною політикою. Адже триєдиний зв'язок цих складників є засадничою характеристикою концепції сталого розвитку. Зрозуміло, що досягнення задекларованих підходів неможливе без активної взаємодії та взаємозумовленості економічної політики зі стратегією держави в екологічній та соціальній сферах. У цьому контексті показово, що однією з вимог саме господарського законодавства має стати його екологічна та соціальна прийнятність, що також, очевидно, передбачає здійснення оцінки його відповідності встановленим екологічним і соціальним нормам. Вказане дає можливість стверджувати про необхідність визнання за кваліфікуючу ознаку будь-який напрям економічної політики, в тому числі ГКП, досягнення екологічних та соціальних цілей, що має отримати закріплення у ст. 10 ГКУ.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Підводячи підсумок наведеному в цій статті науковому аналізу, можна дійти таких висновків:

1. З метою забезпечення єдності термінології, що вживається у нормативно-правових актах у сфері ГКП, та приведення їх у відповідність до Конституції України (зокрема, статті 100) доцільним є вживання терміна «грошово-кредитна політика».

2. ГКП є одним з основних напрямів економічної політики, що визначаються державою. Отже, держава є основним суб'єктом, який покликаний виконувати координуючу, організуючу роль у регулюванні процесів її реалізації з боку НБУ. У зв'язку з цим аргументовано положення про доцільність застосування словосполучення «грошово-кредитна політика держави», що потребує внесення змін до Стратегії монетарної політики Національного банку, Основних засад ГКП на 2020 рік та середньострокову перспективу та інших нормативно-правових актів у сфері ГКП.

3. ГКП має бути пов'язана з майбутніми показниками економічного розвитку, а не економічного зростання в країні. Аргументовано, що саме категорія «економічний розвиток» у більшій мірі відповідає критеріям сталого розвитку. Зазначеним зумовлено пропозицію щодо приведення у відповідність до ГКУ визначення поняття «ГКП», наведене в спеціальному законодавстві України, зокрема у ст. 1 ЗУ «Про НБУ».

4. Поняття «ГКП» охоплює також і підтримку «стабільності валютного курсу». У зв'язку з цим виділення окремої «валютної політики» як різновиду економічної політики в межах кодифікованого акту визнається недоцільним. Додатково це аргументовано тим, що реалізація валютної політики, як і ГКП, покладається на одного і того ж суб'єкта – НБУ, а управління золотовалютними резервами (об'єкт валютної політики за ГКУ) є одним із засобів ГКП (стаття 25 ЗУ «Про НБУ»).

5. Досягнення задекларованих державою цілей, зокрема сприяння сталому розвитку країни, є неможливим без активної взаємодії та взаємозумовленості економічної політики, в тому числі такого її напрямку, як ГКП, зі стратегією держави в екологічній та соціальній сферах. У зв'язку з цим запропоновано доповнення ст. 10 ГКУ новою ч. 4 такого змісту: «4. Держава здійснює основні напрями економічної політики у відповідності із цілями екологічної та соціальної політики, які визначають першочерговість суспільних інтересів та пріоритетів сталого розвитку країни».

Список використаних джерел:

1. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>

2. European monetary policy. URL: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/86/european-monetary-policy>

3. Exchange Rate Mechanism (ERM) Definition. URL: <https://www.investopedia.com/terms/e/exchange-rate-mechanism.asp>

4. Centre for Central Banking Studies. URL: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/ccbs/resources/foreign-exchange-reserves-management.pdf?la=en&hash=67D3AA93448E122B87E40F11794AF2D-7397CE4CB>
5. Поляков В.П., Московкина Л.А. Структура и функции центральных банков. Зарубжний опыт : учебное пособие. Москва : ИНФРА-М, 1196. 192 с.
6. Лисицын А.Ю. Валютная политика. Валютный союз. Евро : монография. Центр публично-правовых исследований. 2008. URL: <http://pravo.studio/valyutauchebniki/valyutnaya-politika-valyutnyiy-soyuz-evro.html>.
7. Трифонова О.Д., Горпинич О.О Сучасні проблеми валютного регулювання в Україні. «Молодий вечний». 2017. № 11 (51). С. 1333–1337.
8. Рудый К.В. Валютная политика государства: сущность, регулирование. *Вестник Беларускага дзяржаўнага эканамічнага універсітэта*. 2003. № 3. С. 60–64.
9. Гудіма Т.С. Проблеми визначення стратегічних цілей грошово-кредитної політики. *Економіка та право*. 2018. № 1 (49). С. 76–83.
10. Банківська енциклопедія / С.Г. Арбузов та ін. Київ : Центр наукових досліджень Національного банку України : Знання, 2011. 504 с.
11. Лаврушин О.И. О денежно-кредитной и банковской политике. *Банковское дело*. 2008. № 02. С. 10–14.
12. Гудзовата О.О. Механізми в реалізації грошово-кредитної політики в системі зміцнення фінансової безпеки України : дис. ... докт. екон. наук : 21.04.01 «Економічна безпека держави». Київ, 2019. 421 с.
13. Центральний банк та грошово-кредитна політика : підручник / за ред. А.М. Мороза, М.Ф. Пуховкіної. Київ : КНЕУ, 2005. 383 с.
14. Жанбозова А.Б. От экономического роста к экономическому развитию. *Бенефициар*. 2016. № 5. С. 17–24.
15. Кондрашова Н.В. К вопросу об экономическом развитии и экономическом росте. *Социально-экономические явления и процессы*. 2017. № 1. С. 45–50.
16. В Украине за чертой бедности находятся около 60 % населения – ООН. URL: <https://ru.tsn.ua/ukraine/vukraine-za-chertoy-bednosti-nahodyatsya-okolo-60-naseleniya-onn-832577.html>
17. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 р. № 5/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 4. Ст. 8.
18. Про Концепцію науково-технологічного та інноваційного розвитку України : Постанова Верховної Ради України від 13.07.1999 р. № 916-XIV. *Офіційний вісник України*. 1999. № 29. Ст. 11.
19. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародний документ від 27.06.2014. р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 83.

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.14>

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

СВОБОДА ВИРАЖЕННЯ ДУМКИ У ЗМІ: КРИТЕРІЇ ПРАВОМІРНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА

Ця наукова стаття присвячена дослідженню актуального питання щодо реалізації права на вільне вираження своєї думки. Аналізуються міжнародні та національні правові акти, які визначають, що кожна людина має право на свободу думки, совісті й релігії та право на вільне вираження свого погляду. При цьому право на вільне вираження свого погляду включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір. У роботі вивчено питання стосовно правового і соціального обґрунтування можливого зловживання свободою слова та необхідності встановлення чітких загальних критеріїв її обмеження. Це насамперед стосується встановлення належних та припустимих, з моральної точки зору, окремих повідомлень, механізми визначення чинників, що відмежовують особисту образу від оціночних суджень. Особливу увагу приділено гарантуванню незалежності та вільного вияву своїх думок журналістами. Наголошується на забороні втручання у формах, не передбачених законодавством України, у професійну діяльність журналістів, контроль за змістом інформації, що оприлюднюється, замовчування суспільно значимої інформації, накладення заборони на показ окремих осіб або поширення інформації про них, заборони критикувати органи державної влади. Але подібна свобода розуміється не тільки як забезпечення неможливості необґрунтованого втручання держави. Не менш важливе значення для стабільності інформаційних відносин має горизонтальний вплив права на приватних суб'єктів, таких як власники ЗМІ, посередники, провайдери послуг Інтернету тощо, які також повинні поважати, захищати та забезпечувати свободу вираження поглядів. Крім того, самі журналісти та інші особи, що виражають через пресу свої погляди, не повинні переступати певні межі, зокрема, щодо репутації, прав інших осіб і необхідності запобігання розголошенню конфіденційної інформації. Засіб чи особа, що публічно поширює інформацію, мусить дбати про те, щоб суспільний розголос не порушив конституційні права громадян. Критика, як й інші висвітлення суспільно важливих фактів, повинна здійснюватися добросовісно, передбачати поширення точної та надійної інформації. Професійна робота журналістів має відповідати визнаним правилам етичної поведінки.

Ключові слова: свобода вираження поглядів, право на приватність.

P. D. Guyvan. Freedom of opinion in the media: eligibility criteria for the implementation of law

This scholarly article is devoted to the research of the actual issue of the exercise of the right to free expression of one's opinion. International and national legal acts are analyzed, which determine that everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion and the right to freedom of expression. The right to freedom of expression includes the freedom to seek, receive and impart any information and ideas, regardless of frontiers, whether orally, in writing or by means of print or artistic expression, or by other means of your choice. The paper examines the issues of legal and social justification for possible abuse of free speech and the need to establish clear general criteria for its restriction. This concerns, first and foremost, the establishment of appropriate and acceptable, from a moral point of view, separate messages, mechanisms for determining the factors that differentiate personal image from valuation judgments. Special attention is paid to guaranteeing the independence and free expression of their opinions by journalists. The prohibition of interfering in the forms not provided by the legislation of Ukraine in the professional activity of journalists, control over the content of published information, concealment of socially important information, imposing a ban on showing individuals or disseminating information about them, prohibiting criticizing state authorities are emphasized. But such freedom is understood not only to ensure that unjustified State interference is impossible. However, the horizontal impact of the right on individuals, such as media owners, intermediaries, Internet service providers and the like, who must also respect, protect and guarantee freedom of expression is equally important for the stability of information relations. In addition, journalists and others expressing their views through the press should not overstep certain boundaries, in particular regarding the reputation, rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information. The person or person who publicly disseminates information should make sure that public disclosure does not violate citizens' constitutional rights. Criticism, as well as other coverage of socially important facts, must be carried out in good faith, providing for the dissemination of accurate and reliable information. The professional work of journalists must comply with recognized rules of ethical conduct.

Key words: freedom of expression, right to privacy.

Постановка проблеми. У визначальних актах міжнародного права, таких як Загальна декларація прав людини (ст. 19) та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 18, 19), вказується, що кожна людина має право на свободу думки, совісті й релігії та право на вільне вираження свого погляду. При цьому право на вільне вираження свого погляду включає свободу шукати, одержувати і поширювати

будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір. Втім, зазначені положення передбачають, що вищезазначене право може підлягати певним обмеженням, які повинні встановлюватися законом і бути необхідними: а) для поважання прав і репутації інших осіб; б) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення (п. 3 статті 19 Пакту).

Свобода вираження поглядів як право людини складається з кількох компонентів: свободи дотримуватися поглядів, свободи виражати свої погляди – так звана «свобода вираження» – та свободи інформації. З цих прав випливають «свобода преси» та «свобода ЗМІ» [1, с. 229–230]. Право особи на комунікаційну свободу прописане в численних актах міжнародного права. Окреме місце в інформаційному правовому регулюванні займає проблематика визначеності юридичних механізмів діяльності засобів масової інформації. Конвенція Ради Європи про трансграничне телебачення 1989 року визначає основні засади такого виду інформаційної діяльності, як телерадіомовлення, його вплив на моральність і громадську думку незалежно від того, як передається сигнал – кабельним телебаченням, наземним передавачем або супутником (стаття 3) [2]. У Заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 року держави-учасниці його закріпили свої наміри сприяти поліпшенню поширення на їхній території газет і друкованих видань, періодичних і неперіодичних, з інших держав на основі укладання між їхніми фірмами і компетентними організаціями відповідних угод і контрактів [3]. Основним принципом функціонування ЗМК у правовій державі є їхня свобода. Закони про інформацію та комунікацію повинні забезпечувати збалансованість і врівноваженість інтересів усіх суб'єктів правовідносин у цій сфері, надавати необхідні, можливі та достатні засоби для виявлення поглядів, обміну інформацією та ідеями і припинення зловживань свободою слова. В Європі інтенсивно створюються інформаційні кодекси для галузей і підгалузей інформаційного права, запроваджуються правові норми та принципи регіональних міжурядових організацій для забезпечення потреб інформаційного суспільства, для трансформації основних законів і чинного законодавства держав Європи [4, с. 36].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню нормативно-правового регулювання інформаційних відносин і, зокрема, вільної реалізації права на самовираження присвячені праці таких учених, як А. Марушак, Д. Луспеник, Н. Раданович А. Олійник, М. Гуцалюк, В. Бебик В. Копилов, В. Супрун та інші. Разом із тим регулювання свободи слова та його доктринальне дослідження ще далекі від завершення. Зокрема, виходячи з наднаціонального характеру інформаційної сфери, виходу її за територіальні межі державних кордонів, неодмінно виникає юридичний конфлікт із суверенним правом держав регулювати інформаційні відносини в рамках національного законодавства. Скажімо, потребує додаткового правового і соціального обґрунтування проблематика можливого зловживання свободою слова та необхідності встановлення чітких загальних критеріїв її обмеження. Це насамперед стосується встановлення належних та припустимих, з моральної точки зору, окремих повідомлень, механізми визначення чинників, що відмежовують особисту образу від оціночних суджень.

Мета статті – аналіз правового регулювання даної сфери інформаційної діяльності та теоретичне обґрунтування ролі й значення права на вираження власних думок на сучасному етапі суспільного розвитку.

Виклад основного матеріалу. Як норма Конституції України (ст. 34), так і норма Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 10) передбачають можливість вільно збирати (одержувати) та поширювати (передавати) інформацію. Відповідні можливості сформульовані як свобода вираження думок, ідей і переконань, тобто можливість вільно діяти без втручання інших осіб, зокрема держави, і без наявності в інших осіб певного кореспондуючого обов'язку. Це так зване абсолютне право кожної особи. Одним із учасників інформаційного обороту, який покликаний безпосередньо займатися збором, обробкою (використанням) та поширенням інформації, є мас-медіа, тобто засоби масової інформації. Гарантованість будь-якого суб'єктивного права спирається на механізм його державного забезпечення, що передбачає можливість суб'єкта звернутися за допомогою до державних органів у випадку незаконного зазіхання на свободу слова з боку будь-яких фізичних і юридичних осіб. У разі невиправданого та незаконного обмеження конституційного права на свободу думки і слова особа може звернутися до суду з метою його захисту [5, с. 50]. Особливу увагу при цьому законодавець приділяє гарантуванню незалежності та вільного вияву своїх думок журналістами. Зокрема, забороняється втручання у формах, не передбачених законодавством України, у професійну діяльність журналістів, контроль за змістом інформації, що оприлюднюється, з метою поширення чи непоширення певної інформації, замовчування суспільно значимої інформації, накладення заборони на показ окремих осіб або поширення інформації про них, заборони критикувати органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або їх посадових осіб.

Свобода преси чи свобода засобів масової інформації являє собою свободу спілкування і висловлення через медіа, включаючи різні електронні засоби масової інформації і публікування матеріалів. Насамперед подібна свобода розуміється як забезпечення неможливості необґрунтованого втручання держави. Такий наслідок має досягатися шляхом не лише конституційних, а й інших – галузевих – правових заходів захисту. Скажімо, умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів та/або переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків, за критику тягне за собою відповідальність згідно із законами України (ст. 24 Закону України «Про інформацію»). Гарантією незалежності є також заборона створення

будь-яких органів державної влади, установ, введення посад, на які покладаються повноваження щодо здійснення контролю за змістом інформації, яка поширюється засобами масової інформації.

Подібний контроль є неправомірним не лише з боку органів влади, посадових осіб цих органів, а і з боку засновників (співзасновників) засобів масової інформації та будь-яких третіх осіб. При цьому важливим інструментом, що встановлює належні правила поведінки й оцінює її правомірність, є Європейський суд з прав людини, який спеціально створений для відтворення у своїх рішеннях основних положень Конвенції. Суд має право тлумачити конвенційні правила під час вирішення конкретних спорів, і головне, що дані тлумачення постійно розвиваються і поглиблюються, вердикти ЄСПЛ стосуються все нових сфер реальних відносин. Це означає, що приписи Конвенції мають реалізовуватися з необхідною гнучкістю та враховувати зміни стану взаємодій у суспільстві. Особливо це притаманно правозастосовному регулюванню взаємин у царині захисту інформаційних прав особи. Головним принципом під час розгляду справи за ст. 10 Конвенції щодо правової охорони права на вільне вираження поглядів за усталеною позицією Суду є необхідність з'ясування, чи було втручання держави в здійснення визначених цією статтею свобод встановлене законом, наскільки воно відповідало законній меті та чи було воно необхідним у демократичному суспільстві.

Дійсно, право людини на свободу вираження поглядів традиційно спрямоване проти органів державної влади чи цензури висловлювань [6, с. 27]. Однак не менш важливе значення має горизонтальний вплив права на приватних суб'єктів, таких як власники ЗМІ, посередники, провайдери послуг Інтернету тощо, які також повинні поважати, захищати та забезпечувати свободу вираження поглядів. Із цього випливає, що існують позитивні обов'язки держав-членів, притаманні для ефективного здійснення відповідних прав, щодо захисту осіб від обмежень їхньої свободи вираження поглядів із боку приватних осіб та інституцій. Подібні зобов'язання можуть виникати відповідно до конвенційної ст. 8 [7, п. 38, 42]. Це може полягати в необхідності ефективного розслідування справи, захисту від кампанії насильства та залякування, включаючи газети та її працівників [8, п. 106], спонуканні до розроблення внутрішніх статутів журналістських об'єднань, широкого громадського контролю з метою забезпечити здійснення свободи вираження поглядів. Тому порушення права особи на публічне вираження своїх поглядів не слід розуміти спрощено – лише як нехтування з боку влади можливістю поширювати в засобах масової інформації свої думки, переконання та міркування. Часто обмеження конвенційного права відбувається через створення різноманітних перешкод для публічної діяльності засобів комунікації. Це також кваліфікується Європейським судом як недотримання інформаційного права особи.

До прикладу, у справі Гавенда проти Польщі [9] Суд розглядав питання щодо правомірності відмови в реєстрації періодичних видань з огляду на те, що їхні назви за визначенням національного законодавства суперечили реаліям. Вирішуючи справу, Суд наголосив, що вимоги відповідного закону не відповідають принципу правової визначеності в частині їхньої передбачуваності. Терміни, вжиті у словосполученні «суперечить реаліям», двозначні й недостатньо чіткі, всупереч тому, як це має бути в юридичному положенні такого характеру. Отже, дії польських судів, спрямовані на вимогу від заявника втілення в найменуванні журналу правдивої інформації, були передусім недоречними з погляду засад свободи преси. Найменування періодичного видання як таке не є твердженням, оскільки його функція фактично полягає в ідентифікації даного видання на ринку преси для вже існуючих та потенційних читачів. Крім того, таке тлумачення вимагало би законодавчого положення, яке прямо уповноважувало б суди на такі дії. Іншими словами, тлумачення, яке дали польські адміністративні органи та суди, встановило нові критерії, які не можна було передбачити, спираючись на текст, де зазначено обставини, за яких у реєстрації може бути відмовлено (п. 43). Отже, Суд постановив, що було допущено порушення ст. 10 Конвенції.

Преса відіграє суттєву роль у демократичному суспільстві. Але вона не може переступати певні межі, зокрема, щодо репутації, прав інших осіб і необхідності запобігання розголошенню конфіденційної інформації, все ж вона мусить передавати у спосіб, сумісний з її обов'язками та відповідальністю, інформацію та ідеї з усіх питань суспільного інтересу. Разом із тим засіб чи особа, що публічно поширює інформацію, мусить дбати про те, щоб суспільний розголос не порушив конституційні права громадян. Дійсно, в сучасному суспільстві преса відіграє особливу роль – «громадського сторожового пса». Що це означає, роз'яснює ЄСПЛ. За його правовою позицією конвенційна стаття 10 захищає не лише зміст ідей чи інформації, що висловлюються, але й форму, в якій вони передаються. При цьому журналісти та інші особи, що публічно оприлюднюють свої думки, ідеї та міркування, можуть використовувати певні гіперболи, перебільшення і навіть провокації. Але подібні вільності не повинні бути безмежними, вони мають узгоджуватися з легітимністю публікаційної мети та не порушувати ділову і політичну репутацію особи. Критика, як й інше висвітлення суспільно важливих фактів, повинна здійснюватися добросовісно, передбачати поширення точної та надійної інформації. Професійна робота журналістів має відповідати визнаним правилам етичної поведінки.

Приміром, за загальним правилом, не допускається поширення персональної інформації про особу, яка має характер конфіденційної. У даному випадку публічний інтерес щодо відкритості інформації вступає в протиріччя з приватним інтересом стосовно недоторканості особистої інформації. Вказана колізія в цивілізованому суспільстві вирішується шляхом віднайдіння необхідного балансу, який дозволяє узгодити

зазначені інтереси. Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області (справа № 1-9/2012 20 січня 2012 року № 2-рп/2012) вважає, що інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються в побутової, інтимної, товариської, професійної, ділової та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування.

Таким чином, поширення інформації про особисте життя особи, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування, зазвичай стосується не лише цієї особи, а й інших осіб, причому цей інтерес носить публічний характер у зв'язку зі способом діяльності суб'єкта. Показовою є міжнародна правова реакція на вказану вище колізію. Парламентська Асамблея Ради Європи в Резолюції № 1165 зазначила, що право кожної людини на приватність і право на свободу вираження поглядів є основою демократичного суспільства; ці права не є абсолютними і не мають ієрархічного характеру, оскільки мають однакову цінність (пункт 11). Виходячи з цього, право на приватність, закріплене у статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, повинне захищати приватне життя особи не лише від втручання влади, а й від подібних дій з боку інших осіб чи інститутів, зокрема засобів масової інформації (пункт 12).

Положення частини другої статті 32 Основного Закону України передбачають вичерпні підстави можливого правомірного втручання в особисте та сімейне життя особи (в тому числі й тієї, яка займає посаду, пов'язану з функціями держави або органів місцевого самоврядування, та членів її сім'ї). Такими підставами є: згода особи на збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації стосовно неї, а також, у разі відсутності такої згоди, випадки, визначені законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. У разі коли особа, діяльність або особисті характеристики якої висвітлюються в пресі, займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави, в публікації має бути зроблене чітке розмежування між констатацією фактів та оціночними судженнями. Тоді як наявність фактів може бути продемонстровано, достовірність оціночних суджень не піддається доведенню. Вимогу доводити достовірність оціночних суджень неможливо виконати, вона порушує свободу думки як таку, що є базовою частиною права, гарантованого статтею [10, п. 46].

У даному сенсі показовим є рішення ЄСПЛ у справі «Сіреджук проти України». У цій справі суд заявник стверджував, зокрема, що національні суди незаконно та несправедливо постановили рішення проти нього у справі за позовом голови сільської ради про захист честі, гідності та ділової репутації, не обґрунтувавши достатнім чином свої висновки. Заявник, науковець за фахом, здійснив публікацію своїх досліджень, де, серед іншого, піддав жорсткій критиці місцеву владу. Рішеннями українських судів оскаржувані твердження були визнані неправдивими та дискредитуючими, спірні частини вилучено з тиражу та зобов'язано заявника відшкодувати моральну шкоду. У своїй скарзі до Суду заявник стверджував, що в його публікації містилися оціночні судження щодо неправомірної поведінки посадової особи, і він використав при цьому інформацію, яка була поширена серед громадськості. Розглядаючи справу по суті, ЄСПЛ погодився, що предмет критики заявника становить суспільний інтерес, тим не менше, Суд не бачить зв'язку між вибраним заявником виданням для вираження своїх критичних поглядів і не вважає, що контекст, в якому вони були опубліковані, може бути виправданий застосуванням тою «високою терпимістю», стандартною для поведінки ЗМІ у випадку Лінгенса, або у інших справах, які стосуються публічних висловлювань із питань, що складають суспільний інтерес.

Суд далі зазначає, що у справі Лінгенса заявника було покарано за поширення критичних оціночних суджень, що не підлягають доведенню, в той час дана справа стосується захисту честі та гідності щодо таких тверджень заявника: про те, що мер порушив виборче законодавство для отримання перемоги; що він позбавив інваліда земельної ділянки з метою задоволення приватного інтересу; і що його сім'я через корупційні діяння придбала будинок. Суд зазначає, що ці звинувачення, сформульовані як прямі звинувачення про злочинну поведінку, були дуже серйозними. Він також нагадав, що коли висунуті звинувачення стосуються поведінки третьої сторони, іноді важко розмежувати факти й оціночні судження. Тим не менше, навіть оціночне судження може бути надмірним, якщо воно не містить фактів для їх підтримки. Відповідно, Суд погоджується з тим, що національні суди вимагали від заявника, бо за відсутності таких доказів вони будуть розглядатися як такі, що принижують честь і гідність. Таким чином, Суд постановив про відсутність порушень статті 10 Конвенції [11, п. 82, 83].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. З проведеного дослідження можемо зробити певні висновки. Розглядаючи право на свободу вираження поглядів, необхідно зазначити, що воно тісно пов'язане з правом на захист честі та гідності осіб, які є об'єктами висвітлення.

Право на свободу вираження думки, передбачене в Конституції України та низці міжнародних правових документів, лише тоді буде реалізовуватися належно, коли воно не порушує право особи на приватність, що охороняється статтею 8 Конвенції. Засоби масової інформації та конкретні журналісти, публічно поширюючи інформацію, яка становить суспільний інтерес, повинні сумлінно перевіряти фактичну базу та надавати достовірні відомості. Крім того, треба детально визначитись із використанням фактів та оціночних суджень. Іноді оціночне судження може бути надмірним, якщо воно не містить фактів для їх підтримки. Бо за відсутності таких доказів вони можуть розглядатися як такі, що принижують честь і гідність.

Список використаних джерел:

1. Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: компендіум / за заг. ред. О.В. Сердюка, Ю.В. Щокіна, І.В. Яковюка. Харків : Право, 2019. 404 с.
2. Європейська Конвенція про транскордонне телебачення від 5.05.1989 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_444
3. Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_055
4. Віленський Г.Л. Інформаційне право та право сфери культури. Київ : Центр соціального розвитку освітанства, 2001. 324 с.
5. Кушніренко О.Г. Свобода слова як конституційна цінність. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2013. Вип. 15. № 1077. С. 49–52.
6. Бенедек В., Катteman М. Свобода вираження поглядів та Інтернет. Видавництво Ради Європи, 2013. 208 с.
7. Рішення ЄСПЛ від 29 лютого 2000 року у справі «Фуентес Бобо проти Іспанії» (Fuentes Bobo v. Spain), заява №39293/98. URL: <https://www.emplaw.co.uk/lawguide/03mar00.htm>
8. Рішення ЄСПЛ від 14 вересня 2010 року, остаточне від 14 грудня 2010 року у справі «Дінк проти Туреччини» (Dink v. Turkey), заяви №2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 та 7124/09). URL: <http://melaproject.org/node/508>
9. Рішення ЄСПЛ від 14 березня 2002 року у справі «Гавенда проти Польщі», заява № 26229/95. *Юридичний вісник України*. 2002. Липень. № 27. С. 6–12.
10. Рішення ЄСПЛ від 8 липня 1986 року у справі «Лінгенс проти Австрії» (Lingens v. Austria), заява № 9815/82. URL: <https://cedem.org.ua/library/sprava-lingens-proty-avstriyi/>
11. Рішення ЄСПЛ від 21 січня 2016 року у справі «Сіреджук проти України», заява №16901/03. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-160088"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

УДК 347.1:340.132(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.15>

С. В. Завальнюк, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОБЛЕМАТИКА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ» ТА «ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ»

В юриспруденції науковці-правники часто використовують такі, на перший погляд, подібні поняття, як «прогалина в праві», «прогалина в законі» та «прогалина в законодавстві». Часто в науковій літературі можна побачити, що поняття прогалин у праві та прогалин у законодавстві науковцями не розрізняються. Для вірного визначення підстав і способу подолання прогалин цивільного законодавства необхідно розмежувати вищезазначені поняття.

Дослідження питання правової природи правових прогалин так чи інакше у своїх працях підіймали: М.І. Бару, Н.А. Гущина, О.М. Калашник, О.В. Колотова, В.В. Лазарев, В.М. Марчук, Ф.Р. Уранський, О.М. Ярошенко та багато інших. Однак переважна більшість із вказаних авторів, досліджуючи питання прогалин, майже завжди отожднюють поняття «прогалини у праві» і «прогалини у законодавстві», через що в науковій доктрині наявна плутанина та велика кількість неточностей. Також більшість із вказаних авторів зовсім не розглядали цивільно-правовий аспект поставленого питання, що надає даній статті ще більшої актуальності.

У статті визначається співвідношення понять «прогалини в цивільному праві» та «прогалини в цивільному законодавстві». Актуальність окреслених питань зумовлена тим, що, досліджуючи прогалини в праві, і зокрема в цивільному праві, переважна більшість науковців досліджували лише прогалини в законодавстві, але через нечіткість своєї позиції щодо розмежування цих двох понять вони ігнорували весь спектр можливих досліджень природи як прогалин у цивільному праві, так і прогалин у цивільному законодавстві, що зумовило відсутність дослідження всього можливого інструментарію, всіх способів подолання прогалин у цивільному законодавстві України. Отже, дана тематика потребує подальшого наукового опрацювання і ще буде зберігати свою актуальність у майбутньому. Дослідження в даній статті направлене на детальний розгляд існуючих підходів до розуміння зазначених понять, на визначення і детальне обґрунтування їх співвідношення.

Ключові слова: прогалина, прогалина в праві, прогалина в законодавстві, прогалина в цивільному праві, прогалина в цивільному законодавстві, прогалина в цивільному законодавстві України, прогалина в цивільному законі.

S. V. Zavalniuk. Problems of the relation between the concepts of gaps in the civil legislation and gaps in civil law

In jurisprudence, legal scholars often use such, at first glance, similar concepts as a gap in law, a gap in law statute and a gap in legislation. Often in the scientific literature you can see that the concept of gaps in law and gaps in legislation scientists do not differ. To correctly determine the basis and method of overcoming the gaps in civil legislation, it is necessary to distinguish between the above concepts.

The research of the legal nature of legal gaps was raised in one way or another in their works: Baru M.I., Gushchina N.A., Kalashnik A.N., Kolotova A.V., Lazarev V.V., Marchuk V.N., Uransky F.R., Yaroshenko O.M. and many others. However, the vast majority of these authors, exploring the issue of gaps, almost always identify the concept of gaps in law and gaps in legislation, which is why there is confusion and a large number of inaccuracies in the scientific doctrine. Also, most of these authors did not consider the civil law aspect of the question at all, which makes this article even more relevant.

The article defines the ratio of the concepts of gaps in civil law and gaps in the civil legislation of Ukraine. The relevance of these issues is due to the fact that when researching the gaps in law, and in particular in civil law, the vast majority of scientists studied only gaps in the legislation, but because of their vague position regarding the distinction between these two concepts, they ignored the whole range of possible studies of nature as gaps in civil law, and gaps in civil legislation, which led to the lack of research on all possible tools, all ways to overcome gaps in civil legislation of Ukraine. So, this topic requires further scientific processing and will still remain relevant in the future. The research in this article is aimed at a detailed review of existing approaches to understanding these concepts, at the definition and detailed justification of their relationship.

Key words: gap, gap in law, gap in legislation, gap in civil law, gap in civil legislation, gap in the civil legislation of Ukraine, gap in the civil law, gap in statute.

Постановка проблеми. В юриспруденції науковці-правники часто використовують такі, на перший погляд, подібні поняття, як «прогалина в праві», «прогалина в законі» та «прогалина в законодавстві». Також в юридичній науковій літературі вживається синонім до слова «прогалина» – «лакуна» (від лат. *Lacuna* – заглиблення, порожнина), який зустрічається ще в Codex Theodosianus 438 р. [18, с. 44]. Для вірного визначення підстав і способу подолання прогалин цивільного законодавства необхідно розмежувати вищезазначені поняття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження питання правової природи правових прогалин так чи інакше у своїх працях підіймали: М.І. Бару, Н.А. Гущина, О.М. Калашник, О.В. Колотова,

В.В. Лазарев, В.М. Марчук, Ф.Р. Уранський, О.М. Ярошенко та багато інших. Однак переважна більшість із вказаних авторів, досліджуючи питання прогалин, майже завжди ототожнюють поняття прогалин у праві і прогалин у законодавстві, через що в науковій доктрині наявна плутанина та велика кількість неточностей. Також більшість із вказаних авторів зовсім не розглядали цивільно-правовий аспект поставленого питання, що надає даній статті ще більшої актуальності.

Метою статті є визначення понять «прогалини в цивільному законодавстві України» та «прогалини в цивільному праві», їх розмежування та дослідження їх співвідношення.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до листа Міністерства юстиції «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» вітчизняним законодавцем розрізняються прогалини в праві та прогалини в законі. Прогалини в праві – це повна або часткова відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних юридичних норм. Прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [10].

Якщо з розмежуванням прогалин у законі та праві проблем не виникає, то стосовно розмежування прогалин у законодавстві та праві в теорії права існує гострий диспут. Один із багатьох учених, хто ототожнює ці поняття, є В.М. Марчук. Вчений вважає, що прогалина в праві є тотожним поняттям прогалини в законодавстві, оскільки відсутній закон чи норма в законі, які би врегульовували конкретні життєві обставини чи відносини, з якими у свою чергу має справу правозастосовувач, у випадку якщо є необхідність саме правового врегулювання таких життєвих обставини чи відносин [13].

Окремі вчені-правники з метою вказання на відсутність правої норми, яка регулює певні життєві обставини чи відносини, використовують поняття «прогалина в законодавстві». Прикладом може слугувати визначення С.С. Алексєєва, згідно з яким прогалина в законодавстві розглядається як повна або часткова відсутність правових норм у чинних законах [2, с. 118]. П.О. Недбайло визначає даний термін як прогалину в змісті чинного права (у випадку законодавчих норм) щодо фактів суспільного життя, які знаходяться у сфері правового регулювання [16, с. 456].

На думку П.М. Рабіновича, прогалина в законодавстві являє собою відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового впливу, що окреслюється основними принципами права [21, с. 140]. О.Ф. Черданцев у своїй дослідницькій діяльності оперує поняттям «прогалина у праві», яку визначає як відсутність норми права, що повинна бути в системі права з точки зору принципів та оцінок самого права, або інакше – це така ситуація, коли виникає факт, що за своїм характером знаходиться у сфері правового регулювання та потребує правового рішення, однак норма права, що має його передбачати, відсутня [28, с. 256].

З точки зору А.С. Піголкіна, прогалини у праві – це прогалини у сфері фактичного правового регулювання, прогалини в системі чинного права, у межах суспільних відносин, врегульованих наявними законодавчими та іншими нормативними актами [17, с. 49].

Сучасний стан розвитку теоретичної юриспруденції породив дискусію з питань розмежування понять «прогалина в праві» та «прогалина в законодавстві». Так, прихильником думки, що теоретично поняття «прогалина в праві» є ширшим за «прогалину в законодавстві», залишається вітчизняний вчений С.П. Погребняк. Проте науковець припустив, що з урахуванням прийнятої сьогодні системи джерел права, лівову частину якого становить законодавство, в переважній більшості випадків на практиці виявлення прогалин у законодавстві одночасно свідчить про наявність прогалини у праві [18, с. 45].

І.А. Ісаєва вважає, що прогалини у праві є більш значущими, ніж прогалини в законодавстві. У другому випадку – це питання юридичної техніки, в першому – причини можуть бути більш ґрунтовними [15, с. 35].

На думку Н.С. Караніна, поняття прогалини тлумачиться в теорії права з позицій легістської концепції праворозуміння (тобто концепція праворозуміння, за якою ототожнюється право і закон): право розглядається як сукупність писаних норм і є рівнозначним законодавству в широкому розумінні. Під самим терміном «прогалина в праві» швидше розуміється «прогалина в законі», оскільки він відображає відсутність норми права, що могла би відповідати на те чи інше питання [5].

Радянський дослідник законодавчих прогалин В.В. Лазарев надає визначення поняттю прогалини у праві, під яким пропонує розуміти повну або часткову відсутність нормативних приписів, потреба в яких виникає з еволюцією суспільних відносин і необхідністю вирішення конкретних питань на практиці за допомогою головних засад, сенсу і змісту чинного законодавства [7, с. 37]. Таким чином, В.В. Лазарев фактично ототожнює поняття прогалин у праві та прогалин у законодавстві (використовуючи конструкцію «відсутність нормативних приписів» (установлений – рос.), виходячи з легістського радянського підходу до права, і навіть використовує їх як синоніми під час аналізу результатів судової практики.

Однак така думка знаходить своїх прихильників і нині. Як відзначає С.О. Погрібний: порівняння визначень прогалин у праві та в законодавстві свідчить про їхню схожість за суттю, і це не випадково. На думку науковця, прогалини фактично можуть бути лише в законодавстві [19, с. 14]. Це твердження є спірним, адже воно звужує поняття права лише до нормативно-правових приписів, закріплених у законодавстві, і нівелює роль інших джерел (форм) права. Згідно з рішенням Конституційного Суду України, термін «законодавство» включає в себе закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких

надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їхніх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України [6]. Свідомо оминаючи дискусію стосовно поширення цього тлумачення на інші галузі права (крім трудового), включення до законодавства актів місцевого самоврядування, судової практики тощо, припустимо, що під законодавством маються на увазі всі писані приписи нормативних актів різного рівня і походження.

Однак згідно з положеннями ч. 1 ст. 7 ЦК України «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичай – правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин» [27].

Тобто цілком можлива ситуація, що неврегульоване цивільним законодавством правовідношення одночасно врегульоване правовим звичаєм. А отже, має місце прогалина в законодавстві, проте в даному випадку не буде прогалини у праві. Таким чином, звуження значення поняття прогалини в праві до відсутності в нормативно-правових актах норми права, а тим паче в контексті цивільно-правових відносин, є некоректним, оскільки в багатьох випадках з великою ймовірністю можна казати про наявність уявної прогалини в праві. У вказаному випадку застосування аналогії права чи аналогії закону було б неправильним, а звернення правозастосовного суб'єкта до принципів права порушувало б зазначену вище ч. 1 ст. 7 ЦК України.

Крім того, за такого підходу заперечується можливість договірного регулювання відносин, притаманного якнайбільше саме цивільному праву. Подібна теза є провідною в сучасних дослідженнях правового регулювання, наприклад, договірних відносин [3], а отже, не може ігноруватися вченими-теоретиками і дослідниками в пов'язаних із цивільним правом галузях. На можливості використання цивільно-правового договору як засобу, що усуває ймовірність виникнення прогалин у цивільному законодавстві, заповнюючи їх у міру необхідності стосовно конкретних відносин, неодноразово наголошував С.О. Харитонов [26, с. 78].

У науковій юридичній літературі є поширеною думка, що, враховуючи підходи природно-правової теорії права, прогалини у праві неможливі, оскільки право виникає знизу і опосередковує потреби суспільства в регулюванні певних суспільних відносин [5]. У сучасних теоретичних дослідженнях так само висловлюються міркування, що термін «прогалина у праві» в буквальному розумінні сам по собі унеможлиблює подолання прогалини у правозастосуванні шляхом використання ресурсів, які містяться в самому праві, оскільки це вказує на неможливість використання аналогії закону чи аналогії права [12, с. 213]. Однак ця теза викликала критику. Так, наприклад, С.П. Погребняк вважає її загалом непереконливою і такою, що суперечить подальшому обґрунтуванню самих авторів тези [18, с. 45]. Вважаємо за необхідне прислатися до такої думки С.П. Погребняка з цього питання.

На думку І.І. Полякова, проблемним є саме поняття прогалини у зв'язку з різноманіттям підходів до розуміння права [24]. Якщо розглядати право в цілому з точки зору природно-правової або соціологічної концепції, то воно безпрогалинне і досконале. У межах цих підходів явище прогалинності може бути притаманне тільки позитивному праву. Якщо ж розглядати легістський підхід до праворозуміння, то оскільки відповідна до нього норма, що не закріплена в офіційному джерелі права, не може вважатися правовою, а відносини, врегульовані такою нормою, не є правовідносинами, прогалина в праві не може існувати в принципі [9, с. 174–176; 22, с. 163]. І.І. Поляков стверджує, що прогалина в позитивному праві, безперечно, існує. Залежно від правової системи, в рамках якої це явище досліджується, прогалина може виникнути в різних джерелах позитивного права [8, с. 300–304]. З огляду на те, що основною офіційною формою права в Україні є нормативно-правовий акт, слід говорити про проблему прогалинності законодавства держави, актуальність якої визначається загальною кризою права України [20, с. 20].

Отже, І.І. Поляков, використовуючи легістський підхід до розуміння поняття права, фактично отожднює поняття «прогалини в праві» і «прогалини в законодавстві». Навіть у подальшому у своїй праці він убачає, що єдиним шляхом усунення прогалини в праві є прийняття відповідного нормативно-правового акту. При цьому особливого значення набувають досягнення юридичної науки [20, с. 20]. Високий рівень юридичної техніки покликаний забезпечити повну ясність і логічність юридичних формулювань і законів загалом, тобто запобігти виникненню «початкових прогалин у законі» [8, с. 304]. Відображення в Законі виявлених або прогнозованих тенденцій розвитку правовідносин дозволяє знизити можливість появи «вторинних прогалин», пов'язаних з динамікою громадськості розвитку. Однак як би ефективно та юридично грамотно не працював законодавець, повністю уникнути прогалин неможливо [20, с. 20].

Ф.Р. Уранський виділив перелік авторів (В. Акімов, В.К. Забігайло, І.В. Михайлівський, П.Є. Недбайло та ін.), які стверджують, що прогалини в праві є не що інше, як прогалини в законодавстві. Згідно з наведеною позицією прогалини можуть виникнути лише у сфері суспільних відносин, уже врегульованих правовими нормами [26, с. 112]. Характерним для цієї групи авторів є висловлювання П.Є. Недбайла про те, що «прогалина в праві – це фактична прогалина в законодавстві в сенсі відсутності конкретної норми для вирішення певних випадків, які перебувають у сфері впливу права» [16, с. 456]. Ще більш виразно висловлюється В.І. Акімов: «Сутність прогалини в праві полягає в неврегульованості конкретною нормою права відносин, які закріплені в його загальній нормі» [1, с. 110]. Слід додати, що під правовим регулюванням представники зазначеного підходу розуміють «фактичне правове регулювання, встановлене законодавством» [3, с. 11].

Необхідно відмітити, що подібний підхід до прогалини в праві висловлювався правознавцями давно. Ще в XIX в. І.В. Михайлівський визначав прогалину в праві як ситуацію, в якій «фактичні обставини випадку не відповідають жодній з описових частин (припущень) чинних юридичних норм» [14, с. 712].

Через наведені висловлювання щодо прогалин у праві можна вивести поняття прогалини в законодавстві, оскільки зазначені науковці також використовували легістський підхід. Сам Ф.Р. Уранський займався дослідженням прогалин у праві і розглядав зазначені твердження як вузький підхід до розуміння прогалин у праві, маючи на увазі під цим обсяг суспільних відносин, який потрапляє у сферу правового регулювання, в якому і здійснюється пошук прогалин. На його погляд, недоліком зазначеного підходу є те, що він суттєво звужує ставлення до аналізованого правового явища, оскільки, ґрунтуючись на обмежено-позитивістському розумінні права, ототожнює два несумісних явища – право в широкому сенсі і закон як форму вираження права [25, с. 113]. За межами розгляду при цьому фактично залишаються всі відносини, які вже виникли в силу безперервного розвитку самого суспільства, але з тих чи інших причин ще не охоплені увагою законодавця. Звісно ж, що в межах подібного підходу взагалі не можна говорити про можливість еволюційного розвитку правових систем. Крім того, як справедливо зауважує В.В. Лазарев [9, с. 6–7], в разі повного ототожнення сфери правового регулювання з тією частиною суспільних відносин, яка охоплена чинним законодавством, неможливо обґрунтувати рішення юридичного спору по аналогії права, оскільки в цій ситуації може йтися тільки про аналогію закону.

Доволі добре описує правову природу прогалин у праві і прогалин у законі А.М. Майданюк, на підставі чого можна також зробити висновки щодо співвідношення цих двох понять. Науковець розрізняє поняття «прогалини в праві» і «прогалини в законі», але за використання легістського підходу до поняття прогалин у праві їх розмежування не має чіткого вигляду. Під прогалиною в праві вона пропонує розуміти повну або часткову відсутність правових норм у чинних нормативних актах (що є ширшим поняттям, ніж закон), які потребують врегулювання конкретних життєвих обставин, правовідносин. У свою чергу прогалиною в законі вона розуміє повну або часткову відсутність правових норм у певному законі, які необхідні для врегулювання правовідносин [11, с. 46]. На її думку, прогалини в праві зумовлені тим, що норми права однакової сили суперечать одна одній і тим самим вони знищують одна одну, оскільки без застосування способів подолання прогалин неможливо врегулювати правовідносини [11, с. 45].

Один із небагатьох дослідників, хто чітко розмежує прогалини в праві й прогалини в законодавстві, – це В. Тарануха. В її баченні право як об'єктивна категорія визначає і врегулює лише певний стан суспільних відносин. Це пояснюється тим, що правотворчість є складним, тривалим і формалізованим процесом. Тому яка би правова система не була досконалою, законодавець часто не має можливості швидко відреагувати на зміни в регулюванні суспільних відносин і не завжди може передбачити всі життєві обставини, які потребують правового регулювання. Враховуючи наведене, В. Тарануха підтверджує, що прогалина в праві являє собою відсутність правових норм або їхньої частини, необхідних для врегулювання певних життєвих обставин, суспільних відносин, які повинні й могли би бути врегульованими за допомогою права [23, с. 16–17]. В. Тарануха визначає прогалину в законодавстві як відсутність нормативної правової регламентації конкретної групи суспільних відносин у галузі правового регулювання, які визначені головними засадами права, інакше кажучи, це відсутність норми права, що могла би врегулювати певний вид суспільних відносин, яким необхідне правове врегулювання [23, с. 17]. Такі прогалини мусять бути усуненими, проте, на думку науковця, це можливо лише шляхом здійснення правотворчого процесу, в ході прийняття нових нормативно-правових актів чи внесення змін і доповнень до нормативно-правових актів, що вже існують. Оскільки правотворчість є тривалим процесом, усунення прогалин не може бути швидким, тому з'являється необхідність у подоланні прогалин за допомогою аналогій.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Враховуючи все вищенаведене, можна помітити, що переважна більшість дослідників прогалин у праві і прогалин у законодавстві ототожнюють ці два поняття, оскільки вони використовують легістський підхід до розуміння поняття права, а, відповідно, і прогалин у праві. Так, у більшості досліджень прогалин у праві, зокрема в цивільному праві, науковці-юристи досліджували саме відсутність нормативно-правового врегулювання правовідносин, ігноруючи той факт, що право у своєму зовнішньому прояві виражається не лише у формі нормативно-правових актів, але й у формі інших джерел, як-то цивільно-правовий договір, правовий звичай, і велика кількість учених-юристів у своїх працях не обмежуються перерахованими джерелами права у главі 1 ЦК України. І тому на підставі викладеного слід чітко розмежувати ці два поняття і визначити прогалини в цивільному праві як ширше поняття по відношенню до поняття «прогалини в цивільному законодавстві». Тому з усіх запропонованих визначень можна виділити таке співвідношення. Прогалина в цивільному законодавстві представляє собою відсутність нормативного врегулювання відносин, що виражається у відсутності належної норми в законодавстві, а саме в актах цивільного законодавства та міжнародних договорах, які регулюють цивільні правовідносини, та згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. В той час як прогалина в праві є ширшим поняттям, вона може представляти собою відсутність такої норми в цивільно-правовому договорі, звичаї, судовій практиці або навіть відсутність такої ідеї чи концепції, вираженої в науковій доктрині чи Римському праві тощо.

Таким чином, досліджуючи прогалини в праві, і зокрема в цивільному праві, переважна більшість науковців досліджували лише прогалини в законодавстві, але через нечіткість своєї позиції щодо розмежування цих двох понять вони ігнорували весь спектр можливих досліджень природи як прогалин у цивільному праві, так і прогалин у цивільному законодавстві, що зумовило відсутність дослідження всього можливого інструментарію способів подолання прогалин у цивільному законодавстві України. Отже, дана тематика потребує подальшого наукового опрацювання і ще буде зберігати свою актуальність у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Акимов В.И. Понятие пробела в праве. *Правоведение*. 1969. № 3. С. 110–113.
2. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 712 с.
3. Блащук Т.В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. № 1(7). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13btvtpa.pdf>
4. Забигаило В.К. Проблема «пробелов в праве»: К критике буржуазной теории. Киев, 1974. 135 с.
5. Каранина Н.С. Проблемные вопросы применения закона по аналогии. *Актуальные проблемы юридической науки и правоприменительной практики*. Киров, 2007. Ч. 1. С. 36–40.
6. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). Москва : Аванта+, 2001. 560 с.
7. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва : Юрид. л-ра, 1974. 184 с.
8. Лазарев В.В. Загальна теорія права і держави. Москва : МАУП, 2000. 517 с.
9. Лазарев В.В. Політичні аспекти проблеми заповнення прогалин в законодавстві. *Проблеми політичних наук*. Москва : Наука, 1980. С. 173–178.
10. Лист Міністерства юстиції «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. *Офіційний веб-сайт Верховної Ради України*. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>
11. Майданюк А.М. Прогалини в законодавстві та шляхи їх усунення на сучасному етапі розвитку права. *Наше право : Спеціалізоване видання*. 2012. № 3. Ч. 1. С. 45–50.
12. Малишев Б.В., Москалюк О.В. Застосування норм права (теорія і практика) ; за заг. ред. Б.В. Малишева. Київ : Реферат, 2010. 260 с.
13. Марчук В.М., Ніколаєва Л.В. Нариси з теорії права : навч. посіб. Київ : Істина, 2004. 304 с.
14. Михайловский И.В. Очерки философии права. *Теория государства и права : хрестоматия*. Москва, 1998. С. 712.
15. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : у 2 т. / В.Г. Ротань та ін. ; відп. ред. В.Г. Ротань. 2-е вид. Харків : Фактор, 2010. Т. 1. 800 с.
16. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва : Госюриздат, 1960. 511 с.
17. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права. *Советское государство и право*. 1970. № 3. С. 49–57.
18. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання Національного. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2013. № 1 (72). С. 44–56.
19. Погрібний С. Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 5. С. 14–21.
20. Поляков И.И. Проблема пробелов в законодательстве Украины. *Правовые проблемы развития современной Украины : материалы межвуз. науч.-практ. конф. (май 2004 г.)*. 2005. 184 с. С. 19–22.
21. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. Вид. 5-ге, зі змінами. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
22. Сулейманов Ф.М. Про прогалини і колізії в праві як джерела юридичних конфліктів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тбілісі, 1998. 35 с.
23. Тарануха В. Прогалини в праві: поняття, сутність, способи їх усунення та подолання. *Юридична Україна : Щомісячний правовий часопис*. 2009. № 2. С. 15–19.
24. Тиунова Л. Б. Плюрализм интересов и правопонимания. *Правоведение*. 1990. № 1. С. 24–32.
25. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. *Вестник Московского университета. Сер. 11: Право*. 2005. № 5. С. 111–121.
26. Харитонов Є. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки. *Юридичний вісник*. 2013. № 1. С. 72–81.
27. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Офіційний веб-сайт Верховної Ради України*. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
28. Черданцев А.Ф. Теория государства и права : ученик. Москва : Юрайт, 1999. 432 с.

Н. Б. Москалюк, кандидат юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри безпеки, правоохоронної діяльності
та фінансових розслідувань Тернопільського національного
економічного університету

ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ ЧЕРЕЗ МЕХАНІЗМ ПРИВАТИЗАЦІЇ: ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ, СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Статтю присвячено аналізу норм чинного законодавства України, що регламентує сутність та зміст приватизації як механізму припинення права державної власності, дослідження основних історичних аспектів, виявлення прогалин і недоліків нормативного регулювання в даній сфері на сучасному етапі, формування науково обґрунтованих пропозицій та висновків з метою вдосконалення проведення економічних реформ у сфері перетворення майна державної форми власності в недержавну.

Актуальність теми дослідження зумовлюється тим, що в умовах, коли країни постсоціалістичного простору зіткнулись із необхідністю проведення економічних реформ, приватизація як процес зміни державної власності на недержавну вже активно застосовувалась у світовій практиці. Уряди США, Японії, Великобританії, Франції та інших країн застосовували приватизацію як спосіб підвищення ефективності діяльності як окремих підприємств, так і цілих галузей. Проте світова практика не мала значних масштабів приватизації, що було характерно для країн із трансформаційною економікою. В Україні, як і в інших країнах постсоціалістичної економіки, приватизація набула глобального масштабу, адже проводилась як соціально-економічний проект зміни форми державної власності на недержавну.

Розглядаючи історичні аспекти приватизації, автором виділено основні етапи проведення даного процесу в Україні й означено їхню специфіку. Значна частина дослідження приділена характеристиці національної моделі приватизації. Подальший розвиток ринкової економіки потребує, на думку автора, здійснення в Україні відповідних змін у процесі приватизації. Зокрема, пріоритетним має стати підвищення ефективності управління, а не наповнення державного бюджету, як ми це маємо зараз. Важливим є приведення у відповідність стратегії приватизації державного майна зі стратегією розвитку економіки України та її окремих галузей.

Ключові слова: приватизація, державна власність, припинення права державної власності, економічні реформи.

N. B. Moskaliuk. State property rights termination through the mechanism of privatization: historical aspects, modern state and prospects for the development

The article deals with the analysis of the norms of the current legislation of Ukraine, which regulates the nature and content of privatization, as a mechanism of state property rights termination, investigation of major historical aspects, identification of gaps and deficiencies of regulatory regulation in this field at the present stage, formation of scientifically substantiated proposals and conclusions conducting economic reforms in the field of transformation from state property into non-state property.

The relevance of the research topic is due to the fact that privatization as a process of change from state ownership into a non-state one has already been actively applied in the world since the post-socialist countries were confronted with the need for economic reforms. The governments of the United States, Japan, the United Kingdom, France and other countries have used privatization as a way to improve the performance of both individual businesses and entire industries. However, world practice did not have the significant scale of privatization that was characteristic of countries with transformational economies. In Ukraine, as in other countries of the post-socialist economy, privatization has become global, because it was carried out as a socio-economic project of changing the form of state ownership to the non-state.

Ukraine embarked on the path of market reforms later than others and lagged behind many Eastern European countries. But, by that time, the world community had gained experience in the implementation of privatization processes, worked out the legal framework and practice of economic reforms that Ukraine can now adopt. Due to this, our state has managed to formulate privatization policy conceptually and legislatively.

Considering the historical aspects of privatization, the author outlines the main stages of this process in Ukraine and researches their specificity. Much of the studying focuses on the characterization of the national model of privatization, indicating that today the mechanism of certification privatization is criticized in the national privatization model.

In the process of analyzing national privatization practices, the author states that the ill-considered state privatization policy of strategic enterprises, which are the basis of economic development in the energy sphere, infrastructure and communication facilities, poses a significant threat both to the national security of the country and to the independence of Ukraine, in particular through breaking cooperative ties, abandoning innovative economic development. In this regard, it is necessary to develop tools that will ensure the security of the privatization process and create the most favorable conditions for the development of facilities in the post-privatization period.

The author supposes that the further development of a market economy requires the corresponding changes in the privatization process in Ukraine. In particular, priority should be given to improving the efficiency of government, rather than filling the state budget as we are currently doing. It is important to align the strategy of state property privatization with the strategy of economic development of Ukraine and its individual industries.

Key words: privatization, state property, state property rights termination, economic reforms.

Постановка проблеми. В умовах, коли країни постсоціалістичного простору зіткнулись із необхідністю проведення економічних реформ, приватизація як процес зміни державної власності на недержавну активно застосовувалась у світовій практиці. Уряди США, Японії, Великобританії, Франції та інших країн застосовували приватизацію як спосіб підвищення ефективності діяльності як окремих підприємств, так і цілих галузей. Проте світова практика не мала значних масштабів приватизації, що було характерно для країн із трансформаційною економікою. В Україні, як і в інших країнах постсоціалістичної економіки, приватизація набула глобального масштабу, адже проводилась як соціально-економічний проект зміни форми державної власності на недержавну.

Україна із запізненням вступила на шлях ринкових реформ та відставала від багатьох країн Східної Європи. Проте на той час світове співтовариство набуло досвіду в здійсненні приватизаційних процесів, напрацювало законодавчу базу та практику проведення економічних реформ, який тепер могла перейняти й Україна. Завдяки цьому Україні досить швидко вдалось концептуально та законодавчо сформулювати політику приватизації. Оцінку таких процесів уже зараз можна здійснювати в національних реаліях і вказати, що, попри безліч позитивних моментів, існують і певні проблеми. Так, під час здійснення процесів приватизації абсолютно не враховувалась можливість реституції і можливість здійснити приватизацію колишніми власниками майна, в яких його націоналізували чи колективізували за часів радянської влади. Також передумовою до приватизації багатьох великих підприємств був неефективний менеджмент, а тому держава фактично втратила величезне число цілісних майнових комплексів, які сьогодні могли стати фундаментом забезпечення її економічної безпеки. Політика приватизації також не завжди була послідовною і виваженою, що нанесло шкоди економічним інтересам нашої держави. Натепер ми знову бачимо зміни в приватизаційній політиці, а тому можемо сподіватись на хоча б часткове вирішення питань, означених вище.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сучасні науковці приділяють багато уваги дослідженню процесів реформування відносин власності, зокрема, даній проблематиці присвячено праці провідних вітчизняних та зарубіжних учених. Так, проблеми припинення державної власності через механізм приватизації розглядаються в роботах таких національних учених: С. Білої, В. Гейця, Т. Воронкової, Я. Жаліла, І. Малого, С. Мочерного, О. Пасхавера, О. Рудченка, О. Рябченка, О. Святоцького, В. Семенюк-Самсоненко, М. Чечетова, Л. Чуприни, А. Чухна та багатьох інших науковців. Багато уваги аналізу механізму приватизації приділяють у своїх працях зарубіжні автори, зокрема, варто згадати таких, як: К. Гелбрейт, К. Ерроу, Дж. Стігліц, Дж. Тобін, М. Фрідмантайн. Попри значний науковий доробок питань приватизації і їхню наукову цінність, все ж варто зазначити, що в них недостатньо визначені подальші кроки проведення реформування відносин власності в Україні. Ми усвідомлюємо, що масштаби приватизації вже не будуть такими значними, як у 90-х роках минулого століття, проте саме зараз необхідно дуже уважно підходити до цього процесу, оскільки під приціл приватизаційних процесів потрапляє та «критична маса» державної власності, яка має стояти на сторожі економічної безпеки нашої держави. Відповідно, наукові дослідження мають бути націлені на якісну еволюцію приватизаційних процесів і вмиле використання коштів, що надходять від них в інвестиції та інновації, а не їх «проїдання». Отже, актуальність вибраної тематики дослідження є беззаперечною.

Метою статті є аналіз норм чинного законодавства України, що регламентує сутність та зміст приватизації як механізму припинення права державної власності, дослідження основних історичних аспектів, виявлення прогалин і недоліків нормативного регулювання в даній сфері на сучасному етапі, формування науково обґрунтованих пропозицій та висновків з метою вдосконалення економічних реформ у сфері зміни форми власності.

Виклад основного матеріалу. 1970–80-ті роки ХХ ст. для розвинених країн світу були відмічені реалізацією масових програм приватизації державних об'єктів. Першою почала і найбільш послідовно завершила цей процес Великобританія. Програми приватизації в період здійснення так званої політики «рейганоміки» були започатковані навіть у США, де рівень державної власності та державного втручання в економіку був і без того незначним. Масштабні приватизаційні проекти були здійснені у Франції, Італії, Німеччині, Греції, Португалії, Чилі, Ізраїлі тощо. У результаті приватизації в розвинених країнах були кардинально зменшені масштаби державного сектора та обсяг економічних функцій держави. Незважаючи на значні коливання питомої ваги, недержавна власність в європейських країнах зараз абсолютно домінує. Ще більшою мірою це характерно для США [1].

У постсоціалістичних країнах Європи приватизація здійснювалася на тих же ідеологічних засадах, що і в країнах з розвинутою ринковою економікою. Україна не стала виключенням і, за прикладом багатьох держав, розпочала процес роздержавлення. Саме в переході форми власності з державної у приватну чи колективну вбачалося відновлення соціальної справедливості й можливість започаткувати ринкові перетворення. Отже, розглянемо детальніше, як процеси роздержавлення проходили в національних реаліях.

Насамперед важливо визначитись із понятійно-категоріальним апаратом і лише після цього аналізувати процес втрати прав державної власності через механізм приватизації.

Варто відзначити, що в науковій літературі відсутнє єдине, загальноприйняте визначення терміна «приватизація». Так, у тлумачному словнику термін «приватизація» визначається як передача державної або муніципальної власності (земельних наділів, промислових підприємств, банків, засобів транспорту та зв'язку,

акцій, культурних цінностей тощо) за плату або безкоштовно у приватну власність [2]. В економічній літературі можна знайти визначення приватизації як трансформації будь-якої форми власності у приватну, процесу переходу в приватну власність об'єктів, заснованих на державній, змішаній або колективній власності [3].

Практика останніх років проведення приватизації в Україні доводить, що приватизація з інструменту трансформації економіки перетворилась здебільшого в інструмент політичної боротьби та вирішення фіскальних завдань органів виконавчої влади, тому поняття «приватизація» в багатьох випадках може мати і політичне забарвлення та розуміння.

Офіційно приватизація була проголошена наприкінці 1991 року із затвердженням парламентом Концепції роздержавлення і приватизації майна державних підприємств, житлового фонду і землі. У березні 1992 року було прийнято низку приватизаційних законів: «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)», «Про приватизацію майна державних підприємств», «Про приватизаційні папери». А також у червні 1992 року Верховна Рада затвердила першу Державну програму приватизації. Саме цю дату можна вважати початком історичного процесу перетворення відносин власності в Україні.

Розглядаючи історичні аспекти приватизації, необхідно визначити основні етапи проведення даного процесу. Процес приватизації досить чітко поділяється на окремі етапи, що мають значну специфіку.

Перший етап. 1992–1999 рр. – початок приватизації. Зокрема, Постановою Верховної Ради від 07.07.1992 року № 2545_ХІІ була затверджена перша в історії України Державна програма приватизації на 1992 рік. Через неможливість проведення чергової Програми через парламент завдання з приватизації державного майна було ініційовано Указами Президента України: «Про заходи щодо забезпечення прав громадян на використання приватизаційних майнових сертифікатів» від 26.11.1994 року № 699/94, «Про заходи щодо прискорення процесу малої приватизації в Україні» від 30.12.1994 року № 827/94, «Про заходи щодо забезпечення приватизації у 1995 році» від 23.06.1995 року № 468/95 та іншими. У 1996 році, зважаючи на те, що Верховна Рада в призначений час не розпочала розгляд проекту Програми, Президент підписав Указ «Про завдання та особливості приватизації державного майна у 1996 році» від 19.03.1996 року №194/96. Державна програма приватизації на 1997 рік була введена в дію майже з піврічним запізненням Законом України від 03.06.1997 року № 294/97_ВР та стала першою Програмою приватизації, яка отримала статус закону України, що було свідченням зміцнення реформаторських сил. Державна програма приватизації на 1998 рік була введена в дію Законом України від 12.02.1998 року № 124/98_ВР. Верховна Рада чотирма спробами не змогла прийняти законопроект «Про державну програму приватизації на 1999 рік». Приватизаційні питання були знову визначені Указом Президента України («Про державну програму приватизації на 1999 рік» від 24.01.99 р. № 209/99) [4, с. 10].

У вказаних вище законах, указах та програмах була закладена українська модель приватизації, яка досить реалістично оцінювала силу економічних, політичних і соціальних факторів, що могли протидіяти її проведенню. Серед факторів, які в той час значно вплинули на вибір політики зміни форми власності, необхідно виділити такі, як: монополізація виробництва і системи розподілу; фактичне утримання власності в державному секторі економіки в руках господарської еліти і галузевих міністерств; становлення тіньової економіки, номенклатурна приватизація частки державної власності; зростання неплатоспроможності і збитковості підприємств унаслідок розпаду адміністративної економіки; відсутність ринкових відносин, впливового приватного капіталу, ринкової інфраструктури; відсутність у населення відповідних коштів для розвитку підприємництва й участі у грошовій приватизації тощо. Дані умови зробили неможливим проведення в Україні класичної моделі приватизації, тобто проведення зміни форми власності конкурентними способами – шляхом продажу об'єктів приватизації на ринку нерухомості чи фондовому ринку з використанням виключно грошових коштів.

Важливо зазначити, що в Україні переважала сертифікатна або ваучерна модель. Ліберальна спрямованість приватизації проявилась у проголошенні швидких темпів роздержавлення. Зокрема, в Концепції планувалось завершення приватизації невеликих підприємств за 1–1,5 роки, великих – за 4–5 років. На першому етапі приватизації підлягали продажу невеликі підприємства, об'єкти незавершеного будівництва, майно підприємств, що ліквідувалися, середні та великі підприємства сфери торгівлі, надання послуг, громадського харчування, легкої, деревообробної, переробної промисловості, а також житлового та сільського господарства, транспорту тощо. На другому етапі мала відбутись приватизація великих підприємств стратегічних галузей, де здійснювалась зміна форми власності шляхом їх акціонування з наступним продажем акцій [4, с. 8].

Сьогодні в даній приватизаційній моделі критиці піддається саме механізм сертифікатної приватизації. Варто зазначити, що уряд того часу прийняв рішення про початок приватизації з використанням моделі, якої потребувала існуюча ситуація, адже він усвідомлював значення приватизації для проведення економічних реформ в Україні. Відкладати приватизацію до моменту, коли сформується ринкове середовище та нагромадяться відповідні інвестиції, було неможливо, адже в країні набувала сили загальна економічна криза.

Отже, на першому етапі було проведено масову малу приватизацію у 1996 р; проведено приватизацію з використанням приватизаційних цінних паперів – майнових сертифікатів, які в 1992–1994 рр. існували у вигляді депозитних рахунків, домінування в цей період оренди з викупом; 1995–1999 рр. – проведено

та завершено масову приватизацію з використанням приватизаційних сертифікатів у вигляді цінних паперів. Саме наприкінці цього етапу в 1999 р. Фонд державного майна України вперше оприлюднив дані репрезентативних досліджень, які показали позитивний зв'язок між приватизацією, її глибиною та фінансово-економічними показниками ефективності діяльності підприємств. Згідно з його результатами, за всіма статтями балансу середні показники приватизованих підприємств були кращі, ніж державних, причому за деякими показниками – значно [5].

Другий етап. 2000–2004 рр. характеризуються як період приватизації найбільших та стратегічних об'єктів шляхом індивідуальної приватизації. Трирічна програма приватизації була запроваджена Законом України від 18.05.2000 року № 1723_111. Відповідно до ст. 1 даного Закону Державна програма приватизації на 2000–2002 рр. діє до затвердження чергової Державної програми приватизації. Цей період також є етапом початку кризи приватизації, який знайшов відображення в неприйнятті програми приватизації після 2002 року.

Третій етап. 2005–2010 рр. – це період посилення кризи приватизаційного процесу, що призвело до її гальмування та зменшення надходжень від приватизації в бюджет. Значне зменшення надходжень у 2008–2010 рр. значною мірою було зумовлено впливом фінансово-економічної кризи [6].

Четвертий етап. 2011–2015 рр. Слід зазначити, що в Програмі економічних реформ України на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава», підготовленої Комітетом економічних реформ при Президенті України, чітко визначена необхідність завершення приватизації як масштабного соціально-економічного проекту трансформації державної власності. У даній програмі визначено, що однією із ключових проблем здійснення процесу приватизації в Україні є розгляд приватизації в попередні роки більше як джерел наповнення державного бюджету за недостатньої прив'язки до комплексного стратегічного розвитку економіки, виходячи із цілісних програм розвитку ключових галузей [7].

Як вказують окремі дослідники, непродумана державна політика приватизації стратегічних підприємств, які є основою економічного розвитку в енергетичній сфері, інфраструктурних та комунікативних об'єктів становить суттєву загрозу як національній безпеці країни, так і незалежності України, зокрема, через розрив коопераційних зв'язків, відмову від інноваційного розвитку економіки [8, с. 93]. Тому необхідним є розроблення інструментів, які б забезпечили безпеку приватизаційного процесу та створили найбільш сприятливі умови для розвитку об'єктів у післяприватизаційний період.

Саме тому особливу увагу необхідно було приділити приватизації стратегічних підприємств в Україні. Так, за даними Фонду державного майна України станом на 1 липня 2010 р. процес приватизації охопив 329 акціонерних товариств, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави або займають монопольне становище на загальнодержавному ринку товарів (робіт, послуг) [3]. Окрім того, від приватизації державного майна у січні-березні 2011 р. надійшло до державного бюджету 1094,4 млн грн, тобто сума, яка майже дорівнює надходженням за весь 2010 р. А за даними Мінфіну надходження від приватизації в січні-квітні поточного року сягнули 5626 млн грн унаслідок отримання у квітні коштів від приватизації «Укртелекому» [5]. Проте говорити про подолання кризи приватизації зарано, оскільки досі не вирішено багато ключових питань законодавчого врегулювання цього процесу.

Варто зазначити, що завершальний етап приватизації планувався спочатку на 2014 рік, потім на 2015 рік. Проте темпи приватизації в ці роки значно уповільнились, що призвело до невиконання даних планів. У 2014–2015 роках зафіксоване уповільнення процесу приватизації. У 2014 р. державну форму власності змінило 100 об'єктів, комунальну – 694 об'єкти. Надходження до бюджету в результаті приватизації становили лише 465,9 млн грн. У січні-липні 2015 року приватизовано 58 об'єктів державної власності та 366 об'єктів комунальної власності. Уповільнення приватизації було зумовлено загостренням політичної ситуації в Україні. Внаслідок цього завершити процес приватизації у 2015 році не вдалося [9].

Для того щоб визначитись із векторами подальшого розвитку приватизаційних процесів в Україні, необхідно вивчити і проаналізувати іноземний досвід у цій сфері.

Змістовним із визначеної тематики є дослідження О.М. Кошика, Н.І. Легінкової, І.В. Фабрики [1]. Авторами проведено аналіз закордонного досвіду та в ретроспективному форматі виокремлено найсуттєвіші проблемні питання реалізації процедури роздержавлення власності в Україні. За словами дослідників, «ураховуючи значний часовий простір, маємо можливість скласти вагомий перелік: організаційна структура виробництва, а саме надвисокий рівень концентрації промислового виробництва; відсутність фондового ринку і, як наслідок, неможливість використання найбільш простого механізму приватизації – продажу акцій; занадто високі темпи проведення приватизації до створення відповідної інфраструктури. При цьому низькі темпи зумовили б тотальне переважає державного сектору; наявність спонтанної приватизації, яка розпочалася ще до періоду незалежності країни; «приватизація управління», тобто особливі відносини власності у вищого менеджменту державних підприємств; створення державних інститутів одночасно з проведенням приватизації і, як наслідок, відсутність сильного контролю з боку держави; розпорошення власності серед дрібних акціонерів, які були «відсічені» не тільки від формально належної їм власності, але й від операцій на фондовому ринку; перемога закритих непрозорих неконкурентних форм приватизації, що значно зменшило її ефективність; тривале неприйняття державної програми приватизації після 2002 року; вплив

фінансово-економічної кризи 2008 року; законодавча неврегульованість багатьох ключових питань на початок 2011 року; поширення практики відчуження державного майна поза приватизаційними процедурами» [1]. Із позицією авторів щодо проблем приватизаційних процесів ми цілком погоджуємось, додаючи і те, що процес роздержавлення, на жаль, не набув статусу реституційного. Так, під час зміни форми власності за часів радянської влади у приватних та колективних власників було відібрано майно, що стало основою державної власності. І тепер, відновлюючи соціальну справедливість, за прикладом багатьох іноземних держав, процес приватизації повинен був мати реституційне забарвлення. Ми усвідомлюємо, що в багатьох випадках говорити про повернення власності вже неможливо, проте, якщо би пріоритетне право на приватизацію мали колишні власники, то питання хоча б частково вирішилось. Решту б вирішив механізм компенсацій. Однак національна приватизація таких особливостей не містила, чим відтягнула процес входження до Європейського Союзу нашої держави.

Аналізуючи сучасний період приватизаційних процесів, важливо відзначити таке: важливим для процесу приватизації стало прийняття Закону України «Про приватизацію державного та комунального майна» від 18 січня 2018 року № 2269-19 (далі – Закон), у статті 2 якого визначено мету приватизації: «Це прискорення економічного зростання, залучення іноземних і внутрішніх інвестицій, а також зменшення частки державної або комунальної власності в структурі економіки країни шляхом продажу об'єктів ефективним власникам» [10]. До об'єктів приватизації, згідно із Законом, належать об'єкти права державної і комунальної власності, окрім тих, приватизація яких заборонена Законом. Зокрема, не підлягають приватизації «казенні підприємства та об'єкти, необхідні для виконання державою своїх основних функцій, для забезпечення обороноздатності держави, та об'єкти права власності Українського народу, майно, що становить матеріальну основу суверенітету України» [10]. Вичерпний перелік заборонених для приватизації об'єктів наведено в статті 2 Закону.

Здійснювати приватизацію згідно зі ст. 6 Закону можуть: державні органи приватизації; місцеві ради; органи приватизації територіальних громад; покупці [10]. Державні органи приватизації створюють єдину систему в складі Фонду державного майна України і його представництв у районах та містах. Вони класифікують об'єкти приватизації, затверджують їх перелік, приймають рішення щодо початку процесу приватизації та виконують інші повноваження, визначені ст. 7 Закону. Покупцями, за ст. 8 Закону, можуть бути: громадяни України й іноземці; юридичні особи, що зареєстровані на території України та юридичні особи інших держав, які зареєстровані на території України. Водночас суб'єкти, що не можуть бути покупцями, це: державні підприємства, власник яких – держава Україна; органи державної влади; державні господарські структури; працівники державних органів приватизації; покупці, зареєстровані в офшорних зонах; покупці з непрозорою структурою власності, тобто не розкритою на 100%; держава, визнана Верховною Радою України державою-агресором; юридичні особи, в яких бере участь держава-агресор та інші суб'єкти, визначені Законом.

Закон у статті 13 визначив і способи приватизації, серед яких: продаж на аукціоні з умовами та без умов; продаж на аукціоні зі зниженням стартової ціни; продаж на аукціоні з покроковим зниженням стартової ціни і наступним поданням цінових пропозицій; продаж на аукціоні за методом вивчення цінових пропозицій; шляхом викупу об'єктів приватизації [10].

Варто зазначити, що Закон у п. 2 ст. 5 визначає малі об'єкти приватизації та ділить їх на дві групи. До першої належать єдині майнові комплекси державних та комунальних підприємств, у тому числі передані в оренду. Для другої групи об'єктів законодавці надали вичерпний перелік: рухоме та нерухоме майно державних чи комунальних підприємств, у т. ч. споруди, будівлі, нежитлові приміщення; майно, яке залишилося після ліквідації державних чи комунальних підприємств, що були визнані банкрутами; майно державних чи комунальних підприємств, що не були продані як єдині комплекси; майно ліквідованих державних чи комунальних підприємств; об'єкти соціально-культурного призначення, державні пакети акцій зі статутних фондів акціонерних товариств, що створені у процесі приватизації чи корпоратизації тощо. Продаж таких об'єктів відбувається виключно у вигляді аукціонів [11].

Великі об'єкти приватизації законодавці визначили в п. 3 ст. 5 Закону: єдині майнові комплекси державних підприємств; пакети акцій із державною часткою більше 50% у статутному капіталі підприємств. Характерна ознака таких об'єктів – вартість активів за останній звітний рік більше 250 млн грн. Продаж даних об'єктів відбувається на аукціоні [11]. Особливістю продажу об'єктів великої приватизації є залучення радника, який має шукати потенційних покупців.

Аналізуючи в цілому прийнятий закон, відзначимо його спрямованість на усунення проблем, що перешкождали процесам приватизації. Завдяки спрощенню порядку та скороченню строків приватизації є сподівання, що попит потенційних інвесторів зросте, відповідно, збільшаться надходження до держбюджету [12]. Нормами закону законодавці спробували закласти фундамент для залучення іноземних інвестицій під час здійснення приватизаційних процесів. Окрім того, новий порядок приватизації встановлює принцип змагальності й рівності, він не передбачає пільг або переваг для певних категорій покупців, що вже є позитивним. Також спрощено класифікацію об'єктів приватизації, що робить прозорою процедуру роздержавлення. Та як працюватиме оновлений закон, побачимо на практиці.

Важливо, що станом на початок серпня 2019 року річний план надходжень від приватизації в Україні виконано лише на 2,1%. З початку року бюджет отримав лише 870 мільйонів від приватизації державного і комунального майна. Надходження до бюджету, які мала забезпечити приватизація, замінили за допомогою державних запозичень, що саме по собі є доволі негативним явищем. Знаково, що 2 жовтня 2019 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації» [13]. Попри те пам'ятаймо, що в Законі «Про приватизацію державного і комунального майна» містяться критерії, які визначають, що не підлягають приватизації: дороги, газотранспортна система, метрополітен та багато іншого. Це означає, що об'єкти стратегічної інфраструктури все ж не будуть приватизовані.

Крім того, внесено зміни до закону «Про приватизацію державного і комунального майна» щодо визначення критеріїв об'єктів, які не підлягають приватизації. Так, об'єкти права державної власності, що знаходяться на тимчасово окупованих територіях, не підлягають приватизації до повного відновлення конституційного ладу України на цих територіях. Вказаною нормою законодавці захистили право державної власності й можливості пред'явити претензій державі-агресору щодо повернення незаконно відібраного майна. Отже, загалом можна надати позитивну оцінку змінам законодавства щодо приватизації, вказуючи лише на необхідність урахування поправок на важке економічне становище в державі, що впливає на реальний шанс отримання бажаних економічних наслідків роздержавлення.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. За результатами нашого дослідження можемо зробити такі висновки. По-перше, приватизація сьогодні є наймасштабнішим механізмом втрати державою права власності й передання майна приватним власникам. Приватизація в Україні проводилася протягом тривалого часу, в декілька етапів і мала значний вплив на економіку країни. По-друге, кожен етап приватизації мав багато проблем і суперечностей, зокрема, недоліки в проведенні попереднього етапу створювали проблеми для проведення наступного. По-третє, масштабність процесу та велика вартість активів зумовили залучення представників практично всіх сфер суспільного життя. Значний вплив на процес роздержавлення майна мала політична ситуація в країні. По-четверте, на всіх етапах приватизації вагомою проблемою стала нормативна неврегульованість даного процесу.

Основними проблемами, які потребують розв'язання з метою завершення приватизації, є: відсутність загальної стратегії здійснення приватизаційних процесів, що відповідала б сучасним реаліям в економіці України; неврегульованість правовідносин у земельній сфері та обмеженість повноважень державних органів приватизації в даній сфері; існування ризиків для безпеки держави у зв'язку з відсутністю механізмів проведення приватизації стратегічних підприємств; неефективне управління об'єктами, які було приватизовано; низький рівень інформатизації даного процесу. Для підвищення ефективності приватизації в Україні необхідно насамперед забезпечити її прозорість і доступність інформації для інвесторів. Зокрема, для участі іноземних інвесторів, залучення яких є вкрай важливим у сучасних умовах, необхідно спростити дозвільні процедури, зменшити податковий тиск, забезпечити вільне входження інвестицій в Україну і, що важливо, реально захистити іноземні інвестиції. Попри те, що приватизація в Україні як масштабний проект перетворення державної власності у приватну знаходиться вже на завершальному етапі, підвищення її ефективності має велике значення для соціально-економічного розвитку країни.

Список використаних джерел:

1. Кошик О.М., Легінькова Н.І., Фабрика І.В. Приватизація в Україні: ідеологія, реалізація, проблеми. *Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки*. 2011. Вип. 20. С. 71–81. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npkntu_e_2011_20%281%29_14
2. Гончаров С.М., Кушнір Н.Б. Тлумачний словник економіста. Рівне : НУВГП, 2008. 264 с.
3. Скиба М. Приватизація як інструмент структурних перетворень в економіці України: поняття, основні проблеми та шляхи їх вирішення. URL: <http://visnyk.academy.gov.ua/wp-content/uploads/2013/11/2010-4-18.pdf>
4. Завершальний етап приватизації в Україні / О.Й. Пасхавер та ін. Київ : «Міленіум», 2003. 78 с.
5. Гамалій В.Ф., Кошик О.М., Легінькова Н.І., Аналіз завершального етапу приватизації в Україні: стан, проблеми, ризики. *Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки*. 2015. Вип. 28. С. 29–36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npkntu_e_2015_28_5
6. Криза чи держава – хто перешкоджає більше? URL: <http://franchising.ua/vlasnyy-biznes/576/kriza-derjava-hto-pereshkodjae-bilshe/>
7. Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава: Програма економічних реформ на 2010–2014 роки. URL: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf
8. Скиба М.В. Структурна перебудова економіки як один із напрямів формування економічної основи громадянського суспільства. *Суспільні реформи та становлення громадянського суспільства в Україні* :

матеріали наук.-практ. конф., м. Київ, 30 трав. 2001 р. : у 3. т. / за заг. ред. В.І. Лугового, В.М. Князева. Київ : Вид-во УАДУ, 2001. Т. 3. С. 93–95.

9. Вінокуров Я. Верховна Рада ухвалила зміни до закону про приватизацію, усунувши у ньому неточність, яка суперечила Конституції України. URL: <https://hromadske.ua/posts/rada-zminila-zakon-pro-privatizaciyu>

10. Закон України «Про приватизацію державного та комунального майна» від 18 січня 2018 р. № 2269-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19>

11. Нові правила приватизації державного та комунального майна (20.03.2018р.) URL: <https://uteka.ua/ua/publication/news-14-novosti-zakonodatelstva-1-novye-pravila-privatizacii-gosudarstvennogo-i-kommunalnogo-imushhestva>

12. Грабовий А., Мельник О. Держава прагне позбутися зайвого майна за спрощеною процедурою (18.05.2018 р.). URL: https://zib.com.ua/ua/132879-privatizaciya-2018_yak_se_pracyue.html

13. Повний список об'єктів малої приватизації від 12 грудня 2019 р. URL: <https://minfin.com.ua/ua/2019/12/12/40027724/>

УДК 347.463

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.17>

Т. В. Наконечна, асистент кафедри юриспруденції
Чернівецького інституту Міжнародного гуманітарного університету,
заступник начальника Чернівецького міського відділення
управління виконавчої дирекції Фонду соціального страхування
України в Чернівецькій області

ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ З ІНШИМИ ТРАНСПОРТНИМИ ДОГОВОРАМИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ІНОЗЕМНИХ КРАЇН

У запропонованій статті надається загальне визначення договорів перевезення в цивільному праві України та в окремих країнах західної Європи, а також загальна характеристика різних видів транспортних договорів із метою висвітлення співвідношення між договорами перевезення та іншими транспортними договорами. Більш розповсюдженими транспортними договорами є договори перевезення, у відповідності до яких за конструктивною моделлю реального договору сторони договору перевезення мають певні обов'язки, зокрема перевізник зобов'язується доставити вантаж відправника до пункту призначення та передати його одержувачу (уповноваженій особі на отримання вантажу), відправник зобов'язаний своєчасно надати вантаж та сплатити за перевезення певну плату, яка визначена договором, а одержувач зобов'язаний своєчасно отримати вантаж у пункті призначення. Інші транспортні договори зазвичай несуть допоміжну роль, їх значення полягає в забезпеченні й обслуговуванні договору перевезення, тобто такі договори мають організаційний характер.

Звернуто увагу, що шляхом дослідження та аналізу законодавства іноземних країн, у тому числі окремих країн ЄС, можна дійти висновку, що договір перевезення вимагає наявності трьох обов'язкових елементів: перевезення, контролю з боку перевізника та професійного перевізника. Якщо який-небудь із цих елементів відсутній, договір укладається не в спеціальному договорі перевезення, а в договорі оренди послуг. Класифікація договору як договору перевезення тягне за собою істотні правові наслідки.

Зроблено висновок, що організаційні договори перевезення, спрямовані на забезпечення перевезень транспортом, можуть регулювати взаємини транспортних організацій та підприємств, які усталюються між ними впродовж усього процесу перевезення. У всіх правових системах на право перевезення впливає ідея про те, що перевізники мають фактичну монополію. Послуги, які клієнт (вантажовідправник, пасажир, вантажоотримувач тощо) може зажадати, і винагорода, яку може зажадати перевізник, як правило, регулюються законодавством або адміністративними правилами.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, договір перевезення, послуги, транспортні послуги.

T. V. Nakonechna. On the question of the relationship of the contract of carriage with other transport contracts under the laws of Ukraine and foreign countries

The proposed article provides a General definition of transport contracts in the civil law of Ukraine and in some countries of Western Europe, as well as a General description of the different types of transport contracts to cover the relationship between the contracts of carriage and other transport contracts. More common transport contracts are contracts of carriage under which the constructive model of the actual contract of carriage parties have certain obligations, in particular the carrier undertakes to deliver the goods to the sender's destination and transfer it to the recipient (the authorized person to receive the goods), the sender is obliged to provide the goods in a timely manner and pay for the carriage of a certain fee, which is determined by the contract, and the recipient is obliged to receive the goods at the destination in a timely manner. Other transport contracts usually have a supporting role, their importance is in the security and maintenance of the contract of carriage, that is, such contracts are of an organizational nature.

It is noted that the study and analysis of the legislation of foreign countries, including individual EU countries, it can be concluded that the contract of carriage requires three mandatory elements: transportation, control by the carrier and professional carrier. If any of these elements is absent, the contract is not a special contract of carriage, and the lease of services. The classification of a contract as a contract of carriage has significant legal consequences.

It is concluded that the organizational contracts of carriage, aimed at providing transport, can regulate the relationship of transport organizations and enterprises, which are strengthened between them throughout the transportation process. In all legal systems, the right to transport is influenced by the idea that carriers have a de facto monopoly. The services that the customer (shipper, passenger, consignee) may require and the remuneration that the carrier may require are generally regulated by law or administrative regulations.

Key words: civil law contract, contract of carriage, services, transport services.

Постановка проблеми. У цивільно-правовій доктрині України укорінилося поняття «транспортні договори», які відносяться до цивільно-правових договорів переважно за участю транспортних підприємств. Український уряд вживає дієвих заходів щодо покращення правового становища у державі, у зв'язку із чим з урахуванням досвіду проводяться реформи у всіх галузях. Ці реформи спрямовані на покращення соціально-економічного, а також правового стану в державі шляхом уніфікації норм та положень різних інститутів права, зокрема таких елементів інституту цивільного права, як транспортне та договірне права. Вивчення питань регулювання договірних правовідносин щодо здійснення перевезень на транспорті, хоч і неодноразово розглядалось, і нині є актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких правознавців: О. Красавчикова, В. Хропанюка, М. Брагінського, В. Вітрянського, О. Дзери, О. Отраднної, С. Харитонова, І.В. Жилінкової, Ф. Хейфеца, Н. Шестакової, Е. Грамацького, В. Гостюка, І. Калаура, В. Кучера, І. Матвеева, І. Спасібо-Фатєєвої, М. Шульги, В. Павлова, А. Асаула та інших.

Мета статті. Метою статті є науковий аналіз, систематизація, оцінка, розроблення пріоритетних напрямів цивільного права в галузі договірної та транспортної права, а саме правове регулювання договорів перевезення транспортом, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері цивільних правовідносин щодо договорів перевезення.

Виклад основного матеріалу. Більш розповсюдженими транспортними договорами є договори перевезення, у відповідності до яких за конструктивною моделлю реального договору сторони договору перевезення мають певні обов'язки, зокрема перевізник зобов'язується доставити вантаж відправника до пункту призначення та передати його одержувачу (уповноваженій особі на отримання вантажу), відправник зобов'язаний своєчасно надати вантаж та сплатити за перевезення певну плату, яка визначена договором, а одержувач зобов'язаний своєчасно отримати вантаж у пункті призначення [3]. При цьому перевізник несе відповідальність за збереження та цілісність вантажу, за невиконання умов договору, якщо інше не передбачено договором та законодавством. Так само й відправник несе відповідальність за невиконання умов договору перевезення, зокрема в частині своєчасної сплати за перевезення та надання цілого вантажу без пошкоджень та з відповідними рекомендаціями щодо його стану. Інші транспортні договори зазвичай несуть допоміжну роль, їхнє значення полягає в забезпеченні й обслуговуванні договору перевезення, тобто такі договори мають організаційний характер. Зазначений підхід розмежування договору перевезення від організаційних транспортних договорів має певні недоліки:

1. Хоча єдиною ознакою всіх транспортних договорів є участь у цих договорах транспортних підприємств або організацій, зазначене не може бути об'єднано в одну класифікуючу групу, оскільки кожен договір репрезентує різні типи зобов'язання для учасників договору перевезення та організаційного договору.

2. Дослідження системи транспортних договорів, зокрема договорів перевезення вантажів або пасажирів, ґрунтується на уявленнях про зміст діяльності транспорту та транспортних підприємств, що не має нічого спільного з юридичним співвідношенням різних договорів, які застосовують у транспортній галузі.

3. Розгляд договорів перевезення як головної ланки певної системи транспортних договорів, значення яких зводиться до організації забезпечення виконання договорів перевезення, частіше ускладнює юридичну кваліфікацію правовідносин щодо перевезень, оскільки норми, що повинні укладатись між відправником та перевізником під час укладення договору перевезення в частині надання транспортних засобів для перевезення, з договірної регулювання вилучені.

Відносини сторін договору щодо надання транспортних засобів та пред'явлення вантажу, що узгоджується в заявках на перевезення, носять організаційний характер та іменуються плановими організаційними передумовами направленими на укладення договору перевезення. Слід звернути увагу на те, що за загальним поняттям та практичним досвідом для більшості осіб (вантажовідправників) перевезення вантажу, багажу або пасажирів починається саме з моменту укладення договору перевезення. Звідси договір перевезення не охоплює дії сторін договору, тобто в самому договорі не визначається надання транспортного засобу та пред'явлення вантажів до перевезення, а лише визначаються терміни виконання послуг із перевезення та способи компенсації в разі невиконання вимог та умов договору перевезення або пошкодження вантажу або багажу, що перевозиться, як реальний договір. Однак при цьому зобов'язання надати транспортні засоби до перевезення та пред'явити багаж або вантаж до перевезення виникають у перевізника та відправника на підставі укладення угоди між ними, яка має не менше значення, ніж власне договір перевезення [12].

Договори перевезення за положеннями законодавства України можна віднести до цивільно-правових договорів надання послуг, а отже, вони можуть мати й відповідну, за аналогією, класифікацію.

Досліджуючи положення ЦК України в частині правової регламентації договорів перевезення, можна дійти висновку відносно поняття договору перевезення, яке треба розуміти як поняття, що має абстрактний характер, який виявляється в низці договорів регулювання різноманітних відносин щодо перевезення вантажу, багажу, пасажирів, пошти.

ЦК України у главі 64 висвітлюється та врегульовано велику кількість різноманітних договорів щодо здійснення тих чи інших перевезень транспортом. Серед таких договорів можна виділити ряд традиційних

договорів перевезення та інших договорів, які опосередковують перевезення транспортом: договори перевезення вантажу, договори перевезення пасажирів, договори чартеру або фрахтування, договори перевезення транспортом загального користування (ст.ст. 909, 910, 912, 915 ЦК України відповідно) [2], а також організаційні договори перевезення вантажів, пасажирів та багажу у змішаному та в прямому сполученні, довгострокові договори перевезення тощо (ст.ст. 913, 914 ЦК України) [2]. Вказані договори перевезення та організаційні договори перевезення відрізняються один від одного суб'єктивним складом, предметом зобов'язань, правовим значенням, і разом із цим мають певні схожі властивості правового регулювання відносин між сторонами договору щодо здійснення перевезень на транспорті вантажів, пасажирів, багажів та пошти

У науковій літературі договір перевезення розглядають як договір між перевізником товарів або пасажирів та вантажовідправником, вантажоодержувачем або пасажиром. Договори перевезення зазвичай визначають права, обов'язки і відповідальність сторін договору, торкаючись таких тем, як стихійні лиха, включаючи форс-мажор. Серед звичайних перевізників зазвичай вони підтверджуються стандартними умовами, надрукованими на звороті квитка або перевізного документа.

У римському праві договір перевезення не отримав статусу окремої договірної форми. Юристи розглядали його в рамках відомих їм договірних форм, таких як депонування і оренда послуг або товарів. Існує спеціальне регулювання договорів перевезення тільки в частині, що стосується відповідальності перевізника, який несе відповідальність без вини за знищення або пошкодження вантажу або багажу пасажирів. Тим не менше, вони можуть бути звільнені від відповідальності, довівши, що втрата була викликана непереборною силою.

В англійському загальному праві принципи, застосовні до відносин між перевізником і відправником або отримувачем або пасажиром, сходять до того часу, коли не існувало ні залізниць, ні каналів. Незалежно від того, чи вплинуло це на римське право або було отримано абсолютно незалежно, ранні англійські рішення накладали на перевізників зобов'язання не тільки перевозити товари, але і безпечно перевозити їх і доставляти їх у задовільному стані власнику або його агенту. Перевізник завжди несе відповідальність за втрату вантажу, а також за будь-яке пошкодження вантажу, якщо він не може довести, що втрата або пошкодження сталися з виключеною причини. Було визнано, що цей обов'язок перевізника безпечно здати вантаж існує без урахування зобов'язань, що впливають із будь-якого договору між сторонами. Це було нав'язане йому законом, тому що він був поміщений у володіння чужого майна. З юридичної точки зору це означає, що перевізник вважається поручителем, який за певних обставин несе відповідальність перед поручителем, якщо він не здасть вантаж у цілості і схоронності. Цей закон про звільнення під заставу розвинувся в Англії задовго до договірної права. Договірний елемент застави не підкреслювався до 17-го століття. Сьогодні у країнах загального права права і обов'язки вантажовідправників, вантажоодержувачів і перевізників у переважній більшості випадків засновані на договорі перевезення. Сам факт того, що в ході звичайної комерційної діяльності перевізник приймає вантаж до перевезення й здачі, передбачає укладення договору перевезення. Право перевізника вимагати фрахт залежить від цього договору, і цей договір також є основою його обов'язку безпечно доставити вантаж до місця призначення. Однак у законодавстві про перевезення вантажів зберігаються залишки застави. Таким чином, власник вантажу, хоча і не є стороною договору перевезення між вантажовідправником і перевізником за договором перевезення, може пред'явити перевізнику позов за втрату або пошкодження його вантажу.

У країнах центральної та західної Європи, які сьогодні є членами ЄС, договір перевезення вперше придбав особливу форму на початку XIX століття. Так, Цивільний кодекс Франції 1804 року, слідуючи романській традиції, як і раніше, розглядає договір перевезення як різновид договору про оренду послуг і далі покладає на перевізників ті ж зобов'язання, що і депозитаріїв. Однак французький Торговий Кодекс 1807 року встановлює особливий правовий режим для професійних перевізників, роблячи договір перевезення окремою договірною формою. Сьогодні в цивільно-правовому світі договір перевезення можна розглядати як різновид договору про оренду послуг, а саме договору, згідно з яким одна зі сторін бере на себе зобов'язання зробити що-небудь для іншої сторони з урахуванням узгодженої між ними ціни. Зокрема, договір перевезення вантажів можна визначити як договір, згідно з яким професійний перевізник бере на себе зобов'язання перевозити вантаж у відповідності з певним видом транспорту та в розумні строки при тому розумінні, що перевезення вантажу є основним об'єктом договору.

У Франції і в багатьох інших країнах ЄС, що дотримуються французької системи, договір перевезення вимагає наявності трьох обов'язкових елементів: перевезення, контролю з боку перевізника та професійного перевізника. Якщо який-небудь із цих елементів відсутній, договір укладається не в спеціальному договорі перевезення, а в договорі оренди послуг. Класифікація договору як договору перевезення тягне за собою істотні правові наслідки [9].

За цивільним законодавством України, загалом договір перевезення розуміється як двосторонній, консенсуальний, оплатний договір між перевізником та вантажовідправником, кваліфікований реальним, у зв'язку з виникненням обов'язків перевізника лише стосовно довіреного йому вантажу на час перевезення з пункту відправлення до пункту отримання вантажу. Разом із цим у договорі перевезення вантажу

або багажу стороною в договорі є, окрім перевізника та відправника, й отримувач, який має не лише права, а й окремі визначені обов'язки. Договір про організацію перевезення за загальною характеристикою можна віднести до довгострокових договорів, які зобов'язують перевізника прийняти у встановлений термін, а вантажовідправника – надати до перевезення вантаж, багаж, пошту тощо (ст. 914 ЦК України) [2].

Отже, договори про організацію перевезень, спрямовані на забезпечення перевезень транспортом, можуть регулювати взаємини транспортних організацій та підприємств, які усталюються між ними впродовж усього процесу перевезення. У всіх правових системах на право перевезення впливає ідея про те, що перевізники мають фактичну монополію. Послуги, які клієнт (вантажовідправник, пасажир, вантажоотримувач тощо) може зажадати, і винагорода, яку може зажадати перевізник, як правило, регулюються законодавством або адміністративними правилами.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: станом на 1 верес. 2016 р.: відповідає офіц. тексту. Харків : Право, 2016. 82 с.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45-46. Ст. 356.
3. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. (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.
4. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.
5. Про автомобільний транспорт : Закон України від 5 квітня 2001 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 22. Ст. 105.
6. Про транспорт : Закон України від 10 листопада 1994 року із змінами внесеними Законом від 21.12.2000 р. *Відомості Верховної Ради*. 2001. № 9. Ст. 68.
7. Повітряний кодекс України : Закон України від 04.05.1993 р. *Відомості Верховної Ради* 1993. № 25 Ст. 274.
8. Кодекс торговельного мореплавства України № 176/95-ВР від 23.05.1995. *Відомості Верховної Ради*. 1995. №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. Ст. 349.
9. Директива Ради ЄС від 14 лютого 1994 року № 94/4/ЄС, що вносить поправки до Директив 69/169/ЄЕС та 77/388/ЄЕС та підвищує рівень податкових пільг для подорожуючих з третіх країн та обмежень на неоподатковувані покупки під час подорожей в межах Співтовариства // Європейський Союз; Директива, Міжнародний документ від 14.02.1994 № 94/4/ЄС. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_438.
10. Бродовський С.О. Деякі питання укладення, зміни і розірвання договору в цивільному праві України. *Юридична Україна*. 2005. № 1. С. 23–26.
11. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 1088 с.
12. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. Т. 1. 832 с.

УДК 347.463

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.18>

Р. Б. Сірко, кандидат юридичних наук,
доцент, директор Чернівецького інституту
Міжнародного гуманітарного університету

ДО ПИТАННЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ

У запропонованій статті надається загальна характеристика становлення та розвитку українського законодавства щодо нормативно-правового регулювання цивільно-правових відносин, що виникають із перевезення залізничним транспортом. При цьому наголошується, що одним із пріоритетних напрямків розвитку законодавства в Україні є вдосконалення транспортного законодавства, яке має повніше відповідати завданням, змісту та умовам життєдіяльності зазначеної галузі цивільного права, особливо в період рекодифікації цивільного законодавства України. Здобуття Україною незалежності зумовило перший етап у дослідженні історії становлення законодавства регламентуючого перевезення залізничним транспортом в Україні, хоча слід зазначити, що в цей період не з'явилися роботи, у яких би комплексно висвітлювалися питання правового регулювання перевезень залізничним транспортом. Акцентовується увага на тому, що положення ЦК України являють собою правила, що застосовуються однаковою мірою щодо відносин, пов'язаних із перевезенням різними видами транспорту.

Робиться висновок, що, не дивлячись на те, що українське законодавство про залізничні перевезення було розроблено з урахуванням нових ринкових відносин та євроінтеграції і в цілому відповідає міжнародним стандартам, тем не менше, воно не позбавлено недоліків і внутрішніх протиріч, які негативно відображаються на правозастосовчій діяльності, а отже, проблематика становлення, розвитку та сучасного стану цивільного законодавства України щодо цивільно-правових відносин із перевезень залізничним транспортом упродовж усього періоду становлення незалежності України та її шляху до євроінтеграції була і залишається однією з найменш досліджених.

Ключові слова: перевезення, залізничний транспорт, відносини з перевезення залізничним транспортом, договір перевезення залізничним транспортом, вантаж, багаж, пасажир.

R. B. Sirko. On the issue of the formation and development of legislation on relations arising from the carriage by rail

The proposed article provides a general description of the formation and development of Ukrainian legislation on the legal regulation of civil relations arising from rail transportation. At the same time, it is emphasized that one of the priority areas of the development of legislation in Ukraine is the improvement of transport legislation, which should more fully meet the tasks, content and conditions of life of the specified field of civil law, especially in the period of recoding of the civil legislation of Ukraine. The acquisition of independence by Ukraine has led to the first stage in the study of the history of the legislation regulating rail transportation in Ukraine, although it should be noted that during this period there were no works that would comprehensively cover the issues of legal regulation of rail transport. Attention is drawn to the fact that the provisions of the Civil Code of Ukraine are rules that apply equally to the relations associated with the carriage of different modes of transport.

It is concluded that despite the fact that the Ukrainian legislation on rail transportation has been developed in the light of new market relations and European integration and generally meets international standards, it is nevertheless free from deficiencies and internal contradictions that have a negative impact on enforcement activities, and hence the problem of formation, development and current state of the civil legislation of Ukraine on civil-law relations in rail transportation during the whole period of the independence of Ukraine and its path to European integration was and remains one of the least studied.

Key words: transportation, rail transport, recodification, relations with rail transportation, charter of the railroad, contract of carriage by rail, passengers, cargo, luggage, rail.

Постановка проблеми. Одним із пріоритетних напрямків розвитку законодавства в Україні є вдосконалення транспортного законодавства, яке має повніше відповідати завданням, змісту та умовам життєдіяльності зазначеної галузі цивільного права. Проаналізувати сучасний стан правового регулювання перевезень залізничним транспортом можливо лише дослідивши його історію.

Актуальність теми дослідження зумовлена особливим значенням здійснення перевезень залізничним транспортом для економіки України та недосконалістю у зв'язку із проведенням реформ у різних сферах та оновленням законодавства України відповідно до проведених реформ, що в рамках рекодифікації цивільного законодавства України призводить до невдосконаленості правового регулювання деяких положень законодавства, зокрема, у сфері цивільно-правових відносин, що виникають із перевезень залізничним транспортом вантажів.

Сьогодні зумовлює необхідність визначення та однозначного розуміння базових понять відносин із перевезення залізничним транспортом в умовах рекодифікації цивільного права та формування нової системи зобов'язань; заповнення прогалин у дослідженні цих зобов'язань, що мають місце в науковій

літератури; визначення співвідношення норм чинного Цивільного, Господарського та кодексів України, які регулюють відносини транспортних перевезень.

Наведене зумовлює вибір теми дослідження і свідчить про її актуальність як у теоретичному плані, так і з позицій практики у сфері відносин, що виникають із перевезень залізничним транспортом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких науковців, як: С.С. Алексєєв, А.Г. Биков, М.І. Брагинський, В.В. Вітрянський, Г.С. Гуревич, О.В. Дзера, А.С. Довгерт, В.А. Єгізаров, О.С. Іоффе, О.О. Карлов, А.Д. Кейлін, Н.С. Ковалевська, В.В. Луць, О.Л. Маковський, Д.А. Медведєв, Я.І. Рапопорт, А.М. Рубін, Г.П. Савічев, О.І. Сафончик, О.М. Садіков, Є.О. Харитонов, М.Є. Ходунов, Р.Ш. Цинцадзе, Х.І. Шварц, Я.М. Шевченко, Г.Ф. Шершеневич та ін.

Мета статті. Метою статті є науковий аналіз загальних положень законодавства України з метою визначення особливостей цивільно-правових відносин, що виникають із перевезення залізничним транспортом, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері перевезень залізничним транспортом.

Виклад основного матеріалу. Аналіз нормативно-правових актів, які регулювали перевезення залізничним транспортом в Україні, показує, що залишився унікальний досвід, творче осмислення якого може збагатити сучасну цивільно-правову науку. Адже правові ідеї та поняття, що сформувався у праві України з часу здобуття нею незалежності, наприкінці ХХ століття, щодо правового регулювання перевезень залізничним транспортом, створення та функціонування мережі залізниць, пройшли випробування часом і є частиною вітчизняного права, його теоретичною і практичною спадщиною.

При цьому здається доцільним виходити передусім із того методологічного посилання, що весь масив літератури, яка стосується проблематики дисертаційного дослідження, умовно можна поділити на три періоди:

1) дослідження українських науковців у галузі транспортного права, цивільного права та цивільно-процесуального права, а поміж них ті, що стосуються перевезень залізничним транспортом у період становлення незалежності України (1991 рік – 2004 рік);

2) дослідження українських науковців у галузі транспортних перевезень у період становлення цивільного законодавства України на шляху до євроінтеграції в час між помаранчевою революцією та революцією гідності (2004 рік – 2014 рік);

3) праці українських вчених цивілістів після революції гідності в період рекодифікації цивільного законодавства України (2014 рік – сьогодні).

Здобуття Україною незалежності зумовило перший етап у дослідженні історії становлення законодавства регламентуючого перевезення залізничним транспортом в Україні, хоча слід зазначити, що в цей період не з'явилися роботи, у яких би комплексно висвітлювалися питання правового регулювання перевезень залізничним транспортом.

Після проголошення Україною незалежності у 1998 році був затверджений Статут залізниць України [6], який зі змінами й доповненнями діє і сьогодні. Треба зазначити, що норми чинного Статуту, що регулюють відповідальність залізниць за порушення зобов'язань із перевезення вантажів, скопійовані зі Статуту залізниць СРСР. Крім того, у 2004 році набрали чинності Цивільний кодекс України [4] (ЦК) та Господарський кодекс України [5] (ГК), які містять загальні положення щодо перевезення та відповідальності перевізників за порушення своїх зобов'язань та які є Головним нормативно-правовим актом, норми якого регулюють саме договори перевезення.

У сучасній Україні залізничний транспорт посідає друге місце за вантажообігом і перше за пасажирообігом.

У ЦК України положенням, що регулюють такі складні зобов'язання, як перевезення, законодавець присвятив главу 64 «Перевезення».

ЦК України містить лише основні, принципові положення, що регулюють договори перевезення (ст. 908 ЦК України) [4]. Ці положення являють собою правила, що застосовуються однаковою мірою щодо відносин, пов'язаних із перевезенням різними видами транспорту. В основному ж взаємовідносини відправників, перевізників та одержувачів традиційно регулюються транспортними статутами та кодексами.

У зв'язку із цим у незалежній Україні основи транспортного законодавства були закладені у 1994 році із прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про транспорт» [2]. У подальшому з метою правового закріплення основних засад організації та діяльності залізничного транспорту в Україні в липні 1996 року був прийнятий Закон України «Про залізничний транспорт» [3]. У ст. 1 Закону України «Про залізничний транспорт» визначаються поняття залізничного транспорту та залізниці. Так, залізничний транспорт – це виробничо-технологічний комплекс організацій і підприємств залізничного транспорту загального користування, призначений для забезпечення потреб суспільного виробництва і населення країни в перевезеннях у внутрішньому і міжнародному сполученнях та надання інших транспортних послуг усім споживачам без обмежень за ознаками форми власності та видів діяльності тощо, а залізниця – це статутне територіально-галузеве об'єднання, до складу якого входять підприємства, установи та організації залізничного транспорту і яке, при централізованому управлінні, здійснює перевезення пасажирів та вантажів у визначеному регіоні транспортної мережі [3]. Цей Закон також визначає основні правові, економічні

та організаційні засади діяльності залізничного транспорту загального користування, його роль в економіці і соціальній сфері України, регламентує його відносини з органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, іншими видами транспорту, пасажирями, відправниками та одержувачами вантажів, багажу, вантажобагажу і пошти з урахуванням специфіки функціонування цього виду транспорту як єдиного виробничо-технологічного комплексу [3]. Крім того, Законом «Про залізничний транспорт» встановлені основні засади тарифної політики у сфері залізничних перевезень, забезпечення безпеки руху, збереження вантажів та охорони об'єктів на залізничному транспорті, права, обов'язки і відповідальність учасників перевізного процесу на залізничному транспорті тощо.

Важливим етапом створення спеціального законодавства у сфері залізничного транспорту стала Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Статуту залізниць України» [6] (СЗ України), яка була прийнята 06 квітня 1998 року. СЗ України та Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України [8], введені в дію Наказом Міністерства транспорту України № 297 від 28.07.1998 року, визначають відносини у сфері перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти.

Організація перевезень пасажирів, багажу та вантажобагажу встановлюється Порядком обслуговування громадян залізничним транспортом [9] (Постанова Кабінету Міністрів України № 252 від 19.03.1997 року), а умови перевезень – Правилами перевезень пасажирів.

Нормативні документи, що визначають порядок і умови перевезень, користування засобами залізничного транспорту, безпеки руху є обов'язковими для всіх юридичних і фізичних осіб на території України.

Не дивлячись на те, що українське законодавство про залізничні перевезення було розроблено з урахуванням нових ринкових відносин та євроінтеграції і в цілому відповідає міжнародним стандартам, тим не менше, воно не позбавлено недоліків і внутрішніх протиріч, які негативно відображаються на правозастосовчій діяльності. Зазначене пов'язано перш за все з тим, що залізничний транспорт перебуває у стані регулярного структурного реформування, вдосконалення та оновлення. Також залізничний транспорт має ряд рис, специфічних за своєю характеристикою, як побудова оновленої структури управління процесом перевезень залізничним транспортом, наявність слабкої конкуренції з боку інших видів транспорту тощо. Усе це зумовлює необхідність оновлення нормативно-правового регулювання перевезень залізничним транспортом з урахуванням сучасних тенденцій економічного розвитку держави та досвіду зарубіжних країн у галузі правового регулювання перевезень транспортом, зокрема залізничним транспортом. Основним напрямком реформування в галузі відносин щодо перевезень залізничним транспортом повинно виступати підвищення ефективності роботи залізничного транспорту, спрямоване на підвищення ефективності функціонування виробництва та поліпшення життєдіяльності. Слід звернути увагу, що залізничний транспорт забезпечує єдність економічного та стратегічного простору України, є інтегруючим і державно-утворюючим сектором і стабілізуючим фактором економіки, сполучною ланкою економіки, галуззю виробничої інфраструктури. За його допомогою задовольняються потреби в перевезеннях суспільного виробництва держави, а також її населення. У нових соціально-економічних умовах основним завданням державного залізничного транспорту є транспортне обслуговування вантажовідправників, вантажоодержувачів, населення, інших фізичних і юридичних осіб.

Однак, на жаль, в історіографії не існує комплексної праці, яка б узагальнила досвід правового регулювання перевезень залізничним транспортом за цивільним законодавством України. Таким чином, наявних на сьогодні досліджень недостатньо для вирішення теоретичних і практичних питань цивільно-правового регулювання відносин, що виникають із перевезень залізничним транспортом.

Поміж перших дослідників цивільно-правових відносин, що виникають із перевезень залізничним транспортом у сучасному Українському цивільному праві, в період становлення цивільного законодавства України на шляху до євроінтеграції в час між помаранчевою революцією та революцією гідності (2004 рік – 2014 рік) були такі вчені-юристи, як В.С. Мілаш [13], В. Ломака [14], І.В. Булгакова [11], Е.М. Деркач [12], В. Баукин [10] та ін., їхні праці є основним підґрунтям для науковців та практиків під час вирішення питань стосовно перевезення залізничним транспортом. Після революції гідності одним із перших дослідників у сфері правовідносин із перевезення залізничним транспортом став Сірко Р.Б., який продовжує дослідження вказаної галузі вже в рамках рекодифікації цивільного законодавства України.

Тут слід зазначити, що неодноразово з метою вдосконалення та розвитку галузі залізничних перевезень розроблялись стратегії розвитку Укрзалізниці. Так, у стратегії на 2017–2021 роки передбачалося створення п'яти бізнес-вертикалей: вантажні перевезення і логістика; пасажирські перевезення; інфраструктура; послуги локомотивної тяги; виробництво і сервіс. У новій «Стратегії розвитку на 2019–2023 роки», яка була затверджена 12.07.2019 Кабінетом Міністрів України, виділені чотири бізнес-сегменти: вантажні перевезення і логістика; пасажирські перевезення; інфраструктура; виробництво і сервіс. При цьому в обох стратегіях передбачено наявність загального корпоративного центру управління.

Отже, аналіз літератури та нормативно-правових актів дозволив зробити висновок про те, що проблематика становлення, розвитку та сучасного стану цивільного законодавства України щодо цивільно-правових відносин із перевезень залізничним транспортом упродовж усього періоду становлення незалежності

України та її шляху до євроінтеграції була і залишається однією з найменш досліджених. А наявні рухи щодо розвитку залізничних перевезень, шляхом затвердження стратегії розвитку Укрзалізниці дають підстави для одночасного оновлення, тобто рекодифікації законодавства України.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Закон України «Про транспорт» від 10. 11. 1994 р. *ВВР України*. 1994. № 232/94-ВР, № 51. Ст. 446.
3. Закон України «Про залізничний транспорт», Верховна Рада, від 04.07.1996 р. *ВВР України*. 1996. N 273/96-ВР.
4. Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 р. за № 1540-06. *Українська Інвестиційна Газета*. 2002. № 14.
5. Статут залізниць України затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457.
6. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О.Харитонова, О.М. Калітенко. Одеса : Юридична література, 2003. 1080 с.
7. Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти затверджені Наказом Міністерства транспорту України від 28.04.1998 № 297. Зареєстрований в Міністерстві юстиції України 01.10.1998 року за № 620/3060 Із змінами та доповненнями, внесеними Наказом Міністерства транспорту України від 21.12.1999 року № 611 Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 06.01.2000 р. за № 1/4222.
8. Постанова кабінету міністрів України від 19.03.1997 р. № 252 Про Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом, із змінами, внесеними згідно з Постановою КМ № 1248 (1248-2005-п) від 21.12.2005 р.
9. Баукин В. Принципы ответственности за нарушение обязательств перевозки грузов железнодорожным транспортом. *Хозяйство и право*. 2004. № 8. С. 31–41.
10. Булгакова І.В. Транспортне право України: Академічний курс : підручник для юрид. спец. вищих навч. закладів. Київ : Вид. Дім «Ін Юре», 2005. 534 с.
11. Деркач Е.М. Правове регулювання перевезення вантажів залізничним транспортом : дис. канд. юр. наук : 12.00.04. Донецьк, 2007. 212 с.
12. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов. Харків : Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2007. 440 с.
13. Ломака В. Відповідальність вантажовідправника та вантажоодержувача за несвоєчасну оплату перевезення вантажів залізничним транспортом. *Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр.* / Редкол. : В.Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2010. № 1. 320 с.
14. Правове регулювання перевезень в Україні : навчальний посібник / За ред. Є.О. Харитонова. Харків : Одиссей. 2006. С. 75.
15. Цивільне право : підручник: у 2 т. / В.І. Борисов (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. : В.І. Борисов, І.В. Спасибо-Фатєєва, В.Л. Яроцький. Харків, 2011. Т. 1. 656 с.

УДК 349.6

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.19>

В. В. Шеховцов, кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри екологічного права Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИЙ СКЛАДНИК МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ФАУНІСТИЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Статтю присвячено розгляду економіко-правового складника як важливого елементу механізму забезпечення ефективності фауністичного законодавства. Розкрито зміст понять «ефективне фауністичне законодавство» та «ефективність фауністичного законодавства». Визначено перелік умов, які є необхідними для забезпечення ефективності фауністичного законодавства, а саме: відповідність змісту правових норм сучасним умовам суспільного життя, якість нормотворчої діяльності, узгодженість правових норм, рівень урегульованості відносин у галузі охорони, використання і відтворення об'єктів тваринного світу, а також урахування суспільної думки в законотворчому процесі. Наведено характеристику та значення кожної з представлених умов.

Досліджено забезпечення ефективності фауністичного законодавства через економіко-правову призму, розглянуто вплив цієї категорії через базисні інститути (природокористування загалом та використання об'єктів тваринного світу і водних живих ресурсів зокрема) та природоохорону. Виявлено недоліки законодавства, що знижують рівень його ефективності, а також запропоновано шляхи їх усунення. Розглянуто значення еколого-економічного регулювання фаунокористування, насамперед за допомогою застосування еколого-економічних інструментів і засобів, використання яких засноване на принципах синергетичності, результативності, комплексності, цілеспрямованості, збалансованості, адаптивності та інших. Що своєю чергою сприяє збереженню рівноваги між розвитком суспільства і використанням тваринних та водних живих ресурсів.

У роботі наведено актуальні економічні механізми природокористування, серед яких окремо наголошено на платі за фаунокористування. Особлива увага приділяється вивченню ставок за спеціальне використання об'єктів дикої природи (ліцензійні збори, а також за видачу посвідчень мисливців та щорічних контрольних карток обліку порушень дичини та полювання), а також неправомірному використанню фінансових ресурсів, отриманих від екологічних податків та платежів. Пояснюється необхідність доповнення фауністичного законодавства спеціалізованою нормою стимулювання системи охорони та використання об'єктів дикої природи.

Ключові слова: ефективність законодавства, якість законодавства, фауністичне право, механізм забезпечення ефективності, проблеми фауністичного права, еколого-економічне регулювання, стимулювання природокористувачів.

V. V. Shekhovtsov. Economic and legal component of the mechanism of ensuring the effectiveness of faunistic legislation

The article is devoted to the consideration of the economic and legal component as an important element of the mechanism for ensuring the effectiveness of faunistic legislation. The contents of the concepts of "effective faunistic legislation" and "effectiveness of faunistic legislation" are disclosed. The list of conditions necessary to ensure the effectiveness of faunistic legislation is defined, namely: compliance of the content of legal norms with modern conditions of public life, quality of rulemaking, consistency of legal norms, level of regulation of relations in the field of protection, use and reproduction of objects of the animal world, as well as public opinion in the legislative process. The characteristic and significance of each of the presented conditions is given.

Investigations of the effectiveness of faunistic legislation through an economic and legal prism were examined, and the influence of this category through basic institutions of nature management (in general, and the use of wildlife and water living resources in particular) and nature conservation were examined. Deficiencies of the legislation are revealed, reduce the level of its effectiveness, and also ways of their elimination are offered. The importance of ecological and economic regulation of faunal corythology is considered, primarily through the use of environmental and economic instruments and tools, the use of which is based on the principles of synergy, effectiveness, comprehensiveness, focus, balance, adaptability, etc. Which, in turn, helps maintain a balance between the development of society and the use of animals and aquatic living resources.

The article presents current economic mechanisms of nature management, among which the emphasis is on the fee for fauna use. It is noted that the balance of economic and environmental interests in society and the stability of the economy depend on the effectiveness of the implementation of the principle of payment. In addition, the main tasks of the fee for the use of wildlife and aquatic living resources are identified. Identified problem of misuse of fees and charges for the use of wildlife and aquatic living resources. Particular attention is devoted to the study of rates for the special use of wildlife objects (license fees, as well as for the issuance of hunter certificates and annual control cards for recording game and hunting violations), as well as misuse of financial resources received from environmental taxes and payments. The necessity of supplementing faunistic legislation with a specialized norm for stimulating the system of protection and use of wildlife objects is explained.

Key words: efficiency of legislation, quality of legislation, faunistic law, mechanism for ensuring efficiency, problems of faunistic law, environmental and economic regulation, stimulation of nature users.

© **В. В. Шеховцов, 2020**

Постановка проблеми. У світлі глибинних, широкомасштабних і різноспрямованих реформ, що проводяться сьогодні у світі, важливою складовою частиною яких стала оптимізація правового регулювання суспільних відносин у сфері охорони, раціонального використання і відтворення тваринного світу, особливого значення набуває еколого-економічний аспект ефективності регулювання такої діяльності.

Подальший успішний розвиток фауністичних правовідносин можливий лише на основі підтримання певного рівня їх упорядкованості, забезпечення максимально можливої стабільності і стійкості, тобто створення умов для нормального функціонування усіх системних елементів, що не в останню чергу забезпечується різного роду економічними механізмами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти проблематики ефективності законодавства досліджували такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як В.Б. Авер'янов, Ф.Н. Фаткулін, Н.М. Нікітінський, Ю.І. Матвєєва, Г.В. Тимченко, Л.В. Гапоненко, Н.А. Дубіна, О.В. Турута та інші. У той же час про ефективність власне економічного складника зазначається у працях таких вчених, як Р. Коуз, Д. Етвела, М. Мілгейт, П. Ньюман, Н.М. Оніщенко, Ю.Г. Лисенко, В.В. Костицький, О.О. Харіна та інші.

Втім, незважаючи на охоплення цими дослідженнями широкого законодавчого поля, дослідження економіко-правового складника механізму забезпечення фауністичного законодавства в Україні на цей час здійснено не було, що також додає актуальності цьому науковому дослідженню.

Метою статті є розкриття змісту поняття ефективності фауністичного законодавства та докладний розгляд його економіко-правового складника. Водночас головними завданнями дослідження є – виявити недоліки законодавства, що знижують рівень його ефективності, а також запропонувати шляхи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. У тлумачному словнику «ефективний» розглядається як такий, що призводить до потрібних результатів, наслідків, дає найбільший ефект або викликає ефект, тобто результативний, дієвий, здатний створити цей результат; своєю чергою «ефективність» – це характеристика якогось-небудь об'єкта (пристрою, процесу, заходу, виду діяльності), що відображає його суспільну користь, продуктивність та інші позитивні якості [1, с. 358].

Як внутрішня властивість норми права ефективність породжується та зумовлюється іншими її властивостями, якостями, її безпосереднім змістом. Оскільки досконалість форми та змісту норми права є необхідною умовою її ефективної дії, можна виявити певні ознаки, властивості норм права, без яких їх дія не може бути ефективною.

Отже, спробуємо сформулювати перелік умов, які є необхідними для забезпечення ефективності фауністичного законодавства.

1. *Відповідність змісту правових норм сучасним умовам суспільного життя.* Це є основоположним фактором у зазначеній сфері, адже в іншому разі може виникнути ситуація, за якої правова норма де-юре є чинною, але де-факто не вчиняє позитивного впливу на суспільні відносини, не забезпечує необхідного результату, тобто є малоефективною або й зовсім неефективною.

2. *Якість нормотворчої діяльності.* Цей фактор тісно пов'язаний із попереднім. Як зазначається: «норми права не можуть здійснювати ефективний вплив на суб'єктів, залишаючись при цьому в незмінному вигляді тривалий час» [5, с. 179]. Властивості, які є складниками якості закону, поділяються на ті, що характеризують закон як джерело права, і ті, що характеризують змістовний аспект якості закону [16, с. 37].

Якість фауністичного законодавства полягає у встановленні відповідності таким основним його ознакам: адекватність відображення та узгодження в законі прав, свобод та інтересів різних суб'єктів права, задіяних у охороні та використанні об'єктів тваринного світу; розподіл прав та обов'язків між різними суб'єктами права; своєчасність закону та відповідність його рівню розвитку загальноекологічних відносин, що склалися в країні; правильно сформульовані мета і завдання закону; ресурсне забезпечення закону, зокрема шляхом формування спеціалізованих фондів; оптимальність рішення, яке покладено в основу нормативно-правового регулювання; дотримання вимог законодавчої техніки під час створення закону тощо.

3. *Рівень врегульованості відносин* у галузі охорони, використання і відтворення об'єктів тваринного світу, ступінь збереження та поліпшення середовища існування диких тварин, а також якість наявних умов для збереження видового і популяційного різноманіття тварин є ще однією невіддільною властивістю, атрибутом ефективного фауністичного законодавства.

4. *Урахування суспільної думки в законотворчому процесі.* Важливим в цьому контексті буде відзначити врахування думки професійних мисливців, риболовів, а також осіб, що ведуть відповідно мисливське господарство чи провадять рибогосподарську діяльність. Це дозволить розкрити ефективність правої норми з погляду її реального практичного застосування.

5. *Узгодженість правових норм, відсутність між ними протиріч та прогалів.* Колізійність – явище, на жаль, часто притаманне усім рівням системи законодавства, в тому числі і фауністичному (дублювання повноважень органів екологічного управління, неоднозначність визначення фауністичних інститутів різними нормами тощо). На низьку ефективність правої норми може впливати декілька факторів, в тому числі, на думку Н.А. Дубіни та О.В. Турути, протиріччя новоприйнятої норми права з уже діючою, а також між процесуальними нормами, котрі наділені різною або однаковою юридичною силою» [4, с. 24]. Подолання цього явища є константною задачею, яка повсякчас проявляється у зв'язку з динамізмом нормотворчих процесів,

проте водночас існують і механізми законодавчої техніки, здатні створити гармонійне співвідношення окремих правових норм. У науці неодноразово наголошувалося на нагальності питання здійснення комплексної систематизації екологічного законодавства, що змінюється сьогодні під супроводженням апроксимаційних процесів. В перспективі такі процедури сприятимуть і внутрішній законодавчій гармонізації.

Таким чином, ефективне фауністичне законодавство можна визначити як узгоджену систему якісних законів, за допомогою яких суб'єкти правових відносин у сфері охорони, раціонального використання і відтворення тваринного світу реально можуть задовольняти свої інтереси відповідно до загальних принципів права та правової держави. Відповідно, ефективність фауністичного законодавства – це рівень задоволення інтересів суб'єктів зазначених правових відносин відповідно до загальних принципів права та правової держави.

Співвідношення економічних і правових пріоритетів при цьому не залишаються незмінними. Як відзначають А.І. Сухоруков та Ю.М. Харазішвілі, правові норми, з одного боку, відчують вплив економіки, зберігають єдність з нею, а з іншого – загальнополітична ситуація може вести до все більшого відносного відокремлення права від економіки, набуття правом все більшої відносної самостійності і зростання його зворотного впливу на економіку [15, с. 13].

Еколого-економічне регулювання має включати в себе весь комплекс заходів, спрямованих на поліпшення фаунокористування та зменшення негативного впливу на представників дикої фауни. Насамперед це стосується використання загальноекономічних важелів. Регулювання повинно бути націлене на захист середовища проживання і раціональне використання об'єктів тваринного світу в тому числі шляхом застосування сучасних методів екологічного менеджменту. Це сприятиме збереженню рівноваги між розвитком суспільства і використанням тваринних та водних живих ресурсів.

Склад еколого-економічних інструментів і засобів визначається з урахуванням цільових орієнтирів екологічної політики та поточного стану економіки. Для визначення комплексу інструментів використовують принципи: «синергетичності, результативності, комплексності, цілеспрямованості, збалансованості, інтегрування, адаптивності, відповідальності, компетентності» [17, с. 19–20]. Думаємо, що в цьому контексті можна також говорити про принципи ефективності, дієвості, соціальності, оперативності, інноваційності, дотримання яких своєю чергою також здатне сприяти збалансованому еколого-економічному розвитку.

Сьогодні у світі існує достатня кількість економічних механізмів природокористування, серед яких: плата за користування ресурсами, плата за негативний вплив на навколишнє середовище, фінансування екологічних програм, страхування, екологічні фонди, продаж права на забруднення, прискорена амортизація, податкові та інші види пільг, заходи відповідальності за порушення природоохоронного законодавства. Характеристику пропонованих механізмів можна зустріти в сучасних економіко-правових дослідженнях [3], проте лише частина з них активно використовується в Україні в рамках фауністичного законодавства. Головне ж місце серед них займають платежі за користування природними ресурсами.

Принцип платності природокористування – порівняно молодий правовий принцип, проте його широке поширення в природно-ресурсних і природоохоронних відносинах дозволяє говорити про велику значущість останнього як для економіки, так і для збереження екологічної рівноваги [14, с. 37]. Як відзначає О.М. Яременко, система ресурсних платежів є складовою частиною податкової системи України. Вони пов'язані з фінансуванням природоохоронної діяльності держави, є самостійним джерелом доходів державного бюджету [18, с. 31]. Із останнім твердженням погодитися звісно ж можна, однак питання, на жаль, залишається в тому, що фінансування природоохоронної діяльності в разі відрізняється від обсягів отриманих цільових зборів, про що згадаємо трохи далі.

Від ефективності реалізації принципу платності залежить баланс економічних і екологічних інтересів у суспільстві, стабільність економіки, яка сьогодні великим чином зумовлена кількістю та якістю природних багатств. Основним механізмом реалізації принципу платності в процесі економічного розвитку є «надійна система реінвестування доходів від використання природних ресурсів у поновлюваний капітал, як природний, так і інші види капіталу» [6, с. 326].

Законодавство про тваринний світ передбачає систему платежів за користування об'єктами тваринного світу та об'єктами водних біологічних ресурсів, що відобразилося в Законі України «Про тваринний світ» закріпленням принципу платності. Платність же використання об'єктів тваринного світу та водних живих ресурсів вирішує три головні завдання: підвищення зацікавленості користувача в ефективному використанні таких ресурсів; матеріальне стимулювання в їх збереженні та відтворенні; акумулювання додаткових коштів на таке відновлення і відтворення.

Характеризуючи економічне значення збору за спеціальне використання об'єктів тваринного світу, слід відзначити, що потребують перегляду ставки за спеціальне використання об'єктів тваринного світу (плата за ліцензії, а також за видачу посвідчень мисливця та щорічних контрольних карток обліку добутої дичини і порушень правил полювання). Перш за все серед позитивних перетворень у частині законодавчої еволюції нормативно-правових актів з визначення вартості ліцензії слід відзначити усунення різного порядку її встановлення для громадян та іноземців. Крім приведення до відповідності галузевих норм, це позитивно впливає й на туристичний потенціал країни та її інвестиційну привабливість.

Водночас під час визначення вартості ліцензій на добування мисливських тварин у мисливських угіддях України існують і певні недоліки. Також відповідно до Наказу Державного комітету лісового господарства України № 493 від 24.11.2005 «Про встановлення вартості ліцензій на добування мисливських тварин», вартість ліцензій на добування лося (найдорожча позиція) становила 150 гривень для громадян України. Своєю чергою за Наказом Державного комітету лісового господарства України № 243 від 28.09.2009 – 500 гривень. Останні зміни відбулися 16.05.2011 з прийняттям Наказу Міністерства аграрної політики та продовольства України № 179, за яким для полювання на лося необхідно отримати ліцензію вартістю 2 000 грн. Таким чином, ми спостерігаємо ситуацію, за якої за шестирічний період – з 2005 по 2011 рік – вартість ліцензій на добування мисливських тварин збільшилась у понад тринадцять разів. За наступні ж дев'ять років вартість ліцензій взагалі не змінювалася.

Як відомо, у грудні 2017 року Міністерство екології та природних ресурсів своїм наказом внесло лося європейського до Червоної книги України. У листопаді 2018 року Окружний адміністративний суд міста Києва визнав нечинним цей наказ Мінекології за позовом фізичної особи, яка вважала, що встановлення лімітів добування мисливських тварин є порушенням його прав та інтересів. У квітні 2019 року Шостий апеляційний адміністративний суд постановив скасувати рішення Окружного адмінсуду та відмовити позивачу в його вимогах у повному обсязі. Однак вищезгаданий Наказ № 179 продовжує діяти в редакції від 16.05.2011 року, і жодні зміни, спрямовані на усунення спірної ситуації, до останнього не вносилися. Наразі для добування лося в мисливських угіддях України встановлено вартість ліцензії у розмірі 2000 грн. Проте, навіть зважаючи на необхідність внесення цієї тварини до Червоної книги України, вартість видобутку до 2017 року залишалася незмінною.

В Україні діяльність із спеціального використання тваринного світу (в тому числі полювання) навряд чи є основним засобом виживання чи отримання прибутку для людини. Натомість воно стало одним із різновидів відпочинку, розваг, задоволення власних спортивних, рекреаційних та інших потреб. Безумовно, це ще раз підтверджує необхідність перегляду та збільшення плати.

Разом з тим також привертає увагу момент суттєвої розбіжності між розміром плати за спеціальне використання диких тварин (крім мисливських тварин, рибних запасів, видів тварин, занесених до Червоної книги України) та добування мисливських тварин у мисливських угіддях України.

За Тимчасовим порядком справляння плати за спеціальне використання диких тварин, затвердженим Постановою КМУ №123 від 25.1996 року (у редакції від 24.12.2019), плата за спеціальне використання білки (1 особина) складає 10 доларів США та сплачується у національній валюті України [10]. У той же час відповідно до Наказу Міністерства аграрної політики та продовольства України № 179 від 16.05.2011 «Про затвердження Вартості ліцензій на добування мисливських тварин у мисливських угіддях України» вартість ліцензій на добування Білки становить 15 гривень [8].

Згідно з п. 4.1. Положення про правила проведення полювань, поведження із зброєю та порядок видачі ліцензій на добування мисливських тварин, затвердженого наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України № 549 від 17.10.2011, – ліцензія це документ суворої звітності, який дає право на добування однієї особини тварини певного виду, що зазначена в ньому [9]. Таким чином, за рівних умов та кількості плата за спеціальне використання білок (у разі коли їх добування не пов'язане з веденням мисливського господарства) значно вища, ніж у мисливських угіддях.

Існує також проблема з цільовим використанням коштів, отриманих із зборів і платежів за користування природними ресурсами. Так, питома вага доходів від податків, зборів та платежів за користування природними ресурсами (і об'єктами тваринного світу зокрема) в структурі загальних доходів бюджету на 2020 рік становить досить значну частину 5,04%, тоді як витрати на охорону навколишнього середовища лише 0,69% [3].

Бюджетні доходи від податків, зборів та платежів за користування природними ресурсами значно перевищують витрати на охорону навколишнього середовища. Така ситуація свідчить про нецільове використання фінансових ресурсів, одержуваних від екологічних податків і платежів, оскільки зазначені кошти спрямовуються на цілі, не пов'язані з охороною навколишнього середовища та забезпеченням екологічної безпеки країни.

Не менш важливу роль у забезпеченні ефективності законодавства відіграє принцип стимулювання користувачів щодо належного використання природних ресурсів, їх відтворення та охорони. Виражається він в юридичному закріпленні як сукупності економічних заходів стимулювання за належне виконання суб'єктами своїх прав та обов'язків, так і у застосуванні санкцій за порушення екологічних вимог і законодавства. В.М. Хобта та О.Ю. Руднева такі стимули розподіляють на матеріальну зацікавленість (позитивні стимули і негативні) та дисциплінарну відповідальність [13, с. 183].

З прийняттям Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» у ньому одразу був передбачений окремий розділ, присвячений економічному механізму забезпечення охорони навколишнього природного середовища (ст. 48). При цьому статтею 37 зазначеного закону прямо вказано, що охорона тваринного світу забезпечується шляхом стимулювання діяльності, спрямованої на охорону, раціональне використання і відтворення тваринного світу. Незважаючи на наведене, в частині регулювання цього

питання Закон України «Про тваринний світ» використовує лише відсылну норму, за якою стимулювання працівників уповноважених органів виконавчої влади, громадських інспекторів, посадових осіб підприємств, установ та організацій, які здійснюють охорону, використання і відтворення тваринного світу, здійснюється відповідно до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та інших законодавчих актів у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ст. 62).

Таким чином, у прийнятому значно пізніше Законі України «Про тваринний світ» хоча й наголошено на вагомій ролі стимулювання для забезпечення охорони тваринного світу, фактично не розроблено реального механізму для ефективного використання економічних стимулів. Крім того, як вбачається з назви та змісту ст. 62, а також приналежності її до розділу VI Закону «Контроль у галузі охорони, використання і відтворення тваринного світу», звужується коло суб'єктів, на яких поширюється її дія, зокрема, не враховано таку важливу категорію, як власники об'єктів тваринного світу.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Основними складовими компонентами ефективності законодавства, що досліджені у статті, є: якість; відповідність змісту правових норм сучасним умовам суспільного життя; досягнутий результат – рівень врегульованості відносин у галузі охорони, використання і відтворення об'єктів тваринного світу; узгодженість правових норм, відсутність між ними протиріч та прогалин. За результатами проведеного дослідження можна стверджувати, що сучасне фауністичне законодавство не відповідає усім зазначеним критеріям в повному обсязі.

Так, серед основних недоліків, які притаманні системі платежів, що наразі склалася, вважаємо за необхідне виділити такі: розмір платежів непорівнянний з реальним збитком, що наноситься стану, умовам та середовищу існування тварин; платежі не створюють джерел цільового та гарантованого фінансування заходів з подолання зниження відтворюючої здатності та виникнення загрози знищення тварин, оскільки зібрані кошти надходять до бюджетів різних рівнів і можуть витратитися на різні цілі; неточність нарахування суми платежів, оскільки на цей час фауністичне законодавство не містить ні поняття лімітів використання об'єктів тваринного світу), ні визначених критеріїв для встановлення лімітів.

Також потребують перегляду ставки за спеціальне використання об'єктів тваринного світу (плата за ліцензії, а також за видачу посвідчень мисливця та щорічних контрольних карток обліку добутої дичини і порушень правил полювання). Тому є доцільним переглянути документи щодо справляння зборів за здійснення мисливства та рибальства, а також вартості видачі ліцензій на добування мисливських тварин з метою приведення їх у відповідність сучасним економічним реаліям, цінній політиці та усунення колізійності норм.

Крім того, наразі виникла ситуація, яка свідчить про нецільове використання фінансових ресурсів, одержуваних від екологічних податків і платежів, оскільки зазначені кошти спрямовуються на цілі, не пов'язані з охороною навколишнього середовища та забезпеченням екологічної безпеки країни. Наведене викликає необхідність перегляду процедури розподілу бюджетних коштів, а також закріплення надійного правового механізму контролю за здійсненням останнього, що надалі сприятиме забезпеченню ефективності та досягненню цілей фауністичного законодавства України.

За результатами дослідження також видається необхідним окремо закріпити на законодавчому рівні положення відносно економічного стимулювання з урахуванням особливостей фауністичних правовідносин. Відповідну норму «Стимулювання в системі охорони та використання об'єктів тваринного світу» пропонується розмістити в Розділі IV – «Охорона тваринного світу», оскільки додавання окремого розділу по аналогії з Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» з огляду на більш обмежене коло правовідносин в цьому разі не є виправданим.

Список використаних джерел:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови/ уклад, і голов. ред. В.Т. Бусел. Ірпінь : Перун, 2007. 1736 с.
2. Державний веб-портал бюджету для громадян. URL: <https://openbudget.gov.ua/national-budget/incomes>.
3. Дідух В. Р. Економічні механізми реалізації державної екологічної політики. *Державне будівництво*. 2008. № 1. С. 1–10. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2008_1_15.
4. Дубіна Н.А., Турута О.В. Проблеми ефективності законодавства України. *Право і Безпека*, 2015. № 2. С. 23–27.
5. Коваль А.А. Причини і наслідки недотримання вимог юридичної техніки формування кримінально-процесуальних норм. *Право і Безпека*, 2010. № 5 (37). С. 179–185. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pib_2010_5_43.pdf.
6. Нагаева О.С., Шапарев Н.Я. Система платежів за природні ресурси для устойчивого розвитку сировинної території. *Вестник Сибирского государственного аэрокосмического университета им. акад. М. Ф. Решетнева*, 2009. Вып. 2 (23). С. 324–327.
7. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2011, № 13-14, № 15-16, № 17, ст. 112.

8. Про затвердження Вартості ліцензій на добування мисливських тварин у мисливських угіддях України: Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України № 179 від 16.05.2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123-96-%D0%BF>.

9. Про затвердження Положення про правила проведення полювань, поводження із зброєю та порядок видачі ліцензій на добування мисливських тварин: Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України №549 від 17.10.2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1211-11>.

10. Про затвердження Тимчасового порядку справляння плати за спеціальне використання диких тварин: Постанова КМУ №123 від 25.1996 року (у редакції від 24.12.2019 р.) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123-96-%D0%BF>.

11. Про тваринний світ : Закон України від 13.12.2001 № 2894-III. *Голос України*. 2002. 16 січ. (№9)

12. Про Червону книгу України : Закон України від 07.02.2002 року № 3055-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. №10. Стор. 135. Ст. 462.

13. Руднева О.Ю., Хобта В.М. Напрямки формування ефективного організаційно-економічного механізму екологічного управління. *Наукові праці Донецького національного технічного університету*. Серія економічна. Донецьк, ДонНТУ, 2009. Вип. 37–3. С. 178–185.

14. Рыженков А.Я. Принцип платности природопользования в праве. *Вестн. Волгогр. гос. ун-та. Сер. 5, Юриспруд.* 2014. № 2 (23), С. 37–42

15. Сухоруков А.І., Харазішвілі Ю.М. Теоретико-методологічний підхід до інтегральної оцінки та регулювання рівня екологічної безпеки держави. *Банківська справа*. 2011. № 4. С. 13–32.

16. Тимченко Г.В. Ефективність законодавства як форми права. *Вісник Запорізького національного університету*. Юридичні науки, 2013. № 4. С. 36–42

17. Швиданенко Г.О. Розвиток підприємства на еколого-економічних засадах. Монографія. Київ : КНЕУ, 2017. 184 с.

18. Яременко О.М. Економічна природа платежів за користування природними ресурсами. *Формування ринкових відносин в Україні*, 2014. № 2. С. 28–32.

УДК 343.22

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.20>

Г. М. Андрусяк, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Східноєвропейського національного університету
імені Лесі Українки

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Проблема злочинності неповнолітніх залишається актуальною для всього світового співтовариства, стурбованого пошуком одночасно гуманних та дієвих заходів профілактичного впливу та протидії цьому небезпечному явищу. Інтеграція України в міжнародну спільноту неможлива без повного приведення національного законодавства у відповідність до загально визнаних міжнародних стандартів у сфері правосуддя для неповнолітніх, а також запозичення найбільш ефективних форм, методів, заходів і засобів, які апробовані світовою практикою у сфері попередження та протидії деліквентній поведінці неповнолітніх. Кожна держава, піклуючись про своїх неповнолітніх громадян, зокрема тих, що вчинили кримінальне правопорушення, має на меті реалізацію положень міжнародно-правових актів у сфері відправлення правосуддя та запобігання злочинності неповнолітніх. Зокрема, в країнах Європи та Америки створені спеціальні закони, процедури, органи й установи, які мають безпосереднє відношення до неповнолітніх, що вчинили кримінальне правопорушення. У положеннях кримінального законодавства цілої низки країн світу встановлений мінімальний вік, нижче якого діти вважаються нездатними порушити кримінальне законодавство, передбачена диференціація й індивідуалізація кримінальної відповідальності залежно від віку, ступеня тяжкості суспільно-небезпечного діяння та особливостей особистості неповнолітніх. Під час призначення покарання повною мірою забезпечується піклування про захист неповнолітнього від кримінального впливу і кримінального зараження, для чого максимально скорочується обсяг застосування до таких осіб позбавлення волі та застосовуються альтернативи такому виду покарання у вигляді кримінально-правових заходів.

Ключові слова: вікова межа, деліквентна поведінка неповнолітніх, кримінальна відповідальність неповнолітніх, законодавство зарубіжних країн, захист прав і свобод неповнолітніх, позбавлення волі неповнолітніх.

G. M. Andrusiak. The criminal personality of minors under the laws of foreign countries

The problem of juvenile delinquency remains relevant for the entire world community, concerned about the search for both humane and effective measures to prevent and counteract this dangerous phenomenon. Specificity of juvenile delinquent behavior is conditioned by the essential features of their socio-psychological development – insufficient psychophysical, age and social maturity, instability of moral values and guidelines, tendency to influence of adult offenders. Integration of Ukraine into the international community is not possible without fully aligning national legislation with the generally recognized international standards in juvenile justice, as well as borrowing the most effective forms, methods, measures and means that are tested by the world practice in the field of prevention and counteraction to delinquent behavior. Each state, taking care of its minor citizens, including those who have committed a criminal offense, aims at implementing the provisions of international legal instruments in the field of justice and prevention of juvenile delinquency. In particular, special laws, procedures, bodies and institutions have been created in European and American countries that are directly related to juveniles who have committed a criminal offense. The provisions of criminal law of a number of countries of the world set a minimum age below which children are considered incapable of violating criminal law, differentiation and individualization of criminal responsibility depending on age, severity of socially dangerous acts and personality traits of minors. When punishment is given, the protection of the juvenile from criminal influence and criminal contamination is fully ensured, whereby the maximum amount of imprisonment for such persons is reduced and alternatives to such punishment in the form of criminal measures are applied. In foreign criminal legislation on the responsibility of minors the dominant role is played by educational measures against punitive persons, their wide range for correction of behavior of minors is provided, in the countries there is an extensive network of various educational institutions.

Key words: age limit, delinquent behavior of minors, criminal responsibility of minors, legislation of foreign countries, protection of the rights and freedoms of minors, juvenile imprisonment.

Постановка проблеми. Сьогодні майже у всіх країнах світу кримінально-правовий режим для неповнолітніх правопорушників відрізняється тією чи іншою мірою від кримінально-правового режиму дорослих, адже такий правопорушник потребує особливих заходів кримінально-правового впливу, яким притаманний переважно виховний, а не каральний акцент. У більшості країн це призвело до відокремлення норм про кримінальну відповідальність неповнолітніх в окремий самостійний розділ кримінального права чи навіть в окрему галузь кримінального законодавства. Зокрема, в Іспанії та країнах Латинської Америки у ХХ ст. вкоренилось поняття «кримінальне право неповнолітніх» («Derecho penal juvenile»). Такий підхід відповідає вимогам Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо

неповнолітніх (Пекінські правила), правило 2.3 яких приписує «в межах кожної національної юрисдикції <...> докласти зусиль для прийняття комплексу законів, правил і положень, які стосуються безпосередньо неповнолітніх правопорушників» [1]. Також спеціальна глава про кримінальну відповідальність неповнолітніх включена до структури загальної частини Кримінального кодексу (далі – КК) країн колишнього СРСР (за виключенням Молдови), колишніх югославських республік (окрім Сербії та Хорватії), Болгарії, Угорщини, В'єтнаму, Іраку, Латвії, Литви, Нідерландів, Румунії, Ефіопії [2, с. 408].

Фахівці в галузі кримінального права слушно зазначають, що необхідність у законодавчому відокремленні норм про кримінальну відповідальність неповнолітніх осіб зумовлена необхідністю їх особливого правового захисту [3, с. 53].

Лише в окремих країнах норми про кримінальну відповідальність неповнолітніх структурно не виділені ні в КК, ні в окремому законі (Албанія, Лаос, Монголія, Таїланд).

Науковий інтерес становить сучасна практика встановлення законодавством зарубіжних країн віку особи, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності.

Мета статті – аналіз законодавства зарубіжних країн щодо кримінальної відповідальності неповнолітніх.

Виклад основного матеріалу. Притягнення до кримінальної відповідальності передбачає наявність в особи можливості усвідомлювати свої дії, керувати ними, співвідносити свої вчинки із загальноприйнятими нормами поведінки, простежувати причинно-наслідкові зв'язки між своїми діями і можливими наслідками. Природно, що така можливість виникає не з народження, а в міру соціалізації особи, її входження в суспільні відносини, освоєння нею соціального досвіду, іншими словами, особа повинна володіти певним комплексом загальних знань і навиків, що дозволяють правильно орієнтуватися й уміти поводитися в звичних, повсякденних життєвих ситуаціях [4, с. 17].

Делікатність проблеми вікової межі кримінальної відповідальності, на думку вчених, полягає в тому, що, фіксуючи віковий поріг настання кримінальної відповідальності, законодавець не застрахований від помилок, але водночас він змушений його встановити. Помилки у встановленні віку настання кримінальної відповідальності пов'язані з тим, що його визначення завжди відбувається щодо середнього або звичайного рівня розвитку індивіда, без урахування всього різноманіття життєвих ситуацій і індивідуальних особливостей кожного конкретного підлітка. Вимушеність встановлення вікового цензу кримінальної відповідальності визначається прагненням уникнути сваволі будь-якого роду в практиці притягнення неповнолітніх до кримінальної відповідальності. Законодавець, ураховуючи насамперед дані медицини, психології, педагогіки та інших наук, встановлюючи вік кримінальної відповідальності, виходить із нормальних, типових для більшості підлітків умов їхнього розвитку й формування на певних етапах їхнього життєвого шляху.

У зарубіжному законодавстві вік, по досягненні якого особа вважається повнолітньою, не є універсальним. Загальновизнано, що дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку [5]. Проте в нормах міжнародного права, коли йдеться про неповнолітніх як осіб, які не досягли 18 років, є застереження: «якщо інший вік не встановлений національним законодавством». Саме таке формулювання міститься в Пекінських правилах ООН (Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх). Ці правила застерігають, що мінімальний вік кримінальної відповідальності не має закріплюватися на низькому рівні вікового розвитку особи. Універсальним же критерієм вікової здатності особи до винної відповідальності є її емоційна, духовна й інтелектуальна зрілість [6].

Вік кримінальної відповідальності може бути встановлений єдиним або диференційованим способом. У першому випадку кримінальна відповідальність настає в повному обсязі після досягнення визначеного в законі віку, хоча не виключається пільговий режим для неповнолітніх під час призначення покарання: його пом'якшення або навіть повне звільнення від кримінальної відповідальності за наявності законних підстав. Єдина вікова межа кримінальної відповідальності встановлена: 14 років – у Австрії, Італії, Грузії, Кубі, Латвії, Південній Кореї, Сербії, Угорщині, Естонії, 15 років – у Данії, Лаосі, Норвегії, Ісландії, Фінляндії, Чехії, Швеції, 16 років – у Болівії, Бельгії, Португалії [7, с. 29, 75, 127; 8, с. 37–40; 9, с. 46; 10].

У країнах, де вік кримінальної відповідальності диференціюється за правовим режимом, поряд із власне кримінальною відповідальністю законодавчо виокремлюється особливий інститут кримінальної відповідальності неповнолітніх зі своєю специфічною процедурою і системою санкцій. Таким чином, у цих країнах існує «дорослий» і ювенальний вік кримінальної відповідальності [11, с. 150]. Зокрема, у Венесуелі, Гватемалі, Гондурасі, Колумбії, Нікарагуа, Перу під дію вказаних законів підпадають особи у віці від 12 до 18 років, в Іспанії – від 14 до 18 років, у Йорданії – від 7 до 18 років [12, с. 192]. При цьому нерідко вказується, що неповнолітні виключаються зі сфери дії КК і відповідають за спеціальним законодавством. Наприклад, ст. 20 КК Іспанії передбачає, що особи, які не досягли вісімнадцяти років, не підлягають кримінальній відповідальності за кримінальним кодексом. Якщо особа, яка не досягла зазначеного віку, скоює злочин, вона буде відповідати за Законом про кримінальну відповідальність неповнолітніх.

У Нідерландах мінімальний вік кримінальної відповідальності неповнолітніх – 12 років, максимальний – 21 рік. Знижений вік кримінальної відповідальності диференціюється за віковими групами: 12–16 років і 16–18 років. Суди можуть застосувати до неповнолітніх положення «загального»

кримінального права, беручи до уваги тяжкість покарання і характер правопорушення. Суди мають повноваження також використовувати положення ювенального кримінального права щодо осіб, старших 18 років, але які не досягли 21 року.

У більшості країн світу вік кримінальної відповідальності диференціюється відповідно до принципу розуміння. Відповідно до нього неповнолітній несе відповідальність із визначеного віку, тільки якщо буде встановлено, що він діяв з розумінням. При цьому законодавець зазвичай встановлює нижню вікову межу (абсолютної безвідповідальності) і верхню (абсолютної відповідальності). Питання про відповідальність вирішується судом з огляду на рівень психічної зрілості дитини, що є проявом індивідуального підходу до кожного конкретного індивіда. Така законодавча практика заслуговує на схвалення, адже вирішувати питання кримінальної відповідальності неповнолітніх лише за «календарно-віковим» мірилом – надто спрощений підхід.

У зв'язку з прагненням України наблизитись до світових стандартів у сфері правосуддя для неповнолітніх корисним буде дослідити норми зарубіжного законодавства, що стосуються кримінального покарання та заходів кримінально-правового впливу, які застосовуються до неповнолітніх осіб за вчинені ними кримінальні правопорушення. У державах континентальної правової сім'ї особливості покарання неповнолітніх передбачені лише в кримінальних кодексах (держави СНД, Латвія, Литва) або як у кримінальних кодексах, так і в спеціальних законах (Італія, Нідерланди, Швейцарія), або лише в спеціальних законах. Наприклад, у Франції діє Ордонанс про відповідальність неповнолітніх правопорушників 1945 р., а у ФРН – Закон про суди для молоді 1953 р. (зі змінами 1961 р.) та Закон про відправлення правосуддя у справах неповнолітніх і щодо діянь, вчинених неповнолітніми (у редакції 1974 р.), у Швеції – Закон про соціальну службу 1980 р. та Закон про опіку над молоддю 1990 р. [13, с. 25].

У законодавстві багатьох країн світу передбачені спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності й покарання, що застосовуються до неповнолітніх. Законодавство Болгарії, Киргизії, Литви містить додаткові підстави звільнення від кримінальної відповідальності; Албанії, Казахстану, Кувейту, Польщі, Росії, Туркменістану – від покарання; Вірменії, Білорусії, Грузії, Молдови, Таджикистану, Узбекистану – і від відповідальності, і від покарання.

Відповідно до п. 2 ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. та п. «а» ст. 37 Конвенції про права дитини смертні вироки не повинні виноситись за злочини, скоєні особами, молодшими за 18 років. Цю міжнародно-правову норму була прийнято більшістю країн, у КК яких ще зберігається смертна кара. Нині лише 6 країн допускають застосування виключної міри покарання до осіб, що вчинили злочин у неповнолітньому віці (Демократична Республіка Конго, Іран, Нігерія, Пакистан, Саудівська Аравія, Судан). Китай унеможливив смертну кару для неповнолітніх правопорушників у 1997 році, США – лише у 2005 році.

Конвенція ООН про права дитини забороняє застосування довічного позбавлення волі без можливості звільнення. Резолюція XVII Міжнародного конгресу з кримінального права містить заклик виключити застосування даного покарання до неповнолітніх у будь-якій формі. У більшості держав застосування цього покарання до осіб молодше 18 років не допускається кримінальним законодавством (Азербайджан, Вірменія, Білорусія, Грузія, Казахстан, Молдова, Польща, Росія, Румунія, Туреччина, Україна, Фінляндія, арабські країни). У деяких країнах встановлено підвищений віковий поріг для застосування зазначеного покарання: 20 років (Австрія, Болгарія, Угорщина) або 21 рік (Македонія, Республіка Сербська). В Італії застосування до неповнолітніх довічного позбавлення волі визнано неконституційним. У деяких державах застосування довічного позбавлення волі до неповнолітніх не заборонено, і такі покарання реально призначаються (США, Великобританія, Сьєрра-Леоне, ПАР).

Міжнародне право не забороняє застосування тілесних покарань до неповнолітніх. Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх, 1985 (Пекінські правила), які забороняють застосування цього покарання, носять лише рекомендаційний характер. Тілесні покарання можуть застосовуватися до неповнолітніх лише в окремих державах (Зімбабве, Катар, Судан). У Катарі вони застосовуються лише до осіб чоловічої статі у віці від 17 до 20 років як альтернатива позбавленню волі. У Зімбабве їх застосування визнавалося неконституційним в 1989 році, проте поправка до Конституції у 1992 році знову дозволила їх застосування [2, с. 412].

Найбільш розповсюдженими видами покарань, що призначаються неповнолітнім особам, є позбавлення волі на певний термін та штраф. Як один з основних видів кримінальних покарань позбавлення волі може застосовуватися до неповнолітніх практично у всіх державах, але цей вид покарання застосовується у виключних випадках, коли інші заходи не є ефективними. У деяких країнах застосування позбавлення волі до неповнолітніх розглядається як виняткова міра (Македонія, Швеція). Міжнародне право не обмежує застосування позбавлення волі до неповнолітніх. Резолюція XVII Міжнародного конгресу з кримінального права містить заклик виключити застосування до неповнолітніх позбавлення волі на термін понад 15 років. Водночас більшість національних правових систем містить положення, спрямовані на скорочення максимального терміну позбавлення волі, застосовуваного щодо неповнолітніх. Цілком вірно зазначають науковці, що наразі гуманізація кримінальної політики стала загальносвітовою тенденцією [14, с. 18].

Узагальнюючи кримінальне законодавство зарубіжних країн у частині призначення неповнолітнім особам покарання у вигляді позбавлення волі, слід зазначити, що в більшості випадків установлено обмеження максимально можливого терміну позбавлення волі цих осіб, таке покарання не застосовується до неповнолітніх, які вчинили злочини перших двох категорій за ступенем тяжкості, іноді не має значення, чи вчиняла особа злочини раніше.

Передбачено в зарубіжному законодавстві таке покарання, як арешт, його ще називають «короткочасне позбавлення волі» (Білорусь, Вірменія, Грузія, Казахстан, Киргизія, Латвія, Литва, Німеччина, Росія, Узбекистан). Він часто застосовується з 14 років, наприклад, в Естонії, Литві та інших країнах. Цікавий підхід до застосування арешту передбачений у КК Естонії, а саме: неповнолітньому може призначатися арешт на строк до одного місяця у вільний від навчання і роботи час з визначенням кількості днів арешту, відбувають його в календарному місяці. Відповідно до кримінального законодавства Іспанії арешт відбувається тільки у вихідні дні [15, с. 195]. У Голландії неповнолітнім як заміна основного покарання у вигляді ув'язнення або штрафу за злочин, чи штрафу за кримінальний проступок можуть бути призначені: громадські роботи; робота, яка сприяє відшкодуванню шкоди, заподіяної правопорушенням; відвідування навчальної програми. Додатковими покараннями є конфіскація і позбавлення водійських прав. Передбачені також такі заходи: ув'язнення в установу для молоді, конфіскація, позбавлення незаконно отриманих доходів і компенсація збитку. Згідно зі ст. 77g КК Голландії ці передбачені покарання, альтернативні санкції і заходи повинні бути призначені підліткам на заміну покарань, установлених санкціями за конкретне правопорушення.

Країни англо-американської правової сім'ї, а також деякі інші держави (Нікарагуа, Польща, Румунія, Туреччина, Філіппіни, Франція, Чилі, Естонія) допускають звільнення неповнолітніх від покарання, якщо в силу недоліків у психічному розвитку вони не в достатній мірі усвідомлювали характер і суспільну небезпеку злочину. У цьому випадку також можливе застосування виховних заходів.

Варто зазначити, що міжнародні норми спрямовані на пріоритетність освітніх, виховних, соціальних заходів над каральними із примусовою ізоляцією від суспільства [16, с. 18]. Тому важливим напрямом є зменшення карального впливу під час призначення кримінального покарання особам, що не досягли віку повноліття. Інститут примусових заходів виховного впливу існує в кримінальному законодавстві країн СНД і Балтії, колишніх республік Югославії, Албанії, Болгарії, Угорщини, В'єтнаму, Нідерландів, Румунії, Філіппін, Швеції, Ефіопії. У спеціальних законах про статус неповнолітніх такі заходи регламентується в Німеччині, Єгипті, Іспанії, Кенії, Кувейті, Малі, Португалії, Франції, Швейцарії. І в спеціальному, і в кримінальному законодавстві вони передбачені в Болгарії, Сербії та Естонії. За своєю правовою природою ці заходи трактуються неоднозначно. Зазвичай вони виступають однією з форм реалізації кримінальної відповідальності, крім покарання, проте в деяких країнах (країни СНД, крім Казахстану, Литва) вони виступають також альтернативою кримінальної відповідальності: законодавство цих держав допускає звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного впливу.

Відповідно до англійського кримінального законодавства, окрім заходів, пов'язаних із позбавленням волі, до неповнолітніх можуть бути застосовані й інші заходи, зокрема наказ про нагляд. До такого наказу суд може включити вимоги засудженого підкорятися вказівкам наглядача (жити у певному місті протягом визначеного періоду, займатися певною діяльністю тощо). На неповнолітнього, щодо якого встановлено нагляд, можуть покладатися і деякі інші обов'язки, наприклад, знаходитися вдома з 6 вечора до 6 ранку. Специфічним заходом кримінально-правового впливу на неповнолітніх злочинців, яким вже виповнилось 16 років, є надання безоплатних послуг суспільству. Це покарання може бути призначене особі, винній у вчиненні злочину, який карається тюремним ув'язненням. У наказі суд устанавлює термін виконання неповнолітнім безоплатних робіт (від 40 до 120 годин). Цікаво, що таке покарання застосовується до неповнолітнього лише за його згодою.

Конкретний зміст заходів виховного впливу розкривається лише в законодавстві деяких країн (країни СНД, колишні республіки Югославії, Литва та ін.). Зокрема, законодавством країн світу можуть передбачатися такі заходи виховного впливу:

- попередження або догана (країни СНД, колишні республіки Югославії, Німеччина, Болівія, Єгипет, Іспанія, Кувейт, Литва, Португалія, Румунія, Судан, Таїланд, Чилі, Естонія);
- покладання обов'язку вибачитися перед потерпілим, публічно чи в іншій формі на розсуд суду (Білорусія, Федерація Боснії і Герцеговини, Малі);
- передача під нагляд батьків або осіб, які їх замінюють, або відповідного державного органу (країни СНД і Балтії, колишні республіки Югославії, Англія, Німеччина, Болівія, Єгипет, Кувейт, Марокко, Монголія, Португалія, Сирія, Судан, Таїланд, Франція, Чилі, Естонія);
- накладення обов'язку відшкодувати шкоду, заподіяну злочинцем, або іншим чином заглибити заподіяну шкоду (країни СНД, Англія, Федерація Боснії і Герцеговини, Бразилія, Венесуела, Гватемала, Гондурас, Латвія, Литва, Малі, Коста-Ріка, Монголія, Нідерланди, Нікарагуа, Панама, Парагвай, Уругвай, Швейцарія, Еквадор);
- накладення обмежень, пов'язаних із проведенням дозвілля, або встановлення інших вимог до поведінки неповнолітнього (країни СНД, Англія, Єгипет, Іспанія, Македонія, Марокко, Португалія, Швейцарія,

Венесуела, Гондурас, Сальвадор). У Франції дана міра носить назву «контрольованої свободи» (фр. la liberte surveillee);

– передача в сім'ю, яка підходить для виховання (Федерація Боснії і Герцеговини, Іспанія, Македонія, Португалія, Швейцарія);

– поміщення в режим допомоги (Португалія, Швейцарія, Сальвадор, Уругвай);

– пробація (Болівія, Бразилія, Венесуела, Гватемала, Гондурас, Коста-Ріка, Нікарагуа, Перу, Сальвадор, Еквадор).

– поміщення в навчально-виховний заклад (країни СНД і Балтії, колишні югославські республіки, Албанія, Англія, Болгарія, Угорщина, В'єтнам, Німеччина, Єгипет, Зімбабве, Іспанія, Кенія, Кувейт, Марокко, Португалія, Румунія, Сирія, Судан, Франція, Чилі, Швейцарія, Швеція, Японія).

Примусові заходи виховного впливу мають схожість з умовним засудженням, адже в разі злісного їх невиконання вони підлягають скасуванню із застосуванням до засудженого реальних заходів відповідальності (країни СНД).

Підводячи підсумок дослідженню питання кримінальної відповідальності неповнолітніх осіб за законодавством зарубіжних країн, необхідно зазначити, що кожна держава, піклуючись про своїх неповнолітніх громадян, зокрема тих, що вчинили кримінальне правопорушення, має на меті реалізацію положень міжнародно-правових актів у сфері відправлення правосуддя та запобігання злочинності неповнолітніх. Зокрема, в країнах Європи та Америки створені спеціальні закони, процедури, органи й установи, які мають безпосереднє відношення до неповнолітніх, що вчинили кримінальне правопорушення. У положеннях кримінального законодавства цілої низки країн світу встановлений мінімальний вік, нижче якого діти вважаються нездатними порушити кримінальне законодавство, передбачена диференціація й індивідуалізація кримінальної відповідальності залежно від віку, ступеня тяжкості суспільно-небезпечного діяння та особливостей особистості неповнолітніх. Під час призначення покарання повною мірою забезпечується піклування про захист неповнолітнього від кримінального впливу і кримінального зараження, для чого максимально скорочується обсяг застосування до таких осіб позбавлення волі та застосовується альтернатива такому виду покарання у вигляді кримінально-правових заходів. У зарубіжному кримінальному законодавстві про відповідальність неповнолітніх домінуючу роль відіграють виховні заходи над каральними, передбачений їх широкий спектр для корекції поведінки неповнолітніх, у країнах функціонує розгалужена мережа різноманітних виховних установ.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Проведене дослідження дало змогу встановити, що особливостями кримінальної відповідальності неповнолітніх осіб за законодавством зарубіжних країн є: 1) встановлення для таких осіб окремої системи покарань; 2) обмеження максимальних розмірів деяких покарань; 3) обов'язкове зменшення розміру покарання, встановленого за відповідне діяння в санкції статті; 4) можливість звільнення неповнолітнього від відповідальності чи покарання з мотивів недоцільності їх застосування; 5) скорочені терміни умовно-дostroкового звільнення; 6) скорочені терміни давності; 7) відмова від обліку судимості; 8) застосування на заміну покарання виховних заходів до певних категорій; 9) урахування судом деяких додаткових обставин під час призначення покарання чи виховних заходів (ступінь психічного розвитку, умови виховання та проживання неповнолітнього).

Зазначені особливості не протиставляються загальним інститутам відповідальності й покарання, а деталізують щодо неповнолітніх їхній зміст та межі, виходячи з об'єктивних особливостей неповнолітніх. Встановлюючи їх, законодавець виходив із психологічної характеристики віку неповноліття: нестійкість психічних процесів, відсутність достатнього життєвого досвіду, знань, навичок, соціальної поведінки.

Список використаних джерел:

1. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_211.

2. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть : монография ; под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ. С.П. Щербы. Москва : Издательство «Юрлитинформ», 2010. 448 с.

3. Байбарин А.А. Уголовно-правовая дифференциация возраста : монография. Москва : Высшая школа, 2009. 252 с.

4. Дмитришина Т. І. Призначення покарання неповнолітнім: концептуальні основи : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2016. 205 с.

5. Конвенція про права дитини та законодавство України. Роз'яснення, коментарі / О.Л. Копиленко та ін. ; заг. ред. О.Л. Копиленко ; Дитячий фонд Організації Об'єднаних Націй. Представництво ЮНІСЕФ в Україні, Республіканський навчально-науковий центр «Діти-інваліди та нова інформаційна технологія» (РННЦ «ДІНІТ»). Київ : ДІНІТ, 2002. 200 с.

6. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_211

7. Уголовный кодекс Австрии / под. науч. ред. проф. С.Ф. Милюкова. Санкт-Петербург, 2004. 352 с.
8. Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и предисл. А.И. Лукашова, Э.А. Саркисовой ; пер. с латыш. А.И. Лукашова. Санкт-Петербург, 2004. 313 с.
9. Уголовный кодекс Республики Корея / Науч. ред. и предисл. А.И. Коробеева ; пер. с корейск. В.В. Верхоляка. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. 240 с.
10. Таблица с данными возраста уголовной ответственности в странах мира. URL: <http://total-rating.ru/1186-voznrast-nastupleniya-ugolovnoy-otvetstvennosti.html>
11. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть : монография / под общ. и науч. ред. д-ра юрид. наук, проф. засл. деят. науки Рос. Федерации С.П. Щербы. Москва, 2009. 448 с.
12. Селезнева Н.А, Молчанов Б.А. Уголовная ответственность несовершеннолетних в странах Азии, Африки и Латинской Америки. *Вестник Владимирского юридического института*. 2015. № 2. С. 191–195.
13. Романюк В.В. Кримінальне судочинство щодо неповнолітніх : монографія. Харків : «Друкарня Мадрид», 2016. С. 24–27.
14. Северин О.О. Застосування до неповнолітніх заходів кримінально-правового характеру, не пов'язаних з позбавленням волі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Класич. приват. ун-т. Запоріжжя, 2009. 20 с.
15. Мирошниченко Н. Деякі пропозиції вдосконалення законодавства. щодо заходів кримінально-правового впливу на неповнолітніх. *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані* : монографія / ред. : О.В. Козаченко, Є.Л. Стрельцов. Миколаїв : Іліон, 2016. 768 с.
16. Юзікова Н.С. Злочинність неповнолітніх: закономірності розвитку, теорія та практика запобігання і протидії їй в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 ; МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 38 с.

УДК 344.65

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.21>

О. О. Торбас, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

СУБ'ЄКТИВНІ ДЕТЕРМІНАНТИ РОЗСУДУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Стаття присвячена аналізу суб'єктивних чинників, які впливають на розсуд суб'єктів кримінального процесу. У статті автор зазначає, що до найбільш вагомих суб'єктивних детермінант розсуду необхідно віднести особисті якості правозастосувача та його професійний досвід. Під час аналізу особистісних якостей, у першу чергу, звертається увага на таку категорію, як внутрішнє переконання відповідного суб'єкта. На думку автора, переконання є досить важливою характеристикою для всіх суб'єктів кримінального провадження, але в першу чергу – для тих, які власною діяльністю забезпечують його рух: слідчого, прокурора, слідчого судді та суду. Недаремно внутрішнє переконання було закріплене і в КПК України, де в ч. 1 ст. 94 КПК України чітко вказано, що оцінка доказів здійснюється саме за внутрішнім переконанням. Проте неправильним буде твердження, що внутрішнє переконання використовується лише в процесі оцінки доказів. Кримінальне процесуальне законодавство використовує таке формулювання декілька раз. Наприклад, текст присяги присяжного містить обов'язок присяжного під час вирішення питань «керуватись своїм внутрішнім переконанням».

Під час аналізу особистого досвіду суб'єктів кримінального процесу було встановлено, що досвід може бути особистим та запозиченим. Запозичений розсуд характеризується тим, що відповідний суб'єкт правочинить певною мірою копіює поведінку інших суб'єктів, розраховуючи на її результативність у силу результативності інших суб'єктів. Особистий досвід з'являється після того, як уповноважений суб'єкт самостійно вчинить певну дію або прийме певне рішення, проаналізує їх результативність та ефективність та зробить висновок щодо доцільності такої поведінки в наступних подібних провадженнях. При цьому було встановлено, що застосування особистого досвіду в кримінальному процесі може мати як позитивні, так і негативні наслідки.

Ключові слова: детермінанти розсуду, межі розсуду в кримінальному процесі, внутрішнє переконання, професійний досвід.

O. O. Torbas. Subjective determinants of judgment in the criminal process

This article is devoted to the analysis of subjective factors that influence discretion of criminal proceedings subjects. In the article author points out that the most important subjective determinants of discretion are personal qualities of the law enforcer and his professional experience. During the analysis of personal qualities, category of the internal belief of the subject was taken into account as one of the most important. According to author, such belief is very important characteristic for all subjects of criminal proceedings, but first and foremost – for those who, through their own activities, support its movement of criminal proceeding: investigator, prosecutor, investigating judge and court. That's why internal belief as a law category was established in the CPC of Ukraine, where in Part 1 of Art. 94 of the CPC of Ukraine stated that the evaluation of evidence is carried out by internal belief. However, it would be incorrect to argue that internal belief applies only in the process of evaluating evidence. Criminal procedural law uses this formulation several times. For example, oath of the jury contains the duty of the jury to "follow one's inner convictions" during the process of making decisions.

During analysing of personal experience as a determinant of discretion I was established that experience can be personal and borrowed. Borrowed experience is characterized by the fact that the relevant legal entities replicate the behaviour of other entities, counting on its effectiveness by virtue of the performance of others. Personal experience arises after an authorized entity independently performs a specific action or decision, analyses their effectiveness and efficiency and concludes that such behaviour is appropriate in subsequent such proceedings. It was found that the use of personal experience in criminal proceedings can have both positive and negative consequences. Even more, experience of law enforcing entity can be erroneous, which could cause violation of right and legitimate interests in criminal proceedings.

Key words: determinants of discretion, limits of discretion in criminal proceedings, inner belief, professional experience.

Постановка проблеми. Чинне кримінальне процесуальне законодавство України досить широко використовує оціночні поняття для регулювання процедур здійснення кримінального провадження. Відповідно, засилля таких оціночних понять, а також складність та багатогранність кримінальної процесуальної діяльності та, як наслідок, неможливість моделювання всіх можливих ситуацій на законодавчому рівні вимагає від суб'єктів владних повноважень застосовувати розсуд у більшості випадків здійснення відповідної діяльності. Однак сам порядок застосування розсуду КПК України регулюється не повною мірою, що зобов'язує відповідних суб'єктів самостійно визначати обсяг такого розсуду в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних проваджень. Очевидно, що такий обсяг повинен бути лімітованим, що в правовій доктрині отримало назву «межі розсуду». Обставини, які і впливають на межі розсуду, можна назвати детермінантами розсуду

© О. О. Торбас, 2020

На даний момент прийнято виділяти дві групи детермінант розсуду: об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивні детермінанти не залежать від волі правозастосувача та визначаються нормативно-правовими актами, засади відповідної галузі права тощо. На відміну від них, суб'єктивні детермінанти розсуду в першу чергу залежать саме від суб'єкта, який застосовує відповідний розсуд. Проте характер впливу таких детермінант на прийняття рішень уповноваженими суб'єктами кримінального процесу досі потребує ґрунтовного доктринального дослідження, чим і підтверджується актуальність даної роботи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема аналізу суб'єктивних детермінант розсуду в кримінальному процесі переймалися такі вчені, як Л.М. Васильєв, Ю.М. Грошевий, Л.Н. Дроздович, А.А. Огилець, А.Б. Ярославський та інші. Проте можна констатувати, що на даний момент дана проблема все ще не досліджена в повному обсязі в доктрині кримінального процесу.

Метою статті є встановлення переліку суб'єктивних детермінант розсуду в кримінальному процесі та аналіз їхнього впливу на кримінальну процесуальну діяльність.

Виклад основного матеріалу. У першу чергу, аналізуючи суб'єктивні детермінанти розсуду, необхідно звернути увагу на **особистісні якості правозастосувача**. Дані категорія детермінант є досить широкою та включає в себе всі якості та характеристики, які притаманні суб'єкту реалізації владних повноважень. Застосування будь-яких правових положень здійснюється не знеособленою посадовою особою, яку характеризує лише коло повноважень, що передбачені в нормативно-правових актах, а конкретною особою-індивідом. Це означає, що на всі рішення, які будуть прийматися такою особою, також впливатимуть і низка суб'єктивних чинників, які притаманні відповідному уповноваженому учаснику кримінальних процесуальних відносин.

Досліджуючи вплив особистісних якостей суб'єкта правозастосування на межі розсуду, в першу чергу необхідно згадати про моральні якості такого суб'єкта. Як слушно зазначає О.О. Огилець, моральні цінності слідчого, які він використовує в своїй практичній діяльності, – це сформовані на основі загальних моральних принципів правила поведінки слідчих, за допомогою яких регулюються їхні відносини між собою, з іншими посадовими особами, із громадянами та суспільством у цілому. Основами таких цінностей є об'єктивна необхідність повного та швидкого розкриття злочинів, правильного застосування закону та створення всіх передумов для того, щоб кожен, хто вчинив злочин, був справедливо покараний та жоден невинуватий не був притягнутий до кримінальної відповідальності та засуджений [1, с. 122].

У правовій науці існує точка зору, що «цілісною характеристикою людської свідомості є переконання людини» [2, с. 141]. Відповідно, саме переконання має бути індикатором правильності прийнятого рішення для кожного конкретного суб'єкта правозастосування. А.Б. Ярославський робить висновок, що 1) внутрішнє переконання має психологічний аспект як певний стан свідомості слідчого; 2) внутрішньому переконанню слідчого притаманний моральний, етичний характер; інакше кажучи, судити за переконанням означає судити по совісті, вирішувати так, як того вимагає совість [3, с. 51].

Переконання є досить важливою характеристикою для всіх суб'єктів кримінального провадження, але в першу чергу – для тих, які власною діяльністю забезпечують його рух: слідчого, прокурора, слідчого судді та суду. Недаремно внутрішнє переконання було закріплене і в КПК України, де в ч. 1 ст. 94 КПК України чітко вказано, що оцінка доказів здійснюється саме за внутрішнім переконанням. Ю.М. Грошевий встановив, що суддівське переконання – це такий стан свідомості судді, коли він вважає зібрані по справі докази достатніми для вирішення питання про наявність чи відсутності фактів, що входять у предмет доказування, впевнений у правильності свого висновку та готовий до практичних дій у відповідності до отриманих знань [4, с. 19]. Н.Л. Дроздович, провівши власне дослідження, дійшов висновку, що внутрішнє переконання судді – це стан свідомості судді, що відображає результат розумової суб'єктивної діяльності судді в процесі судочинства щодо оцінки доказів із метою достовірного встановлення фактичних обставин конкретної кримінальної справи, що входять до предмету доказування, результат якої втілюється в судовому рішенні [5, с. 253].

Проте неправильним буде твердження, що внутрішнє переконання стосується лише процесу оцінки доказів. Кримінальне процесуальне законодавство використовує таке формулювання декілька раз. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 388 КПК України присяжні мають скласти присягу такого змісту: «Я, (прізвище, ім'я, по батькові), присягаю виконувати свої обов'язки чесно і неупереджено, брати до уваги лише досліджені в суді докази, під час вирішення питань керуватися законом, своїм *внутрішнім переконанням* і совістю, як личить вільному громадянину і справедливій людині». Можна помітити, що в даному випадку законодавець також використав формулювання «внутрішнє переконання», хоча в іншій формі. У тексті присяги містяться слова про дослідження доказів, а тому, проводячи аналогію зі ст. 94 КПК України, поняття «внутрішнє переконання» можна було пов'язати саме з доказами. Проте законодавець пішов дещо іншим шляхом та зазначив, що присяжні мають керуватися внутрішнім переконанням саме в процесі вирішення питань. Очевидно, що під формулюванням «вирішення питань» можна зрозуміти прийняття будь-яких процесуальних рішень (у тому числі і остаточних), у процесі чого може застосовуватись розсуд. Таким чином, присяжні мають керуватися внутрішнім переконанням не лише під час оцінки доказів, а протягом усього кримінального провадження під час прийняття будь-яких процесуальних рішень.

Також звертає на себе увагу і визначення ще одного критерію для присяжних – совісті. Ст. 388 КПК України є єдиним прикладом використання терміна «совість» у всьому тексті кодексу. Очевидно, що цей термін, як і будь-який інший, що спрямований на описання морально-вольових якостей індивіда, не має єдиного тлумачення та деякою мірою може змінюватись залежно від особи, яка дане поняття інтерпретує. Не вдаючись до філософської полеміки щодо встановлення сутності совісті, необхідно зазначити, що дане поняття є знайомим та зрозумілим для кожного громадянина, а тому його можна назвати вдалим прикладом узагальнення впливу моральних якостей індивіда на процес прийняття рішень у кримінальному провадженні. Також у даному випадку необхідно підкреслити, що судді під час призначення на посаду також складають присягу, текст якої передбачений у ст. 57 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів»: «Я, (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді, урочисто присягаю Українському народові об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно, *справедливо* та кваліфіковано здійснювати правосуддя від імені України, керуючись принципом верховенства права, підкоряючись лише закону, чесно і сумлінно здійснювати повноваження та виконувати обов'язки судді, дотримуватися етичних принципів і правил поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді або підривають авторитет правосуддя». Відповідно, вимога справедливості стосується і суддів.

Проте особистісні якості суб'єктів правозастосування не є єдиними суб'єктивними детермінантами розсуду в кримінальному процесі. Окремо також необхідно дослідити **особистий досвід суб'єкта правозастосування**. Так, В.Н. Карташов виділяє два значення терміна «досвід». По-перше, це особистий досвід, який, будучи частиною правосвідомості, накладає відбиток на характер та стиль діяльності правозастосувачів, використання ними юридичних засобів та методів. По-друге, об'єктивований ззовні правозастосовчий досвід, який формується у процесі вирішення конкретної юридичної справи, узагальнення матеріалів практики, забезпечує стабільність під час вирішення однорідних справ, спадковість прогресивних сторін правозастосовчої практики [6, с. 6].

На думку П.Г. Марфіціна, на формування досвіду слідчого впливають особистий та суспільний досвід, весь досвід, накопичений людством, вся юридична практика, в тому числі і кримінально-процесуальна. У зв'язку із цим автор робить висновок, що особистий досвід слідчого – це сукупність загального життєвого досвіду (досвід спілкування з людьми, користування електроприладами тощо) та спеціального – досвіду розкриття та розслідування злочинів. У ході процесуальної діяльності обидва елементи проявляються одночасно, при цьому їх співвідношення може бути різним [7, с. 286].

З урахуванням суб'єкта формування досвіду у кримінальному процесі (як і в будь-якій іншій галузі) можна поділити на особистий та запозичений. Запозичений розсуд характеризується тим, що відповідний суб'єкти правовідносин певною мірою копіює поведінку інших суб'єктів, розраховуючи на її результативність у силу результативності інших суб'єктів. Особистий досвід з'являється після того, як уповноважений суб'єкт самостійно вчинить певну дію або прийме певне рішення, проаналізує їх результативність та ефективність та зробить висновок щодо доцільності такої поведінки в наступних подібних провадженнях. «Отримавши однаково позитивні результати під час здійснення конкретної слідчої дії (прийнятті рішення) в наближених або аналогічних умовах, практичний працівник «зараховує» використані прийоми в розряд ефективних та в подальшому (в залежності від ситуації) користується ними. Цей процес, що неодноразово повторюється, формує вміння, навички, досвід роботи, професійну майстерність, які більшою мірою є індивідуальними якостями того чи іншого слідчого. Інколи вони бувають настільки усталеними, що переконати правозастосувача діяти інакше (ефективніше, з точки зору переконуючого) досить складно. Правозастосувач у цій частині нерідко буває консервативним. Тому вплив особистого досвіду на формування розсуду слідчого має дві сторони. Позитивна сторона очевидна: вона спрощує пошук і зменшує час, необхідний для прийняття рішення. Негативна сторона може проявлятися у формуванні негативного стереотипу поведінки (що називають деформацією), коли слідчий, приймаючи рішення, діє звично, не помічаючи відмінних особливостей, характерних ознак конкретного випадку» [8, с. 65].

У даному випадку можна як прикладно назвати ще декілька ситуацій, за яких особистий досвід правозастосувача негативно впливатиме на виконання завдань кримінального провадження. У першу чергу, необхідно нагадати про існування помилкового досвіду. Такий досвід буде мати місце тоді, коли уповноваженою посадовою особою було прийняте помилкове рішення, однак у силу тих чи інших причин негативні наслідки не настали. У такому випадку дана особа буде продовжувати застосовувати хибні методи розслідування кримінальних правопорушень, очікуючи на позитивний результат. Особливістю такого помилкового досвіду є можливість його саморегуляції в процесі правозастосування. Наприклад, слідчий, переконавшись, що оцінка ефективності хибних методів розслідування не підтверджується, зрештою зробить правильні висновки та змінить порядок розслідування кримінальних правопорушень. У даному випадку набагато небезпечнішим є негативний досвід, який заснований на професійній деформації особи, уповноваженої на реалізацію розсуду у кримінальному процесі.

Завдання кримінального провадження досить чітко прописані законодавцем в ст. 2 КПК України. Однак це не означає, що всі уповноважені учасники кримінального провадження ставлять за мету досягнення саме таких завдань. Наприклад, у своїй практиці слідчі досить часто ставлять за мету не встановити винувату особу, а направити кримінальне провадження до суду, покращивши таким чином відомчі показники,

проблема, «про яку не прийнято говорити вголос» [7, с. 300]. «У роки застою в системі кримінальної юстиції почали складатися стереотипи діяльності, орієнтованої не на забезпечення реального правопорядку та соціальної справедливості, а на отримання гарних показників та позитивних оцінок від вищестоячих ланок системи. При цьому самі оцінки велися, да і зараз в багатьох випадках ведуться, не за кінцевим результатом, а за великим масивом часто не узгоджених між собою проміжних показників» [9, с. 28].

У даному випадку можна стверджувати, що, наприклад, слідчий та прокурор можуть обирати і в власного досвіду найбільш ефективні способи розслідування злочинів, хоча як кінцеву мету розслідування злочинів вони перед собою не ставлять. Такий негативний досвід значно гірший, ніж досвід помилковий, адже суб'єкту, що застосовує такий досвід у власній діяльності, немає потреби змінювати власну поведінку, так як саме в такий спосіб буде отримано результат, який уповноваженого суб'єкта найбільше задовольняє.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Таким чином, було встановлено, що на процес прийняття процесуальних рішень у кримінальному процесі, крім чинників, які чітко передбачені кримінальним процесуальним законодавством, також впливають особистісні характеристики правозастосувача та його досвід. Водночас встановити, якою саме мірою такі детермінанти впливають на кінцеві процесуальні рішення, досить складно, адже реальний їхній вплив оцінити фактично неможливо. Проте це не означає, що дана проблема не повинна досліджуватися, і тим більше – замовчуватися. Поки кримінальне провадження ведуть люди, такі детермінанти будуть впливати на їх розсуд, при цьому як у позитивному, так і в негативному аспекті. І з урахуванням відсутності системного дослідження даної проблеми оцінка впливу таких детермінант досі лишається актуальним дослідженням.

Список використаних джерел:

1. Огилец А.А. Процессуальные, тактические и психологические аспекты усмотрения следователя : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Краснодар, 2005. 190 с.
2. Васильев Л.М. Практика как критерий истины в уголовном судопроизводстве. Краснодар, 1993. 169 с.
3. Ярославский А.Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Волгоград, 2001. 21 с.
4. Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков : Вища шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1975. 144 с.
5. Дроздович Н.Л. Внутрішнє переконання судді як елемент принципу вільної оцінки доказів. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 1. С. 250–258.
6. Карташое В.Н. Правоприменительная практика в социалистическом обществе. Ярославль : ЯрГУ, 1986. 86 с.
7. Марфицин П.В. Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект) : дисс. .. докт. юрид. наук : 12.00.09. Омск, 2003. 418 с.
8. Лупииская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: (Их виды, содержание и формы). Москва : Юрид. лит., 1976. 168 с.
9. Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. Москва : Юрид. лит., 1991. 239 с.

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.22>

І. М. Чемерис, заступник керівника
Херсонської місцевої прокуратури, аспірант кафедри
галузевого права Херсонського державного університету

ТИМЧАСОВЕ ВИЛУЧЕННЯ МАЙНА ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ БЕЗГОТІВКОВИХ ОПЕРАЦІЙ

У статті розглянуто питання відшкодування шкоди, заподіяної кримінальними правопорушеннями, як основоположного права потерпілого та досліджено питання орієнтованості органів досудового розслідування на поновлення соціальної справедливості як завдання кримінального провадження. У дослідженні проаналізовано положення кримінального процесуального законодавства, якими регламентовано тимчасове вилучення майна, визначено основні його риси та досліджено можливість застосування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених із використанням безготівкових операцій. Вивчено передбачені законодавством позовні та непозовні способи поновлення прав потерпілого, а також наявний процесуальний інструментарій слідчого, спрямований на виявлення майна, що стало предметом кримінального правопорушення чи було набуто внаслідок його вчинення. Досліджено порядок діяльності та способи взаємодії Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів із органами досудового розслідування. Розглянуто проблемні питання та повноваження щодо збору та обміну інформацією. Запропоновано запровадити в органах досудового розслідування напрацьований механізм взаємодії Національного агентства із банківськими установами принаймні на рівні областей. Висунуто пропозиції запровадження додаткового виду заходів забезпечення кримінального провадження – зупинення банківських операцій. Розглянуто закріплення інституту зупинення банківських операцій у законодавстві, що регламентує банківську діяльність, у тому числі підстави та порядок застосування, суб'єкти, наділені такими повноваженнями. Виділено основні елементи, що характеризують безготівкові кошти та переваги над готівковими. Із урахуванням виділених особливостей визначено механізм реалізації зупинення банківських операцій як способу тимчасового обмеження майнових прав громадян.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, тимчасове вилучення майна, безготівкові кошти, зупинення безготівкових операцій

I. M. Chemerys. Temporary removal of property as way protection of the interest of the victim in criminal proceedings about the crimes committed by the use of non-current operations

The article deals with the state of compensation for damages caused by criminal offenses as a priority right of the victim and investigates the orientation of the bodies of pre-trial investigation to the restoration of social justice as a task of criminal proceedings. The provisions of the criminal procedural legislation regulating the temporary seizure of property are analyzed, its main features are determined, and the possibility of applying criminal offenses to non-cash transactions is investigated in criminal proceedings. The legal and non-judicial ways of restoring the rights of the victim, as well as the available procedural tools of the investigator, aimed at identifying property that became the subject of a criminal offense or were acquired as a result of its commission, were examined. The procedure of activity and the ways of interaction of the National Agency of Ukraine on issues of detection, search and management of assets obtained from corruption and other crimes with the bodies of pre-trial investigation are investigated. Problematic issues and powers regarding information collection and sharing are discussed. It is proposed to introduce in the pre-trial investigation bodies a well-developed mechanism for interaction of the National Agency with banking institutions at least at the oblast level. Proposals have been put forward to suspend banking operations as a type of criminal prosecution measure. Consideration of the suspension of banking operations in the legislation governing banking activities, including the grounds and procedure, subjects entrusted with such powers. The basic elements characterizing non-cash means and advantages over cash are distinguished. Taking into account the distinguished features, the mechanism of realization of stopping of banking operations as a way of temporarily limiting property rights of citizens has been determined.

Key words: criminal proceedings, temporary seizure of property, non-cash means, suspension of non-cash transactions.

Постановка проблеми. Акценти сучасного кримінального процесуального права із прийняттям кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) змістились у бік забезпечення прав підозрюваних та обвинувачених за метою недопущення порушення їхніх прав під час здійснення кримінального провадження. З одного боку, ці тенденції є відповіддю на зайняття Україною лідируючих позицій щодо оскарження її дій у Європейському суді з прав людини особами, що зазнали кримінальних переслідувань, але з іншого, є кроком назад у забезпеченні захисту прав потерпілих у кримінальному провадженні. Відомості про стан відшкодування шкоди у кримінальному провадженні за 2018 рік свідчить, що за наслідками досудового розслідування відшкодовано менше 1% від заподіяної злочинами шкоди. [4]. Це дає підстави

© **І. М. Чемерис, 2020**

стверджувати, що пріоритетним у діяльності правоохоронних органів є притягнення винних осіб до відповідальності, в той час як усунення негативних наслідків злочинів відходить на другий план. Водночас, як слушно зазначає Дрішлюк К.В., найчастіше потерпілий прагне саме відновити свою порушену майнову сферу, компенсувати збитки, що завдані йому незаконними діями інших осіб, і лише потім покарати злочинця. У багатьох випадках за умови повного відшкодування збитків, завданих кримінальним правопорушенням, потерпілий узагалі втрачає інтерес до кримінального провадження та не має на меті помсту, покарання правопорушника [2 с. 217]. Водночас зазначені статистичні дані є відображенням процесуальних прогалин, які не дають можливість своєчасно та якісно захистити права потерпілого. Найбільш гостро вказана проблематика проявляється у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені з використанням безготівкових операцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Злочини, вчинені з використанням безготівкових операцій, в одній із форм свого виразу – кіберзлочинності, є досить широко обговорюваною темою останніх років, проблематика протидії їй є предметом постійної дискусії на міждержавному рівні та є об'єктом взаємодії та обміну досвідом між спеціально створеними правоохоронними органами. Проте за кулісами цієї дискусії зазвичай залишається чи не найбільший пласт злочинів, що розслідується територіальними відділами поліції в умовах та засобами, наданими чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. Питання захисту прав потерпілих у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені з використанням безготівкових операцій, є недослідженою темою, оскільки перебуває на межі різних інститутів кримінального процесу. Водночас окремими аспектами цього питання опікувались М.І. Горошовський, Н.С. Карпов, Я.О.Клименко, О.М. Ларін, В.Я. Понарін та інші, проте в основному їхні роботи спрямовані на вдосконалення інституту позовного провадження у кримінальному провадженні чи забезпечення загальних прав потерпілих. Напрацювання в цій сфері наштовхують на розуміння потреби докорінних змін у правах та повноваженнях органів досудового розслідування з тим, щоб досягти головної мети: встановлення соціальної справедливості шляхом поновлення прав потерпілого.

Метою статті є аналіз положень кримінального процесуального законодавства, якими регламентовано тимчасове вилучення майна, через призму можливості застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених із використанням безготівкових операцій, розроблення механізму забезпечення прав потерпілих на відшкодування шкоди на стадії досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу. Головний обов'язок держави полягає в утвердженні та забезпеченні прав і свобод людини, тому вся діяльність осіб, які ведуть кримінальне провадження, має бути спрямована на забезпечення прав і законних інтересів учасників цього провадження, насамперед потерпілого, оскільки саме він зазнав суттєвого порушення прав внаслідок скоєння кримінального правопорушення, а не підозрюваний чи обвинувачений. Метою кримінального провадження є не лише притягнення до відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а й усунення його наслідків, зокрема пов'язаних із порушенням майнових прав як фізичних та і юридичних осіб, що зазнали шкоди від вчиненого щодо них кримінального правопорушення [9, с. 74]

У науковій літературі способи відновлення порушених кримінальним правопорушенням майнових та особистих немайнових прав потерпілої особи поділяють на позовні та непозовні. І якщо позовний порядок регламентований ст. 128 КПК України, то непозовні чинним КПК не систематизовані. До непозовних відносять:

- 1) кримінально-процесуальну реституцію;
- 2) добровільне відшкодування заподіяної кримінальним правопорушенням шкоди підозрюваним, обвинуваченим чи за його згодою будь-якою іншою фізичною чи юридичною особою;
- 3) відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, за рахунок Державного бюджету України [9, с. 75].

Очевидно, що кримінально-процесуальна реституція, на відміну від інших способів відшкодування шкоди в позовному та непозовному порядку, є імперативним обов'язком органів досудового розслідування. Така реституція можлива за умови якісної роботи органів досудового розслідування із встановлення майна, що стало предметом посягання. Такі заходи забезпечення кримінального провадження, як тимчасове вилучення майна та арешт майна, в цілому дозволяють слідчому під час виявлення предмету злочину забезпечити збереження майна до вирішення його подальшої долі в остаточному судовому рішенні.

Відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу України слідчий, прокурор повинні вжити необхідних заходів із метою виявлення та розшуку майна, на яке може бути накладено арешт у кримінальному провадженні, зокрема шляхом витребування необхідної інформації в Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів (далі – АРМА), інших державних органів та органів місцевого самоврядування, фізичних і юридичних осіб.

Основною проблематикою початкового етапу розслідування кримінальних проваджень про злочини, вчинені з використанням безготівкових операцій, є брак інформації про проведені транзакції та потребу в отриманні такої інформації виключно шляхом проведення тимчасового доступу до речей та документів.

Інформація, що містить банківську таємницю, може бути розкрита також за письмовим запитом органів прокуратури та Національної поліції з дотриманням чітких вимог щодо його форми та змісту в порядку, визначеному ст. 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [7]. Відсутність у законодавстві чітких строків розгляду таких запитів на надання інформації не дозволяє ефективно їх використовувати. Та й відсутність у КПК України положень, які б давали право слідчому на отримання інформації за запитом, створюють умови фактичної колізії між нормами Кримінального процесуального кодексу та Закону України «Про банки та банківську діяльність» в частині способів розкриття банківської таємниці. Вирішення цієї колізії на користь кодифікованого законодавчого акта фактично позбавляє слідчого можливості володіти інформацією на початковому етапі розслідування. Вимушені констатувати, що зміни, внесені Національним банком України до Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затверджені в частині надання можливості отримання інформації, що містить банківську таємницю, за запитом без рішення суду для органів визначених пп. 3, 3-1 та 3-2 ч. 1 ст. 62 Закону «Про банки і банківську діяльність» у практику ще не впроваджені [8]. Незважаючи на такі звернення, банки знаходять юридичні підстави для відмов у наданні інформації, що містить банківську таємницю.

На вирішення вказаної проблеми частково спрямована діяльність Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів (далі – АРМА), яке забезпечує виконання звернень органів досудового розслідування, прокуратури та судів щодо виявлення, розшуку активів та надає відповідь у строк, що не перевищує трьох робочих днів.

Поряд із цим, як звертається увага самим АРМА в щорічному звіті про результати роботи, за 2018 рік КПК України не містить жодних обмежень, умов звернення слідчого, прокурора до АРМА з питань виявлення та розшуку майна, на яке може бути накладено арешт у кримінальному провадженні. Так само законодавством не передбачено переліку складів злочинів, під час розслідування яких допускається звернення до АРМА з питань розшуку активів. Відповідно, наразі уповноважені суб'єкти в праві звернутись до АРМА щодо розшуку активів, незалежно від виду злочину, розслідування якого вони здійснюють. На практиці це призводить до відповідних звернень до АРМА як у резонансних справах щодо шахрайства чи завдання збитків на багатомільярдні суми коштів, так і в розслідуванні ймовірного одержання службовими особами неправомірної вигоди у 3-5 тисяч гривень. [3] Як наслідок, АРМА звертає увагу на недоцільність використання її можливостей у малозначних провадженнях з огляду на завантаженість.

Зазначене свідчить про проблемність взаємодії слідчого із АРМА під час розслідування, зокрема, крадіжок та шахрайств, пов'язаних із заволодінням коштами з рахунків осіб, шкода від яких у переважній більшості складає 5-15 тис грн.

Крім того, аналіз вимог, що висуваються до такого звернення, викладений у розділі 3 Порядку взаємодії під час розгляду звернень органів, що здійснюють досудове розслідування, прокуратури та виконання запитів іноземних держав щодо виявлення та розшуку активів, затвердженого спільним наказом від 20.10.2017 № 115/197-о/297/586/869/857, свідчить про те, що вони не можуть бути виконані за відсутності у слідчого вихідної інформації на початковому етапі розслідування. Натомість наслідком невиконання вимог, що висуваються до запиту, є відмова у його задоволенні.

На увагу заслуговує запроваджений механізм реалізації АРМА повноважень, визначених статтею 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність», що став наслідком взаємодії з Національним банком України у 2018 році, в частині отримання АРМА інформації щодо наявності та стану рахунків, операцій за рахунками конкретної юридичної або фізичної особи, фізичної особи-суб'єкта підприємницької діяльності. Так, Національним банком України протягом 2018 року внесено ряд змін до власних нормативно-правових актів. Відповідно до статті 15 Закону України «Про Національний банк України» та з метою співпраці з АРМА в порядку, передбаченому рішенням Правління Національного банку України від 03.01.2017 № 2-рш «Про затвердження Публічної пропозиції Національного банку України на укладення єдиного договору банківського обслуговування та надання інших послуг Національним банком України» було надано можливість АРМА укладати з Національним банком України договори про надання послуг системою електронної пошти Національного банку України. За наслідками проведеної роботи між АРМА та Національним банком України укладено Договір про надання послуг системою електронної пошти Національного банку України від 30.03.2018, згідно з яким Національний банк України забезпечує передавання інформації відповідно до статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність» засобами системи електронної пошти Національного банку України до/від АРМА. Таким чином, АРМА отримано доступ до джерел інформації, необхідних для виконання функцій із виявлення активів за допомогою електронної пошти Національного банку України, внаслідок чого протягом 2018 року було направлено 251 вимогу до 63 банківських установ та отримано позитивні відповіді по рахунках відповідних осіб [3].

Запроваджений механізм чітко регламентує процедуру доступу до інформації, що може за аналогією бути запроваджена для органів досудового розслідування та прокуратури принаймні на рівні областей.

Одним із дієвих механізмів забезпечення прав потерпілих є використання тимчасового вилучення майна як заходу забезпечення провадження. Вказаний захід дозволяє за умови виявлення речей, які стали предметом кримінального правопорушення чи були набуті внаслідок вчинення кримінального правопорушення, законно

вилучити їх. Таким чином, головною умовою його застосування є фізичне володіння річчю. Проте квазімайновий характер безготівкових коштів не дозволяє ефективно використовувати цей захід забезпечення у кримінальних провадженнях вчинених із використанням безготівкових операцій, оскільки навіть виявлення місцезнаходження безготівкових коштів, яким завладіли внаслідок кримінального правопорушення, не дозволяє тимчасово вилучити їх у класичний спосіб, без попереднього погодження зі слідчим суддею.

Відповідно до положень ст. 168 КПК України тимчасове вилучення може мати місце під час:

- 1) затримання особи в порядку, передбаченому статтями 207, 208 цього Кодексу;
- 2) проведення обшуку чи огляду [5].

За описаних обставин очевидно є неможливість реалізації тимчасового вилучення щодо електронних коштів. Перш за все це пов'язано з неможливістю доступу до них шляхом проведення обшуку чи огляду у зв'язку з їхньою юридичною природою. Зокрема, Никифорчуком В.Д. з аналізу поняття «електронні гроші» виділено такі елементи:

- мають грошову вартість, яка є вимогою до емітента;
- зберігаються в електронному вигляді на технічному пристрої, зокрема магнітному;
- для передання електронних кодових сигналів електронних платежів між банками використовують інформаційно-телекомунікаційні мережі, зокрема Інтернет;
- їх використовують для отримання коштів із метою здійснення платіжних операцій;
- емітуються після отримання коштів у розмірі не меншому, ніж електронна грошова вартість;
- їх приймає фізична або юридична особа, що не є установою-емітентом електронних грошей [6, с. 163].

Цими елементами зумовлені головні переваги безготівкових коштів над готівковими, а саме їх: мобільність, економія (порівняно нижча комісія при обміні валют), безпека (відносно, але безпечніше за використання готівки), доступність (використання 24 години на добу, 7 днів на тиждень); можливість цілковитого контролю здійснених операцій (історія платежів) [1].

Тимчасове вилучення майна Кримінальним процесуальним кодексом України визначається як фактичне позбавлення підозрюваного або осіб, у володінні яких перебуває зазначене у частині другій цієї статті майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення.

Чи не найбільш визначальною рисою злочинів, вчинених із використанням безготівкових операцій, є швидкість їх вчинення. Відтак відсутність оперативного інструментарію в розпорядженні слідчого, а точніше, неможливість його використання у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені із використанням безготівкових операцій, негативно впливає на стан розкриття цієї категорії злочинів.

За таких обставин варто запровадити захід забезпечення у вигляді зупинення банківських операцій, що за своєю суттю є варіацією тимчасового вилучення майна. Так, зупинення банківських операцій за своїм змістом є припиненням обслуговування рахунку в межах визначеної суми. Під час прийняття рішення про зупинення операцій власник рахунку фактично позбавляється права користування та розпорядження майном, що за умови відповідності вимогам ст. 98 КПК України не дасть можливість приховати предмет злочину.

Незважаючи на схожість юридичної сутності тимчасового вилучення майна та зупинення банківських операцій, на нашу думку, останнє варто визначити окремим заходом забезпечення з огляду на такі обставини:

- зупинення банківських операцій має специфічний об'єкт – безготівкові кошти;
- порядок його реалізації відмінний від тимчасового вилучення, оскільки майно не перебуває у фактичному володінні слідчого, а опосередковується банківською установою.

Варто зазначити, що зупинення операцій за рахунком не є новелою законодавства загалом. Правовим підґрунтям для його застосування є положення ст. 59 Закону України «Про банки та банківську діяльність», відповідно до якої зупинення видаткових операцій за рахунками юридичних або фізичних осіб здійснюється в разі:

- накладення арешту відповідно до частини першої цієї статті;
- в інших випадках, передбачених договором;
- Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»;
- іншими законами та/або умовами обтяження, предметом якого є майнові права на грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку.

Суб'єктами, уповноваженими його застосовувати, є:

- 1) органи державної фіскальної служби (згідно зі ст. 20.1.33. Податкового кодексу України);
- 2) суб'єкт первинного фінансового моніторингу, визначений ст. 5 Закону (згідно із Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»).

Аналіз нормативних положень, що визначають підстави та порядок застосування зупинення фінансових операцій, свідчить, що жодних особливих вимог щодо збереження банківської таємниці до суб'єктів, уповноважених на зупинення банківських операцій, не висувається. Водночас положеннями наведених нормативних актів акцентується увага на тимчасовості зупинення операцій, які підлягають автоматичному

скасуванню за умови непідтвердження наявності для цього підстав. Конструкція застосування є схожою з порядком застосування тимчасового вилучення майна за Кримінальним процесуальним кодексом, а отже, відображає всі риси заходу забезпечення кримінального провадження.

Варто звернути увагу не лише на право, але й на порядок реалізації окремими суб'єктами повноважень на зупинення операцій. Положення законодавства у сфері банківської діяльності в частині протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом із урахуванням практики його застосування, є доволі прогресивними, оскільки передбачають можливість листування засобами електронної пошти. Натомість норми КПК України таких повноважень не містять, що може негативно відобразитись на оперативності цього заходу забезпечення.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Таким чином, кримінальне процесуальне законодавство підлягає подальшому вдосконаленню в напрямку забезпечення прав потерпілих, запровадження механізмів усунення заподіяної внаслідок вчинення правопорушення шкоди. Закріплені процесуальні засоби не відповідають вимогам сьогодення та не можуть забезпечити ефективного кримінального провадження. За таких умов рушійною силою подальшого розвитку кримінального процесуального законодавства може бути використання напрацювань інших галузей права, зокрема запровадження інституту зупинення банківських операцій як ефективного засобу протидії злочинам, вчиненим із використанням безготівкових операцій, а також запровадження механізму обміну інформацією між органами досудового розслідування та банківськими установами.

Список використаних джерел:

1. Бережна Н.А. Електронні гроші: проблеми правового регулювання в Україні. Українське право. URL: https://ukrainepravo.com/legal_publications/essay-on-it-law/it_law_berezhna_electronic_money_problems_of_legal_regulation_in_ukraine.
2. Дрішлюк К.В. відшкодування шкоди завданої кримінальним правопорушенням як завдання кримінального судочинства України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. №3. С 117–119. URL: http://www.pap.in.ua/3_2017/66.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).
3. Звіт про діяльність Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів за 2018 рік URL: <https://arma.gov.ua/files/genera/2019/04/15/20190415170302-74.pdf> (дата звернення: 11.04.2020).
4. Звіт про роботу органів досудового розслідування за грудень 2019 року. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113895&libid=100820&c=edit&_c=fo (дата звернення: 11.04.2020).
5. Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI / офіційний сайт ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1433742953674692> (дата звернення: 11.04.2020).
6. Никифорчук В.Д. Електронні гроші у сфері фінансово-банківських злочинів: проблематика та визначення. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 2(107). С 158–171. URL: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/7467/1/16.pdf> (дата звернення: 11.04.2020).
7. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 № № 2121-III / офіційний сайт ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>. (дата звернення: 11.04.2020).
8. Про затвердження Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці : Постанова НБУ від 14.07.2006 № 267. офіційний сайт ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/z0935-06>. (дата звернення: 11.04.2020).
9. Слободянюк П.Л. Захист прав потерпілого на відшкодування шкоди завданої кримінальним правопорушенням. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 6. С. 74–78. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2018/18.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

УДК 341.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.23>

О. В. Бігняк, доктор юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ ВИКОРИСТАННЯ КРИПТОВАЛЮТ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Статтю присвячено дослідженню правової природи криптовалют, у тому числі їхніх певних ознак як грошей, питанням правового регулювання їх використання в міжнародному приватному праві, зокрема колізійно-правовим методом. Автором визначено актуальність проблематики, розглянуто певні властивості грошей як інституту права, акцентовано увагу на певних особливостях криптовалют і електронних грошей, вказано правові режими щодо їх регулювання. Зауважено, що за загальним визначенням гроші – це засіб платежу, що слугує визначенням міри вартості товарів, що знаходяться в економічному обороті, і виражений у грошовій одиниці держави чи іншого публічно-правового утворення. Гроші вийшли зі світу товарів і принесли із собою у світ грошей властивий товарам правовий режим речей. Акцентовано увагу на тому, що гроші як складник цивільно-правового обороту виникли раніше за державу. Вони існували й існують у спільнотах, що не мають держави. Так само гроші абсолютно необов'язково емітуються державними інституціями. Форми грошей мають різний правовий режим. Так, готівкові гроші є річчю і, відповідно, об'єктом права власності. Електронні та безготівкові гроші за своєю правовою природою є безстроковими, безумовними й абстрактними правами вимоги особливого роду, і до них застосовується правовий режим зобов'язань.

Окрему увагу приділено питанням міжнародного приватного права, його колізійно-правовій нормі, зокрема у питаннях регулювання відносин з використанням криптовалют. З позиції міжнародного приватного права та його колізійних прив'язок має значення, як розглядати криптовалюту: як товар, як засіб платежу чи як фінансовий інструмент. Якщо розглядати криптовалюту як товар, то, звісно, до її регулювання застосовується речове право: закон місця знаходження речі стосовно нерухомого і рухомого майна. Визначено основні формули прикріплення, що підлягають застосуванню, щодо криптовалюти як засобу платежу та як фінансового інструменту.

Ключові слова: криптовалюта, електронні гроші, міжнародне приватне право, колізійні норми, колізії, криптоактиви, приватні гроші, колізійно-правове регулювання.

Bihniak O. V. Conflict-of-law regulation of the relations with the use of cryptocurrencies within international private law

The article is devoted to the study of the legal nature of cryptocurrencies, including their certain features as money, the issue of legal regulation of their use in private international law, in particular, the conflict-of-law method. The author determines the relevance of the issue, considers certain properties of money as an institution of law, focuses on certain features of cryptocurrencies and electronic money, indicates the legal regimes for their regulation. It is noted that by general definition, money is a means of payment that serves to determine the measure of the value of goods in economic circulation, and is expressed in the currency of the state or other public entity. Money came out of the world of goods and brought with it into the world of money the legal regime of things inherent in goods. Emphasis is placed on the fact that money, as a component of civil turnover, arose before the state. They have existed and exist in communities without a state. Similarly, money is not necessarily issued by government institutions. Forms of money have different legal regimes. Yes, cash is a thing and, accordingly, an object of property rights. Electronic and non-cash money by their legal nature are indefinite, unconditional and abstract rights of a special kind of claim and are subject to the legal regime of obligations. Particular attention is paid to issues of private international law, its conflict of law, in particular in matters of regulation of relations on the use of cryptocurrencies. From the standpoint of private international law and its conflict of laws, it is important how to consider cryptocurrency: as a commodity, as a means of payment or as a financial instrument. If we consider cryptocurrency as a commodity, then, of course, property law is applied to its regulation: the law of the location of the thing in relation to real estate and movable property. The main attachment formulas that should be applied to cryptocurrency as a means of payment and as a financial instrument are also identified in the article.

Key words: cryptocurrency, electronic money, international private law, conflict norms, collisions, crypto-assets, private money, conflict-of-law regulation.

Постановка проблеми. Розвиток інформаційних технологій активізував пошук нового фінансового інструменту, що заснований на інформації. Таким інструментом є криптовалюта. Криптовалюти і раніше кидали справжній виклик основним засадам існуючої грошової системи, а тепер, у період економічної кризи, – тим паче.

Епоха долару закінчується. Про це говорить невдоволення світових економістів і голів центробанків, які вказують на неспроможність американської валюти. Долар потребує заміни. Про це заявив голова Банку Англії Марк Карні, наполягаючи на створенні нової глобальної резервної валюти, що дозволить економікам

країн, що розвиваються, звільнитися від доларової залежності, і заміною долару він назвав криптовалюту [2]. Можливість виходу з економічної кризи бачать у криптовалюті й світові експерти, стверджуючи про її «надсуверенність» та відсутність єдиної зацікавленої країни, що здатне забезпечити стабільність міжнародної валютної системи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різних аспектів проблеми правового регулювання електронних грошей та криптовалют у своїх працях досліджували та торкалися такі науковці, як С.І. Шимон, А.С. Горбунова, О.В. Мельниченко, А.М. Пожидаєва, М. Андручович, С. Капкун, А. Квітка, М. Куцевола, М. Лихачова, І. Лубенець, Н. Поливка, М. Роечлін, Ю. Солодковський, Ю.К. Меркулова, Е. Андрулакі, О. Караме, Т. Счерер, Д.М. Гражек, Н. Коуртоіс, Г. Максвел, А. Герваїс, О. Галицький, О. Мороз, А.Т. Проценко, Д.С. Вахрушев, В.О. Перов, А.В. Шамраєв, С. Овсейко, А.Я. Курбатов, І.А. Спиранов, С. Левашов, В.С. Лоцилин та ін. Ці дослідження стосувалися і стосуються різних аспектів проблематики. У даній статті зупинимось саме на питаннях правового регулювання криптовалют в міжнародному приватному праві, колізійно-правового регулювання.

Мета статті полягає в аналізі питань колізійно-правового регулювання застосування криптовалюти, у визначенні основних формул прикріплення, які підлягають застосуванню до приватно-правових відносин з використанням криптовалюти.

Виклад основного матеріалу. Гроші як інститут права мають достатню складність, неоднозначність та мінливість, тому в законодавстві більшості країн відсутнє легальне визначення грошей. В епоху глобалізації та розвитку фінансових ринків з'являються високоліквідні фінансові продукти, схожі за своїми ознаками на гроші, але вони не є такими, наприклад, приватна валюта, до якої відносять і криптовалюту.

За загальним визначенням гроші – це засіб платежу, що слугує визначенням міри вартості товарів, що знаходяться в економічному обороті, і виражений у грошовій одиниці держави чи іншого публічно-правового утворення [3]. Гроші вийшли зі світу товарів і принесли із собою у світ грошей властивий товарам правовий режим речей.

Гроші як складник цивільно-правового обороту виникли раніше за державу. Вони існували й існують у спільнотах, що не мають держави. Так само гроші абсолютно необов'язково емітуються державними інституціями.

Гроші можуть існувати без прив'язки до державного апарату, внаслідок самої лише домовленості або угоди певного кола зацікавлених осіб, тобто існування держави як регулятора не є обов'язковою умовою появи грошових одиниць та існування товарно-грошового обороту.

Форми грошей мають різний правовий режим. Так, готівкові гроші є річчю і, відповідно, об'єктом права власності. Електронні та безготівкові гроші за своєю правовою природою є безстроковими, безумовними і абстрактними правами вимоги особливого роду, і до них застосовується правовий режим зобов'язань.

Електронні гроші як економічний феномен й інститут права з'явилися на початку 1990-х років. Популярність електронних грошей як засобу платежу серед населення привертає увагу до проблеми їх сутності й місця в системі платежів та до питань правового регулювання їх застосування.

Законність використання електронних грошей та віртуальної валюти залежить від місця знаходження суб'єкта операцій з нею та мети її використання [1].

Криптовалюта являє собою початок нового етапу існування високотехнологічного ринку. Вона має потенціал для зміни традиційних ринкових стратегій, ділових практик, що забезпечить вигоди споживачам і макроекономічну ефективність [3].

Зрозуміло, що в умовах бурхливого розвитку сучасних технологій, електронної комерції та появи таких новітніх засобів платежу, як криптовалюти, постає проблема їх належної правової кваліфікації, визначення місця у системі розрахунків учасників господарського обороту, а також співвідношення криптовалют з іншими засобами платежу, передусім із традиційними грошовими коштами. Є загальне розуміння, що криптовалюти являють собою одиниці вартості, які зберігаються на електронних пристроях, використовуються як засоби платежу, а транзакції здійснюються за допомогою криптографії [6].

Світова спільнота ще навіть не визначила правового статусу криптовалют, не говорячи вже про законодавче врегулювання. У багатьох державах не створено правової бази обігу та використання криптовалют, попри певне економічне та соціальне сприйняття, хоча у певних високорозвинених країнах світу офіційно визначено статус криптовалют, а також визначено органи регулювання й контролю за операціями з криптовалютою. У деяких країнах з криптовалютою ведеться певна боротьба.

Зрозуміло, що для ефективного функціонування криптовалют необхідна її інституалізація, яка можлива шляхом правової інституалізації та ринкової, що здійснюється завдяки формальному і неформальному встановленню правил функціонування криптовалют.

В Україні на законодавчому рівні питання криптовалют залишається невирішеним. Криптовалюту пропонується розглядати як грошовий сурогат, платіжний засіб, фінансовий актив, товар.

З точки зору вітчизняного законодавства криптовалют однозначно не є грошима. Для визнання криптовалют грошима необхідне відповідне рішення парламенту, на яке навряд чи варто розраховувати, оскільки таке визнання може підірвати основи національної грошово-кредитної політики. Проте науковці

досліджують суть явища, яка не вичерпується офіційним визнанням чи невизнанням. Функції, притаманні традиційним грошам, властиві також криптовалютам. Вони абсолютно здатні виступати універсальним засобом обміну та розрахунку. Криптовалютами цілком можливо оплачувати товари, роботи і послуги. При цьому немає принципового значення, чи є криптовалюта товаром, фінансовим активом, тощо. Учасники саміту Великої двадцятки, який проходив у Буенос-Айресі 19–20 березня 2018 р., свідомо відійшли у своєму комюніке від використання терміна «криптовалюта» (cryptocurrency), замінивши його на «крипто-активи» (crypto-assets), де прямо підкреслено: крипто-активи не мають ключових атрибутів суверенних валют [4].

Проте оскільки громадськістю визнається цінність криптовалюти, виникає ситуація, коли державі просто необхідно врегулювати правовідносини, що склалися, та надати їм законного статусу.

Україна знову і знову постає перед необхідністю оновлення внутрішньої і зовнішньої політики та розширення якісного та кількісного господарського і всього цивільно-правового обігу як і у сфері зовнішньої торгівлі й іноземних інвестицій, так і щодо обміну науково-технічними досягненнями, витворами науки, літератури і мистецтва. Якісне правове регулювання всього цього масиву зв'язків набуває для нашої країни зростаючого значення.

Необхідно враховувати дію зарубіжних національних правових систем, вплив міжнародних угод на всі сфери міжнародного співробітництва. Як влучно підкреслює З.А. Севрюгіна, зі всіх численних інтегральних сукупностей правових норм є лише одна, яка прямо призначена для виконання цих завдань розвитку країни. Ця сукупність називається міжнародним приватним правом. Саме воно має механізм урахування впливу іноземного права на договірні й позадоговірні майнові та немайнові відносини між юридичними та фізичними особами, а в деяких випадках – і на їх відносини з державами та міжнародними організаціями [5].

Міжнародне приватне право нерозривно пов'язано з розширенням міжнародного торгово-економічного, науково-технічного і культурного співробітництва. Важливу роль у правовому регулюванні цього співробітництва покликані відігравати норми міжнародного приватного права, значення якого зростає в міру поглиблення міжнародних господарських зв'язків, розвитку нових організаційних форм у різних галузях міжнародного ділового співробітництва.

Механізм урахування впливу іноземного права на договірні й позадоговірні майнові та немайнові відносини між юридичними і фізичними особами, а також державами як приватними особами, міститься в особливих нормах міжнародного приватного права, які отримали назву колізійних, тобто конфліктних, які призначені для вирішення конфліктів між законом суду та нормами іноземного права [5].

Необхідно також урахувати, що законодавство у сфері майнових та особистих немайнових відносин не стоїть на місці, а поступово розвивається, часто не встигаючи за практикою. Це стосується і питань застосування криптовалют.

Реальні життєві відносини, що виходять із міжнародного спілкування, не можуть бути нормовані правом однієї держави, в цьому і є об'єктивна основа виникнення та існування міжнародного приватного права.

Розглядаючи справу з іноземним елементом, суд має віднайти той правопорядок, з яким правовідношення, що розглядається, пов'язане. Нагадаємо, що основною метою міжнародного приватного права є вирішення правових колізій в умовах конкуруючих юрисдикцій.

Як у праві все починається з норми права і нею закінчується, так і в міжнародному приватному праві все починається з колізійної норми і її дією все закінчується. Колізійна норма є правилом поведінки, що сформувався у національному або міжнародному джерелі права і вказує на те, право якої країни або міжнародної угоди підлягає застосуванню до даного спірного правовідношення.

Колізійно-правове регулювання використання криптовалют теж залежить від того, як розглядати криптовалюту. Дискусія серед науковців щодо правової природи криптовалют не вщухає: їх визначають і як гроші, і як засоби обміну або розрахунку, відмінні від грошей, і як грошові сурогати, і навіть як товари. Особливості колізійно-правового регулювання використання криптовалют детально висвітлює у своїх працях Ю.К. Меркулова, також звертаючи увагу, що з позиції міжнародного приватного права та його колізійних прив'язок має значення: розглядати криптовалюту як товар, як засіб платежу чи як фінансовий інструмент [7; 8; 9].

Якщо розглядати криптовалюту як платіжний засіб, то під час встановлення змісту грошових зобов'язань застосовуються такі формули прикріплення, як закон валюти платежу та закон валюти боргу, перший є більш визнаним, але теж з певними особливостями. Але в деяких країнах ці положення регулюються виключно нормами публічного права, оскільки це стосується основ публічного порядку.

Криптовалюта як товар, безумовно, підпадає під регулювання речового права – закону місця знаходження речі стосовно нерухомого і рухомого майна, однак через специфіку криптовалюти буде важко визначити її конкретне місцезнаходження. Не зовсім зрозуміло, який саме сервер можна вважати її місцезнаходженням, і як кожного разу його визначати. Логічніше було б застосовувати особистий закон власника криптовалюти, але це може суперечити надімперативним нормам держав. У такому разі знову виникають колізії, які вкрай важко або неможливо вирішити.

Якщо криптовалюту вважати фінансовим активом, то можуть застосовуватися такі прив'язки: закон національності емітента цінних паперів, закон місця реєстрації випуску цінних паперів, закон місця обігу цінних паперів, зобов'язальний статут угоди, предметом якого є цінний папір, особистий закон власника

цінного паперу. Із цього приводу існують також різні підходи в різних країнах. Тому доцільно в угоді вказувати право, що регулює цю угоду.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. В Україні на законодавчому рівні питання криптовалют залишається невирішеним. Криптовалюту пропонується розглядати як грошовий сурогат, платіжний засіб, фінансовий актив, товар.

Відсутність відповідного правового регулювання обігу і використання криптовалют проковує зростання чорного ринку, маніпуляцій та злочинності навколо цієї теми.

Криптовалюта як досягнення науково-технічного прогресу зближує континенти й полегшує загальнолюдське спілкування, а отже, ще й з цих причин потребує відповідного регулювання і вирішення колізій, що виникають.

Список використаних джерел:

1. Волосович С.В. Віртуальна валюта: глобалізаційні виклики і перспективи розвитку. *Науковий журнал «Економіка України»*. 2016. № 4 (653).

2. Доллару пришел конец. Европа назвала новую мировую резервную валюту. URL: <https://versiya.info/politika/army/149679>

3. Коростелёв М.А. Правовой режим электронных денег в гражданском законодательстве : дис. ... к. ю. н. Москва, 2015.

4. Money is no object: Understanding the evolving cryptocurrency market. URL: <https://www.pwc.com/us/en/financialservices/publications/assets/pwccryptocurrencyevolution.pdf>

5. Севрюгина З.А. Действие коллизионных норм в международном частном праве России и зарубежных стран : дис. ... к. ю. н. Москва, 2018 203с.

6. Чаплян С. Правовой статус криптовалют. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. № 2. С. 148–165.

7. Меркулова Ю.К. Криптовалюта как товар с точки зрения международного частного права. *Молодой ученый*. 2018. Октябрь. № 43 (229). С. 132–143.

8. Меркулова Ю.К. Криптовалюта как средство платежа с точки зрения международного частного права. *Молодой ученый*. 2018. Октябрь. № 43 (229). С. 132–143.

9. Меркулова Ю.К. Криптовалюта как финансовый инструмент с точки зрения международного частного права. *Молодой ученый*. 2018. Октябрь. № 43 (229). С. 132–143.

УДК 342.5

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.24>

В. В. Гомонай, докторант
кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету

ПОНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАБУТТЯ ПОВНОПРАВНОГО ЧЛЕНСТВА УКРАЇНИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ ТА В ОРГАНІЗАЦІЇ ПІВНІЧНОАТЛАНТИЧНОГО ДОГОВОРУ

У статті розглянуто питання понять механізму і конституційно-правового механізму забезпечення. Акцентовано увагу на тому, що наразі це питання є одним із ключових у доктрині конституційного права, що зумовлено назрілими суспільними потребами та теоретичною неопрацьованістю питань конституційно-правового забезпечення набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору, формування нової світоглядної парадигми та правової доктрини. Підкреслено, що за останні роки в Україні відбулися динамічні глибинні трансформації в різних сферах (соціальній, економічній, політичній), триває процес реформування правової системи України в напрямі її інтеграції в європейський правовий простір. Констатовано, що серед закордонних та вітчизняних науковців відсутня єдність у визначенні понять «механізм», «конституційно-правовий механізм», «конституційно-правовий механізм забезпечення». Незважаючи на те, що поняттю та структурним елементам конституційно-правового механізму присвячено ряд робіт вітчизняних та закордонних учених, тим не менш, воно залишається одним із дискусійних у науці конституційного права. Серед учених немає єдності щодо визначення поняття та структурних елементів механізму. Визначено поняття конституційно-правового механізму забезпечення набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору як поліелементної багаторівневої системи, яка має нормативно-правову й організаційно-правову складові частини, що об'єктивізуються в сукупності органів державної влади та місцевого самоврядування, та «мета-елементу», що охоплює інститути громадянського суспільства, діяльність яких здійснюється відповідно до загальноновизнаних принципів і норм права ЄС і використовується державою для досягнення цілі.

Ключові слова: Організація Північноатлантичного договору, повноправне членство, забезпечення, конституційно-правове забезпечення, конституційно-правовий механізм.

V. V. Homonai. The concept of the constitutional and legal mechanism for procure of full membership of Ukraine in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization

The article deals with the concept of mechanism, constitutional and legal mechanism of provision. It is emphasized that at present this issue is one of the key in the doctrine of constitutional law, due to overriding social needs and theoretical lack of issues of constitutional and legal support for the acquisition of full membership of Ukraine in the European Union and the North Atlantic Treaty Organization, doctrines. It is emphasized that in recent years in Ukraine there have been dynamic deep transformations in different spheres (social, economic, political), and the process of reforming the legal system of Ukraine towards its integration into the European legal space is ongoing. It is stated that there is no unanimity among foreign and domestic scientists in determining the issue of “mechanism”, “constitutional-legal mechanism”, “constitutional-legal mechanism of provision”. Despite the fact that the concept and structural elements of the constitutional and legal mechanism is devoted to a number of works by domestic scholars abroad, it remains one of the debates in the science of constitutional law. There is no unanimity among national and foreign scientists regarding the definition of the concept and the structural elements of the mechanism. The concept of constitutional and legal mechanism for ensuring full membership of Ukraine in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization as a multi-element multilevel system, which has a regulatory and organizational and legal component, which is objectified in the totality of public authorities, local and self-governing bodies, is defined. meta-element”, covering civil society institutions, whose activities are carried out in accordance with generally recognized principles and rules of EU law and use state to achieve the goal.

Key words: North Atlantic Treaty Organization, full membership, procure, Constitutional and legal procure, constitutional and legal mechanism.

Постановка проблеми. Загальновідомо: одним із найважливіших інститутів конституційного права України є конституційний лад України [1–5; 12–13]. «Норми цього інституту регулюють одну з найбільш важливих груп суспільних відносин, що становлять предмет регулювання конституційного права України. Тому цей інститут поправу займає перше місце серед усіх інших інститутів конституційного права України. Він становить фундамент не лише конституційного права, а всієї системи національного права України. Як інститут, що закладає основи для всіх інститутів конституційного права та всієї правової системи України, конституційний лад започатковує конституцію держави. Конституційний лад – це інститут, який визначає основні засади суспільного і державного ладу країни. У демократичних, правових державах цей інститут

має ґрунтуватися на пріоритеті загальнолюдських цінностей, відображати інтереси всіх членів суспільства, а не його окремих кіл, груп. Він має сприяти постійному утвердженню ідеалів гуманізму і демократії. У Конституції України норми розгляданого інституту містяться в її розділі першому, який має назву «Загальні засади». За своєю суттю конституційний лад являє собою певний тип конституційно-правових відносин, зумовлених рівнем розвитку суспільства, держави і права. Конституційний лад можна визначити як реально існуючий суспільний і державний лад. Його основу становлять ті об'єктивно існуючі суспільні відносини, які визначають найбільш суттєві економічні, політичні, соціальні та інші характеристики суспільства» [18, с. 78].

За останні роки в Україні відбулися динамічні глибинні трансформації в різних сферах (соціальної, економічній, політичній), триває процес реформування правової системи України у напрямі її інтеграції в європейський правовий простір. Це явище не носить односторонній характер, адже відбувається і трансформація правових систем країн-учасниць ЄС та самого ЄС. Ці перетворення зумовлюють необхідність та доцільність пошуку нових правових підходів до формування та реформування національного законодавства, розбудови України як сучасної держави та інститутів громадянського суспільства. Водночас сьогодні є недостатнім розроблення відповідних правових інструментів та механізмів, що сприяють реалізації як Конституції України в цілому, так і стратегічного зовнішньополітичного курсу України зокрема. Це стосується і забезпечення прав та свобод людини і громадянина в Україні, і повільного реформування соціальної, економічної та політичної сфери, і не досягнення поставлених цілей.

Незважаючи на те, що поняття та структурним елементам конституційно-правового механізму присвячено ряд робіт вітчизняних і закордонних учених, тим не менш, воно залишається одним із дискусійних у науці конституційного права. Серед учених немає одностайності щодо визначення поняття та структурних елементів механізму.

Мета статті – визначити поняття конституційно-правового механізму забезпечення набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору.

Виклад основного матеріалу. На думку С. Засулько, термін «механізм» використовується науковцями та практиками для «позначення частин цілого, що взаємодіють між собою. У правознавчій літературі ця категорія також досить широко застосовується і наповнюється юридичним змістом. Наприклад, виділяють «механізм держави», «механізм управління», «механізм правового впливу», «механізм правового регулювання», «механізм реалізації норми права» [14, с. 11]. На думку Є. Мотвилавка, «механізм» є системою певних засобів [19, с. 54].

Я. Греца дотримується точки зору, що «механізм не тільки об'єднує певні правові засоби, але й визначає їхнє місце та роль, у результаті чого вони розглядаються не як розрізнені явища, а як цілісна система, в якій кожна частина, що взаємодіє з іншими, виконує свої специфічні функції. Крім того, механізм повинен визначати стадії застосування тих чи інших правових засобів для реалізації та захисту прав суб'єктів податкових правовідносин» [11, с. 18–19].

М. Александровим було введено поняття (термін) «механізм правового впливу», визначено його шляхи та форми. На думку вченого, до форм механізму правового впливу «належить встановлення заборон певних дій, правоздатність суб'єктів права, а також компетенція певних органів та їхніх посадових осіб і взаємозв'язків між учасниками суспільних відносин у вигляді правовідносин» [22, с. 98].

С. Алексєєв виділяв механізм правового регулювання. На думку вченого, механізм правового регулювання являє собою «взяту в єдності всю сукупність юридичних засобів, за допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини» [6, с. 30]. Науковець доводив, що поняття «механізм правового регулювання» є категорією, яка охоплює всі правові засоби. Крім того, «механізм правового регулювання не лише «збирає» їх, але й «розставляє по своїх місцях», у результаті чого «перед нами виявляються не розрізнені явища (норми, тлумачення, юридична техніка тощо), а цілісний механізм, кожна частина якого, що взаємодіє з іншими, виконує свої специфічні функції» [7, с. 68]. Не менш важливим є твердження С. Алексєєва, що «механізм правового регулювання припускає і характеристику стадій правового впливу» [7, с. 68].

С. Константінов підкреслює, що до елементів механізму правового регулювання відносяться: «юридичні норми, правовідносини, акти реалізації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, нормативні юридичні акти, правова культура і правосвідомість. У цьому переліку наявні всі правові явища, які так чи інакше врегульовано впливають на суспільні відносини» [17, с. 66–67]. На переконання А. Вітченко, до системи елементів механізму правового регулювання входять «норми права різного призначення, акти застосування права і діяльність організацій та посадових осіб по втіленню їх у життя» [8, с. 42]. На думку В. Горшенєва, механізм правового регулювання є способом впливу, реалізації права і включає такі проміжні ланки – правосуб'єктність, юридичні факти та правовідносини, які переводять нормативність права в упорядкованість суспільних відносин [10, с. 55]. В. Казимірчук у дисертаційному дослідженні аналізує механізм дії права і визначає його як «систему соціальних факторів і методів соціально-правового впливу» [15, с. 12].

А. Мухтарова висновує, що він є синтетичним поняттям, яке включає «механізм здійснення правотворчої діяльності, суб'єкт правотворчості, правила й основні напрями його роботи, критерії її зрілості» [20, с. 19].

Ю. Тихомиров, аналізуючи механізм соціального управління, зазначає, що він є «організацією та функціонуванням управління, що виражається у висуванні обґрунтованих цілей, створенні та розвитку керуючої системи, покликаної здійснювати в ході управлінського процесу досягнення цілей. У широкому розумінні механізм управління являє собою процес погодженого впливу суб'єктів управління на явища навколишньої соціальної дійсності. Він є своєрідним зовнішнім і до того ж динамічним проявом управління, що без цього перебуває ніби в потенції» [23, с. 48; 24, с. 38]. Натомість інший вчений – Л. Юзьков, дискутуючи щодо механізму державного управління, окреслює його як «саму організацію, процес практичного здійснення управління. Ця організація є складною функціонуючою системою і включає три найважливіших елементи: суб'єкти управління; об'єкти управління; взаємодію суб'єктів і об'єктів управління» [25, с. 57]. С. Константинов слушно зазначає, що «ці елементи вказують на статику і динаміку механізму державного управління. Статику визначають суб'єкти й об'єкти управління, які становлять його матеріально-структурну основу. А комплекс взаємодій суб'єктів і об'єктів, які відбуваються за принципом прямого й зворотного зв'язків, становить функціональну (динамічну) основу» [17, с. 66–67].

Як «систему взаємопов'язаних і взаємозумовлених елементів, які поділяються на три групи: засоби впливу, проміжні ланки й об'єкти впливу» [9, с. 97–98], визначає механізм правового впливу І. Голосніченко. Вчений підкреслює, що «до першої з них входять правові принципи, норми, джерела права, правовідносини. До другої – правосвідомість, правова культура; до третьої – акти реалізації норм» [9, с. 97–98].

В. Колпаков, аналізуючи механізм забезпечення правового режиму як частину режиму законності, зазначає, що він «містить у собі: а) організаційно-структурні формування; б) організаційно-правові методи» [16, с. 661].

Натомість Л. Дешко в дисертаційному дослідженні «Конституційне право на звернення до міжнародних судових установ та міжнародних організацій: порівняльно-правове дослідження» наголошує, що механізм забезпечення є складним явищем. Більше того, вчена акцентує увагу і на тому, що і саме поняття «забезпечення» є дискусійним, комплексним.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Визначено поняття конституційно-правового механізму забезпечення набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору як поліелементної багаторівневої системи, яка має нормативно-правову та організаційно-правову складову частини, що об'єктивізуються в сукупності органів державної влади та місцевого самоврядування, та «мета-елементу», що охоплює інститути громадянського суспільства, діяльність яких здійснюється відповідно до загальновизнаних принципів і норм права ЄС і використовується державою для досягнення цілі.

Список використаних джерел:

1. Deshko L. Application of Legal Entities to the European Court of Human Rights: a Significant Disadvantage as the Condition of Admissibility. *Croatian International Relations Review*. 2018. 24 (83). P. 84–103.
2. Deshko L. European Standards of Human Rights: Course book. Donetsk : Modern Printing (Suchasny Dook), 2013. 142 p.
3. Deshko L. Restitutio in integrum: підходи Європейського суду з прав людини. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 5. С. 365–368.
4. Deshko L. Structural Elements of International Legal Mechanisms for Ensuring The Everyone's Right to Seek Rights Protection in International Judicial Institutions or in the Relevant Bodies of International Organizations. *Закон и жизнь*. 2013. № 12/3. С. 64–67.
5. Deshko L. The principle of «de minimis non curat praetor» in International Law. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. № 4. С. 5–15.
6. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва : Юридическая литература, 1966. С. 30.
7. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций : в 2-х томах. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 68.
8. Витченко А.М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура. *Вопросы теории государства и права*. Саратов, 1968. Вып. 1. С. 42.
9. Голосніченко І.П. Предупреждение корыстных проступков средствами административного права. Киев : Высшая школа, 1991. С. 97–104.
10. Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва, 1978. С. 50–55.
11. Греца Я. Правовий механізм реалізації та захисту прав і законних інтересів суб'єктів податкових відносин : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Ужгород, 2006. С. 18–19.
12. Дешко Л. Правове регулювання господарювання в сфері охорони здоров'я: проблеми вдосконалення спеціального законодавства. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 5. С. 57–62.
13. Дешко Л., Боднар О. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини. *Правничий часопис Донецького університету*. 2008. № 2. С. 76–81.

14. Засулько С.С. Механізм правового регулювання суспільних відносин у сфері пожежної безпеки. *Міліція України*. 2004. № 6. С. 11.
15. Казимирчук В.П. Социальное действие права в условиях развитого социализма : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1977. С. 12.
16. Колпаков В.К. Адміністративне право України. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 661.
17. Константінов С.Ф. Адміністративно-правовий статус іноземців в Україні та механізм його забезпечення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 Теорія управління; адміністративне право та процес; фінансове право. Київ, 2020. С. 66–67.
18. Майданник О.О. Конституційне право України : навч. посіб. Київ : Алерта, 2011. С. 78.
19. Мотвилавка Е.Я. Теория регулятивного и охранного права. Воронеж, 1990. С. 54.
20. Мухтарова А.К. Механизм правотворчества. *Правовая наука*. Алма-Ата. 1978. С. 19–24.
21. Петров Р.А. Право Європейського Союзу : навчальний посібник. 2-ге вид. Київ : «Істина», 2009. 376 с.
22. Протасов В.Н. Что и как регулирует право : учебное пособие. Москва : Юрист, 1995. С. 98.
23. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. Москва, 1998. С. 48.
24. Тихомиров Ю.А. Механизм управления в развитом социалистическом обществе. Москва, 1978. С. 38.
25. Юзьков Л. Государственное управление в политической системе развитого социализма. Киев : Высшая школа, 1983. С. 57–61.

УДК 349.2:340.115:808.5

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.25>

Н. В. Клецова, кандидат економічних наук,
доцент кафедри міжнародних відносин
Сумського національного аграрного університету

Н. О. Петрова, старший викладач
кафедри міжнародних відносин
Сумського національного аграрного університету

ПОРІВНЯННЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ, СПРИЧИНЕНИХ НАСЛІДКАМИ «2019-НСОВ»: НАУКОВО-ПРАКТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ВПЛИВУ ОНЛАЙН-ПРОМОВ СПІКЕРІВ КРАЇН

Статтю присвячено науково-практичному дослідженню порівняння міжнародної практики щодо вирішення трудових спорів, що були спричинені наслідками «2019-нCoV», а також впливу онлайн-промов спікерів країн на досягнення консенсусу між роботодавцем та найманим працівником. Встановлено, що промови лідерів держав не лише допомагають населенню країни бути оптимістами, але й виступають ланцюгом ефективної комунікації з масами. Проведені авторами дослідження щодо вирішення трудових спорів у Китаї, Італії, Франції, Німеччині, Україні в умовах «2019-нCoV» показали, що рішення органів судової влади є сприятливими та мають намір налаштування мирного діалогу між найманим працівником та роботодавцем. Зокрема, практика китайських судів щодо надання планових щорічних відпусток за умов епідемії довела спроможність дії роботодавця лише шляхом мирної домовленості між роботодавцем і працівником. Встановлено, що практика Франції у наданні додаткових відпусток для батьків, діти яких не досягли 16 років, продемонструвала вирішення трудових спорів на початковому етапі їх виникнення. Досліджено, що основний меседж онлайн-промови президента України щодо зменшення кількості виникнення спорів у трудових відносинах полягав у тому, що урядом України прийнято ряд законів та указів на підтримку приватного сектору на період карантину від всесвітньої пандемії «2019-нCoV». Авторами також встановлено, що працівник Німеччини не має законного права мати «офіс вдома». Враховуючи основні положення, що стосуються правового регулювання праці в Німеччині, які закріплені в шостій главі Цивільного кодексу Німеччини, нами було запропоновано вирішити дане питання на користь працівника шляхом укладання додаткової угоди між роботодавцем та працівником. Практика ведення перемовин уряду із профспілками Італії довела, що «право на життя – понад усе» завжди було та залишається основним принципом Статуту Організації Об'єднаних Націй та Загальної декларації прав людини.

Ключові слова: 2019-нCoV; COVID-19; трудові спори; трудові відносини; онлайн-промови; спікер країни; наукове дослідження; міжнародний досвід; трудове право.

N. V. Klietsova, N. O. Petrova. Comparison of international experience on solving labour disputes caused by “2019-nCoV” consequences: scientific and practical research on the impact of online speeches countries’ speakers

The article is devoted to a scientific and practical study of comparing international practice in resolving labour disputes caused by the implications of “2019-nCoV”, as well as the impact of online speakers’ speeches on consensus between employer and employee. It was defined that the speeches of the states’ leaders are not only help the population of the country to be optimistic, but also serve as a chain of effective communication with the masses. Research conducted by the authors on resolving labour disputes in China, Italy, France, Germany, Ukraine in conditions of “2019-nCoV” showed that the decisions of the judicial authorities are favourable and intend to establish a peaceful dialogue between the employee and the employer. In particular, the Chinese courts’ practice of providing annual leaves in conditions of an epidemic proved the employer’s ability to act only through a peaceful agreement between the employer and the employee. It has been established that France’s practice of providing additional leaves for parents who have got the children under 16 years old has demonstrated that labour disputes are resolved initially. It was investigated that the main message of the Ukrainian President’s online speech on reducing the number of labour disputes was that the Government of Ukraine adopted a number of laws and decrees to support the private sector for the quarantine period of “2019-nCoV” World Pandemic. The authors also find that a German employee has no legal right to have an “office at home”. Taking into account the main provisions of labour legal regulations in Germany, which are enshrined in the sixth chapter of the German Civil Code, we proposed to resolve this issue for the benefit of the employee by concluding an additional agreement between the employer and the employee. The practice of negotiating a government with the trade unions of Italy has proven that the “right to life is above all” has always been, and remains, a fundamental principle of the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights.

Key words: 2019-nCoV, COVID-19, labour disputes, labour relations, online speeches, country speaker, scientific research, international experience, labour law.

© Н. В. Клецова, Н. О. Петрова, 2020

Постановка проблеми. Епідемія, пандемія, вірус, «2019-nCoV». На жаль, саме ці слова стали найактуальнішою темою для спілкування людства в усьому світі незалежно від місцезнаходження, кількості населення, клімату та інших характеристик країни. У квітні 2020 року світ глобально змінюється щохвилини, багато людей налякані тим, що відбувається, дехто взагалі ігнорує всесвітню пандемію. Але вони не хочуть бачити всього, що відбувається навкруги саме до того часу, доки це не стосується їхніх близьких та рідних. Навіть онлайн-промови керівного апарату кожної держави присвячені щоденному інформуванню громадян щодо подолання пандемії «2019-nCoV». Інфекційні захворювання не тільки загрожують здоров'ю людини, але й серйозно впливають на економічний розвиток країни в ході епідемії і водночас викликають багато проблем у трудових відносинах. Для наукових досліджень нами було вибрано основний напрям, який мав би поглинути відповідь на поставлене питання: «Як онлайн-промови спікерів країн стосовно наслідків «2019-nCoV» впливають на виникнення та збільшення кількості трудових спорів між роботодавцями та найманими працівниками, які активно отримують повідомлення із засобів масової інформації?». Тож, як ми бачимо, дане питання потребує ґрунтовних досліджень, а тема статті є нагальною, цікавою та актуальною для обговорення не лише в науковому просторі, але й у повсякденному житті людей різних професій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням вирішення трудових спорів, спричинених «2019-nCoV», присвячені праці таких вітчизняних та закордонних науковців, практиків, як: Д. Галагер [1], Дж. Мейд [2], Д. Рое [2], Р. Романюк [3], Д. Хонг [4]. Дослідження щодо впливу онлайн-промов спікерів країн в умовах «2019-nCoV» на виникнення трудових спорів на тепер не проводилися. Саме тому залишається велика низка питань, що потребують нагальних досліджень в умовах «2019-nCoV».

Метою статті є порівняння досвіду Китаю, Італії, Франції, Німеччини, України в регулюванні трудових відносин, викликаних наслідками «2019-nCoV», а також дослідження впливу онлайн-промов спікерів країн держави на періодичність виникнення трудових спорів.

Виклад основного матеріалу. Трудове законодавство усіх країн світу має повністю реалізовувати свої правові принципи. Адже однією із функцій права є запобігання порушення громадянами закону. Враховуючи те, що саме Китай першим зіштовхнувся з проблемою масового вирішення трудових спорів щодо умов оплати праці, ми пропонуємо провести ґрунтовний аналіз заходів, що були застосовані урядом Китаю відносно стабілізації трудових відносин під час епідемії 2019–2020 років. Констатуємо факт, що саме через серйозність інфекційних захворювань 90% підприємств Китаю припинили роботу та виробництво відповідно до наказу уряду, а працівникам доводилося або відпочивати, або ж працювати вдома. І, відповідно, виникло питання у всіх роботодавців одночасно: «Як вирахувати коефіцієнт корисності працівника для фірми, якщо він працює віддалено на дому, або якщо його вид зайнятості взагалі не передбачає працю на відстані? Що робити з трудовими договорами, строк дії яких закінчився саме в період епідемії? Щоб уникнути паніки у сфері трудових відносин, першочерговим кроком уряду Китаю було послідовне оголошення дій уряду. Так, «Міністерство трудових ресурсів та соціального захисту», «Національна федерація профспілок», «Китайська конфедерація підприємств / Асоціація підприємців Китаю» та інші оприлюднили заходи щодо стабілізації трудових відносин під час запобігання, контролю та підтримки відновлення виробництва підприємств. Дані заходи були спрямовані на приведення у відповідність трудового законодавства Китаю під час запобігання та контролю епідемії, на захист законних прав та інтересів як роботодавців, так і працівників, на сприяння гармонійним та стабільним трудовим відносинам. Відповідно до часу було адаптовано аналогічний правовий досвід, що був використаний протягом періоду SARS у 2003 р. з урахуванням теперішніх обставин. Із застосуванням методу статистичного аналізу нами було проведено ґрунтовні дослідження та визначено три основні напрями, які стали основою для звернення до судів у Китаї у сфері порушення трудових відносин. Зокрема, ми визначили напрями, що стосуються «трудовах відносин працівників», «щодо заробітної плати працівника» та «інших» (таких як «травми на виробництві», «відпустки» тощо). Так, наприклад, у справах, що стосуються трудових відносин, ми виявили, що роботодавець не виплачує компенсацію за робочу силу в повному обсязі та вчасно через епідемічну ситуацію у країні. І якщо працівник вимагає розірвати трудовий договір на цій підставі та виплатити компенсацію за виконану працю, то зазвичай це не підтримується у рішеннях судів, оскільки це регулювання має запобігати занадто важкому навантаженню підприємства. Інакше це може призвести до руйнування трудових відносин [4].

Під час дослідження трудових спорів у Китаї, пов'язаних із заробітною платою працівника, ми виявили: якщо підприємство припиняє роботу та виробництво через запобігання епідемії та контролю протягом одного місяця, починаючи з 3 лютого 2020 року, працівник вимагав, щоб роботодавець виплачував зарплату відповідно до норм трудового договору. Більш того, рівень заробітної плати не повинен був нижчим за місцевий рівень мінімальної заробітної плати. Працівники виступали за те, щоб роботодавець платив заробітну плату відповідно до витрат на проживання не менше 70% місцевої мінімальної заробітної плати, й дана вимога була підтримана рішеннями судів Китаю. На нашу думку, це положення надало двом сторонам трудових відносин свободу домовлятися про розмір заробітної плати, що сприяло стабілізації трудових відносин.

Багато уваги приділялось особливим трудовим справам, що стосуються відпусток працівників. Тож, ми виявили, що відповідно до законодавства Китаю роботодавець має право організувати щорічну відпустку працівників відповідно до виробничих та робочих умов підрозділу. Період повернення на робоче

місце може компенсуватися щорічною відпусткою, але зарплата за щорічну відпустку працівника повинна гарантуватися відповідно до законодавства. Поряд із цим були випадки, коли працівник відмовлявся приймати такого роду відпустку або заявляв про недійсність відпусток на тій підставі, що роботодавець організовує щорічну відпустку, «не враховуючи власних побажань працівника». Варто зазначити, що практика рішень китайських судів полягала в тому, щоб роботодавці організовували відпустку, базуючись на побажаннях працівників. В онлайн-промові Чжан Біна, віце-президент Вищого суду Шанхаю, зазначив: станом на 31 березня 2020 року міськими судами було прийнято 116 справ, пов'язаних з епідемічними ситуаціями, в тому числі 28 кримінальних справ, 88 цивільних та комерційних справ та 24 справи, які задоволено та закрито. На даний час кількість випадків позовів щодо трудових спорів у судах, що пов'язані з епідемічними ситуаціями, значно знизилась. Основні причини: по-перше, відбувається процес суперечливості трудових відносин, викликаний епідемічною ситуацією, спричиненою припиненням виробництва підприємств; по-друге, має місце незадоволення позивачами рішеннями трудового арбітражу, судовим процесом. А це означає, що існує певне відставання в часі пов'язаних справ. Так, підводячи підсумки функціонування китайських судів у період епідемії «2019-nCoV», можна визнати надзвичайно важливим моментом, що Китай зробив продуктивну роботу в запобіганні протидії закону. Інші країни можуть вивчити досвід Китаю з цього приводу і повною мірою реагувати на запобіжну функцію закону.

Окрему увагу нами було приділено науковим дослідженням поточної ситуації щодо безробіття та виникнення трудових спорів в Італії. Враховуючи те, що сьогодні саме в Італії налічується велика кількість смертельних наслідків уражених «2019-nCoV», Папа Римський Франциск в інтерв'ю британському католицькому журналісту Остіну Айвері заявив, що «пандемія коронавірусу є однією з відповідей природи на дії людей, які ігнорують екологічну кризу» [1]. Профспілки закликають припинити все невід'ємне виробництво для забезпечення безпеки та санітарії робочих місць. Зокрема, коронавірусна епідемія Італії спричинила загальнонаціональні страйки: від суднобудівників у Лігурії на півночі до металургійних виробників у Пулії на півдні, змусивши уряд відкрити переговори з головами профспілок. У той час як уряди Європи закликають персонал працювати вдома, є багато італійських робітників, чия праця може виконуватись виключно у супермаркетах, на фабриках, доках і сталеплавильних заводах. Так, прем'єр-міністр Джузеппе Конте провів відеоконференцію разом із міністрами охорони здоров'я, економіки, праці та економічного розвитку щодо посередництва між двома сторонами – роботодавцем і працівником. Після 18 годин переговорів профспілки та роботодавці підписали протокол безпеки. Рим прийняв указ, в якому просив працівників працювати віддалено та брати щорічну оплачувану відпустку, радивши закрити «неістотні» виробничі лінії, залишивши дане питання на відповідальність власників підприємств. Як ми бачимо, практика щодо щорічних оплачуваних відпусток за умови «2019-nCoV» є актуальною як у Китаї, так і в Італії.

Не минула наших досліджень і ситуація щодо зайнятості й трудових спорів у Німеччині. Канцлер Німеччини Ангела Меркель у свою чергу зазначила, що «2019-nCoV» – це найбільший виклик Німеччині після Другої світової війни. Вперше за 15 років на посаді канцлера Меркель виступила з незапланованим зверненням безпосередньо до німецької нації. Вона закликала всіх німців об'єднатися, її слова «Я щиро вірю, що ми досягнемо успіху у вирішенні завдання, яке стоїть перед нами, поки всі громадяни цієї країни розуміють, що це також і їхнє завдання» [5]. Хочемо зазначити, що це не було нав'язування ідеї, це була промова, що допомогла сформуванню у самосвідомості громадян Німеччини їхню значимість у боротьбі із всесвітньою пандемією. Через тисячі підтверджених випадків «2019-nCoV» німецький бізнес також стикається з великими розладами, що викликають цілу низку питань для роботодавців та працівників. Відповідно, виникає питання, як і в інших країнах світу: «Чи можуть працівники взагалі відмовлятися працювати аби триматися подалі від роботи, оскільки бояться заразитися під час виконання трудових обов'язків?» Нами було виявлено, що за законодавством Німеччини працівники не можуть в односторонньому порядку відмовитись від виконання своєї роботи. Також наймані працівники не мають права відмовлятися від роботи, якщо вони бояться бути заражені хворобою. Швидше за все, працівники втрачають право на заробітну плату в разі односторонньої відмови від виконання. Крім того, роботодавці можуть розглянути наслідки, передбачені законодавством про зайнятість, наприклад, повідомлення про попередження розірвання трудових відносин, а в окремих випадках може розглядатися навіть миттєве припинення трудових відносин за таких обставин.

Ще одне гостре питання серед працівників Німеччини, що досліджувалося нами: «Чи можуть працівники вимагати від роботодавця працювати віддалено вдома?». Як виявилось, найманий працівник, відповідно до чинного законодавства Німеччини, не має законного права працювати вдома (влаштувати «офіс вдома»). Враховуючи основні положення, що стосуються правового регулювання праці в Німеччині, які закріплені в шостій главі Цивільного кодексу Німеччини [6], пропонуємо вирішити дане питання на користь працівника шляхом укладання додаткової угоди між роботодавцем та працівником. Тому нами запропоновано під час здійснення даної угоди, щоб роботодавець мав право вимагати від працівника дотримання законодавства про охорону праці. Наприклад, наявності відповідного робочого місця або дотримання виконання норм закону про захист даних. Зокрема, йдеться про забезпечення того, щоб сторонні особи не мали несанкціонованого доступу до захищених даних. Для того щоб уникнути масових трудових спорів щодо лікарняного на період епідемії «2019-nCoV», нами було досліджено питання: «Чи може роботодавець замовити

плановий медичний огляд для працівників підприємства, щоб виключити інфікування працівників коронавірусом?». Було встановлено, що не має роботодавець законного права здійснювати такі заходи.

Окремо варто зацентувати увагу на тому, як дипломатично Франція уникла трудових спорів у період карантину. Так, президент Франції Еммануель Макрон в онлайн-промові висловив головний меседж сьогодні для стримування паніки серед населення Франції [2]. Цей меседж полягав у тому, що всі країни поєднані однією суспільною дією – подоланням пандемії шляхом введення карантину, і, відповідно, трудові відносини матимуть дещо інший характер. Керівництво даної країни запропонувало виплати для батьків, діти яких не досягли 16 років, що має у французькому законодавстві назву “*arrêt travail*” та у перекладі означає «припинення роботи». Так, батьки даної категорії можуть взяти відпустку зі збереженням своєї заробітної плати. Причому на період тривалості «*arrêt travail*» працівники отримуватимуть 90% своєї зарплати, взагалі не виконуючи при цьому посадові обов’язки. Дані виплати можна отримувати протягом 15 днів і лише в період карантину. Ми вважаємо, що дії уряду Франції є дійсно раціональними, адже таким чином буде спостерігатися зниження відсотку тих, хто захворів на COVID-19, що, відповідно, компенсуватиметься витратами на лікування хворих.

Заключним етапом проведеного нами науково-практичного дослідження було аналіз роботи законодавчих органів влади України. Так, 25 березня 2020 року Кабінет Міністрів України запровадив режим надзвичайної ситуації на всій території України на 30 днів, до 24 квітня 2020 року [7]. Ще у 2016 році Р. Романюк [3] зазначив, що історія будується конкретними особами. Проаналізувавши п’ять основних промов, які змінили Україну, він висунув твердження: коли ми вважаємо, що там, де задіяні не тисячні, а мільйонні маси людства, роль однієї людини мало відчутна, – ми помиляємось. Адже часом рух історичних подій залежить саме від рішень, промов, закликів, навіть погляду однієї людини. Так, в онлайн промові президента України В. Зеленського з метою зменшення виникнення спорів у трудових відносинах було підкреслено, що урядом України прийнято ряд законів та указів на підтримку приватного сектору на період карантину від всесвітньої пандемії «2019-nCoV». Наприклад, приватні підприємці в період з 1 березня по 30 квітня 2020 р. звільнені від виплати єдиного соціального внеску, тимчасово відмінені штрафи й пені за несвоєчасну чи неповну виплату Єдиного соціального внеску, несвоєчасне подання звітності по Єдиному соціальному внеску, відмінений податок на комерційну нерухомість та землю [7].

Поряд із цим ми також досліджували ситуацію щодо масового безробіття в Україні. Адже основними діями роботодавців у перші тижні карантину були: відправлення працівників у відпустку за власний рахунок або за рахунок щорічної оплачуваної відпустки. Мали місце й масові звільнення працівників в Україні, результатом яких Державний центр зайнятості мав величезну чергу безробітних, які прагнули стати на біржу праці для щомісячних виплат по безробіттю. Так, за перші два тижні карантину кількість безробітних в Україні зросла на близько 500–700 тисяч людей, за наступні два – ще на 500–600. Загалом, вона сягнула 2,5–2,8 млн людей. За оцінками Торгово-промислової палати України, рівень безробіття сьогодні становить 13,7–15,4% [8]. Зазначимо, що це найвищий показник за останні 15 років. За даними наукових досліджень, що були проведені компанією «Gradus», було встановлено, що 70% українців бояться заразити своїх близьких, і саме страх вплинути на їхнє подальше життя стримує як працівників, так і роботодавців виходити із домівок. А це, відповідно, стимулює впровадження нового формату трудових відносин – віддалена праця, «офіс вдома».

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Таким чином, ми можемо говорити про те, що промови лідерів держав не лише допомагають населенню країни бути оптимістами, але й виступають у свою чергу ланцюгом ефективної комунікації з масами. Так, суспільство вже готове зустрічати інфляцію, дефіцит, падіння доходів, безробіття, великі втрати тощо. Дослідження щодо вирішення трудових спорів у Китаї, Італії, Франції, Німеччині, Україні в умовах «2019-nCoV» показали, що рішення органів судової влади є сприятливими та мають намір налаштування мирного діалогу між наймаєм працівником та роботодавцем. Зокрема, практика китайських судів щодо надання планових щорічних відпусток за умови епідемії довела спроможність дій роботодавця лише шляхом мирної домовленості між роботодавцем і працівником. Практика Франції в наданні додаткових відпусток для батьків, діти яких не досягли 16 років, продемонструвала вирішення трудових спорів на початковому етапі їх виникнення. Практика ведення перемовин уряду із профспілками Італії довела, що «право на життя – понад усе» завжди було та залишається основним принципом Статуту Організації Об’єднаних Націй та Загальної декларації прав людини. Саме тому під впливом епідемії країни повинні на перше місце ставити права людини. Перспективою подальших досліджень є узагальнення міжнародної судової практики щодо розв’язання трудових спорів, спричинених наслідками «2019-nCoV».

Список використаних джерел:

1. Gallagher D. Pope says coronavirus pandemic could be nature's response to climate crisis. *CNN*. 2020. April 9. URL: <https://edition.cnn.com/2020/04/08/europe/pope-francis-coronavirus-nature-response-intl/index.html> (Last accessed: 17.03.2020)
2. Roe D., Made J. French lockdown to continue to May 11, non-European borders to remain closed. *RFI*. France. 13.04.2020. URL: <http://www.rfi.fr/en/france/20200413-french-lockdown-to-continue-to-may-11-non-european-borders-to-remain-closed> (Last accessed: 11.04.2020).

3. Романюк Р. П'ять промов, які змінили Україну. *Українська правда*. 2016. 8 квітня. URL: <https://www.pravda.com.ua/articles/2016/04/8/7104810/> (дата звернення: 10.04.2020)
4. Hong Zhao. Limitation and boundary of individual rights under epidemic prevention and control. *Journal of Comparative Law*. URL: www.chinalawinfo.com/ (Last accessed: 15.04.2020).
5. Merkel: Coronavirus is Germany's greatest challenge since World War II. *DW News*. 18.03.2020. URL: <https://www.dw.com/en/merkel-coronavirus-is-germanys-greatest-challenge-since-world-war-ii/a-52830797> (Last accessed: 05.04.2020).
6. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch. 1896. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (Last accessed: 12.04.2020).
7. Уряд запровадив режим надзвичайної ситуації по всій території України. *Урядовий портал*. 2020. 25 березня. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/uryad-zaprovadiv-rezhim-nadzvichajnoyi-situaciyi-po-vsij-teritoriyi-ukrayini> (дата звернення: 01.04.2020)
8. Кількість безробітних в Україні за час карантину побила 15-річний рекорд. 16.04.2020. URL: <https://tsn.ua/groshi/kilkist-bezrobotnih-v-ukrayini-za-chas-karantinu-pobila-15-richnij-rekord-tpp-1529592.html> (дата звернення: 16.04.2020)

УДК 341.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.26>

У. З. Коруц, кандидат юридичних наук,
начальник відділу міжнародних зв'язків
Тернопільського національного економічного університету

ПРОПАГАНДА ЯК ЗЛОЧИН У РІШЕННЯХ МІЖНАРОДНИХ КРИМІНАЛЬНИХ СУДІВ І ТРИБУНАЛІВ

У статті обґрунтовано, що в сучасному світі пропаганда війни продовжує мати серйозний вплив на мир і безпеку людства в епоху демократії, і мало що дозволяє припустити, що в майбутньому її використання зменшиться. Автор відзначає, що науковцями проаналізовано дуже мало джерел міжнародного права, що забороняють пропаганду війни, тоді як правозахисники та неурядові організації приділяли мало уваги потенціалу, який вони представляють для реалізації мети миру.

Досліджено, що в міжнародній правовій практиці є випадки, коли автори та безпосередні виконавці пропагандистських акцій притягувались до відповідальності за злочини проти людяності. У проаналізованих судових рішеннях акцентовано увагу, що пропаганда мала як посилюючий, так і стимулюючий ефект. Проаналізовано, зокрема, рішення у справі Нахімана, що вважається «найважливішим рішенням щодо законів про підбурювання в контексті міжнародного кримінального права після рішення Нюрнберзького трибуналу.

Зауважено, що сучасні міжнародні кримінальні трибунали слідує прикладу військових трибуналів Другої світової війни. Однак поширеність пропаганди в судових рішеннях міжнародного кримінального судочинства часто не відповідає доказовій основі, представлений обвинуваченням у конкретних судових процесах, що ускладнює доведення причинності, причинно-наслідкового зв'язку пропаганди в ході таких судових процесів.

У судових рішеннях акцентується увага на необхідності елементу actus reus – це вчинене особою протиправне вольове діяння (дія чи бездіяльність); щодо причинності, то сторона обвинувачення має довести, що дії особи були закономірною та безпосередньою причиною небезпечних наслідків.

Автор зауважує, що притягнення до міжнародної відповідальності стало можливим лише після того, як було доведено причинно-наслідковий зв'язок (як, зокрема, у справі Нахімана між сюжетом RTLM та масовими вбивствами представників народності тутсі ополченнями, підбуреними на такі дії.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, Міжнародні кримінальні трибунали, судові рішення, пропаганда, міжнародний злочин, actus reus.

U. Z. Koruts. Propaganda as a crime in the decisions of the international criminal courts and tribunals

The article substantiates that in the modern world, the propaganda of war continues to have a serious impact on the peace and security of humanity in an era of democracy, and there is little to suggest that its use will diminish in the future. The author notes that scientists have analyzed not a lot of sources of international law that prohibit war propaganda, while human rights defenders and non-governmental organizations have paid little attention to the potential they represent for achieving the goal of peace.

It has been researched that in international legal practice there have been cases where authors and direct perpetrators of propaganda actions have been held responsible for crimes against humanity. The judgments analyzed emphasized that propaganda had both a reinforcing and a stimulating effect. In particular, the decision in the Nahiman case, considered to be the “most important decision on incitement laws in the context of international criminal law, following the decision of the Nuremberg Tribunal, is analyzed.

It is noted that modern International Criminal Tribunals follow the example of World War II military tribunals. However, the prevalence of propaganda in International Criminal Court judgments is often inconsistent with the evidence presented by charges in specific lawsuits, which complicates the proving of causation and propaganda in such litigation.

In judgments, attention is drawn to the need for the actus reus element - a person's unlawful willful act (act or omission), as regards causation, the prosecution party must prove that the actions of the person were a natural and direct cause of the dangerous consequences.

The author points out that international liability was only possible after a cause and effect relationship had been established (such as in the Nahiman case, between the RTLM plot and the massacres of Tutsi nationals by such militias.

Key words: international criminal law, international criminal tribunals, court decision, propaganda, international crime, actus reus.

Постановка проблеми. У сучасному світі пропаганда війни продовжує мати серйозний вплив на мир і безпеку людства в епоху демократії, і мало що дозволяє припустити, що в майбутньому її використання зменшиться. Таким чином, постає завдання враховувати як існуючі, так і проектні положення міжнародно-правових документів з метою зменшення та усунення її впливу.

На початку XXI століття пропаганда відіграє вагомий роль у плануванні подальших воєн у контексті «війни з терором»: спрямована на увічнення ідеї екзистенційного конфлікту, в якому протилежні сторони нерозривно розділені, і для миру немає партнера. Лаутерпахт зазначив, що «у формувальний період Міжнародного права, характерною рисою якого є часта відсутність чіткої лінії розмежування між воєнним станом та станом миру між народами, звернення урядів до революційної пропаганди за кордоном не було рідкісним явищем» [1].

Відсутність такої лінії розмежування між державами війни та миру знову є характерною рисою сучасних міжнародних відносин, коли уряди часто звертаються до пропаганди війни, спрямованої як на вітчизняну, так і на іноземну аудиторію, що служить для увічнення думки про те, що війна неминуча, спираючись на посилені побоювання, для того щоб тримати світ у постійному стані підготовки до агресії.

У міжнародному праві є три чіткі аспекти заборони пропаганди війни, кожен з яких значною мірою перетинається з іншими. Відповідальність держави за утримання від пропаганди війни, вперше викладена в Конвенції про використання радіомовлення в інтересах миру 1936 р., підтверджується неодноразовими резолюціями та деклараціями Генеральної Асамблеї, а також Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, який зобов'язує держави-учасниці приймати законодавство, що не тільки забороняє окремим особам брати участь у пропаганді війни, а й самим урядам.

Однією з визначальних характеристик місця заборони пропаганди війни у міжнародному праві натеper є той факт, що в дискурсі про значення та масштаби заборони майже виключно переважають держави. Науковцями проаналізовано дуже мало джерел міжнародного права, що забороняють пропаганду війни, тоді як правозахисники та неурядові організації приділяли мало уваги потенціалу, який вони представляють для реалізації мети миру.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика пошуків теоретико-методологічного, практичного обґрунтування пропаганди війни знайшла своє відображення в роботах зарубіжних учених, зокрема Герша Лаутерпахта, Річарда Ешбі Вілсона., Елізабет Довней, Діани Орендліхер та в судових рішеннях Міжнародних Кримінальних Трибуналів та Судів.

Мета статті – дослідження та аналіз пропаганди війни як злочину в рішеннях Міжнародних Кримінальних Судів та Трибуналів.

Виклад основного матеріалу. Міжнародно-правове закріплення пропаганди війни відбулося вже за наслідками Другої світової війни в 1947 році. Так, Генеральна асамблея ООН розробила та прийняла Резолюцію № 110 про «Заходи, які повинні бути прийняті проти пропаганди і розпалювачів нової війни», відповідно до якої «ООН засуджує будь-яку форму пропаганди в незалежності від того, в якій вона ведеться та як, що має на меті створити або посилити загрозу миру або спричиняє акт агресії» [2]. Таке саме закріплення осуду пропаганди війни отримав і в Статуті ООН, а пізніше – у VI Нюрнберзькому принципі, який розкривається в тому, що «злочини, які караються за міжнародним правом, це злочини проти миру:

- планування, підготовка, розв'язання або ведення агресивної війни або війни внаслідок порушення міжнародних угод та договорів;
- участь у загальному плані або змові, спрямованих на здійснення будь-яких з дій, згаданих вище» [3; 1].

У цьому контексті доцільно навести точку зору М.В. Буроменського, який акцентує увагу на становленні міжнародного кримінального права, яке безпосередньо пов'язане з прийняттям статутів міжнародних кримінальних судових органів: Статуту Міжнародного трибуналу по Руанді, Статуту Міжнародного трибуналу по колишній Югославії, Римського Статуту МКС. У цих актах закріплено юрисдикцію трибуналів стосовно чітко визначеного переліку злочинів, сформульовано склади таких злочинів і визначено кримінально-процесуальні та кримінально-виконавчі процедури притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності [3].

Слід мати на увазі, що в міжнародній правовій практиці є випадки, коли автори та безпосередні виконавці пропагандистських акцій притягувались до відповідальності за злочини проти людяності.

Пропаганда мала як посилюючий, так і стимулюючий ефект, як було зазначено в *рішенні справи Каїшема та Рузіндана*: «Жорстокість, з якою зловмисники вбивали, поранили та нівечили своїх жертв, свідчить про те, що розкручена на Руанді пропаганда мала бажаний ефект, а саме знищення населення тутсі» [4]. Судове рішення, яке надало найбільшого значення пропаганді в поясненні геноциду в Руанді, було винесене у справі проти *Фердинанда Нахімана, Жан-Боско Барайягвіза, Хассан Нгезе*, також відомої як «Медіа-суд» [5]. Міжнародна правознавець Діана Орендліхер заявила, що вирок Нахімана вважається «найважливішим рішенням щодо законів про підбурювання в контексті міжнародного кримінального права після рішення Нюрнберзького трибуналу більш ніж п'ятдесят сім років до того» [6]. Всі обвинувачувані в «Медіа-суді» були власниками великих руандійських ЗМІ перед геноцидом. Фердинанд Нахімана та Жан-Боско Барайягвіза були міністрами та засновниками незалежної радіостанції «Вільне радіо і телебачення тисячі пагорбів» (Radio Télévision Libre des Mille Collines, RTLM). Хассан Нгезе був власником і редактором газети «Кангура» (руанд. «розбуди інших»), широко розповсюдженої в Руанді до 1994 року.

Усі троє були засуджені за безпосереднє вчинення геноциду внаслідок їхніх керівних посад у RTLM та «Кангурі» та їхньої відповідальності за публікації та радіопередачі на основі того, що «редактори

та видавці, як правило, несуть відповідальність за засоби масової інформації, які вони контролюють» [7]. Орендліхер пояснює: «судова палата фактично розглядала самих «Кангуру» та RTLМ як винуватців геноциду та засуджувала підсудних унаслідок їхніх відносин до відповідних органів масової інформації» [8].

На відміну від цього, наслідки провокуючої пропаганди були основою в судовому рішенні судової палати МКТР щодо Нахімана. У розділі фактичних висновків про передачі RTLМ, у цій справі було визначено три типи доказів, що пов'язували трансляції радіостанції з геноцидом. По-перше, деякі особи-тутсі, згадані поіменно в передачах до і після 6 квітня 1994 року, згодом були вбиті. У рішенні також посилаються на показання одного з очевидців, який повідомив, що на вулиці на нього напав зловмисник, який посилався на антитутський вміст передач RTLМ (§ 479). Нарешті, зв'язок між трансляціями та вбивствами був знайдений у загрози, відчутій особами, які були названі в ефірах RTLМ [9].

Незважаючи на переконання, загальноприйняте у МКТР та в журналістських та правозахисних колах про те, що провладне радіо та преса були переповненими щоденними закличками до геноциду в 1994 році, обвинувачення не представило переконливі докази геноциду *mens rea* в справі Нахімана.

Апеляційна палата у справі Нахімана визначила ці лакуни в доказах і постановила, що «немає жодних доказів того, що апелянт Нахімана брав активну участь у трансляціях після 6 квітня 1994 р., які підбурювали геноцид. Більше того, в офіційних протоколах не було жодних доказів того, що Нахімана до 6 квітня 1994 року давав вказівки журналістам RTLМ щодо підбурювання вбивства тутсі». виправдавши Нахімана за звинуваченням у підбурюванні геноциду, Апеляційна палата відхилила докази Судової палати про зв'язок між трансляціями RTLМ та актами геноциду, оголосивши такі докази «як мінімум хиткими». Тим не менш, засудження Нахімана за пряме та публічне підбурювання до скоєння геноциду як незакінченого злочину, який не потребує доказів причинного зв'язку, було підтримано Апеляційною палатою.

У рішенні Нахімана Судова палата МТР надала авторитетну основу для цих пропозицій. Визначивши, що «є обґрунтування адаптації застосування міжнародних стандартів, які розвинули для захисту права уряду на захист від розпалювання насильства з боку інших проти нього, а не підбурюванням до насильства від свого імені проти інших» [11]. Сучасні міжнародні кримінальні трибунали слідують прикладу військових трибуналів Другої світової війни. Після завершення Другої світової війни міжнародна спільнота заявила, що прагне запобігти повторенню жаху, що відбувався під час війни. Для того щоб зробити запізнілий крок до виконання цього зобов'язання, очевидно, що злочин прямого і публічного підбурювання до агресії потрібно включити до Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Більше того, в інтересах миру та справедливості, а також постійного розвитку міжнародного кримінального права такий крок є вкрай необхідним.

В іншому суді МКС кенійський радіомовник Джошуа Арап Санг, прихильник віце-президента Вільяма Руто, був звинувачений у тому, що він «сприяв, у трактуванні статті 25 (3) (d) (i) Статуту, вчиненню злочинів проти людства: вбивства, депортації або примусового переселення та переслідування населення» на основі його передач під час виборів президента Кенії 2007 року. [12]. Оскільки жодного обвинуваченого ще не було засуджено згідно зі статтею 25 (3) (d) (i) Статуту.

У справі Лубанга судді зазначили, що вимога *actus reus* щодо спільного вчинення злочинів відповідно до статті 25 (3) (a) вимагає «узгодженого суттєвого внеску кожного співучасника, що призводить до реалізації об'єктивних елементів злочину» [13].

Трибунали також розглядали цілий ряд факторів, що пояснюють виникнення конфлікту, включаючи економічний колапс, конституційні кризи та занепад домінуючих ідеологій, наприклад соціалізму радянського типу. Однак, коли йдеться про осмислення широкої участі населення в насильстві та культурних резонансах урядової програми релігійних чи етнічних переслідувань, політична пропаганда взяла на себе неабияку роль у міжнародно-правовій історії. Інтригує те, що причинно-наслідковий зв'язок, який приписується пропаганді, посилюється на кожному новому міжнародному трибуналі, починаючи з відповідальності співучасника в Нюрнберзі і досягаючи свого Zenіту в Медіа-суді МКТР.

Слабкі докази наслідків провокаційних закликів також були проблемою для інших судових процесів щодо пропаганди, в деяких випадках призводячи до виправдання обвинуваченого. У судовому процесі над сербським політиком-націоналістом Воїславом Шешелем у МКТЮ прокуратура шукала свідчень від інсайдерів, колишніх високопоставлених шешелівців, щоб підтвердити теорію про те, що підсудний мав беззаперечний авторитет серед своїх послідовників, і що його публічні виступи та трансляції спонукали до здійснення злочинів проти людства. На початку судового розгляду шестеро «шешелівців» давали свідчення про це, але в ході судового розгляду цей наріжний камінь справи обвинувачення загубився.

Судові палати міжнародних трибуналів надавали причинну роль пропаганді у випадках, коли підсудного звинувачували в першу чергу на основі мовленнєвих актів, а також у випадках, коли мова не є частиною *actus reus*, а пропаганда є способом ілюстрації загального контексту злочинів.

Однак поширеність пропаганди в судових рішеннях міжнародного кримінального судочинства часто не відповідає доказовій основі, представленій обвинуваченням у конкретних судових процесах. Показання пособників чи інсайдерів відсутні або відкликалися на суді, свідчення очевидців про вплив пропаганди часто ґрунтувалися на свідченнях з чужих слів, а експерти, хоча вони були вирішальними в деяких

трибуналах, були відсутніми або виключеними з інших. Недостатньо ясності та послідовності щодо того, який поріг допустимості для експертизи про пропаганду та свідчень очевидців та експертів, які могли б довести причинність пропаганди на таких судових процесах.

Кримінальне законодавство зазвичай застосовує жорсткі тести для визначення взаємозв'язку причин та наслідків поза розумним сумнівом. Юридична доктрина умовно поділяє причинний зв'язок на два типи: матеріальну причинність та юридичну причинність. Матеріальна причина або «фактична причина» є справжньою причиною події. Встановлення фактичної причини вимагає переконливих доказів прямої причинності, яка проходить тест «якби не» або *sine qua non*, що є фактичним методом доказування для виявлення причини, без якої подія не могла би відбутися [15]. Юридична причинність або «найближча» причина – це причина, яка була вибрана серед положень політики чи статуту як найбільш юридично актуальна.

Посилаючись на пропаганду, використовуючи причинну мову, хоч і метафору, вони можуть сягнути ще давніше в історії конфлікту, ніж юридичні причини, які повинні мати достатньо доказів, але не йдучи так далеко назад, як віддалені причини. Судді заявляють про пропаганду, щоб вирішити питання макро-причинного зв'язку, але в протоколі судового розгляду зазвичай недостатньо доказів для того, щоб задовільнити традиційні тести на причинність у кримінальному законодавстві. Це відбувається як у судових процесах, коли підсудного звинувачують у злочинах, не пов'язаних із пропагандою (наприклад, Тадича), а також у випадках, коли пропаганда є елементом *actus reus* звинуваченої поведінки (наприклад, Штрайхер, Акайесу, Нахімана) [15].

Разом із тим у справі Шешеля судді відкидають будь-яку роль підбурювальної мови щодо скоєння злочинів, залишається незрозумілим, які додаткові докази, крім того, що вже надано обвинуваченням, було потрібно слідчій палаті, щоб продемонструвати причинність. Ця сфера міжнародного кримінального права, можливо, більше ніж будь-яка інша, піддається загрозі від невизначеності доказів, необхідних умовно для виконання елементів злочинів. По-друге, посилення на пропаганду дозволяють міжнародним суддям показувати загальну відповідальність за конфлікт таким чином, що покладатиме вину на політичну владу.

Пропаганда повертається знову і знову, в різні епохи та на різних континентах. Існує щонайменше декілька пояснень поширеності пропаганди у правовому мисленні про масові злочини, у порядку зростання абстракції. Пропаганда лежить у невизначеній та неоднозначній території причинно-наслідкового зв'язку, оскільки вона часто виникає під час найгостріших моментів збройного конфлікту і закладає основу, як було зазначено в рішенні Штрайхера, «необхідних психологічних та політичних умов для війни».

У міжнародних кримінальних трибуналах пропаганда стала служити чорною скринькою невизначеного причинного зв'язку, контейнером, в який судді передають все, що було культурним, контекстуальним та історично зумовленим. Посилання на пропаганду дозволяють міжнародним суддям, які розглядають справи про масові злочини, посилатися на умови, ніби вони були причиною, і, роблячи це, оголошувати джерела колективного насильства та відповідати на постійне питання «чому?».

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Пропаганда війни являє собою злочин у міжнародному праві, міжнародне визнання протиправності дій лише в тому випадку, коли такі дії призвели до суттєвої шкоди. Тобто наслідком пропаганди війни має бути або початок військових дій, або пряма шкода, завдана внаслідок дій сторін, спрямованих на розв'язування війни чи утиску певної соціальної групи в будь-який спосіб.

Ця стаття прагнула окреслити значення та масштаби заборони пропаганди війни у міжнародному праві з урахуванням судових рішень Міжнародних кримінальних трибуналів та судів. Зважаючи на те, що йдеться про тему, яка не була детально проаналізована протягом кількох років, необхідно було скористатися багатьма детальними історичними та первинними джерелами, щоб контекстуалізувати обґрунтування включення такої заборони в міжнародне право та визначити її значення.

Як у випадку з вирокм Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді щодо засновників радіостанції RTLM, де трибунал визнав винними та притягнув до відповідальності директора радіостанції Ф. Нахімана та ведучого Ж. Руджу у вигляді довічного строку ув'язнення та 12 років позбавлення волі відповідно. Притягнення до відповідальності стало можливим після того, як було доведено, що внаслідок передач радіостанції збройні групи Інтерахамве та інші ополченці були підбурені до агресивних дій та вбивства представників народностей тутсі через заклики та обґрунтування RTLM, що тутсі є ворогами Руанди. Тобто притягнення до міжнародної відповідальності стало можливим лише після того, як було доведено причинно-наслідковий зв'язок між сюжетом RTLM та масовими вбивствами представників народності тутсі підбуреними на такі дії ополченцями.

Незалежно від того, чи будуть держави нехтувати своїми зобов'язаннями утримуватися від пропаганди війни або забороняти такі дії, як вимагається згідно зі статтею 20 (1) Пакту, цілком ймовірно, що громадяни, які борються за права людини на національному, регіональному і міжнародному рівні, все частіше будуть прагнути до забезпечення виконання державами цих зобов'язань.

Список використаних джерел:

1. Hersch Lauterpacht, 'Revolutionary Propaganda by Governments.' URL: https://books.google.com.ua/books?id=shU9AAAAIAAJ&pg=PA279&lpg=PA279&dq=Hersch+Lauterpacht,+%E2%80%98Revolutionary+Propaganda+by+Governments%E2%80%99&source=bl&ots=irF_swmSnC&sig=ACfU3U1DFb9vnyHLVwN1csEg5IQcRnxhiQ&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKEwiJvrnlMLoAhVnkosKHaCsD2gQ6AEwAHoECAcQAQ#v=onepage&q=Hersch%20Lauterpacht%2C%20%E2%80%98Revolutionary%20Propaganda%20by%20Governments%E2%80%99&f=false
2. Резолюція 110 (II) Генеральної Асамблеї ООН «Заходи, що повинні вживатися проти пропаганди та розпалювачів нової війни» від 03.11.1947 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_274
3. Сафиуллина И.П. Нюрнбергские принципы и их влияние на формирование международных уголовных судов в современных условиях : автореф. дисс. ... к. юрид. н. Казань, 2003. 25 с
4. Judgment in Kayishema and Ruzindana Case. URL: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-95-1>
5. Judgment in Nahimana Case. URL: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-99-52>
6. Orentlicher D. 'Criminalizing Hate Speech in the Crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana'. 12 New England Journal of International and Comparative Law. 2005. С. 17.
7. Judgment in Nahimana Case. URL: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-99-52>
8. Orentlicher D. 'Criminalizing Hate Speech in the Crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana'. 12 New England Journal of International and Comparative Law 2005. С. 17.
9. Prosecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze, Case no ICTR- 99-52-T, Judgment and Sentence, 3 December 2003, para 1009.
10. 'Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute Sang'. Ruto, Kosgey and Sang (ICC-01/09-01/11), Pre-Trial Chamber, 23 January 2012 at §366-367(a)-(d). URL: <https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1314535>
11. Decision on Confirmation of Charges, Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber, 29 January 2007, at § 346. URL: <https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=266175>
12. Judgment in Tadic Case. URL: <https://www.icty.org/?q=en/press/tadic-case-verdict>
13. Hart H.L.A, Honoré T. Causation in the Law. Oxford : Clarendon Press, 1985. At 110-4.
14. Richard Wilson. Propaganda and History in International Criminal Trials. URL: https://www.researchgate.net/publication/303891499_Propaganda_and_History_in_International_Criminal_Trials

А. М. Іваницький, аспірант
кафедри цивільного права та процесу Хмельницького
університету управління та права імені Леоніда Юзькова,
адвокат

ЮРИДИЧНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ ЗВЕРНЕННЯ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Ця стаття присвячена юридичній особі як суб'єкту звернення до Європейського суду з прав людини. У статті досліджуються положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо суб'єктного складу осіб, які мають право звертатись до Європейського суду з прав людини з індивідуальними заявами. Виокремлено, що окрім фізичних осіб та їхніх груп до Європейського суду з прав людини може звертатись і юридична особа. Однак для того щоб Європейський суд з прав людини прийняв індивідуальну заяву юридичної особи до свого провадження, вона має відповідати статусу неурядової організації. Встановлено, що положення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод не оперує таким поняттям, як юридична особа, а поняття неурядової організації не розкривається в її змісті. Проте практика Європейського суду з прав людини розширює розуміння та сутність положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і, поміж іншого, надає можливість змістовно наситити інтерпретацію поняття «неурядова організація».

Було проаналізовано законодавство України та встановлено, що в залежності від порядку створення виділяються юридичні особи приватного та публічного права. Досліджено, що у практиці Європейського суду з прав людини переважно саме юридичні особи приватного права будуть визнаватись неурядовими організаціями, хоча юридичні особи публічного права також будуть вважатись такими, що мають статус неурядових організацій, але за умови, що останні є абсолютно незалежними від волі держави, не виконують функції державного управління та першочергово не були створені для досягнення певних державно-публічних цілей. Проте дані випадки є виключенням із загального правила. Європейський суд з прав людини розрізняє та не ототожнює випадки, коли юридична особа виконує функції держави, уряду, владних повноважень (публічних функцій), та коли одним із засновників, акціонером, зокрема міноритарним, є держава, державні органи, адже така юридична особа не є автоматично представником державної влади, тобто не є державою.

З'ясовано, що для Європейського суду з прав людини не є важливим той факт, що після подачі індивідуальної заяви юридична особа розпочала процедуру банкрутства, самоліквідації або навіть уже була припинена, він не буде закривати справу щодо розгляду заяви, поданої даною юридичною особою.

Ключові слова: юридична особа, Європейський суд з прав людини, неурядова організація, практика Європейського суду з прав людини, ознаки неурядовості, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод.

A. M. Ivanytskyi. Legal entity as a subject to appeal to the European Court of Human Rights

This article deals with a legal entity as a subject of an appeal to the European Court of Human Rights. The article explores the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the subjective composition of persons entitled to apply to the European Court of Human Rights for individual applications. It is emphasized that in addition to individuals, their groups can apply to the European Court of Human Rights as a legal entity. However, in order for the European Court of Human Rights to accept an individual application by a legal entity before its proceedings, it must be in a non-governmental organization. It is established that the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms do not operate with the concept of a legal entity, and the concept of a non-governmental organization is not disclosed in its content. However, the case-law of the European Court of Human Rights broadens the understanding and substance of the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and, inter alia, provides an opportunity to substantially saturate the interpretation of the term non-governmental organization.

The legislation of Ukraine has been analyzed and it is established that, depending on the procedure of creation, legal entities of private and public law are distinguished. It has been researched that, in the case law of the European Court of Human Rights, it is mainly private-law legal entities that will be recognized by non-governmental organizations, although public-law legal entities will also be considered to have the status of non-governmental organizations, but provided that they are completely independent of the will, they do not perform the functions of public administration and were not primarily created to achieve certain public-public goals. However, these cases are an exception to the general rule. The European Court of Human Rights distinguishes and does not identify cases where a legal entity performs the functions of a state, government, power (public functions) and when one of the founders, a shareholder, in particular a minority, is a state, public authorities, because such a legal entity is not automatically a representative of state power.

It has been found that the fact that, after filing an individual application, a legal entity has initiated bankruptcy, self-liquidation, or even has been terminated, it will not be relevant to the European Court of Human Rights will not close the case for consideration of the application filed by that legal entity.

Key words: legal entity, European Court of Human Rights, non-governmental organization, case law of the European Court of Human Rights, characteristic of non-government, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Постановка проблеми. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) є міжнародним договором, який, на перший погляд, гарантує та захищає основні права та свободи лише фізичних осіб. Водночас необхідно звернути увагу, що суб'єктами, які користуються захистом прав людини, є не тільки фізичні особи, адже Конвенція є «живим» правовим інструментом, який повинен тлумачитися у світлі сучасних умов. Якщо більш детально проаналізувати зміст вимог щодо суб'єктного складу заявників індивідуальних заяв до Європейського суду з прав людини (далі – Суд), який фактично є єдиним правозастосовним та правоінтерпретаційним органом положень Конвенції, виявиться, що до Суду з індивідуальними заявами, окрім фізичних осіб, їхніх груп, можуть звертатись також і юридичні особи. Проте у самій Конвенції не закріплюється таке право на звернення саме за юридичними особами в тому класичному правовому значенні, яке закріплене за такими утвореннями у вітчизняному законодавстві або правовій доктрині. Конвенція надає таке право на звернення до Суду саме неурядовим організаціям, проте не визначає ознаки або характеристики таких утворень. Саме тому важливим є визначення поняття та змісту терміна «юридична особа» в контексті Конвенції через призму наявності правосуб'єктності таких осіб звертатись до Суду за захистом своїх порушених прав та інтересів.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням процедури звернення особи, в тому числі юридичної особи, з індивідуальною заявою про порушення її прав та свобод до Суду і проблематики її правосуб'єктності як суб'єкта звернення до Суду досліджували такі науковці: А.Х. Ашадідзе, З.П. Бортновська, Н.Г. Горобець, О.С. Данелія, Б.П. Карнаух, М.О. Куц, Д.В. Новіков, П.О. Селезень, О.Є. Юркіна, А.А. Яковлев та інші. Проте, незважаючи на значну кількість наукових праць із вказаних проблем, особливості визначення основних ознак та характеристик юридичної особи як неурядової організації, яка має право звертатися з індивідуальною заявою до Суду, в наукових джерелах не було предметом наукових розвідок.

Мета статті – дослідити практику Суду на предмет прийнятності індивідуальних заяв від юридичних осіб та виокремити основні ознаки неурядовості, яким мають відповідати дані особи, щоб Суд прийняв їхню заяву до свого провадження.

Виклад основного матеріалу. Якщо говорити про суб'єктний склад заявників до Суду, то виходячи зі змісту статті 34 Конвенції [18], юридичні особи можуть бути заявниками, лише будучи в статусі неурядових організацій, тобто юридичні особи публічного права, а саме державні, урядові підприємства, установи, організації, позбавлені права звертатись до суду за захистом свого порушеного права. На перший погляд, дія Конвенції на даних юридичних осіб не поширюється.

Разом із тим варто зауважити, що за певних обставин, якщо навіть юридична особа формально є публічною, вона може розглядатись як особа приватного права в розумінні Конвенції, але лише за умови, якщо її діяльність та цілі не дозволяють визначити її як юридичну особу публічного права, яка діє в інтересах державного управління [11].

На думку Суду, юридичні особи публічного права, наприклад, публічні корпорації та урядові організації, будуть вважатися такими, що мають статус неурядових організацій, але за умови, що останні є абсолютно незалежними від волі держави, не виконують функцій державного управління та першочергово не були створені для досягнення певних державно-публічних цілей. Водночас дані випадки є виключенням із загального правила, яке міститься у статті 34 Конвенції [18].

Варто відмітити, що Суд під час розгляду заяв самостійно визначає, чи може бути заявник визнаний неурядовою організацією. Зокрема, у справі «Антільська комуна проти Франції» (*The Municipal Section Antilly v. France*) [13], досліджуючи питання, чи може визнаватись комуна неурядовою організацією відповідно до умов Конвенції, Суд звернув увагу, що одним із призначень створення комуни є участь в управлінні колективним майном і правами її жителів. Тому Суд визнав, що комуна є юридичною особою публічного права, яка здійснює частину державної влади та має бути визначена як урядова організація в цілях статті 34 Конвенції.

Натомість у справі «Святи Чоловічі Монастирі проти Греції» (*The Holy Monasteries v. Greece*) [11] Суд визнав, що монастир не може бути визнаний урядовою організацією з метою статті 34 Конвенції, оскільки його цілі духовні й не пов'язані з цілями державного управління.

Поміж іншого, зазначаємо, що деякі науковці [16, с. 49] схилиються до позиції, що стаття 34 Конвенції не визнає чітко коло організацій, які можуть підпадати під поняття «неурядові організації». Водночас вважаємо, що Суд у своїй практиці дійшов висновку, що неурядові організації – це будь-які організації, які не здійснюють владних повноважень (публічних функцій) і не є державами.

Водночас зазначаємо, що поняття «юридична особа» відповідно до положення Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [22] – це організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді. Юридичні особи можуть створюватись у формі товариств, установ та в інших формах, установлених законом.

Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Установою є організація, створена однією

або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Особливості правового статусу окремих видів установ встановлюються законом.

Вітчизняне законодавство закріплює, що залежно від порядку створення юридичних осіб останні поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридичні особи публічного права – державні підприємства, установи, організації тощо, приватного – усі інші юридичні особи, які створюються не державою та її органами, як правило, для отримання прибутку.

Нормативно-правовими підставами виділення і систематизації юридичних осіб публічного і приватного права стали положення статті 81 ЦК України [22]. Водночас поділ на юридичних осіб публічного права і юридичних осіб приватного права відбувається залежно від порядку їх створення. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів або на підставі модельного статуту в порядку, визначеному законом. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Водночас, на думку Л.Ю. Снісаренко [21], законодавцем зміст поняття «створення» визначений не досить коректно, оскільки установчі документи є не підставою створення, а підставою діяльності юридичної особи як публічного, так і приватного права. Так, державні підприємства, які, виходячи зі змісту статті 81 ЦК України, мають бути віднесені до юридичних осіб публічного права, створюються на підставі розпорядчого акту, а діють на підставі статутів (установчих документів), які затверджуються тим самим розпорядчим актом. Крім того, формальне створення на підставі розпорядчого акту не завжди визначає реалізацію публічних інтересів у діяльності юридичної особи. Поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного і приватного права насамперед має визначити саме для держави та територіальних громад, яку функцію – публічну чи приватну – виконує створена ними юридична особа, оскільки сьогодні через відсутність такого критерію виникає чимало питань щодо визначення правового статусу тих чи інших юридичних осіб, створених органами державної влади [19, с. 27].

Отже, можливо дійти висновку, що в чинному законодавстві відсутні чіткі критерії визначення юридичних осіб публічного і приватного права. Тому, не відкидаючи необхідності самого поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного і публічного права, слід визнати, що відповідна норма вимагає деталізації і визначення чітких переліків тих юридичних осіб, які відносяться, відповідно, до юридичних осіб приватного права і юридичних осіб публічного права. Зокрема, як стверджує Л.Ю. Снісаренко [21], на підставі формального критерію заснування в розпорядчому порядку органом держави виводяться з кола суб'єктів звернення до Суду державні комерційні підприємства, які далеко не завжди реалізують публічні функції, а також акціонерні товариства, утворені шляхом акціонування державних підприємств, акції яких були відчужені державою, але остання в особі уповноваженого органу формально числиться засновником такого товариства. Водночас варто зазначити, що для Суду важливим є фактор, щоб юридична особа не виконувала функції держави, уряду, владних повноважень (публічних функцій), а не той факт, що одним із засновників, акціонером, зокрема міноритарним, є держава, державні органи, адже така юридична особа не є автоматично представником державної влади, тобто не є державою. Тому, на нашу думку, вищезазначена наукова позиція не відповідає дійсній практиці Суду.

Крім того, зазначаємо, що відсутність визнання за заявником статусу юридичної особи відповідно до національного законодавства не заважає йому звертатися до Суду. У справі «Католицька церква Канеа проти Греції» (*Canea Catholic Church v. Greece*) [9] національний суд виніс рішення про те, що церква як заявник не володіла правосуб'єктністю в системі законодавства Греції, чим було викликано відхилення її позову про визнання права власності. Водночас Суд указав, що це завдало шкоду змісту права доступу до правосуддя, і що відсутність у особи юридично закріпленого статусу юридичної особи, відповідно до внутрішнього законодавства Греції, не впливає на її дієздатність до звернення до Суду як неурядової організації.

Тому, аналізуючи вітчизняне законодавство, в якому відсутнє легальне визначення неурядової організації, зазначаємо, що в аспекті статті 34 Конвенції право на звернення до Суду юридичної особи як неурядової організації можуть мати громадські об'єднання, організації, добровільні об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, які створюються для задоволення суспільних, економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів, зокрема, можуть створюватись у формі товариства, установи, спілки, ліги, благодійної організації, фонду, фундації, об'єднання тощо [20].

Окремо можна виділити категорію справ, що стосуються захисту інтересів юридичних осіб, які припинили своє існування, наприклад, справи «Капітал Банк АД проти Болгарії» (*Capital Bank AD v. Bulgaria*) [2], «ВАН «Нафтова компанія ЮКОС» проти Росії» (*ОАО Neftyanaya kompaniya Yukos v. Russia*) [4].

У рішенні по справі «Капітал Банк АД проти Болгарії» (*Capital Bank AD v. Bulgaria*) [2] Уряд просив Суд вилучити заяву даного заявника з реєстру справ на підставі статті 37 Конвенції, оскільки заявник не мав юридичного статусу, був виключений з реєстру компаній, а отже, не існував. Однак Суд не погодився з доводами Уряду, зазначивши, що скарга була подана від імені заявника головою і заступником голови ради

директорів і акціонерів. В ухвалі щодо прийнятності скарги Суд погодився, що в даних обставинах скарга визнається прийнятною, з урахуванням статті 34 Конвенції, яка гарантує дійсні й ефективні права, а не теоретичні й ілюзорні.

В ухвалі щодо прийнятності скарги ВАТ «Нафтова компанія ЮКОС» (ОАО Neftyanaya kompaniya YUKOS v. Russia) [4] Суд вказав, що справи про захист прав людини, що розглядаються Судом, зазвичай мають моральний складник, який повинен враховуватися під час прийняття рішення про продовження розгляду скарги після того, як заявник припинив своє існування. Водночас виключення з розгляду Судом скарги юридичної особи, яка ліквідувалась, за таких обставин підірве саму суть індивідуальних заяв, поданих компаніями, оскільки дасть надію урядам, що такі компанії будуть позбавлені права на розгляд Судом їхньої скарги, поданої станом на той момент, коли вони ще юридично існували.

У рішенні по справі «Пайн Волей Девелопментс Лтд та інші проти Ірландії» (Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland) [5] Суд вказав, що визнання компанії банкрутом не позбавляє її права на звернення до Суду від власного імені, адже юридична неспроможність не повинна обмежувати право, що надається будь-якій особі на підставі статті 34 Конвенції. Також Судом було розглянуто скаргу компанії, що знаходиться в процесі ліквідації [1].

Таким чином, згідно з практикою Суду, якщо після подачі скарги юридична особа розпочала процедуру банкрутства, самоліквідації або навіть вже була припинена, Суд не закриває справу щодо розгляду скарги, поданої нею. На нашу думку, дані дії Суду можливо обґрунтувати як захист прав та інтересів засновників, акціонерів даної юридичної особи, яка навіть за умови припинення має важливу економічну цінність для них.

Водночас норми українського права істотно відрізняються від норм, вироблених прецедентною практикою Суду. Наприклад, припинення юридичної особи, яка була однією зі сторін у справі, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва, є підставою до закриття провадження у справі на підставі пункту 7 частини першої статті 255 Цивільного процесуального кодексу України [23].

Тому можливо дійти умовиводу, що обмеження в статті 34 Конвенції [18] можливостей звернення до Суду лише юридичних осіб у статусі неурядових організацій, у разі якщо ми говоримо про юридичних осіб, обґрунтовується самою метою прийняття даної Конвенції – забезпечення державами-членами Конвенції прав та свобод, які закріплені в ній та, відповідно, надання індивідам можливості позиватися до Суду лише щодо певної держави-учасниці. Даний публічно-правовий судовий захист у Суді пов'язаний з перевіркою останнім виконання державою-учасницею Конвенції зобов'язань за публічно-правовим міжнародним договором. Тому однією зі сторін обов'язково буде держава, під юрисдикцією якої мали місце оскаржувані правовідносини. Тобто презюмується, що урядові організації як складники державного апарату, механізму не можуть звертатись до Суду за захистом своїх прав та інтересів. У даному випадку будуть використовуватись певні внутрішньодержавні способи відновлення, захисту порушених прав та інтересів.

Також на основі практики Суду ми можемо сформувати такий перелік статей Конвенції та/або Протоколів до неї, за якими юридичні особи у статусі неурядових організацій вправі звертатися з індивідуальною заявою до Суду у випадку порушення у відношенні даних юридичних осіб, прав, свобод, закріплених у положеннях Конвенції та/або Протоколах до неї, та по яких Суд визнає даних юридичних осіб потерпілими: стаття 6 (право на справедливий суд) Конвенції [7]; стаття 9 (свобода думки, совісті та релігії) Конвенції [12]; стаття 10 (свобода вираження поглядів) Конвенції [14]; стаття 11 (свобода зібрань та об'єднання) Конвенції [6]; стаття 13 (право на ефективний засіб юридичного захисту) Конвенції [3]; стаття 1 (захист власності) Першого протоколу до Конвенції [8] тощо.

Поряд із цим зазначаємо, що в теорії існує дві концепції щодо опосередкованого захисту основоположних прав юридичних осіб [15, с. 371]. За першою концепцією – «індивідуалізації або зняття корпоративного захисту» – права юридичної особи та права її учасників вважаються єдиними. У цьому випадку діяння держави, яке порушує певні права, стосується однаково як юридичної особи, так і її учасників. Таким чином, вважається, що корпоративний захист («corporate veil») – принцип, за яким юридичні права та обов'язки юридичної особи є окремими від прав та обов'язків її учасників – знімається. Результатом застосування такого принципу є те, що обов'язкова підстава для прийняття позову про порушення прав судом – вичерпання всіх національних засобів захисту одним із позивачів (юридичною особою чи її учасником) – вважається єдиною для обох. Відповідно до другого підходу, дія або бездіяльність держави, яка призвела до порушення прав юридичної особи, може також одночасно містити порушення прав фізичних осіб – її учасників. Відповідно, порушення проти компанії та порушення проти причетних фізичних осіб становлять окремі правопорушення [17, с. 33–34].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Підсумовуючи результати даного дослідження, варто зазначити, що юридична особа, відповідно до положень Конвенції, нарівні з фізичними особами, групами фізичних осіб має право звертатись до Суду за захистом свого порушеного права. Однак головна вимога Конвенції до юридичної особи – вона повинна мати статус неурядової організації. У результаті даного дослідження можливо виокремити такі ознаки неурядовості, яким мають відповідати юридичні особи в розумінні практики Суду: цілі та мета створення не мають бути пов'язані з державним, публічним управлінням; не здійснюються функції державної влади, державного управління, публічного управління або їхня частина; залежно від порядку створення це – юридична особа приватного

права. Проте якщо юридична особа не відповідає будь-якій одній із перших двох ознак, Суд автоматично признає дану особу урядовою організацією та визнає її заяву непринятною за суб'єктивним критерієм. Водночас якщо юридична особа є юридичною особою публічного права, Суд може зважити на дотримання перших двох ознак неурядовості та визнати таку заяву юридичної особи прийнятною до розгляду. Однак це є виключенням, а не правилом Суду.

Також незалежно від статусу в національному законодавстві Суд самостійно досліджує, чи є юридична особа неурядовою організацією для цілей застосування Конвенції, її національний статус для нього не відіграє вирішальну роль. Водночас навіть якщо суб'єкт не має статусу юридичної особи, відповідно до внутрішнього законодавства він може бути визнаним неурядовою організацією для цілей статті 34 Конвенції.

Список використаних джерел:

1. Case of Buffalo S.r.l. in liquidation v. Italy (Application no. 38746/97) 03 July 2003. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183992> (дата звернення: 13.04.2020).
2. Case of Capital Bank AD v. Bulgaria (Application no. 49429/99) 24 November 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71299> (дата звернення: 13.04.2020).
3. Case of Kooperativ Kakhovskiy-5 v. Ukraine (Application no. 20728/04) 19 February 2009. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91391> (дата звернення: 13.04.2020).
4. Case of OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia (Application no. 14902/04) 20 September 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106308> (дата звернення: 13.04.2020).
5. Case of Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland (Application no. 12742/87) 29 November 1991. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57711> (дата звернення: 13.04.2020).
6. Case of Plattform «Ärzte für das Leben» v. Austria (Application no. 10126/82) 21 June 1988. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57558> (дата звернення: 13.04.2020).
7. Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine (Application no. 48553/99) 25 July 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60634> (дата звернення: 13.04.2020).
8. Case of Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine (Applications nos. 13290/11 and 2 others) 27 June 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193994> (дата звернення: 13.04.2020).
9. Case of the Canea catholic church v. Greece (Application n. 143/1996/762/963) 16 December 1997. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58124> (дата звернення: 13.04.2020).
10. Case of The Holy Monasteries v. Greece (Article 50) (10/1993/405/483–484) 1 September 1997. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58180> (дата звернення: 13.04.2020).
11. Case of The Holy Monasteries v. Greece (Application no. 13092/87; 13984/88) 09 December 1994. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57906> (дата звернення: 13.04.2020).
12. Case of the Moscow branch of the Salvation Army v. Russia (Application no. 72881/01) 5 October 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77249> (дата звернення: 13.04.2020).
13. Case of The Municipal Section Antilly v. France (Application no. 45129/98) 23 November 1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-5648&filename=001-5648.pdf> (дата звернення: 13.04.2020).
14. Case of the Sunday Times v. the United Kingdom (Application no. 6538/74) 26 April 1979. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> (дата звернення: 13.04.2020).
15. Piet Hein van Kempen. The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice. *Comparative Perspectives on Law and Justice*. 2011. № 9. P. 355–389.
16. Абашидзе А.Х. Право Совета Европы. Конвенция о защите прав человека и основных свобод : учебное пособие. Москва, 2007. 303 с.
17. Данелія О.С. Правосуб'єктність юридичної особи як суб'єкта Європейського суду з прав людини : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Київ, 2017. 202 с.
18. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 року / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 13.04.2020).
19. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ, 2004. 328 с.
20. Про громадські об'єднання: Закон України від 22.03.2012 року № 4572-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17> (дата звернення: 13.04.2020).
21. Снісаренко Л.Ю. Захист прав юридичних осіб в контексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2018. № 5. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/pdf/5_2018/36.pdf (дата звернення: 13.04.2020).
22. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 13.04.2020).
23. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року № 1618-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 13.04.2020).

УДК 347.73

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.28>

К. А. Мякота, аспірант
кафедри цивільного, адміністративного та фінансового права
Класичного приватного університету

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ВАЛЮТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: НОВІ САНКЦІЇ

У даній статті автором проаналізовано відповідальність, що застосовується до учасників валютних правовідносин у зв'язку з порушенням валютного законодавства України. Проаналізовано позиції багатьох науковців щодо визначення поняття «відповідальність». Як наслідок, автор узагальнив погляди науковців, зупинившись на визначенні відповідальності, яке найбільш відповідає сучасним реаліям.

У зв'язку з прийняттям Закону України «Про валюту і валютні операції» № 2473 VIII від 21.06.2018 р. було розгалужено систему нормативно-правових актів, яка існувала раніше, вказано, які нормативно-правові акти втратили чинність у зв'язку з прийняттям вказаного закону, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про валюту і валютні операції» питання здійснення валютних операцій, основи валютного регулювання та нагляду регулюються виключно цим Законом.

Визначено основних суб'єктів владних повноважень, що можуть застосовувати заходи впливу до учасників валютних правовідносин, та учасників валютних правовідносин, до яких можуть бути застосовані санкції. Проаналізовано санкції, що можуть бути застосовані до правопорушників, які передбачені Законом України «Про валюту і валютні операції», Кодексом України про адміністративні правопорушення.

Також автором визначено санкції, що перестали діяти у зв'язку із прийняттям вказаного закону.

У висновках автором проаналізовано та вказано, що обраний країною шлях лібералізації валютного законодавства України (у тому числі відповідальність за його порушення) вже запроваджено, але для його досконалої реалізації необхідно найскоріше ухвалити відповідні нормативно-правові акти НБУ. Саме від нормативно-правових актів НБУ і залежатиме реалізація положень Закону України «Про валюту і валютні операції».

Ключові слова: правова держава, відповідальність, юридична відповідальність, валютне законодавство, валютні правовідносини, лібералізація, санкція, контролюючий орган.

K. A. Miakota. Liability for violation of foreign currency legislation of Ukraine: new sanctions

In this article the author analyzes the liability applicable to participants in currency relations in connection with violation of the currency legislation of Ukraine. The positions of many scholars on the definition of the concept of “responsibility” are analyzed. As a result, the author summarized the views of scholars, focusing on the definition of “responsibility”, which is most consistent with modern realities.

In connection with the adoption of the Law of Ukraine “On Currency and Currency Transactions” No. 2473 VIII of 21.06.2018, the system of normative legal acts that existed before was branched out, which normative legal acts were lost in connection with the adoption of the said law. Because according to Part 2 of Art. 3 The Law of Ukraine “On Currency and Currency Transactions” issues of currency transactions, the basics of currency regulation and supervision are regulated exclusively by this Law.

The main subjects of power which can apply measures of influence to participants of currency relations and participants of currency relations to which sanctions can be applied are determined.

The sanctions that can be applied to offenders, which are stipulated by the Law of Ukraine “On Currency and Currency Transactions”, the Code of Ukraine on Administrative Offenses are analyzed.

The author also identifies sanctions that have ceased to exist.

In the conclusions, the author analyzed and indicated that the country's path of liberalization of the currency legislation of Ukraine (including responsibility for its violation) has already been introduced, but for its perfect implementation it is necessary to adopt the relevant NBU legal acts as soon as possible. The implementation of the provisions of the Law of Ukraine “On Currency and Currency Transactions” will depend on the NBU regulatory acts.

Key words: rule of law, responsibility, legal responsibility, currency legislation, currency relations, liberalization, sanction, controlling body.

Постановка проблеми. 21.06.2018 р. був прийнятий Закон України «Про валюту і валютні операції». Цей Закон замінив собою розгалужену систему нормативно-правових актів, яка існувала раніше, ставши центром такого регулювання. Втратили чинність Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» № 15-93 від 19.02.1993 р., Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» № 185/94-ВР від 23.09.1994 р., а також низка інших підзаконних нормативно-правових актів з питань платіжної дисципліни, повернення в Україну валютних цінностей тощо. Цей Закон декларує значну лібералізацію валютних операцій та руху капіталу.

© К. А. Мякота, 2020

Варто зазначити, що внесення принципів змін у систему валютного регулювання було запланованим та очікуваним кроком, продиктованим вимогами Європейського Союзу, які були висунуті раніше. Підписана Угода про асоціацію між Україною та ЄС вимагала адаптації українського законодавства до Директиви Ради ЄС 88/361/ЄЕС «Щодо імплементації ст. 67 Договору» від 24.06.1988 р. (вільний рух капіталу) та мала на меті зняття будь-яких заборон в обмеженні руху капіталу, що здійснюється між громадянами, які постійно проживають у державах-членах.

У зв'язку із втратою чинності Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» було скасовано багато норм щодо накладення фінансових санкцій до порушників валютного законодавства, деякі норми було суттєво змінено.

Отже, вважаємо за доцільне визначити ключові зміни, що відбулись у відповідальності за порушення валютного законодавства, у зв'язку з прийняттям Закону України «Про валюту і валютні операції».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемним питанням застосування відповідальності за порушення валютного законодавства присвятили свої праці багато науковців: Є.О. Алісова, І.А. Андрєєв, В.К. Васенко, Ж.В. Завальна, О.І. Кабанець, Є.В. Карманов, В.Д. Кольга, О.А. Костюченко, А.Й. Іванський, О.П. Орлюк, Л.А. Савченко, Н.А. Саттарова, М.В. Старинський, А.М. Черепакін та ряд інших.

Мета статті – на підставі аналізу чинного законодавства України визначити ключові санкції, що можуть бути застосовані до учасників валютних правовідносин у зв'язку з порушенням валютного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. У кожній правовій системі будь-якої держави формується система юридичної відповідальності, що забезпечує найбільш ефективну реалізацію правових приписів, яка стимулює правомірну поведінку учасників суспільних відносин, сприяє формуванню в населення поваги до закону і права взагалі.

Без перебільшення слушною є думка, що вся юридична наука присвячена вивченню різних аспектів природи відповідальності та специфічних форм її правового забезпечення [1, с. 20].

Дослідники юридичної відповідальності, серед яких Н.В. Вітрук [2, с. 186–204], І.І. Лукашук [3, с. 10–22], підкреслюють, що немає жодного правового питання, яке водночас було б настільки досліджене, заплутане та актуальне, як поняття юридичної відповідальності. Характеризуючи стан дослідження відповідальності, професор Л.С. Явич зауважував, що науці так і не вдалося створити важливу для юридичної практики загальну теорію юридичної відповідальності [4, с. 40].

Відповідно до словника сучасної української мови «відповідальність» – «це покладений на когось або взятий на себе обов'язок відповідати за певну роботу, дії, вчинки, слова» [5, с. 136]. Словник російської мови тлумачить відповідальність як «необхідність, обов'язок відповідати за свої дії, вчинки, бути відповідальним за них. Відповідальною називають людину з розвинутим почуттям обов'язку, що ревно ставиться до своїх обов'язків» [6, с. 377]. В англійській мові відповідальність тлумачиться так: «бути відповідальним, зробити щось без чужої підказки або наказу, те, за що відповідає особа» [7, с. 217]. У французькій цей термін означає «необхідність виконати обов'язок, договір, спокутувати провину» [8, с. 910].

Тобто вбачаємо, що в більшості країн світу, в тому числі й в Україні, «відповідальність» є обов'язком відповісти за вчинені людиною правомірні чи неправомірні дії.

Зауважимо, що велика кількість правознавців пов'язують юридичну відповідальність виключно зі скоєнням правопорушення (негативна юридична відповідальність) [9, с. 251], інші зазначають, що юридична відповідальність орієнтована не лише на минулу, але й на сьогоденню та майбутню поведінку суб'єкта правовідносин (позитивна юридична відповідальність) [10, с. 191–216].

Єдиної думки в цьому питанні науковці натепер так і не знайшли, оскільки відповідальність за своїм змістом – досить широке поняття.

Н.В. Іванчук вказує на те, що відповідальність безпосередньо пов'язана з правами та обов'язками громадян, із виконанням взаємно прийнятих зобов'язань різними суб'єктами з рівнем розвитку правосвідомості, правової культури громадян у суспільстві, тобто це «певна міра свободи» [11, с. 10]. На наш погляд, дане визначення важко назвати «повним», оскільки автор не включає в поняття обов'язок нести покарання через невиконання або неналежне виконання покладених на людину обов'язків.

О.В. Мелехін розуміє юридичну відповідальність як обов'язок правопорушника нести покарання, зазнавати санкцій, що передбачені правовими нормами і застосовуються компетентними органами за вчинення ним протиправного діяння [12, с. 407]. Щодо даного визначення автор обмежився лише інститутом покарання під час його надання, хоча особа перед тим, як понести покарання, повинна була здійснити певну дію (правомірну чи неправомірну).

Так, О.Ф. Скакун вважає, що юридична відповідальність – це передбачені законом вид і міра державно-владного (примусового) зізнання особою втрат благ особистого, організаційного і майнового характеру за вчинене правопорушення [13, с. 464]. На наш погляд, дане поняття є більш доцільним у сучасних реаліях, оскільки вказує на існування владних приписів, на вчинення неправомірної дії і, відповідно, обов'язок нести покарання за вчинення неправомірної дії.

У даній статті автор хоче розкрити зміст саме валютної відповідальності, а отже, на нашу думку, такі поняття, як «валютна відповідальність», «відповідальність у валютній сфері», «відповідальність за порушення у сфері валютних відносин», необхідно ототожнювати і під ними розуміти «відповідальність за порушення валютного законодавства».

Вже з 2019 року українці живуть за новими правилами валютного регулювання, які визначені в Законі України «Про валюту і валютні операції» № 2473-VIII від 21.06.2018 р. [14]. Цей Закон замінив собою розгалужену систему нормативно-правових актів, яка існувала раніше, ставши центром такого регулювання.

Постановою правління Національного банку України від 03.01.2019 р. № 13 було затверджено «Положення про валютний нагляд» [15], де у п.п. 4, 5 визначено, що Національний банк та уповноважені установи здійснюють валютний нагляд в Україні з метою встановлення відповідності здійснюваних валютних операцій валютному законодавству України, враховуючи ризик-орієнтований підхід. При цьому валютний нагляд організовує Національний банк за уповноваженими установами шляхом проведення виїзних та невиїзних перевірок уповноважених установ, їхніх структурних підрозділів, а також застосування до них заходів впливу, що відповідають порушенням, у разі виявлення порушень валютного законодавства.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про валюту і валютні операції» питання здійснення валютних операцій, основи валютного регулювання та нагляду регулюються виключно цим Законом.

Відповідно до ч. 1 ст. 11 вказаного закону валютний нагляд в Україні здійснюється органами валютного нагляду та агентами валютного нагляду. Органами валютного нагляду, відповідно до цього Закону, є Національний банк України та центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову і митну політику. Органи валютного нагляду в межах своєї компетенції здійснюють нагляд за дотриманням резидентами та нерезидентами валютного законодавства.

Отже, є зрозумілим, що перелік контролюючих органів, у тому числі за дотриманням вимог законодавства у сфері валютних правовідносин, є вичерпний та встановлений вищезгаданим законом.

За порушення вимог валютного законодавства (крім порушення строків за операціями з експорту та імпорту товарів, відповідальність за яке встановлюється згідно зі статтею 13 Закону України «Про валюту і валютні операції») можуть бути застосовані: до банків – заходи впливу згідно із Законом України від 07 грудня 2000 року № 2121-III «Про банки і банківську діяльність»; до уповноважених установ (крім банків) – такі заходи впливу: письмове застереження; обмеження, зупинення чи припинення здійснення окремих видів валютних операцій; штрафні санкції; зупинення або відкликання (анулювання) ліцензії на здійснення валютних операцій; до юридичних осіб (крім уповноважених установ) – заходи впливу у вигляді штрафних санкцій.

За здійснення розрахунків на території України з порушенням порядку, встановленого ст. 5 Закону України «Про валюту і валютні операції» від 21.06.2018 р., – штрафні санкції в розмірі 100% суми операції, проведеної з порушенням, перерахованої у валюту України за офіційним курсом НБУ на день здійснення такої операції; за порушення порядку транскордонного переказу валютних цінностей, встановленого ст. 7 Закону України «Про валюту і валютні операції», – штрафні санкції в розмірі 100% суми операції, проведеної з порушенням, перерахованої у валюту України за офіційним курсом НБУ на день здійснення такої операції.

Досить спірною є норма ч. 4 ст. 14 Закону України «Про валюту і валютні операції», яка встановлює, що Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову та митну політику, має право «адекватно» вчиненому порушенню застосувати до юридичних осіб (крім уповноважених установ) захід впливу у вигляді штрафних санкцій у розмірі до 100 відсотків суми операції, проведеної з порушенням валютного законодавства.

Вважаємо, що в українському законодавстві не можна використовувати таких слів, як «адекватно» (більш того, тлумачити його як «юридичний термін»), бо коли розмір буде визначати Державна податкова служба України, на її фіскальний підхід, з великою долею ймовірності, важко буде говорити про «принцип справедливості» (з боку суб'єкта – правопорушника).

До фізичних осіб, посадових осіб уповноважених установ, посадових осіб юридичних осіб застосовуються заходи впливу у вигляді штрафів, що передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення від 07 грудня 1984 року № 8073-X зі змінами.

Що стосується змін, внесених до Кодексу України про адміністративні правопорушення, – порушення порядку здійснення валютних операцій тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб юридичних осіб (крім уповноважених установ), громадян – суб'єктів підприємницької діяльності від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [16]. Додатково хочемо зазначити, що відповідно до п. 5 підрозд. 1 розд. XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України, якщо норми інших законів містять посилання на неоподатковуваний мінімум доходів громадян, то для цілей їх застосування використовується сума в розмірі 17,0 грн., крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної п.п. 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розд. IV ПКУ для відповідного року. Податкова соціальна пільга надається в розмірі, що дорівнює 50% розміру

прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, для будь-якого платника податку, а прожитковий мінімум з 01 січня 2020 становить 2102,0 грн.

Водночас Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачав адміністративну відповідальність у вигляді штрафів. Після скасування Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» відповідальність фізичних осіб за порушення валютного законодавства передбачена лише в Кодексі України про адміністративні правопорушення.

Що стосується сум таких штрафів, то їх розміри значно зросли. Так, наприклад, за незаконну скупку, продаж, обмін, використання валютних цінностей як засобу платежу або застави (ст. 162 КУпАП) передбачено штраф від 500 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 8500 до 17000 грн.), тоді як раніше він не перевищував 44 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (748 грн.) [16].

Позитивним є також і те, що адміністративні штрафи можуть накладати лише суди. Відповідно, контролюючи органи, будь-то Національний банк України чи Державна податкова служба України, такого права позбавлені, що визначено у ч. 1, 2 ст. 15 Закону України «Про валюту і валютні операції». Вважаємо це позитивним моментом, оскільки учасникам відносин у судах не доведеться оскаржувати рішення регулятора чи податківців, а здійснювати (у випадку необхідності) оскарження виключно в судовому порядку.

Окрім того, відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону України «Про валюту і валютні операції» за кожне порушення вимог валютного законодавства може бути застосований тільки один із заходів впливу, передбачений законом.

Ст. 162-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення «Порушення порядку здійснення валютних операцій» отримала ширше застосування в порівнянні з попередньою редакцією («Умисне ухилення від повернення валютної виручки»). У цьому ж контексті важливим є збільшення строків повернення валютної виручки зі 180 до 365 днів та позбавлення Державної податкової служби України права фактично двічі накладати санкції за порушення: пені 0,3% від суми за кожен день прострочення та штрафу на директора підприємства [16].

Логічним, виходячи з нових правил, було й скасування ст. 162-2 КУпАП «Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків». По-перше, вона не діяла з огляду на відсутність механізмів моніторингу таких рахунків, по-друге, у ст. 4 згаданого Закону прямо передбачене право відкривати рахунки в іноземних фінансових установах та здійснювати через такі рахунки валютні операції [16].

Важливо зауважити, що уповноважені особи, суб'єкти валютних операцій, які порушили вимоги валютного законодавства до введення в дію Закону України «Про валюту і валютні операції», нестимуть відповідальність, передбачену законодавством, що діяло на день вчинення таких порушень. При цьому рішення про застосування заходів впливу приймається органами валютного нагляду в порядку, визначеному чинним на момент прийняття такого рішення законодавством [16].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Закон України «Про валюту і валютні операції» вперше в історії незалежної України проголошує принцип свободи здійснення валютних операцій. Резиденти України – фізичні та юридичні особи – відтепер зможуть вільно відкривати рахунки в іноземних банках та інших фінансових установах і розміщувати на них кошти, здійснювати інвестиції в закордонні активи, переміщувати та переказувати валюту і кошти у гривні через кордон.

Відповідальність у сфері валютного законодавства – це застосування до порушника передбачених санкцій, норм валютного законодавства, засобів державного впливу, що виражається у формі позбавлення організаційного чи майнового характеру.

Вбачаємо, що заходи впливу, що можуть бути застосовані до учасників валютних правовідносин, майже не змінились (письмове застереження; обмеження, зупинення чи припинення здійснення окремих видів валютних операцій; штрафні санкції; зупинення або відкликання (анулювання) ліцензії на здійснення валютних операцій). Змінилась процедура застосування заходів впливу, повноваження суб'єкта владних повноважень та органів валютного нагляду.

Що стосується змісту норм КУпАП, то тепер, на наш погляд, він не містить «зайвих» санкцій, що суперечили дійсності та обраному шляху лібералізації, враховуючи те, що деякі санкції взагалі скасовані (наприклад, скасована відповідальність за незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків – ст. 162-2 КУпАП).

Загалом, Закон України «Про валюту і валютні операції» створює передумови для значної лібералізації валютного регулювання. Водночас він містить, головним чином, лише рамкові норми, практична реалізація яких залежить від Національного банку України (відповідно до Закону України «Про валюту і валютні операції»). Безумовно, даний Закон є багатообіцяючим кроком уперед, навіть з огляду на те, що з моменту прийняття попередніх регулюючих актів минуло майже 25 років.

Важливим є той факт, що низка норм нового Закону є відсилочними та потребують ухвалення відповідних нормативно-правових актів НБУ. Саме від нормативно-правових актів НБУ і залежатиме реалізація положень Закону. Тим самим НБУ отримав досить широкий обсяг повноважень у сфері валютного регулювання. Тільки після того, як усі нормативно-правові акти НБУ будуть опубліковані для ознайомлення, можна буде зробити об'єктивні висновки щодо обсягу валютної лібералізації, введеної новим Законом.

Таким чином, вважаємо, що головним у скорішій реалізації обраного країною шляху та реалізації всіх закладених у новому законі принципів є необхідність удосконалення «нового» валютного законодавства шляхом найскорішого прийняття всіх підзаконних нормативно-правових актів для правильного тлумачення Закону України «Про валюту і валютні операції» (наприклад, щодо чіткого встановлення обмежень для регулювання відносин чи щодо чіткої процедури застосування заходів впливу в разі порушення валютного законодавства та ін.) і для виконання ним свого призначення, оскільки без усіх дієвих механізмів він не може бути повністю реалізований та застосований на практиці.

Список використаних джерел:

1. Ответственность в управлении / И.А. Бачило и др. ; отв. ред. А.Е. Лунев, Б.М. Лазарев. Москва : Наука, 1985. 303 с.
2. Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Норма, 2009. 259 с.
3. Лукашук И.И. Право международной ответственности. Москва : Волтерс Клувер, 2004. 432 с.
4. Явич Л. С. Научно-техническая революция и юридическая наука. *Правоведение*. 1973. № 5. С. 35–42.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / укладач і головний редактор В.Т. Бусел. Київ : Перун, 2001. 1440 с.
6. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов ; под ред. Н.Ю. Шведовой. Москва : Русский язык, 1987. 750 с.
7. Oxford Advanced learner's dictionary of current English. Oxford, 1982. Т. 11. 217 p.
8. Petit Larousse. Dictionnaire encyclopédique pour tous. Paris, 1965. 1795 p.
9. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Москва : Зерцало-М, 2002. 288 с.
10. Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов : Издательство Саратовского института, 1987. 294 с.
11. Іванчук Н.В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної української держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Київ : КНУВС, 2007. 21 с.
12. Мелехин А.В. Теория государства и права : ученик. Москва : Маркет ДС, 2007. 640 с.
13. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник ; пер. з рос. Харків : Консум, 2001. 656 с.
14. Про валюту і валютні операції від 21.06.2018 року, № 2473-VIII. 2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19>
15. Про валютний нагляд, положення: постанова правління НБУ від 3.01.2019 року № 13. 2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013500-19>
16. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X. 2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

УДК 343.137.2

DOI <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2020-2.29>

З. Д. Нагорна, аспірант
кафедри кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів

Б. В. Нагорний, аспірант
кафедри кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ЩОДО ЯКОГО ЗАСТОСОВАНО НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ СЛІДЧИМ ЧИ ДЕТЕКТИВОМ БЕЗ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ

У статті здійснюється аналіз законодавчо встановленої процедури оскарження незаконного затримання у кримінальному провадженні. На підставі аналізу положень Кримінального процесуального кодексу України, які встановлюють порядок затримання особи у кримінальному провадженні, визначено причини проблем, що існують у сучасній практиці захисту осіб від незаконного затримання.

Розглянуто практичні проблеми, які виникають під час реалізації функції захисту у процесі затримання. На основі судової практики, а саме ухвал місцевих та апеляційних судів, здійснено аналіз підстав звернення захисників до суду зі скаргою на незаконне затримання. Крім того, у статті проаналізовано різні правові позиції стосовно застосування норм кримінального процесуального закону під час перегляду саме в касаційному порядку ухвал про відмову у відкритті провадження за скаргою, поданою в порядку ст. 206 КПК України на незаконне затримання особи. Визначено, що оскарження затримання фактично реалізується стороною під час досудового розслідування відповідно до ст. 206 Кримінального процесуального кодексу України або під час підготовчого провадження. Наведені пропозиції щодо законодавчого врегулювання процедури оскарження незаконного затримання.

Досліджено механізм судового контролю за забезпеченням прав затриманого, який має гарантувати ці права у кримінальному провадженні й передбачати деякі процесуальні засоби. Визначено, що саме судовий контроль є універсальним засобом реалізації судом функції забезпечення прав і свобод особи та особливим способом здійснення правосуддя. Визначено особливості судового контролю: 1) ініціатором такого провадження є слідчий, прокурор; 2) процедура судового контролю детально регламентована в КПК України і завжди передує процесуальній дії, здійснення якої можливо лише в разі згоди судді, у цьому випадку – слідчого судді на обмеження конституційних прав особи.

Ключові слова: затримання, незаконне затримання, оскарження затримання, ухвала слідчого судді.

Z. D. Nahorna, B. V. Nahorni. Problems of the protection of the rights of a suspect on which illegal detention is implemented by an investigative or detective without an order of the investigating judge

The article analyzes the statutory procedure for appealing against unlawful detention in criminal proceedings. On the basis of the analysis of the regulations of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which establishes the procedure for the detention of a person in criminal proceedings, the causes of problems that exist in the current practice of protecting persons from illegal detention are identified.

Practical problems that arise during the implementation of the detention protection function are considered. An analysis of the grounds of the defense lawyers' appeal to the court against the complaint of illegal detention is conducted based on the case law, namely: the decision of local and appellate courts. In addition, the article analyzes various legal positions regarding the application of the rules of criminal procedural law when reviewing in cassation order the decision to refuse to open proceedings on a complaint filed under Art. 206 of the CPC of Ukraine for unlawful detention of a person. It was determined that the appeal of detention was actually implemented by the party during the pre-trial investigation in accordance with Art. 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine or during preparatory proceedings. Proposals for legislative regulation of the procedure for appealing against illegal detention are presented.

The mechanism of judicial control over ensuring a detainee's rights has been examined. Such mechanism should guarantee the realization of those rights during the criminal proceedings and provide the effective procedural means and measures. It has been substantiated that the judicial control is a universal way of ensuring the rights and freedoms of a detainee and a special way of administering justice by courts. The features of the judicial control have been determined, namely: 1) the initiator of the judicial proceedings controlling should be an investigator, prosecutor; 2) the judicial control procedure is regulated in detail by the CPC of Ukraine and should be always carried out before the corresponding procedural act is performed, which is possible only after a judge's consent, namely the investigating judge's consent, which is necessary in order to restrict the constitutional rights of a detainee.

Key words: detention, unlawful detention, appeal of detention, decision of the investigating judge.

© З. Д. Нагорна, Б. В. Нагорний, 2020

Постановка проблеми. Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) не визначено порядку досудового та судового оскарження рішення щодо затримання особи, що потребує, в свою чергу, вивчення даної проблеми та знаходження шляхів її вирішення.

Актуальність теми дослідження зумовлюється тим, що практика реалізації приписів правових норм щодо застосування інституту затримання підозрюваного без ухвали слідчого судді вказує як на наявність недосконалості законодавства, так і на та недоліки в його тлумаченні та правозастосовній діяльності слідчих органів, прокуратури та суду, на недостатню юридичну визначеність розв'язання питань, що виникають під час оскарження незаконного затримання, що призводить до прийняття судами суперечливих і необґрунтованих, а тим самим і незаконних рішень.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми, вказує на певну увагу вчених-юристів як на проблеми застосування запобіжних заходів, так і на проблеми застосування інституту затримання підозрюваного [3–5; 1–16]. Наявні публікації не вичерпують проблему оскарження рішень про затримання особи на місці злочину, затримання без ухвали слідчого судді. Низка питань такої діяльності залишаються досить дискусійними.

Метою даної роботи є аналіз питань, що є проблемними під час оскарження незаконного затримання на стадії досудового розслідування та підготовчого провадження, визначення через призму розгляду даних питань ймовірних шляхів підвищення ефективності застосування інституту затримання підозрюваного.

Виклад основного матеріалу дослідження.

Правова система інституту затримання підозрюваного закріплюється у ст. 29 Конституції України та ст. 12, 132, 177, 207-213 КПК України, а також у ст. 482 КПК України, де викладені додаткові правила затримання народних депутатів та суддів. Останні положення знаходяться у стані реформування у зв'язку зі скасуванням депутатської недоторканності і потребують окремої уваги після стабілізації процесуальних норм.

Зазначимо, що вповноважена службова особа відповідно до ст. 208 КПК України має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі, лише у випадках:

- 1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення;
- 2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин;
- 3) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Окрім цього, відповідно до прийнятого у 2018 році Верховною Радою України у другій зміні КПК України (законопроект № 7279-д) законодавець дозволив провадження затримання під час розслідування кримінальних проступків, зумовивши можливість такого затримання наявністю додаткової системи фактів, багато з яких викликають сумніви з точки зору логіки кримінально-процесуальної форми та процесуальних гарантій правосуддя і дотримання засади верховенства права («чинить опір», «відмовляється виконувати законні вимоги», «не виконує законних вимог» тощо).

Застосування приписів указаних норм час від часу призводить до того, що слідчі «наступають на одні і ті ж граблі», що є наслідком колізій у законодавстві: законодавець регламентував затримання підозрюваного на місці злочину як невідкладну процесуальну дію, але не визначив, що вона може проводитись до занесення відомостей про злочин до Єдиного реєстру досудових проваджень (до початку розслідування), йдеться про затримання підозрюваного, яким така особа за законодавчим визначенням ще не є.

Окремої уваги в контексті питання затримання особи уповноваженою особою без ухвали слідчого судді заслуговує антикорупційний орган – Національне антикорупційне бюро України (надалі – НАБУ), завданням якого є протидія кримінальним корупційним правопорушенням.

Як найбільш поширену підставу детектив НАБУ для затримання службової особи зазначає, що є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України. Наприклад, під час проведення обшуку затриманої особи в порядку ч. 3 ст. 208 КПК України було знайдено закордонний паспорт, що, на думку детектива, може свідчити про цей ризик. Однак це може свідчити лише про недоведеність обґрунтованості підстав для затримання в порядку, передбаченому п. 3 ч. 1 ст. 208 КПК України, а також про безпідставність існування такого ризику, як втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності, а отже, і про її незаконність.

Відтак, як зазначає О. В. Сачко, застигнувши злочинця на місці події, слідчі і детективи опиняються фактично «застигнутими за межами можливостей» юридично визначених дій, бо в них не відкрито ще кримінальне провадження, а закон не просто дозволяє, а й вимагає таку особу затримувати [12, с. 222]. Ці колізії дають підстави для обґрунтованих оскаржень законності затримання та інших процедур відносно затриманого.

Згідно зі ст. 29 Конституції України кожний затриманий має право в будь-який час оскаржити в суді своє затримання, що кореспондується з п. 4 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якій зазначено, що кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним [1]. Це положення міжнародної конвенції закріплено в таких рішеннях Європейського суду із прав людини (далі – ЄСПЛ): у справах «Ідалов проти Росії», «Барановський проти Польщі», «Мокалал проти України», «Лівада проти України», «Кушнір проти України» та ін.

Ч. 2 ст. 12 КПК України визначає, що кожен, кого затримано через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення або інакше позбавлено свободи, повинен бути в найкоротший строк доставлений до слідчого судді для вирішення питання про законність та обґрунтованість його затримання, іншого позбавлення свободи та подальшого тримання [2].

Водночас національне кримінальне процесуальне законодавство не містить чіткого алгоритму оскарження незаконного затримання, що призводить до неоднозначної судової практики та правової невизначеності в цьому питанні взагалі.

Аналіз практики дає підстави вважати, що оскарження незаконного затримання відбувається на підставі ст. 206 КПК України «Загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини» на стадії досудового розслідування чи підготовчого провадження [2].

Ст. 303 КПК України «Рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, та право на оскарження» не передбачає можливості звернення до слідчого судді з метою оскарження дій щодо незаконного затримання. На думку А.Р. Туманянц, С.Л. Шаренко, встановлюючи предмет судового оскарження, законодавець пішов шляхом прямої вказівки в законі вичерпного переліку тих рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування [3; 4]. О.Г. Шило зауважує, що закритий перелік дій, бездіяльності та рішень органів, які здійснюють кримінальний процес, що можуть бути оскаржені в порядку окремого судово-контрольного провадження, здатні обернутися обмеженням конституційного права людини і громадянина на судовий захист [5].

На нашу думку, відсутність у ст. 303 КПК України такого предмету оскарження, як незаконне затримання, є неприпустимим у правовій державі, адже будь-яка особа повинна мати змогу ініціювати питання щодо законності дій слідчих та детективів перед слідчим суддею.

У практичному аспекті це відбувається шляхом подання клопотання (скарги чи заяви) стороною захисту в порядку ст. 206 КПК України, в якій визначено загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини.

Аналіз судової практики свідчить, що вона є досить суперечливою, адже деякі слідчі судді відмовляють у задоволенні скарги захисника на підставі того, що слідчий суддя в порядку розгляду клопотання за ст. 206 КПК України не має права вирішувати питання щодо законності рішень слідчого, прокурора чи рішень судів.

Так, наприклад, в ухвалі слідчий суддя Шевченківського районного суду м. Києва зазначає: «Підставою для звільнення особи з-під варти в порядку ст. 206 КПК України є лише відсутність судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти особа після внесення застави в установленому цим Кодексом порядку; та у випадку якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких тримається ця особа, не надасть судові рішення, яке набрало законної сили, або не доведе наявності інших правових підстав для позбавлення особи свободи.

Слідчий суддя в порядку розгляду клопотання по ст. 206 КПК України не має права вирішувати питання щодо законності рішень слідчого, прокурора чи рішень судів.

Також слідчий суддя роз'яснює, що заявник може оскаржити слідчому судді рішення слідчого в порядку ст. 303 КПК України, що може бути підставою для визнання протоколу про затримання незаконним. Разом із тим дане питання не може бути вирішене в порядку ст. 206 КПК України» [6].

Проте заслуговують на особливу увагу різні правові позиції стосовно застосування норм кримінального процесуального закону під час перегляду в касаційному порядку ухвал про відмову у відкритті провадження за скаргою, поданою в порядку ст. 206 КПК України на незаконне затримання особи.

Так, Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду в ухвалях від 26 липня 2018 року (провадження № 51-3036км18), від 17 жовтня 2018 року (провадження № 51-9248ск18) та постанові від 22 листопада 2018 року (провадження № 51-3089км18) дійшов різних висновків щодо застосування однієї і тієї ж норми права у подібних правовідносинах.

Зокрема, ухвалою Верховного Суду від 26 липня 2018 року (провадження № 51-3036км18) касаційну скаргу захисника на ухвалу апеляційного суду про відмову у відкритті провадження залишено без задоволення, а зазначене судове рішення – без зміни. Обґрунтовуючи своє рішення, суд зазначив, що положеннями ч. 4 ст. 399 КПК України визначено підстави для відмови у відкритті провадження, зокрема, якщо апеляційну скаргу подано на судове рішення, яке не підлягає оскарженню в апеляційному порядку, або судове рішення оскаржено виключно з підстав, на яких воно не може бути оскарже-

ним згідно з положеннями ст. 394 цього Кодексу. При цьому вказав, що перелік рішень, які можуть бути оскаржені, є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає, а ч. 3 ст. 309 КПК України прямо передбачено, що скарги на інші ухвали слідчого судді оскарженню не підлягають і заперечення проти них можуть бути подані під час підготовчого провадження в суді.

Крім того, ухвалою від 17 жовтня 2018 року (провадження № 51-9248ск18) Верховний Суд, встановивши, що апеляційний суд відповідно до вимог ч. 4 ст. 399 КПК України правильно відмовив у відкритті провадження за скаргою, поданою в порядку ст. 206 КПК України, на незаконне затримання, яка за правилами цього Кодексу не підлягає оскарженню в апеляційному порядку, відмовив у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою. Суд зазначив, що згідно з положеннями ст. 424 КПК України рішення слідчого судді не можуть бути предметом перевірки судом касаційної інстанції, а тому він не наділений правом реалізувати свої повноваження, передбачені ст. 436 цього Кодексу, щодо таких судових рішень.

Натомість постановою від 22 листопада 2018 року (провадження № 51-3089км18) Верховний Суд скасував ухвалу суду апеляційної інстанції про відмову у відкритті апеляційного провадження та призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Своє рішення Суд мотивував тим, що оскільки слідчий суддя прийняв рішення, порядок розгляду та оскарження якого на стадії апеляційного розгляду не врегульовано КПК, то суду апеляційної інстанції під час вирішення питання про відкриття апеляційного провадження (призначення до розгляду) за апеляційною скаргою на це рішення слід було керуватися приписами ч. 6 ст. 9 КПК України щодо застосування загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 КПК України. Однією з таких засад є забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7 КПК України), а зміст цієї засади розкрито у ст. 24 КПК України, згідно із ч. 1 якої кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому КПК. З огляду на зазначене Суд вважав, що рішення судді апеляційного суду про відмову у відкритті апеляційного провадження за скаргою на ухвалу слідчого не узгоджується з вимогами кримінального процесуального закону.

З огляду на те, що колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду вважала за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 22 листопада 2018 року (провадження № 51-3089км18), з метою забезпечення єдності судової практики провадження за касаційною скаргою захисників Діamentовича Д.Г. та Мокіна І.С. в інтересах ОСОБА_1 на ухвалу Херсонського міського суду Херсонської області від 28 травня 2018 року та ухвалу Апеляційного суду Херсонської області від 05 червня 2018 року за скаргою, поданою в порядку ст. 206 КПК України, на затримання ОСОБА_1 відповідно до ст. 208 КПК України було передано на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

У постанові від 27.05.2019 року колегія суддів об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду приходять до висновку, що оскільки ухвала слідчого судді щодо скарги, поданої в порядку ст. 206 КПК України, в переліку, передбаченому ст. 309 КПК України, відсутня, звернення до суду з апеляційною скаргою на таке рішення є підставою для відмови у відкритті апеляційного провадження.

Протилежна думка викладена в Ухвалі Запорізького апеляційного суду від 21.02.2019 року, в якій слідчий суддя зазначає: «За змістом статті 206 КПК України кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати будь-який орган державної влади чи службу особу забезпечити додержання прав такої особи.

У даному випадку також слід керуватися приписами частини шостої статті 9 КПК України щодо застосування загальних засад кримінального провадження, визначених частиною 1 ст. 7 КПК України. Однією з таких засад є забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 частини 1 ст. 7 КПК України). Зміст цієї засади розкрито у ст. 24 КПК України, згідно з частиною першою якої кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, зокрема, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому КПК України.

Беручи до уваги стадію досудового розслідування кримінального провадження, повноваження слідчого судді розповсюджуються на вирішення питань, пов'язаних із судовим контролем за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні (п. 18 ст. 3 КПК України).

Отже, наведене спростовує доводи прокурора щодо відсутності у слідчого судді підстав для розгляду вище вказаної скарги захисника по суті, а саме щодо обґрунтованості затримання ОСОБА_3.

Крім того, відмова у відкритті провадження за скаргою, поданою в порядку ст. ст. 206, 208 КПК України, кримінальним процесуальним законом не передбачена» [7].

Згідно із ч. 1 ст. 206 КПК України кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати

будь-який орган державної влади чи службову особу забезпечити додержання прав такої особи, а відповідно до ч. 2 ст. 304 КПК України, якщо скарга не підлягає розгляду в цьому суді, вона повертається. Так, наприклад, слідчий суддя Бориспільського міськрайонного суду Київської області в Ухвалі від 16.01.2019 року зазначив, що, зважаючи на вимоги ч. 1 ст. 206 КПК України розгляд даного клопотання не підсудний Бориспільському міськрайонному суду Київської області, оскільки затриманий громадянин перебуває в межах територіальної юрисдикції Переяслав-Хмельницького міськрайонного суду Київської області (тимчасово утримується в ІТТ № 10 Переяслав-Хмельницького ВП ГУНП України в Київській області) [8].

Хоча, на думку О.Г. Шило, необхідним є направлення скарги за підсудністю в разі її надходження з порушенням правил підсудності. У такий спосіб особа позбавляється необхідності вдруге звертатися до суду, скорочується строк вирішення спірного питання, забезпечується її право на судовий захист. Ця позиція узгоджується з думками ще деяких науковців [5].

На нашу думку, раціональним було б в рамках судового контролю, що встановлений ст. 206 КПК України, здійснювати розгляд вищезазначених клопотань не тільки слідчим суддею, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, а й будь-яким слідчим суддею.

Позитивною є також практика слідчих суддів, які об'єднують провадження за скаргою захисника про незаконне затримання та клопотання слідчого, детектива про застосування запобіжного заходу, як це, наприклад, було зроблено слідчим суддею Комунарського районного суду м. Запоріжжя в Ухвалі від 08.02.2019 року [9].

Хоча кримінально-процесуальним законодавством не передбачено те, що слідчий, прокурор або детектив повинні у клопотанні наводити чіткі підстави для затримання особи без ухвали слідчого судді, але підстави, порядок затримання та тримання під вартою чітко вказані у відповідних нормах КПК України. Крім того, п.1 ч. 5 ст. 206 КПК України встановлює, що незалежно від наявності клопотання слідчого, прокурора слідчий суддя зобов'язаний звільнити особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких трималася ця особа, не доведе існування передбачених законом підстав для затримання особи без ухвали слідчого судді, суду.

Тож під час розгляду кожного клопотання про обрання запобіжного заходу слідчий суддя здійснює перевірку підстав, що стали причиною затримання особи, задля уникнення порушення її прав.

Висновок. Наявність окреслених теоретичних та практичних проблем дає підстави вважати, що оскарження затримання у кримінальному провадженні потребує більш чіткого законодавчого регулювання задля уникнення незаконних затримань та обмежень прав та свобод громадян. Проведений аналіз законодавства та судових рішень дає підстави для подальшого наукового вивчення відповідного інституту.

Перспективи подальшого дослідження вбачаються в подальшому розробленні механізму оскарження незаконного затримання та формування нових пропозицій щодо внесення змін до законодавства.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/page>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року // *Офіційний веб-сайт Верховної Ради України*. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.
3. Туманянц А.Р. Окремі проблеми реалізації права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора під час досудового розслідування. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. Вип. 12(2). С. 142–145. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_12\(2\)_41](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_12(2)_41).
4. Шаренко С.Л. Проблемні питання розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2013. № 5. С. 44–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2013_5_6.
5. Шило О.Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України. Харків : Нац. Юрид. Акакадемія ім. Я. Мудрого, 2010. 462 с.
6. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 05.01.2019 року по справі № 761/118/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79135797>.
7. Ухвала Запорізького апеляційного суду від 21.02.2019 року по справі № 333/577/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80222929>.
8. Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 16.01.2019 по справі № 359/434/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79259251>.
9. Ухвала Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 08.02.2019 року по справі № 333/577/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79696163>.

10. Дояр Є.В. Затримання особи у кримінальному провадженні : дис. кандидата юридичних наук ; спеціальність 12.00.09 ; Національна академія внутрішніх справ, Київ, 2018. 191 с.
11. Макаренко Є.І. Затримання підозрюваних у вчиненні злочинів: проблеми теорії, законодавства і практики його застосування в Україні. *Вісник Академії митної служби України*. 2012. № 1. С. 123–131.
12. Сачко О.В. Проблеми реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження : монографія. Дніпро : Дніпровський національний університет ім. Олеся Гончара; «Середняк Т.К.», 2018. 382 с.
13. Татаров О.Ю. Заходи забезпечення кримінального провадження: перший досвід застосування. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 7. С. 113–122.
14. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 15-те, доповн. і перероб. Київ : Правова Єдність, 2018. 854 с.
15. Тертишник В. Проблеми процесуальної форми затримання особи у кримінальному процесі. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 8. С. 99–103.
16. Ченцов В.В., Тертишник В.М. Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою : підручник для слухачів магістратури юридичних вузів. Київ : Алерта, 2016 324 с.

О. В. Сінькевич

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри конституційного права юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВПЛИВ ПРЕДМЕТУ ГАЛУЗІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ НА ЇЇ ФУНКЦІЇ

Конституційне право є одною з фундаментальних галузей системи права України. Жоден фахівець з конституційного права України не залишається осторонь аналізу проблематики предмету цієї галузі. Однак, в працях цих дослідників питання предмету галузі конституційного права не досліджувалось з точки зору аналізу галузевих функцій. Стаття є кроком у напрямі заповнення цієї прогалини.

Метою статті є визначити вплив предмета галузі конституційного права України на функції цієї галузі.

Аргументовано, що основною характерною рисою галузі конституційного права України, яка впливає на галузеві функції, є тісний зв'язок з політикою. Констатовано, що традиційно при характеристиці функцій тієї чи іншої галузі національної правової системи дослідники застосовують розробки фахівців з теорії права про функції права. Запропоновано при дослідженні функцій галузі конституційного права України виходити також з розробок про функції держави з огляду на:

а) високий ступінь політизації норм цієї галузі;

б) історичні коріння галузі, понад усе на те, що протягом тривалого часу вона мала назву не «конституційне право», а «державне право».

Констатовано, що найменш очевидним є зв'язок між такою рисою конституційного права, як його високий рівень політизованості, та його функціями. Варто зауважити, що він полягає в тому, що традиційно при характеристиці функцій тієї чи іншої галузі національної правової системи дослідники «відштовхуються» від загальнотеоретичних розробок про функції права. У випадку з конституційним правом варто взяти за основу додатково також і розробки фахівців з теорії права щодо функцій держави. На необхідність врахування при розробці системи функцій конституційного права України розробок фахівців з теорії права не тільки про функції права, але й про функції держави свідчить також і дискусія, яка вже більше 100 років триває щодо найменування досліджуваної галузі права.

Запропоновано при дослідженні функцій галузі конституційного права України брати до уваги, що системі конституційного права як галузі притаманні впорядкованість та дискретність (інколи їх охоплюють поняттям «інституціоналізація», яке є менш точним). Вони обумовлюються предметом конституційного права – одним з чинників динаміки функцій цієї галузі права.

Ключові слова: конституційне право, конституційне право як галузь права, конституціоналізм, український конституціоналізм, функції конституційного права, галузеві функції.

O. V. Sinkevych. Subject of the Ukrainian Constitutional Law's Influence on the Branch's Functions

Constitutional law is one of the fundamental branches of the legal system of Ukraine. No expert in the constitutional law of Ukraine stays away from the analysis of the subject of this field. However, in the works of these researchers, the issue of the subject of the field of constitutional law was not studied in terms of analysis of the branch's functions. The article is a step towards filling this gap.

The purpose of the article is to determine the influence of the subject of the branch of constitutional law of Ukraine on the functions of this branch.

It is argued that the main characteristic feature of the branch of constitutional law of Ukraine, which affects the branch's functions, is the close connection with politics. It is stated that traditionally in characterizing the functions of a particular branch of the national legal system, researchers use the developments of specialists in the theory of law about the functions of law. It is proposed to study the functions of the constitutional law of Ukraine to proceed from the development of the functions of the state in view of:

a) a high degree of politicization of the norms of this branch;

b) the historical roots of the branch, above all to the fact that for a long time it was called not "constitutional law" but "state law".

It is stated that the connection between such a feature of constitutional law as its high level of politicization and its functions is the least obvious. It is worth noting that it is that traditionally in characterizing the functions of a particular branch of the national legal system, researchers "start" from the general theoretical developments about the functions of law. In the case of constitutional law, the development of specialists in the theory of law on the functions of the state should also be taken as a basis. The need to take into account in the development of the system of functions of constitutional law of Ukraine the developments of specialists in the theory of law not only about the functions of law but also about the functions of the state is also evidenced by the discussion that has lasted more than 100 years.

© **О. В. Сінькевич, 2020**

It is suggested to take into account when studying the functions of the branch of constitutional law of Ukraine that the system of constitutional law as a branch is characterized by orderliness and discreteness (sometimes they are covered by the concept of "institutionalization", which is less accurate). They are determined by the subject of constitutional law – one of the factors in the dynamics of the functions of this branch of law.

Keywords: constitutional law, constitutional law as a branch of law, constitutionalism, Ukrainian constitutionalism, constitutional law functions, branch's functions.

Постановка проблеми. Конституційне право є одною з фундаментальних галузей системи права України. В українській юридичній літературі «конституційне право розглядається як провідна, системоутворююча та інтегруюча щодо інших галузей публічного і приватного права та національної правової системи в цілому галузь національного права» [1, с. 9]. Це узагальнення ознак галузі конституційного права, влучно сформульоване В.Л. Федоренком, однак, поки що не може претендувати на універсальність.

Бурхливий розвиток конституційного права в Україні – так само як і в інших державах – «нових» демократіях – зумовлює значний доктринальний інтерес до питання визначення галузі конституційного права та її предмету. А отже, наразі наявні цікаві пропозиції дослідників щодо цієї проблеми, яка не отримала уніфікованого доктринального вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Жоден фахівець з конституційного права України не залишається осторонь аналізу проблематики предмету цієї галузі. У статті застосовувались праці таких відомих дослідників, як К.А. Бабенко, О.В. Батанов, О.Є. Кутафін, С.В. Нарутто, В.В. Речицький, В.Л. Федоренко, В.М. Шаповал, А.А. Яковлев та інших. Однак, в працях цих та інших дослідників питання предмету галузі конституційного права не досліджувалось з точки зору аналізу галузевих функцій. Стаття є кроком у напрямі заповнення цієї прогалини.

Метою статті є визначити вплив предмета галузі конституційного права України на функції цієї галузі.

Результати дослідження. В.Л. Федоренко пише про те, що галузь конституційного права – це, у тому числі, галузь «інтегруюча щодо інших галузей публічного і приватного права та національної правової системи в цілому» [1, с. 9]. В юридичній літературі наявна думка щодо того, що конституційне право є галуззю не «інтегруючою», а «інтеграційною». Варто підтримати думку В.Л. Федоренка. З приводу пропозиції уважати конституційне право інтеграційною галуззю, погоджуємося з С.В. Нарутто. Професор Нарутто, узагальнивши позиції дослідників з цього питання, опонує їхній тезі щодо інтеграційного характеру галузі конституційного права, наводячи такі переконливі аргументи:

«Безумовно, називати конституційне право інтеграційною галуззю, яка виникла в результаті проникнення в неї інших галузевих норм і інститутів, невірно, оскільки цей висновок не підтверджується досвідом розвитку конституційного (державно-правового) законодавства. Крім того, конституційне право не може включати в себе норми-принципи всіх галузей права, так як в протилежному випадку конституційне право треба визнавати «урізаною сукупністю інших галузей права», що абсолютно неприпустимо і в корені неправильно» [2, с. 71].

Наведене вище формулювання В.Л. Федоренка про конституційне право варто доповнити ознаками, які перераховано у більш детальній дефініції поняття «галузь конституційного права», що належить цьому ж автору. Так, В.Л. Федоренко, формулюючи дефініцію поняття «галузь конституційного права» пропонує уважати, що:

«конституційне право – це провідна галузь вітчизняного публічного права, норми якої визначають і гарантують конституційно-правовий статус людини, насамперед її права та свободи; конституційні основи розвитку і взаємодії громадянського суспільства та Української держави; конституційно-правовий статус суб'єктів публічної влади в Україні – народу, держави, територіальних громад, а також політичні та інші найважливіші суспільні відносини в економічній, соціальній, культурній (духовній), екологічній, інформаційній та інших сферах життя і діяльності суспільства та держави» [1, с. 11].

У цьому визначенні привертає увагу акцент, який В.Л. Федоренко робить на тому, що конституційне право регламентує – у першу чергу – політичні відносини.

Дійсно, характеризуючи галузь конституційного права, вчені найбільш часто згадують про її тісний зв'язок з політикою.

Так, В.В. Речицький сформулював, що «політику і конституційне право можна вважати методологічно відмінними одна від одної процесуальними формами, за допомогою яких суспільство і держава організують свої справи» [3, с. 7]. А.А. Яковлев обстоює тезу щодо істотного впливу політики на конституційне право (дивись [4, с. 224]). С.В. Нарутто підкреслює, що конституційним правом здійснюється «переважне регулювання владних максимально політизованих відносин» [2, с. 68]. К.А. Бабенко приділив увагу аналізу політико-правових відносин як предмета регулювання конституційного права України [5]. Про це згадує і Н.В. Мішина [6; 7].

Варто зауважити, що ця ознака має найбільший вплив на такі важливі для розуміння сутності галузі конституційного права теоретичні конструкції як:

- предмет конституційного права;
- функції конституційного права.

Найменш очевидним є зв'язок між такою рисою конституційного права, як його високий рівень політизованості, та його функціями. Варто зауважити, що він полягає в тому, що традиційно при характеристиці функцій тієї чи іншої галузі національної правової системи дослідники «відштовхуються» від загальнотеоретичних розробок про функції права. У випадку з конституційним правом варто взяти за основу додатково також і розробки фахівців з теорії права щодо функцій держави.

В українській юридичній літературі на цей зв'язок звернув увагу О.В. Батанов, який сформулював його та обґрунтував його наявність – однак, не для конституційного права, а для муніципального права. Він зробив це наступним чином:

– «в цілому ми підтримуємо позицію вчених-правознавців щодо тісного зв'язку між функціями права і функціями держави. З точки зору функціонування муніципального права, особливих заперечень тут бути не може, особливо з огляду на те, що саме держава визнає і гарантує місцеве самоврядування, здійснює відповідну муніципальну політику і функції в сфері місцевого самоврядування» [8, с. 118];

– «функціям муніципального права як галузі права притаманні юридичні ознаки, що розкривають сутність і зміст цієї категорії, зокрема вони: <...> взаємопов'язані з основними функціями держави і функціями місцевого самоврядування» [8, с. 119-120].

Поки що аналогічного зауваження щодо функцій галузі конституційного права України сформульовано не було.

Слід відмітити, що факт зв'язку між функціями галузі права та функціями держави констатували не тільки фахівці з публічного права, але й вчені, які спеціалізуються на дослідженні приватно-правових галузей. Наприклад, А.Я. Риженков відмітив, що «функції цивільного права закономірно пов'язані з завданнями, що стоять перед <...> державою, а, отже, – з функціями держави» [9, с. 44].

На необхідність врахування при розробці системи функцій конституційного права України розробок фахівців з теорії права не тільки про функції права, але й про функції держави свідчить також і дискусія, яка вже більше 100 років триває щодо найменування досліджуваної галузі права.

Висока ступінь політизації конституційного права була характерною рисою цієї галузі з моменту її формування, та, у свою чергу, обумовила і інші її характеристики, у першу чергу – сутнісні. Навіть генезис назви цієї галузі – від «державного права» до «конституційного права» – пов'язаний з політичними чинниками.

Пояснюючи різницю між назвами «державне право» та «конституційне право», В.М. Шаповал узагальнив, що «історично такі відмінності були зумовлені різними підходами у правовій ідеології, що існували з XVIII ст. і відображали ступінь поступу і особливості розвитку різних соціумів за нових часів. В одних випадках набули поширення ідеї конституціоналізму, які передбачали встановлення представницького правління, обмеженого визнанням і належним гарантуванням індивідуальних прав, що визнавалися правами людини (Великобританія), конституювання принципів народного суверенітету і розподілу влад, а також організацію і здійснення державного владарювання на основі цих принципів (США, Франція). <...> В інших випадках абсолютизувалася держава, що було зумовлено збереженням певних характеристик, притаманних її попередньому історичному типу (Німеччина)» [10, с. 78].

Аналогічний територіальний підхід до розмежування аналізованих понять є доволі поширеним, причому протягом тривалого часу. Так, відомий російський вчений Ф. Ф. Кокошкін ще у 1908 р писав про термін «державне право» і наголошував, що він «запозичений російською юриспруденцією у німецькій і є не дуже вдалим і не є цілком визначеним. У Франції та Англії цього терміна немає; там є лише «конституційне право» [11, с. 44].

Варто зауважити, що в юридичній літературі порівняння ознак державного права та конституційного права набуває характеру протистояння. Більшість авторів надає перевагу або лише застосуванню поняття «конституційне право», або – лише поняття «державне право».

Більш поміркований підхід спостерігається здебільшого у фахівців, які активно досліджують зарубіжний досвід. Так, В.О. Міхальов підкреслює, що крім вищезазначеного підходу до розмежування аналізованих понять є також і інші підходи до аналізу співвідношення цих понять (детальніше дивись [12, с. 6-7]. У виданнях, де він виступає співавтором, застосовується як поняття «конституційне право», так і поняття «державне право» (дивись, наприклад, [13; 14].

Варто зауважити, що при здійсненні функціонального аналізу конституційного права України як галузі права слід виходити також і з предмету правового регулювання цієї галузі. На підтримку цієї пропозиції Т.В. Каравай влучно зауважила: «дійсно, якщо виходити зі змісту вживаного терміна «функція», який походить від латинського *functio* і означає «здійснення», «діяльність», то таке розуміння функції права представляється обґрунтованим. Функція права є дією права, тобто характеризує його вплив на певні суспільні відносини. Справедливо і те, що результати цього впливу завжди будуть відрізнятися в залежності від специфіки суспільних відносин. Більш того, специфіка тієї чи іншої групи суспільних відносин зумовлює функціональні особливості на рівні галузі права» [15, с. 122]. А отже, дослідження предмету конституційного права як галузі національної системи права має передувати дослідженню його функцій.

В українській юридичній літературі склався підхід, відповідно до якого «у рамках системи права галузі виділяють за двома основними критеріями: за предметом правового регулювання і за методом правового

регулювання. У рамках предмета правового регулювання конституційне право являє собою систему, складовими частинами якої виступають дві великі групи суспільних відносин (інститути):

- основи правового положення особистості (правовий статус особистості, громадянство, права, свободи та обов'язки людини і громадянина, гарантії їх реалізації тощо);
- основи юридичної організації держави (форма правління, форма державного устрою, інститут законодавчої влади, інститут глави держави тощо)» [16, с. 50].

До такої думки приєднуються і інші відомі дослідники конституційного права. Наприклад, В.В. Лазарев відмічає, що «предметом конституційного права є особливий зріз суспільних відносин, наявних в усіх сферах суспільства: політичній, економічній, соціальній, духовній. «Це фактичні відносини з приводу:

- а) устрою держави і організації державної влади;
- б) громадянської свободи (відносини між людиною і державою)» [17, с. 13].

І.Г. Дудко узагальнив, що «необхідно констатувати сформований плюралізм в характеристиці предмета конституційного права <...>. Вважаю, наявність різних підходів обумовлюється не стільки суб'єктивізмом авторів, скільки різноманітністю <...> конституційної практики. Найважливішу роль при цьому відіграють методологічні установки, основні ідеї. В одних підручниках це публічна влада (організація держави, конституційний лад, пристрій публічних органів і т.д.), в інших – права і свободи людини, де влада – елемент, що забезпечує їх. Однак при всій відмінності в підходах в якості обов'язкових атрибутів предмета вказані устрій держави (організація державної влади) і правове становище особистості» [18, с. 94-95].

Крім того, з точки зору сформульованої вище тези про тісний зв'язок функцій конституційного права не тільки з функціями права, але й з функціями держави, представляють інтерес міркування І.Г. Дудко щодо поглядів О.Є. Кутафіна на визначення предмету галузі конституційного права. І.Г. Дудко зазначив, що «запропонований О. Є. Кутафіним підхід цікавий тим, що пропонує поглянути на предмет конституційного права з точки зору природи держави, державної влади. Концепція дуалістичної змісту предмета конституційного права вплинула на подальші дослідження в ракурсі заявленої проблематики» [18, с. 96].

Варто нагадати, що професор О.Є. Кутафін видав монографію на тему «Предмет конституційного права», у якій запропонував упорядковувати конституційно-правових відносини, які охоплює предмет конституційного права, в дві групи.

Перша група – це суспільні відносини, які складаються у галузях, що становлять основні елементи держави. Це відносини, пов'язані з громадянством, державним устроєм, здійсненням народом влади як безпосередньо, так і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Перша група суспільних відносин виступає невід'ємним атрибутом предмета аналізованої галузі.

Друга група суспільних відносин – це відносини, що можуть складатися у всіх сферах життя суспільства і держави. На думку О.Є.Кутафіна, вони не є невід'ємним атрибутом предмета галузі конституційного права. Відносини другої групи стають елементом предмета галузі конституційного права тільки тоді, коли в цьому «зацікавлена» держава – включаючи правові норми, спрямовані на регламентацію цих відносин, до конституції (основи конституційного ладу, основи правового статусу людини і громадянина, головні принципи системи органів виконавчої та судової влади, а також органів місцевого самоврядування), детальніше дивись [19, с. 13, 18, 23-26].

Слід погодитись з логікою тих авторів, які виокремлюють в межах предмету конституційного права лише дві групи суспільних відносин – що охоплюють основи правового становища особистості та основи організації публічної влади. Однак варто підкреслити, що цей підхід є надзвичайно узагальненим та спрощеним. Основний його недолік можна продемонструвати, звернувшись до міркувань К.А. Бабенка, який зазначив наступне: «слід звернути увагу на те, що обидві зазначені сфери дещо трансформуються в сучасних умовах, коли ми маємо справу з розвитком нової системи взаємодії між державою, суспільством і людиною» [20, с. 67].

Напрямок цих трансформацій відображається в сучасних працях фахівців з конституційного права.

Професор Ю. О. Тихомиров ще наприкінці ХХ століття зазначив, що: «образ правової держави змінює орієнтацію галузі і науки конституційного права, відводячи від суто державознавчій проблематиці (по суті, державному будівництву) та у більшій мірі звертаючи увагу на права і свободи людини і громадянина, інститути громадянського суспільства (за сутністю, перетворюючи конституційне право на гуманітарне, "громадське" право)» [21, с. 18-24]. Слід визнати, що теза про перетворення галузі конституційного права на галузь «громадського» права є певним перебільшенням. Але, можна констатувати, що Ю.О. Тихомиров влучно визначив пануючу в конституційному праві в останні два десятиріччя тенденцію – все більше і більше вчених звертаються до проблематики прав людини, виходять монографічні роботи з конституційного гуманітарного права (так, у 2018 році щорічне видання «Проблеми сучасної конституціоналістики» поповнилось випуском 4 «Конституційне гуманітарне право» [22]).

Все більше і більше вчених пропонують виокремлювати не дві, а три групи суспільних відносин у межах предмету конституційного права.

Наприклад, професор Є. І. Колюшін вважає, що предмет конституційного права становлять три групи суспільних відносин, що виникають:

- а) при встановленні основ суспільного ладу;
- б) при встановленні та регулюванні конституційно-правового статусу громадянина <...>;
- в) при встановленні та регулюванні організації і діяльності держави і державної влади» [23, с. 6-7].

Професор С.В. Нарутто переконана, що на сучасному етапі розвитку юридичної науки «в центрі предмета конституційного права – людина, її права і свободи, система державної влади, взаємовідносини особистості і держави, функціонування громадянського суспільства» [24, с. 15].

Необхідність удосконалення визначення предмету конституційно-правового регулювання врахована авторами найсучаснішого підручника з конституційного права України, якими сформульовано, що «у найбільш загальному вигляді до предмета конституційно-правового регулювання умовно можна віднести три типи суспільних відносин:

- 1) суспільні відносини, які виникають у політичній сфері і пов'язані з конституюванням таких основних елементів державності, як народ, влада, територія;
- 2) відносини, що визначають основи правового статусу людини і громадянина;
- 3) відносини життєдіяльності базових інститутів громадянського суспільства» [25, с. 65-66].

Висновки і пропозиції. Аргументовано, що основною характерною рисою галузі конституційного права України, яка впливає на галузеві функції, є тісний зв'язок з політикою. Констатовано, що традиційно при характеристиці функцій тієї чи іншої галузі національної правової системи дослідники застосовують розробки фахівців з теорії права про функції права. Запропоновано при дослідженні функцій галузі конституційного права України виходити також з розробок про функції держави з огляду на:

- а) високий ступінь політизації норм цієї галузі;
- б) історичні коріння галузі, понад усе на те, що протягом тривалого часу вона малу назву не «конституційне право», а «державне право».

Запропоновано при дослідженні функцій галузі конституційного права України брати до уваги, що системі конституційного права як галузі притаманні впорядкованість та дискретність (інколи їх охоплюють поняттям «інституціоналізація», яке є менш точним). Вони обумовлюються предметом конституційного права – одним з чинників динаміки функцій цієї галузі права.

Отримала подальшу аргументацію теза, відповідно до якої невід'ємною частиною пізнання функцій конституційного права як галузі системи права України є уявлення про предмет конституційного права. Запропоновано уважати, що динаміку предмету конституційного права обумовлюють зміни та доповнення, які вносяться до Конституції України 1996 року та мають істотний характер (тобто спричиняють динаміку конституційних принципів).

Список використаних джерел:

1. Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник. Київ : Видавництво Ліра-К, 2016. 616 с.
2. Нарутто С.В. Вклад академіка О. Е. Кутафіна в розвиток учения о предмете конституционного права России. *Актуальные проблемы российского права*. 2018. № 10. С. 65-75.
3. Речицкий В.В. Политический предмет конституции. К.: Дух і літера, 2012. 728 с.
4. Яковлев А.А. Співвідношення політики і права у конституційному процесі: проблеми теорії і практики. *Економічна теорія і право*. 2016. № 1. С. 224-238.
5. Бабенко К.А. Політико-правові відносини як предмет регулювання конституційного права України. URL: <https://6aas.gov.ua/ua/proekty/articles/b/436-politiko-pravovi-vidnosini-yak-predmet-regulyuvannya-konstitutsijnogo-prava-ukrajini.html>
6. Мішина Н.В. Муніципальна реформа в Україні: стан і перспективи. *Право України*. 2018. № 4. С. 126-138.
7. Мішина Н.В. Формування моральних традицій сучасного українського конституціоналізму. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2010. С. 318 – 324.
8. Батанов А.В. Основы теории функций муниципального права. *Антиномии*. 2015. Т. 15. № 1. С. 111-124.
9. Рыженков А.Я. Функции гражданского права: вопросы теории. Пробелы в российском законодательстве. *Юридический журнал*. 2012. № 4. С. 44-49.
10. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. К. : Юридична фірма «Салком»; Юрінком Інтер, 2005. 560 с.
11. Кокошкин Ф. Ф. Русское государственное право. Вып. 2. М., 1908. 157 с.
12. Государственное право зарубежных стран. Курс лекций / Н. В. Мишина, В. А. Михалев, В. А. Курагин, Д. Е. Волкова. К. : Юринком Интер, 2012. 416 с.
13. Конституційне право зарубіжних країн. Том 1 : Загальна частина / під ред. д.ю.н., проф. Н.В. Мішиної та доц. В. О. Міхальова. Дніпропетровськ : Середняк ТК, 2014. 340 с.
14. Конституційне право зарубіжних країн. Том 2 : Особлива частина / під ред. д.ю.н., проф. Н.В. Мішиної та доц. В. О. Міхальова. Дніпропетровськ : Середняк ТК, 2014. 336 с.
15. Каравай Т.В. Понятие и виды функций гражданского права. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2016. № 2. С. 121-127.

16. Конституційне право зарубіжних країн : підручник / Н.В. Мішина, В.О. Міхальов, В.О. Куранін та ін.; за ред. Н.В. Мішиної, В.О. Міхальова. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2019. 644 с.
17. Конституционное право : учебник / отв. ред. В. В. Лазарев. М. : Юрист, 1999. 592 с.
18. Дудко И.Г. К вопросу о предмете конституционного права (в поиске адекватной проекции). *Актуальные проблемы российского права*. 2018. № 10. С. 92-102.
19. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М. : Юристъ, 2001. 444 с.
20. Бабенко К.А. Теоретико-методологічні проблеми дослідження основних сфер конституційного регулювання. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 2. С. 66-71.
21. Конституционное законодательство России / под ред. Ю. А. Тихомирова. М.: Городец, 1999. 382 с.
22. Проблеми сучасної конституціоналістики. Вип. 4 : Конституційне гуманітарне право : навч. посіб. / за заг. ред. А. Р. Крусян та А.А. Єзерова. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 524 с.
23. Колюшин Е. И. Конституционное (государственное) право России : курс лекций. М. : Изд-во МГУ, 1999. 381 с.
24. Нарутто С. В. Научные воззрения профессоров МГЮА о предмете конституционного права. *Актуальные проблемы российского права*. 2016. № 4. С. 11-23.
25. Конституційне право України: підручник; за заг. ред. Т.М. Слінько. Харків: Право, 2020. 592 с.

Г. М. Котляревська,
доцент кафедри теорії держави і права та конституційного права
Приватного акціонерного товариства «Вищий навчальний заклад
«Міжрегіональна Академія управління персоналом»

ЩОДО ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН

Статтю присвячено дослідженню питань удосконалення законодавства про звернення громадян. Визначено складові елементи правового регулювання порядку розгляду та вирішення звернень громадян. Приділено окремої уваги нормам міжнародних нормативно-правових актів, якими врегульовано питання досліджуваної сфери.

З'ясовано, що потреба оновлення законодавства щодо звернень громадян обумовлюється зміною характеру суспільних відносин в Україні – поступовий відступ від державоцентристської моделі у відносинах держави з громадянами та запровадження людиноцентристського типу владно-суспільної взаємодії.

Встановлено, що правову основу звернень громадян становлять: а) Конституція України; б) міжнародні нормативно-правові акти; в) Закон України «Про звернення громадян»; г) підзаконні нормативно-правові акти; д) індивідуальні акти. Визначено поняття «індивідуальний акт» як елемент правового регулювання звернень громадян – офіційне рішення суб'єкта владних повноважень за наслідками об'єктивного розгляду та вирішення звернення, якого прийнято і засновано на нормах адміністративного права. Такі індивідуальні акти за своїм змістом є розпорядчими та виконують забезпечувальну функцію.

Виокремлено такі види адміністративної відповідальності за порушення законодавства про звернення громадян в залежності від суб'єкта вчинення правопорушення: а) адміністративна відповідальність суб'єкта владних повноважень; б) адміністративна відповідальність суб'єкта звернення.

Визначено та проаналізовано основні проблемні питання та недоліки законодавчого регулювання процедури розгляду та вирішення звернень громадян. Зазначено, що удосконалення правового регулювання звернень громадян передбачає необхідність внесення сутнісних змін до Закону України «Про звернення громадян» та/або прийняття Адміністративно-процедурного кодексу України.

Акцентовано увагу на таких можливих шляхах удосконалення процедури розгляду звернень громадян: 1) диференціація та скорочення строків розгляду звернень; 2) доступність інформації про органи влади, про види звернень, які ними розглядаються; 3) забезпечення можливості отримання громадянином консультативної допомоги в органі виконавчої влади.

Ключові слова: звернення громадян, законодавство про звернення громадян, захист прав і свобод людини та громадянина, суб'єкт владних повноважень, суб'єкт звернення.

H. M. Kotliarevska On the issue of improving the legislation on citizens' appeals

The article is devoted to the study of the issues of improving the legislation on citizens' appeals. Constituent elements of the legal regulation of the procedure for examination and settlement of citizens' appeals have been identified. The author has paid particular attention to the standards of international statutory acts which regulate the issues in the area under study.

It has been found out that a need of updating the legislation on citizens' appeals is conditioned by the change of nature of social relations in Ukraine – a gradual shift away from the state-centric model in the relations between the state and citizens and the implementation of human-centered type of power-social cooperation.

The article has established that legal basis of citizens' appeals consists of: a) the Constitution of Ukraine; b) international statutory instruments; c) the Law of Ukraine “On Citizens' Appeals”; d) subordinate legislation; e) individual acts. The concept “individual act” has been defined as an element of the legal regulation of citizens' appeals – an official decision of an authority which was approved and based on the rules of administrative law as a result of an impartial examination and settlement of appeal. Such individual acts in their content are executive and exercise a guaranteeing function.

The following types of administrative responsibility for the breach of the legislation on citizens' appeals depending on an offender have been marked: a) administrative responsibility of an authority; b) administrative responsibility of an applicant.

The main areas of concern and shortcomings of the statutory regulation of the procedure for examination and settlement of citizens' appeals have been identified and analyzed. It has been marked that improvement of the legal regulation of citizens' appeals requires introducing essential modifications to the Law of Ukraine “On Citizens' Appeals” and/or adopting the Administrative Procedural Code of Ukraine.

The research has focused on possible ways of updating the procedure for examination of citizens' appeals, as follows: 1) differentiation and reduction of examination term; 2) accessibility of information on authorities, types of requests which they examine; 3) making it possible for a citizen to get consulting assistance in an executive agency.

Key words: citizens' appeals, legislation on citizens' appeals, protection of human and civil rights and freedoms, authorities, applicant.

Актуальність теми дослідження. На сучасному етапі розвитку демократичної, правової, соціальної Української держави значної ролі відіграє забезпечення дотримання прав, свобод та інтересів людини та громадянина як ключової цінності у діяльності всіх органів державної влади та місцевого самоврядування. Задля забезпечення останнього та, зокрема, з метою практичної реалізації громадянами наданого їм Конституцією України права на подання пропозиції щодо покращення результативності та якості діяльності суб'єктів владних повноважень, оскарження дії (бездіяльності) та рішення їх посадових осіб, розроблена та прийнята система нормативно-правових актів. Однак, при значній кількості нормативно-правової бази щодо звернень громадян, розвиток та ступінь розбудови вказаного інституту в Україні слід вважати недостатнім. Причинами цього є: неефективність використання наданих ресурсів (фінансових, матеріальних, кадрових); недостатній рівень інформатизації; повільне впровадження необхідної інфраструктури у сфері розгляду звернень громадян для належної діяльності органів виконавчої влади, зокрема, з використанням мережі Інтернет; низький рівень державної підтримки запровадження зворотного зв'язку «заявник-суб'єкт владних повноважень» тощо.

Як уявляється, потреба оновлення законодавства щодо звернень громадян обумовлюється також зміною характеру суспільних відносин в Україні – поступовий відступ від державоцентристської моделі у відносинах держави з громадянами та запровадження людиноцентристського типу владно-суспільної взаємодії. А тому теоретична та практична значимість проведеного дослідження, яке є надзвичайно своєчасним та актуальним, не викликає сумнівів.

Стан дослідження. Дослідженню складних та суперечливих питань, які стосуються правового регулювання інституту звернень громадян та удосконалення законодавства про звернення громадян, займалися такі теоретики та практики, як: В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, О.М. Бандурка, Д.М. Бахрах, Л.Р. Біла-Тіунова, Ю.П. Битяк, І.В. Бойко, Р.А. Каложний, С.В. Ківалов, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, О.В. Кузьменко, І.Б. Коліушко, А.М. Новицький, В.Г. Перепелюк, В.С. Цимбалюк, В.К. Шкарупа та інші. У той же час, значна кількість питань потребує наукового переосмислення.

Метою статті є дослідження питань удосконалення законодавства України про звернення громадян.

Виклад основного матеріалу. Законодавство про звернення громадян у своїй структурі містить велику кількість нормативно-правових актів різної юридичної сили, що за своїми змістом та формою є досить розрізненими. Зазначене обумовлюється особливим значенням конституційного права громадян на звернення та наявністю значної кількості нормативно-правових актів в різних галузях (конституційній, адміністративній, цивільно-правовій) та сферах (управлінській, соціальній, бюджетній). Відтак, правову основу звернень громадян становлять: а) Конституція України; б) міжнародні нормативно-правові акти; в) Закон України «Про звернення громадян»; г) підзаконні нормативно-правові акти; д) індивідуальні акти.

Основним Законом нашої держави є Конституція України, яка закріплює і регулює усі сфери життя суспільства та є основою для всіх інших нормативних актів, маючи найвищу юридичну силу. Очевидним є те, що Конституція України містить загальні засади функціонування усіх органів державної влади та місцевого самоврядування. Насамперед, йдеться про закріплення: пріоритету життя і здоров'я, честі і гідності людини як найвищої соціальної цінності (ст. 3); принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6); принципу верховенства права (ст. 8); принципу законності (ст. 19). Окрім того, Конституція України закріплює право громадян на звернення: ст. 40 – усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк; ст. 38 – право рівного доступу до участі в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування [5].

Разом із тим, у контексті адаптації вітчизняного законодавства до стандартів Європейського Союзу важливого значення набувають міжнародні нормативно-правові акти, на підставі яких визначаються правові засади розгляду та вирішення звернень громадян. Вбачається, що закріплення інституту звернень у міжнародних нормативно-правових актах зумовлено необхідністю надання певних гарантій щодо неухильного виконання діючих законів усіма членами суспільства. До таких основних міжнародних нормативно-правових актів належать:

Загальна Декларація прав людини – передбачено, що кожна людина має право на: ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8); свободу переконань і на вільне їх вираження, що передбачає свободу безперешкодно дотримуватися своїх переконань і свободу шукати, одержувати, поширювати інформацію й ідеї будь-якими засобами й незалежно від державних кордонів (ст. 19); участь в управлінні своєю країною (ст. 21) [3];

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод – ст. 34 передбачає забезпечення реалізації права на звернення, відповідно до чого особи мають право подавати заяви до суду в разі порушення їх прав [4];

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права – визначає, що кожна держава, яка бере в ньому участь, зобов'язується забезпечити: ефективний засіб правового захисту, навіть коли цього порушення було

вчинено особами, що діяли як особи офіційні; щоб право на правовий захист для будь-якої особи, яка потребує такого захисту, встановлювалося компетентними судовими, адміністративними або законодавчими властями, або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави, розвивати можливості судового захисту тощо [6].

Хартія основних прав Європейського Союзу – забезпечує можливість кожного громадянина або кожної громадянки Союзу, або фізичної чи юридичної особи, що проживає або має юридичну адресу в державі-члені, направляти петиції Європейському парламенту задля реалізація права на звернення (ст. 44) [11].

Необхідно акцентувати увагу на тому, що базовим для регулювання діяльності суб'єктів владних повноважень щодо розгляду та вирішення звернень громадян в Україні є Закон України «Про звернення громадян», яким визначено практичні аспекти реалізації громадянами наданого їм конституційного права на звернення, зокрема:

– загальні положення про звернення громадян: зміст права на звернення, види звернень, вимоги, які до них висуваються (ст. 1–11);

– порядок розгляду та вирішення звернень громадян (заяв, пропозицій, скарг та клопотань), зміст електронної петиції, обов'язки суб'єктів владних повноважень, права громадян та інших осіб, що звертаються із зверненням (Р. 2);

– основні засади відповідальності за порушення законодавства про звернення громадян: види відповідальності, порядок відшкодування збитків громадянину у зв'язку з порушенням вимог законодавства, зміст відповідальності громадян за подання звернень протиправного характеру, здійснення контролю у визначеній сфері (ст. 24–28) [7].

Проте варто акцентувати увагу і на тому, що значна кількість питань загального порядку розгляду та вирішення звернень громадян (питання діловодства зверненнями громадян; класифікація звернень громадян, особливості розгляду та вирішення заяв, скарг та пропозицій конкретними органами державної влади та місцевого самоврядування) врегульовуються саме підзаконними нормативно-правовими актами, зокрема: Указом Президента України «Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування» від 07.02.2008 р., Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Інструкції з діловодства за зверненнями громадян в органах державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, в засобах масової інформації» від 14.04.1997 р., Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Класифікатора звернень громадян» від 24.09.2008 р. тощо.

Щодо індивідуального акту як елемента правового регулювання звернень громадян, то він становить собою офіційне рішення суб'єкта владних повноважень за наслідками об'єктивного розгляду та вирішення звернення, якого прийнято і засновано на нормах адміністративного права. Такі індивідуальні акти за своїм змістом є розпорядчими та виконують забезпечувальну функцію.

В аспекті сказаного варто зауважити, що удосконалення правового регулювання звернень громадян передбачає необхідність внесення сутнісних змін до Закону України «Про звернення громадян» та/або прийняття Адміністративно-процедурного кодексу України.

Відзначимо, що на підставі аналізу законодавства про звернення громадян видається можливим стверджувати про необхідність кодифікації основних положень адміністративних процедур в цілому, а також процедурних норм розгляду звернень громадян зокрема. Видається, відсутність Адміністративно-процедурного кодексу України призводить до відсутності єдиного нормативно-правового акта, який би чітко врегулював порядок реалізації права на звернення та діяльності органів державної влади й місцевого самоврядування. Натомість, усі органи державної влади та місцевого самоврядування приймають власні нормативні акти, якими врегульовують питання розгляду звернень, проте останні лише дублюють норми Закону України «Про звернення громадян» (наприклад, Порядок розгляду звернень та організації особистого прийому громадян у Міністерстві юстиції України, його територіальних органах, підприємствах, установах та організаціях, що належать до сфери його управління, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 2017 р.; Порядок розгляду звернень та організації проведення особистого прийому громадян в органах та підрозділах Національної поліції України, затверджений Наказом Міністерства внутрішніх справ від 2017 р. тощо).

Варто акцентувати увагу і на тому, що проект Адміністративно-процедурного кодексу України містить визначення: повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування, порядку організації діяльності щодо розгляду звернень, а також врегулювання суспільних відносин, удосконалення законодавства, що особливо актуально [1].

Розглядаючи зазначене питання, видається за можливе погодитись із думкою В.П. Таранухи щодо необхідності законодавчого закріплення як у Законі України «Про звернення громадян», так і в Проекті Адміністративно-процедурного кодексу таких видів звернення, як петиція та зауваження й викласти їх у такій редакції: петиція – письмове або усне колективне звернення громадян, що подається до органів державної влади та місцевого самоврядування відповідно до їх повноважень і територіального поширення повноважень з метою вирішення у розумні строки найважливіших питань життєдіяльності держави, суспільства

чи певної територіальної громади; зауваження – вид звернення громадян, якого викладено в письмовій чи усній формі, що містить вказівку на недоліки роботи певного органу чи посадової особи, а також міркування з приводу недосконалої правового регулювання суспільних відносин чи організаційно-правової діяльності [10, с. 8].

Окрім того, Законом України «Про звернення громадян» визначається порядок розгляду та вирішення різних за сутністю правових категорій, тобто «пропозиції», «заяви», «скарги». Як уявляється, пропозиції та заяви є інструментом безконфліктної реалізації права громадянина перед державою, натомість скарга є інструментом захисту права і, таким чином, є функціонально спорідненою із позовом до суду.

Вказані відмінності не враховано законодавцем при визначенні порядку розгляду та вирішення таких звернень. З огляду на зазначене, виникають сумніви щодо доцільності врегулювання в одному нормативно-правовому акті процедури подання пропозицій, заяв та скарг.

До інших можливих шляхів удосконалення процедури розгляду звернень громадян можна віднести: 1) диференціацію та скорочення строків розгляду звернень; 2) доступність інформації про органи влади, про види звернень, які ними розглядаються; 3) забезпечення можливості отримання громадянином консультативної допомоги в органі виконавчої влади тощо.

Ще одним проблемним питанням є те, що Законом України «Про звернення громадян» передбачається право на звернення лише громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які законно знаходяться на території держави. Натомість юридичні особи є позбавленими загального права на звернення до органів державної влади, однак у випадках, визначених законом, вони можуть звертатися зі скаргою щодо оскарження окремих рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Слід зазначити, що відсутність у юридичних осіб права на звернення, з урахуванням оперативності відповідної процедури, обмежує їх можливість захищати свої права у сфері публічного управління.

Не можна залишити поза увагою і той факт, що відповідно до ст. 5 Закону України «Про звернення громадян», особа, яка звертається до органу державної влади або місцевого самоврядування у зверненні повинна зазначити прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання, суть порушеного питання, зауваження, пропозиції, заяви чи скарги, прохання чи вимоги. З урахуванням зазначеного, заявник не вказує нормативного підґрунтя такого звернення, а обов'язок правильної кваліфікації листа цілком покладається на суб'єкта владних повноважень. Так, при надходженні листа від фізичної чи юридичної особи, орган державної влади чи місцевого самоврядування повинен правильно кваліфікувати документ, зокрема, віднести його до інформаційного запиту чи звернення, які за змістом та формою можуть частково співпадати.

Наголосимо, що з метою правильної юридичної кваліфікації отриманого документа слід у практичній діяльності враховувати те, що інформаційний запит може бути двох видів: щодо доступу до офіційних документів та щодо доступу до інформації про діяльність органів влади. Тобто, основною ознакою інформаційного запиту є його спеціальна спрямованість: отримання інформації, якою володіє орган влади, незалежно від того, чи стосується така інформація прав та законних інтересів запитувача [8].

На увагу заслуговують також норми Закону України «Про звернення громадян», які регламентують юридичну відповідальність за порушення законодавства про звернення громадян. Так, відповідно до ст. 24 Закону України «Про звернення громадян», винні у порушенні порядку розгляду та звернення громадян особи несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність. Адміністративну відповідальність, у свою чергу, в залежності від суб'єкта вчинення правопорушення, можна поділити на такі два види: а) адміністративна відповідальність суб'єкта владних повноважень; б) адміністративна відповідальність суб'єкта звернення.

Щодо другого виокремленого виду адміністративної відповідальності хотілося б зазначити таке: суб'єкт звернення притягається до відповідальності у тому випадку, якщо звернення містить наклеп і образи, дискредитацію органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та їхніх посадових осіб, керівників та інших посадових осіб підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, заклики до розпалювання національної, расової, релігійної ворожнечі тощо [7].

Недоліком врегулювання питання відповідальності є відсутність положень, які б визначали перелік правопорушень у сфері розгляду та вирішення звернень громадян та систему стягнень, що застосовувалася б за їх вчинення. На теперішній час більшість таких правопорушень є адміністративними та, відповідно, частково визначаються Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст. 212-3).

Серед важливих питань, що потребують уваги, є відсутність дієвого механізму контролю за роботою суб'єктів владних повноважень під час розгляду та вирішення звернень громадян. Як справедливо зазначає Г.В. Гнатова, дана проблема потребує вирішення у зв'язку з тим, що саме ці суб'єкти найближчі до людей, тому мають достовірну інформацію про фактичні обставини тієї чи іншої справи (звернення) [2]. Більше того, положення щодо здійснення прокурорського нагляду за дотриманням законності під час розгляду та вирішення звернень громадян було виключено із Закону України «Про звернення громадян».

Натомість, як учасники інформаційних правовідносин громадянин та орган державної влади наділені певними правами та обов'язками, які можна поділити на загальні (притаманні усім відносинам у сфері обігу інформації) та спеціальні (передбачені безпосередньо законодавством про звернення громадян). Дана

проблематика набула практичного значення у зв'язку із набранням чинності Законів України: «Про захист персональних даних», «Про доступ до публічної інформації», «Про внесення змін до Закону України «Про інформацію» [9, с. 10].

Водночас в законодавстві про звернення громадян відсутнє право заявника на інформаційну безпеку. Тому нагальною необхідністю видається нормативне закріплення права людини на інформаційну безпеку, зокрема, в частині її захищеності від неповноти, несвоєчасності, невірогідності, а також негативних наслідків застосування інформаційних технологій; несанкціонованого розповсюдження, використання і поширення конфіденційної інформації, пов'язаної з діяльністю органів державної влади щодо розгляду звернень громадян.

Висновки. Отже, законодавство про звернення громадян у своїй структурі містить велику кількість нормативно-правових актів різної юридичної сили, що за своїм змістом та формою є досить розрізненими. Правову основу звернень громадян становлять: а) Конституція України; б) міжнародні нормативно-правові акти; в) Закон України «Про звернення громадян»; г) підзаконні нормативно-правові акти; д) індивідуальні акти.

Серед основних проблемних питань та недоліків законодавчого регулювання процедури розгляду та вирішення звернень громадян, зокрема: 1) відсутність Адміністративно-процедурного кодексу України, який би чітко врегулював порядок реалізації права на звернення та діяльності органів державної влади й місцевого самоврядування; 2) необхідність визначення Законом України «Про звернення громадян» у ст. 3 таких понять, як «петиція», «зауваження»; 3) визначення в Законі України «Про звернення громадян» порядку розгляду та вирішення різних за сутністю правових категорій, тобто «пропозиції», «заяви», «скарги». Адже, як видається, пропозиції та заяви є інструментом безконфліктної реалізації права громадянина перед державою, натомість скарга є інструментом захисту права і, таким чином, є функціонально спорідненою із позовом до суду; 4) наявність обмеження юридичних осіб щодо права на загальне звернення до суб'єктів владних повноважень; 5) відсутність у Законі України «Про звернення громадян» положень щодо визначення переліку правопорушень у сфері розгляду та вирішення звернень громадян та системи стягнень, що застосовувалася б за їх вчинення; 6) наявність недоліків у визначенні механізму здійснення контролю щодо звернень громадян; 7) відсутність законодавчого визначення права заявника на інформаційну безпеку.

Список використаних джерел:

1. Адміністративно-процедурний кодекс України: Законопроект від 18.07.2008 р. № 2789 URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2789&skl=7
2. Гнатова Г.В. Шляхи вдосконалення роботи органів державної влади всіх рівнів зі зверненнями громадян як одного з основних чинників впевненості та довіри народу до влади. *Держава та регіони*. 2005. № 2. С. 62–64.
3. Загальна декларація прав людини: Міжнародний документ від 10.12.1948 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004
5. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради*. 1996. № 30. Ст. 141.
6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Міжнародний документ від 16.12.1966 р. (ратифікований 19.10.1973 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 02.05.2020 р.).
7. Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96–ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256.
8. Щодо удосконалення розгляду органами державної влади та місцевого самоврядування інформаційних запитів : Рекомендації Національної комісії з утвердження свободи слова та розвитку інформаційної галузі при Президентові України від 25.05.2005 р. URL : [https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiyi-shhodo-udoskonalennya-rozglyadu-organamy-derzhavnoyi-vlady-ta-mistsevogo-samovryaduvannya-informatsijnyh-zapytiv/](https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiyi-shhodo-udoskonalennya-rozglyadu-organamy-derzhavnoyi-vlady-ta-mistsevogo-samovryaduvannya-informatsijnyh-zapytiv/https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiyi-shhodo-udoskonalennya-rozglyadu-organamy-derzhavnoyi-vlady-ta-mistsevogo-samovryaduvannya-informatsijnyh-zapytiv/)
9. Сірик Д.С. Правове регулювання діяльності органів виконавчої влади щодо розгляду звернень громадян: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. 16 с.
10. Тарануха В.П. Звернення громадян як засіб забезпечення законності в діяльності місцевих органів виконавчої влади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2003. 13 с.
11. Хартія основних прав Європейського Союзу : Міжнародний документ від 07.12.2000 р. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_524

І. Я. Олендер,
кандидат юридичних наук,
докторант кафедри фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КОНЦЕПЦІЯ «ПОДАТКОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ»: ПРИРОДА І ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ

У науковій роботі здійснено аналіз доктринальних положень з проблематики визначення поняття «податкове зобов'язання», враховуючи підходи вчених щодо розгляду цього поняття крізь призму своєрідного механізму взаємності прав і обов'язків держави і платника податків. Запропоновано відійти від класичного законодавчо закріпленого визначення «податкове зобов'язання», обґрунтовано застосування терміну «фінансове зобов'язання» як такого, що логічно окреслює около регульованих відносин у досліджуваному контексті. Наведено приклади ситуацій, що виникають при регулюванні податкових відносин, в яких право однієї сторони кореспондує обов'язку іншої. Встановлено недоліки законодавчо закріпленої термінології «податкове зобов'язання». Автор наголошує на необхідності розгляду податкового зобов'язання як комплексної категорії, як правовідношення, яке, з одного боку, витікає з однозначного імперативного веління держави, а з другого – передбачає певну взаємність прав і обов'язків держави і платника податків, коли виконання зобов'язання з боку платника покладає на державу обов'язок використати зібрані кошти за призначенням. У роботі вказано на те, що мобілізація коштів у рамках реалізації податкових відносин не перетинається із процесами їх розподілу та використання ані за часом, ані за нормами, якими регулюються публічні фінансові відносини. Автор доходить висновку про те, що конструкція «зобов'язання» дійсно може застосовуватися у публічних галузях права в окремих випадках, але у податкових відносинах більш доречно говорити про «податковий обов'язок», який характеризується односторонністю вимог держави до платника. У той же час, зустрічних вимог майнового характеру платника до держави у рамках податкового регулювання немає. Акцентовано увагу на доцільності використання при регулюванні податкових відносин категорії «податковий обов'язок» та підкреслює, що обов'язок держави використовувати зібрані за рахунок податків кошти на суспільно важливі потреби, на задоволення публічного суспільного інтересу лежить поза межами податкового обов'язку зокрема та податкового регулювання взагалі.

Ключові слова: податкове законодавство, податкове зобов'язання, податкові відносини, платник податку, публічні фінансові відносини.

I. Ya. Olander. The concept of "tax liability": nature and features of application

The scientific work analyzes the doctrinal provisions on the definition of the concept of "tax liability", taking into account the approaches of scholars to consider this concept through the prism of a mechanism of reciprocity of rights and obligations of the state and the taxpayer. It is proposed to depart from the classic statutory definition of "tax liability", justify the use of the term "financial liability" as one that logically outlines the regulated relationship in the context under study. Examples of situations that arise in the regulation of tax relations, in which the right of one party corresponds to the obligation of the other. The shortcomings of the statutory terminology "tax liability" have been identified. The author emphasizes the need to consider the tax liability as a complex category, as a legal relationship, which, on the one hand, stems from the unequivocal imperative command of the state, and on the other - provides a reciprocal rights and obligations of the state and the taxpayer. commitment on the part of the payer imposes on the state the obligation to use the collected funds for their intended purpose. The paper points out that the mobilization of funds in the implementation of tax relations does not intersect with the processes of their distribution and use, neither in time nor in the rules governing public financial relations. The author concludes that the construction of "obligation" can indeed be applied in public law in some cases, but in tax relations it is more appropriate to speak of "tax liability", which is characterized by unilateral requirements of the state to the payer. At the same time, there are no counter-requirements of property of the payer to the state within the framework of tax regulation. The author emphasizes the expediency of using the category "tax liability" in the regulation of tax relations and emphasizes that the obligation of the state to use the funds collected from taxes for socially important needs, to meet the public interest lies outside the tax obligation in particular and tax regulation in general.

Key words: tax legislation, tax liability, tax relations, taxpayer, public financial relations.

Постановка проблеми. Податкові відносини характеризуються імперативністю їх регулювання. У цьому контексті необхідним є дослідження природи «податкового зобов'язання» як такого, що виникає в рамках податкових відносин. Зважаючи на те, що категорія «зобов'язання» є запозиченою з іншої галузі права, особливої актуальності набуває питання доцільності її застосування у податкових відносинах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Підґрунтям цього дослідження стали праці вітчизняних та зарубіжних вчених-юристів з проблематики податкових відносин, зокрема роботи П. М. Дуравкіна, О. О. Головашевича, Г. В. Петрова, І. Л. Самсіна, А.О. Храброва та ін. При цьому необхідно звертати увагу на різноманітність підходів до визначення природи податкового зобов'язання.

Постановка завдання. Метою статті є визначення природи концепції «податкового зобов'язання» і особливостей її застосування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Противником застосування диспозитивних конструкцій у відносинах, що регулюються імперативно, є Н. А. Саттарова. Вона підкреслює таку характеристику зобов'язань, як добровільність їх взяття, вільне волевиявлення сторони, згоду на взяття зобов'язання. При цьому вчена справедливо вказує на відсутність добровільного виявлення платника щодо сплати податку – цей обов'язок імперативно покладається на нього державою. Н. А. Саттарова характеризує податковий обов'язок як «примусове з боку держави обмеження права власності зобов'язаних осіб» [1, с. 147]. Схожу позицію займає П. М. Дуравкін, який наголошує на недоцільності застосовування категорії «податкове зобов'язання» через імперативність податкових відносин, та підкреслює що така імперативність обумовлює саме виконання обов'язків, а не зобов'язань [2, с. 7]. А. О. Беспалова, виходячи із семантики термінів «обов'язок» та «зобов'язання», пише: «вважаємо за доцільне використовувати в податково-правовому колі саме термін «податковий обов'язок», оскільки він повноцінно й усебічно відображає сутність податкових правовідносин і податкового адміністрування, у зв'язку з чим пропонуємо внести відповідні зміни в чинне податкове законодавство» [3, с. 122].

Частина наукової спільноти, яка пропонує використовувати конструкцію «зобов'язання» при сплаті податків і зборів, критично ставиться до законодавчо закріпленої термінології. Наприклад, І. Л. Самсін робить висновок про можливість використання категорії зобов'язання в публічних галузях права та пропонує «відійти від поширеного на сьогодні сприйняття податкового зобов'язання лише як суми податку, що підлягає сплаті, а то й просто податково-правового нонсенсу. На нашу думку, саме податкове зобов'язання має розглядатися як комплексна категорія, як правовідношення, яке, з одного боку, витікає з однозначного імперативного веління держави, а з другого – передбачає певну взаємність прав і обов'язків держави і платника податків, коли виконання зобов'язання з боку платника покладає на державу обов'язок використати зібрані кошти за призначенням» [4, с. 79]. При цьому, з одного боку, при регулюванні податкових відносин дійсно може виникати ситуація, коли праву контролюючого органу кореспондує обов'язок платника податку і навпаки – коли праву платника відповідає обов'язок контролюючого органу. Прикладом останнього можна назвати інститут податкових консультацій. Платник податків може вимагати надання йому письмової індивідуальної консультації, а контролюючий орган має її надати. Водночас, у разі порушення приписів податкового законодавства платником на підставі наданої йому консультації він не буде нести за це відповідальності. Тобто, виникає конструкція право-обов'язку із чітко зрозумілими практичними наслідками її застосування.

З іншого боку, складно однозначно погодитись із І. Л. Самсіним щодо аргументації взаємності обов'язків платників та держави. Він наголошує на наявності «своєрідного механізму взаємності прав і обов'язків держави і платника податків». Виконання зобов'язання з боку платника покладає на державу обов'язок використати зібрані кошти за призначенням. При цьому, на відміну від цивільно-правового зобов'язання, ці взаємні обов'язки не встановлюються в межах одного правовідношення. Швидше тут можна говорити про «непрямий» зворотний зв'язок прав і обов'язків, який реалізується через інститут державних видатків. Цей інститут регулює відносини використання коштів бюджетів для забезпечення функціонування держави, підтримання належного рівня освіти, охорони здоров'я та здійснення інших державних функцій» [4, с. 81]. Виникає питання: які відносини характеризує таким чином І. Л. Самсін – податкові чи фінансові?

Безумовно, і в рамках податкових відносин, і в рамках відносин фінансових відбувається рух публічних грошових коштів. З цим важко сперечатися, адже правовідносини з приводу руху таких коштів та пов'язані з ними правовідносини (спрямовані на забезпечення такого руху) є складовою частиною предмету галузі фінансового права та права податкового. Але предмет податкового регулювання вужчий – до нього включаються відносини, пов'язані переважно з одностороннім рухом публічних коштів (від платника до держави або територіальної громади). Ані питання щодо витрачання, ані питання щодо розподілу публічних грошових ресурсів податковим правом не регулюються.

Виходячи з цього можна зробити висновок, що конструкція «зобов'язання» дійсно може застосовуватися у публічних галузях права в окремих випадках, але у податкових відносинах більш доречно говорити про «податковий обов'язок», який характеризується односторонністю вимог держави до платника. Зустрічних вимог майнового характеру платника до держави у рамках податкового регулювання немає.

У пошуках аргументів щодо двостороннього характеру податкових відносин між державою та платниками, спираючись на податкове й бюджетне законодавство України, А. О. Беспалова наголошує, що «суми надходжень від податків зараховуються до загального фонду бюджету без будь-якого цільового призначення, за винятком надходжень від зборів, які зараховуються до спеціального фонду бюджету» [3, с. 117-121]. Дійсно, надходження з окремих джерел, за рахунок яких наповнюються дохідні частини бюджетів різних рівнів, набувають цільового характеру. Приміром, частина надходжень від акцизного податку, екологічного податку потрапляє до спеціального фонду Державного бюджету. Проте розподіл цих зарахувань відбувається на підставі норм Бюджетного кодексу України (ст. 29), а не податкового законодавства. Тобто у податкових правовідносинах не може бути формалізована вимога цільового використання коштів, зібраних у формі податків, за цільовим призначенням.

Не можемо погодитися і з твердженням щодо потреби «відійти від поширеного на сьогодні сприйняття податкового зобов'язання лише як суми податку... податкове зобов'язання має розглядатися як комплексна категорія, як правовідношення, яке, з одного боку, впливає з однозначного імперативного веління держави, а з іншого - передбачає певну взаємність прав і обов'язків держави і платника податків, коли виконання зобов'язання з боку платника покладає на державу обов'язок використати зібрані кошти за призначенням» [5, с. 27]. Виходячи з такої логіки, невиконання платником податкового обов'язку звільняє державу від обов'язків використовувати публічні кошти за призначенням? Це нонсенс. Мобілізація коштів у рамках реалізації податкових відносин не перетинається із процесами їх розподілу та використання ані за часом, ані за нормами, якими регулюються публічні фінансові відносини.

Безумовно, потрібно погодитися із тим, що кожен має сплачувати законно встановлені податки і збори – це конституційний припис (ст. 67 Конституції України), на якому будуються податкові відносини [6]. Аргументованим вбачається твердження і про те, що «мета існування податкової системи держави полягає не тільки в зборі певної суми грошей за рахунок податкових надходжень. Податкове право нерозривно пов'язане з інститутом державних видатків, який регулює відносини використання коштів бюджетів для забезпечення функціонування держави, здійснення державних функцій, в тому числі таких, як підтримання належного рівня освіти, охорони здоров'я» [5, с. 27]. Але цей зв'язок не стирає межі між податковим і бюджетним регулюванням.

Так само, як «платник не може відмовитися від виконання обов'язку... обов'язок платника означає, що він повинен незалежно від свого бажання будувати свою поведінку таким чином, як це передбачено податковим законом» [7, с. 132, 133], держава не може відмовлятися від обов'язку використовувати зібрані від сплати податків кошти на реалізацію публічного інтересу. Проте це не означає, що ці правовідносини потрібно змішувати.

Варто зауважити, що І. Л. Самсін, обстоюючи, з однієї сторони, доцільність використання замість категорії «податковий обов'язок» категорію «податкове зобов'язання», з другої сторони, у своїй монографії приходить до подібного висновку. Зокрема, він пише: «податкове зобов'язання полягає у здійсненні платниками низки обов'язків. Правовідношення податкового зобов'язання є одностороннім, тобто характеризується наявністю обов'язків в одного суб'єкта й прав щодо контролю за їх виконанням в іншого. Звичайно, кошти, які зібрані у формі податків, використовують на суспільні блага, і з цієї точки зору держава зобов'язана використовувати кошти за призначенням. Платники податків мають право при цьому перевіряти процес здійснення державних видатків, отримувати інформацію тощо. Але цей процес уже здійснюється в межах інших правовідносин, які регулюються за допомогою інституту державних видатків» [5, с. 95-97]. Отже, наочною є непослідовність у міркуваннях вченого щодо того, яку ж конструкцію варто застосовувати при характеристиці податкових відносин, а саме – комплексу обов'язків платника податків з обліку, сплати податку та формування й подання податкової звітності.

Таким чином, вбачаємо за необхідне приєднатися до позицій О. О. Головашевича, П. М. Дуравкіна, О. В. Дьоміна, Д. А. Кобильника, Ю. О. Крохіної, І. І. Кучерова, М. П. Кучерявенка, Н. Ю. Онищук, О. А. Пилипенко, Н. І. Хімічевої, А. О. Храброва [8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18], які є прихильниками використання при регулюванні податкових відносин категорії «податковий обов'язок» та ще раз підкреслити, що обов'язок держави використовувати зібрані за рахунок податків кошти на суспільно важливі потреби, на задоволення публічного суспільного інтересу лежить поза межами податкового обов'язку зокрема та податкового регулювання взагалі.

Висновки. Отже, доцільно використовувати категорію «податковий обов'язок» при регулюванні податкових відносин. Таким чином, обов'язок держави використовувати зібрані за рахунок податків кошти на суспільно важливі потреби, на задоволення публічного суспільного інтересу лежить поза межами податкового обов'язку зокрема та податкового регулювання взагалі. Податкове зобов'язання необхідно розглядати як комплексну категорію, як правовідношення, яке, з одного боку, витікає з однозначного імперативного веління держави, а з другого – передбачає певну взаємність прав і обов'язків держави і платника податків, коли виконання зобов'язання з боку платника покладає на державу обов'язок використати зібрані кошти за призначенням.

Список використаних джерел:

1. Саттарова Н.А. Принуждение в финансовом праве / под ред. И.И. Кучерова. Москва : Юрлитинформ, 2006. 392 с.
2. Дуравкін П.М. Забезпечення виконання податкового обов'язку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2010. 18 с.
3. Беспалова А. О. Щодо співвідношення понять «податковий обов'язок» і «податкове зобов'язання». *Право і суспільство*. 2015, №3, Ч. 3. С. 117-122.
4. Самсін І.Л. Податкове зобов'язання: правова природа, динаміка, наслідки невиконання: монографія. Харків. Право, 2013. 389 с.
5. Самсін І. Л. Зміна податкового зобов'язання: підстави та наслідки за Податковим кодексом. *Адвокат*, 2011, № 8 (131). С. 27-31.

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 1996. 30. № Ст. 141.
7. Петрова Г.В. Налоговые отношения: теория и практика правового регулирования. Москва: Олита, 2003. 360 с.
8. Головашевич О. О. Правове регулювання оподаткування доходів фізичних осіб в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2010. 202 с.
9. Дуравкін П. М. Забезпечення виконання податкового обов'язку : дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07 . Харків, 2010. 202 с.
10. Демин А.В. Налоговое право России: учебное пособие. Москва: РИОР, 2008. 382 с.
11. Кобильнік Д.А. Правове регулювання пільг при оподаткуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2002. 176 с.
12. Кучеров И.И. Налоговое право России: Курс лекций; изд. 2-е, перераб. и доп. Москва, 2006. 448 с.
13. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права. В 6 т. Харьков, 2005. Т 3. 600 с.
14. Налоговое право России: учеб. для вузов / отв. ред. Ю.А. Крохина. Москва, 2003. 656 с.
15. Онищук Н. Ю. Правове регулювання виконання податкового обов'язку: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07 . Харків, 2010. 202 с.
16. Пилипенко А.А. Налоговое право: учебное пособие / Минск, 2006. 448 с.
17. Финансовое право: учеб. / отв. ред. Н.И. Химичева. 4-е изд., перераб. и доп. Москва, 2008. 768 с.
18. Храбров А.О. Правове регулювання виникнення, зміни і припинення податкового обов'язку: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2004. 189 с.

О. П. Мельничук

кандидат юридических наук

**ВІДОКРЕМЛЕННЯ ДЕРЖАВИ ТА РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ
В СУЧАСНИХ УМОВАХ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ: ПРАВОВА ПРИРОДА, ЗМІСТ ТА ВИДИ**

У роботі досліджено наукові джерела, в яких розкриваються релігійні організації та держава як учасники реалізації конституційного принципу відокремлення держави і релігійних організацій, а також обґрунтовано нові підходи до класифікації відокремлення держави і релігійних організацій. Встановлено, що серед представлених в законодавстві України принципів взаємин церкви і держави, важливе місце займає принцип відокремлення держави від релігійних організацій. Разом з тим, розуміння змісту цього принципу ускладнюється тим, що, по-перше, ні національне законодавство, ні теорія права не розкривають зміст поняття «релігійні організації», по-друге, виникає необхідність уточнення публічної сфери правовідносин, де не мають права приймати участь релігійні організації, по-третє, сам термін «відокремлення держави і релігійних організацій» потребує більш чіткого змістовного наповнення, ніж це зроблено в національному законодавстві. З'ясовано, що національне законодавство є недосконалим з питань визначення поняття «релігійні організації», адже не пропонує доктринального визначення релігійних організацій з розкриттям їх сутнісних характеристик та особливостей правового статусу, а лише перераховує можливі організаційно-правові форми таких організацій. Все це не сприяє вирішенню існуючих наукових суперечок та, навпаки, сприяє появі нових проблем у правозастосовній сфері. Акцентовано увагу на тому, що культова діяльність релігійних організацій регулюється нормами канонічного права і не підпадає під сферу правового регулювання, тоді як позакультова діяльність, яка здійснюється в духовній і практичній сферах, частково підпадає під сферу правового регулювання. Зроблено висновок, що в залежності від суб'єктів соціальних відносин відокремлення слід розглядати в двох аспектах: 1) відокремлення церкви від держави; 2) відокремлення держави від церкви. З'ясовано, що відокремлення держави від церкви характеризується наступними особливостями: держава та її організації не мають права контролювати ставлення своїх громадян до релігії і не ведуть обліку громадян за цією ознакою; держава не втручається у внутрішню церковну діяльність окрім випадків передбачених національним законодавством; держава не надає церкві матеріальної або будь-якої іншої, в тому числі й фінансової, підтримки. Встановлено, що відокремлення церкви від держави характеризується наступними особливостями: церква не виконує будь-яких державних функцій; церква не втручається у справи держави, а займається лише питаннями, пов'язаними із задоволенням релігійних потреб віруючих.

Ключові слова: відносини держави та церкви, релігійні організації, правове регулювання відносин держави та церкви, відокремлення держави та релігійних організацій.

O. P. Melnychuk. Separation of state and religious organizations under modern conditions of state building: legal nature, content and types

The paper studies scientific sources, which cover religious organizations and state as the participants executing the constitutional principle of separation of state and religious organizations, and substantiates new approaches to the classification of separation of the state and religious organizations. It is established the principle of separation of state and religious organizations is of importance among the principles of church-state relations introduced in the Ukrainian legislation. At the same time, the comprehension of this principle is complicated by the fact that, first, neither the national legislation nor theory law elucidates the concept of "religious organizations"; second, there is a need to specify the public area of legal relations in which religious organizations don't have the right to participate; third, the very concept of "separation of state and religious organizations" require more elaborated content than national legislation has. It has been found that the national legislation is imperfect in terms of definition of the concept of "religious organizations", as it does not include a doctrinal definition of religious organizations with the presentation of their essential characteristics and legal status but only lists the possible organizational and legal forms of such organizations. The above doesn't facilitate settling available scientific disputes but, conversely, contributes to the emergence of new problems of law enforcement. Emphasis is placed on the fact that the cult activities of religious organizations are regulated by canon law and do not fall under the scope of legal regulation, while extra-cult activities carried out in the spiritual and practical spheres partially fall under the scope of legal regulation. The article concludes that it is essential to consider separation in the context of two aspects regardless of the subjects of social relations: 1) separation of church from state; 2) separation of state from church. It is determined the separation of state and church is characterized by the following aspects: the state and its organizations do not have the right to control the attitude of their citizens to religion and do not keep records of citizens on this basis; the state does not interfere in the internal church activities except in cases provided by national law; the state does not provide the church with material or any other, including financial, support. It is established the separation of church and state is characterized by the following features: the church does not perform any state functions; the church does not interfere in the state affairs, but deals with issues related to meeting the religious needs of believers.

Key words: relations between state and church, religious organizations, legal regulation of relations between state and church, separation of state from religious organizations.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями.

Серед представлених в законодавстві України принципів взаємин церкви і держави, важливе місце займає принцип відокремлення держави від релігійних організацій. Для правильного розуміння правових загалом, і адміністративно-правових, зокрема, засад забезпечення реалізації цього базового положення в правовому статусі релігійних організацій, варто правильно визначитись з напрямками наукового пошуку. По-перше, встановленню підлягає розуміння того, які організації є релігійними за законодавством України. Це потрібно зробити, адже в національному законодавстві, а також в теорії конституційного, адміністративного, цивільного та господарського права їх визначення або відсутнє, або ж суперечливе за змістом. По-друге, слід встановити які складові держави, зважаючи на її організаційну складність, можуть підлягати відокремленню від релігійних організацій. По-третє, виникає необхідність уточнення змісту терміну «відокремлення» у контексті відокремлення держави та релігійних організацій.

У зв'язку з цим, дослідження правової природи, змісту та видів відокремлення держави та релігійних організацій в сучасних умовах державотворення є актуальним для розвитку науки юридичної науки та перспективним для вдосконалення національного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковане розв'язання проблеми та виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячена стаття.

Окремі питання визначення змісту відокремлення держави та релігійних організацій як конституційного принципу відносин держави і церкви досліджували у своїх наукових працях А. Агапов, О. Аленкін, М. Бабій, В. Бондаренко, К. Борисов, С. Бублик, С. Бур'янов, Ю. Битяк, Д. Вовк, В. Єленський, А. Колодій, А. Красіков, Г. Лаврик, А. Ловінуков, О. Лукашев, В. Малишко, М. Маринович, І. Міма, Т. Проценко, А. Пчелінцев, П. Рабінович, Г. Сергієнко, С. Стеценко, Г. Черемних, Л. Явич, О. Ярмиш, Л. Ярмол та ін.

Однак у вітчизняній юриспруденції ґрунтовних досліджень, які б розкривали зв'язок адміністративно-правового регулювання з реалізацією такого конституційного принципу відносин держави і церкви як відокремлення держави та релігійних організацій, дуже мало. Такі дослідження, на нашу думку, повинні бути однією із складових формування адміністративного права на засадах забезпечення прав і свобод людини.

Постановка завдань.

Основними завданнями, розв'язанню яких присвячена дана стаття, є наступні:

1. Дослідити наукові джерела, в яких розкриваються релігійні організації та держава як учасники реалізації конституційного принципу відокремлення держави і релігійних організацій.
2. Визначити на теоретичному рівні та охарактеризувати види відокремлення держави і релігійних організацій.

Виклад основного матеріалу. Термін «релігійна організація» є збірним поняттям, яке об'єднує різні за функціональністю здійснення релігійної діяльності організації. Традиційно в соціології релігії залежно від тієї мети, яку переслідує створення релігійної організації, виокремлюють два види релігійної діяльності: культову і позакультову. Відповідним чином пропонується в науковій літературі поділяти і релігійні організації. Наприклад, В.І. Борисова класифікує релігійні організації на культові і некультові. Культові релігійні організації це релігійні громади (релігійні групи) та монастирі, а некультові – це релігійні управління і центри, духовні навчальні заклади, релігійні братства, місіонерські товариства [1, с. 123-124].

Національне законодавство пропонує визначення релігійних організацій, але воно сформульоване таким чином, що більшість науковців говорять або про відсутність повноцінного визначення релігійних організацій на законодавчому рівні, або ж підкреслюють недосконалість правового регулювання в цьому питанні (тобто критикують визначення, запропоноване в Законі «Про свободу совісті та релігійні організації»). Наприклад, Г. Друзенко зазначає, що у Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації» подано невичерпний перелік організаційно-правових форм релігійних організацій, а не їх визначення [2, с. 57-58]. На це звертає увагу і П.В. Бочков, який говорить, що національне законодавство пропонує у визначенні лише перелік організаційно-правових форм релігійних організацій, а «визначення як таке не відбулося» [3, с. 77]. І дійсно, якщо звернутися до положень ст. 7 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», то побачимо, що релігійними організаціями закон називає релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій [4, ст. 7].

В цьому сенсі, повністю погоджуємося з тими науковцями, які вважають, що національне законодавство є недосконалим з питань визначення поняття «релігійні організації», адже перерахування можливих організаційно-правових форм релігійних організацій з науково-методологічної точки зору не є визначенням правового явища. Більш того, перерахування в національному законодавстві організаційно-правових форм існування релігійних організацій замість надання їх доктринального визначення не сприяє встановленню сутнісних характеристик та правового статусу релігійних організацій та породжує як наукові суперечки, так і проблеми у правозастосовній діяльності.

Разом з тим, не можемо в повній мірі погодитись з Г. Друзенко в тому, що законодавство пропонує невичерпний перелік організаційно-правових форм релігійних організацій. На нашу думку, перелік орга-

нізаційно-правових форм релігійних організацій, який дається в ст. 7 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» є вичерпним, оскільки законодавчо встановлено, що на інші організації, утворені за релігійною ознакою, дія цього Закону не поширюється. Тобто інші організаційно-правові форми припускаються, проте не тягнуть для такого суб'єкта правовідносин статусу релігійної організації. На підтвердження думки звернемось до висновків В. Борисової, яка констатує: «Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» ... закріплює виключний перелік видів релігійних організацій і до них відносить: релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, які наділяються правами юридичних осіб, а також релігійні об'єднання, що складаються із зазначених релігійних організацій, але не визнаються юридичними особами (ст. 7)» [1, с. 124].

Якщо звернутися до Проекту Концепції державно-конфесійних відносин в Україні, то можемо знайти інше визначення релігійних організацій, а саме: «Релігійна організація – об'єднання віруючих на основі єдиного віровчення, якому властиві всі ознаки соціальної групи та яке побудоване згідно з приписами віровчення; має право на набуття статусу юридичної особи з усіма правовими наслідками, що з цього випливають. Одним із типів релігійної організації є церква, яка є структурованою релігійною організацією, що заснована на ієрархічному принципі, з відповідною системою управління та регламентацією відносин всередині організації, а також з іншими релігійними і світськими організаціями та державою» [5]. Проте, незважаючи на повне сприйняття нами такого визначення релігійної організації і церкви, позиції дослідників в цьому питанні суттєво різняться. До того ж Концепція державно-конфесійних відносин в Україні залишається за своїм юридичним статусом лише Проектом. Тому проблема визначення релігійних організацій залишається на законодавчому рівні невирішеною, що, в свою чергу, потребує більш глибокого підходу в дослідженні.

Як зазначається в інших наукових джерелах, поняття «релігійна організація» «не можливо визначити без поняття «релігійна діяльність», адже головною метою будь-якої релігійної організації є здійснення релігійної діяльності» [6, с. 70]. З цим погоджуємося та вважаємо, що при розробці власного визначення поняття «релігійна організація» слід враховувати розуміння релігійної організації як соціальної форми об'єктивації релігійної свідомості, реалізації релігійної віри в діях соціальної групи або окремих індивідів.

Вже зазначалося, що окремі дослідники для розуміння сутності діяльності релігійних організацій виділяють два основних види релігійної діяльності: позакультову й культову [7, с. 117-118]. Культова діяльність це «сукупність релігійних (культових) дій, пов'язаних зі ставленням до надприродного: молитвами, богослужіннями, таїнствами, обрядовими, ритуальними, магічними діями. Така діяльність регулюється нормами канонічного права і не підпадає під сферу державного регулювання» [8, с. 79]. Позакультова діяльність здійснюється в духовній і практичній сферах. Духовну позакультову діяльність становлять розроблення релігійних ідей, систематизація й інтерпретація догматів теології, написання богословських творів тощо. Різновидами практичної позакультової діяльності є виробництво засобів релігійного культу, місіонерство, участь у роботі соборів, викладання богословських дисциплін у навчальних закладах (школах, університетах, духовних навчальних закладах), управлінська діяльність у релігійних організаціях та інститутах, пропаганда релігійних поглядів через друк, радіо, телебачення, релігійна пропаганда у сім'ї та інших контактних групах [7, с. 117].

Релігійна діяльність є різновидом некомерційної господарської діяльності, а нерелігійна діяльність може бути підприємницькою. Нерелігійна діяльність здійснюється у позарелігійних сферах: економічній, виробничій, професійній, політичній, державній, художній, науковій. Вона може мати релігійний відтінок, одним з її мотивів може бути й релігійний мотив. Проте за об'єктивним змістом, предметом і результатами це позарелігійна діяльність [8, с. 79]. Отже, аналіз чинного законодавства, а також положень статутів релігійних організацій дає підставу визнати, що релігійні організації це непідприємницькі юридичні особи, яким притаманна загальна мета створення – спільне задоволення релігійних потреб громадян чи сприяння цьому. В розвиток такого розуміння релігійної організації В.І. Борисова розглядає їх як «самостійний функціональний вид непідприємницьких юридичних осіб, хоча вони можуть здійснювати підприємницьку діяльність із метою виконання своїх статутних завдань» [1, с. 53]. Ю.В. Кривенко визначає релігійні організації як добровільні, організаційно оформлені, постійно діючі об'єднання віруючих, що базуються на єдності віросповідання, культовій, обрядовій практиці, створені ними для задоволення своїх релігійних і пов'язаних із ними потреб, інтересів та проведення необхідної для нього відповідної діяльності [9, с. 228]. О.П. Мельничук розглядає релігійні організації як об'єднання людей у формі юридичних осіб, які сповідують однакову віру, відстоюють спільні духовні інтереси без мети отримання прибутку за винятком необхідності виконання статутних завдань [10, с. 7].

Таким чином, частково погоджуючись з представленими в науковій літературі визначеннями поняття «релігійні організації», можна зробити висновок, що їх можна розуміти як засноване на законі, добровільне, організаційно оформлене, постійно діюче об'єднання віруючих, що базується на єдності віросповідання, культовій, обрядовій практиці, створене віруючими для задоволення своїх релігійних і пов'язаних із ними потреб, інтересів та проведення необхідної для об'єднання віруючих відповідної культової та позакультової діяльності.

Також хочемо звернути увагу на той факт, що в чинному національному законодавстві поняття «церква» отожднюється з поняттям «релігійні організації». Зокрема, у ст. 2 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» зазначається, що в Україні законодавство регулює лише правовідносини, пов'язані

із свободою совісті і діяльністю релігійних організацій, а у ст. 5 Закону, констатується, що церква (релігійні організації) в Україні відокремлена від держави [4, ст.ст. 2, 5]. Зокрема, на цей факт звертає увагу С.В. Онищук. Вчений вважає, із-за такого нечіткого законодавчого визначення поняття «церква» відсутні підстави про існування державно-церковних стосунків, адже реально ці стосунки, на підставі Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» будуються між державою, з одного боку, та релігійними організаціями, з іншого. При цьому С.В. Онищук наголошує на тому, що суб'єкти цих відносин неспівмірні, адже в таких відносинах відсутня церква як суспільний інститут [11, с. 143]. Отже, у чинному законодавстві України не існує юридичного визначення поняття «церква». З нашого боку додаємо, що в сучасних відносинах держави та релігійних організацій відсутня церква як інститут громадянського суспільства.

В сучасному світу (мова йде про держави з демократичним політичним режимом) церква набуває усіх рис інституту громадянського суспільства, оскільки будь-яке церковне утворення характеризується наступними рисами: а) його виникнення обумовлюється необхідністю задоволення релігійно-етичних прагнень людини; б) формування церкви або релігійної громади відображає виникнення соціальних зв'язків між людьми з питань задоволення релігійних прав останніх; в) церковна діяльність охоплює відокремлену сферу релігійних відносин; г) реалізація цих відносин пов'язана із використанням індивідами свого права мати та сповідувати свою релігію; ґ) церква виступає формою організаційної інституціоналізації відповідної релігії; д) функціонування церкви відбувається на засадах самоврядування та на основі власної системи норм; е) церковне життя врегульоване правом з метою захисту прав і свобод членів церковної общини та інших осіб [12, с. 14; 13, с. 217].

В наукових джерелах висловлюється думка, що «релігійні організації слід визначити як систему різновидів організаційно оформлених релігійних об'єднань, що мають управлінські й виконавчі органи, чітку структуру, яка забезпечується змістом релігійної парадигми і культури» [14, с.132]. Церкву, в такому разі, пропонується розглядати як самостійне структуроване релігійне об'єднання з відповідною системою управління, засновану на ієрархічному принципі з регламентацією відносин всередині нього, а також із релігійними чи світськими організаціями. Певною мірою підтримуємо критику такого підходу, адже визначення, в якому «церква ототожнюється з релігійною організацією та її управлінським ядром, обумовлює характер державно-церковних стосунків як взаємодію лише організаційних структур обох суб'єктів цих відносин» [11, с. 143]. В джерелах, присвячених державно-конфесійним відносинам в Україні, пропонується розглядати релігійні організації:

– «як об'єднання віруючих на основі єдиного віровчення, якому властиві всі ознаки соціальної групи та яке побудоване згідно з приписами віровчення;

– «як об'єднання віруючих на основі єдиного віровчення, яке має право на набуття статусу юридичної особи з усіма правовими наслідками, що з цього випливають» [15, с. 70-71].

При цьому, церква визначається одним із типів релігійної організації і тлумачиться як «структурована релігійна організація, заснована на ієрархічному принципі, з відповідною системою управління та регламентацією відносин всередині організації, з іншими релігійними і світськими організаціями та державою» [15, с. 70-71]. Зокрема, у Проекті Концепції державно-конфесійних відносин в Україні ставиться наголос на тому, що поняття «церква» слід використовувати як означення певного типу релігійних організацій, притаманних, насамперед, християнству, що обумовлено з історичної точки зору [5].

Якщо церкву розглядати не як інститут громадянського суспільства, а як одну із організаційних форм релігійних організацій, то такий підхід дає можливість принцип відокремлення держави і релігійних організацій визначити як «принцип відокремлення держави і церкви», що не суперечить положенням ч. 3 ст. 35 Конституції України.

По-суті, мова йде про два види відокремлення: 1) держави від церкви (релігійних організацій); 2) церкви (релігійних організацій) від держави.

Слід наголосити, що відокремлення держави від церкви характеризується наступними особливостями:

– держава та її організації не мають права контролювати ставлення своїх громадян до релігії і не ведуть обліку громадян за цією ознакою;

– держава не втручається у внутрішню церковну діяльність окрім випадків передбачених національним законодавством (зокрема, держава не втручається у зміст віровчень, обрядів, церемоній, культу та інших форм задоволення релігійних потреб, у внутрішнє самоврядування релігійних організацій, у взаємовідносини органів релігійних організацій, їхні відношення з віруючими, а також у витрати коштів, що пов'язані з релігійними потребами);

– держава не надає церкві матеріальної або будь-якої іншої, в тому числі й фінансової, підтримки [16, с. 256-257].

Відокремлення ж церкви від держави характеризується наступними особливостями:

– церква не виконує будь-яких державних функцій;

– церква не втручається у справи держави, а займається лише питаннями, пов'язаними із задоволенням релігійних потреб віруючих [16, с. 256-257].

При цьому, держава зобов'язана охороняти законну діяльність церкви та релігійних організацій, а церква і релігійні організації зобов'язані дотримуватись вимог національного законодавства у здійснюваній ними діяльності.

Таким чином, відокремлення церкви від держави та держави від церкви означає переорієнтацію суспільного життя на світські цінності і норми.

Висновки та перспективи подальших розвідок. На підставі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки.

Серед представлених в законодавстві України принципів взаємин церкви і держави, важливе місце займає принцип відокремлення держави від релігійних організацій. Разом з тим, розуміння змісту цього принципу ускладнюється тим, що, по-перше, ні національне законодавство, ні теорія права не розкривають зміст поняття «релігійні організації», по-друге, виникає необхідність уточнення публічної сфери правовідносин, де не мають права приймати участь релігійні організації, по-третє, сам термін «відокремлення держави і релігійних організацій» потребує більш чіткого змістовного наповнення, ніж це зроблено в національному законодавстві.

Встановлено, що національне законодавство є недосконалим з питань визначення поняття «релігійні організації», адже не пропонує доктринального визначення релігійних організацій з розкриттям їх сутнісних характеристик та особливостей правового статусу, а лише перераховує можливі організаційно-правові форми таких організацій. Все це не сприяє вирішенню існуючих наукових суперечок та, навпаки, сприяє появі нових проблем у правозастосовній сфері.

Акцентовано увагу на тому, що культова діяльність релігійних організацій регулюється нормами канонічного права і не підпадає під сферу правового регулювання, тоді як позакультова діяльність, яка здійснюється в духовній і практичній сферах, частково підпадає під сферу правового регулювання.

Зроблено висновок, що в залежності від суб'єктів соціальних відносин відокремлення слід розглядати в двох аспектах: 1) відокремлення церкви від держави; 2) відокремлення держави від церкви. З'ясовано, що відокремлення держави від церкви характеризується наступними особливостями: держава та її організації не мають права контролювати ставлення своїх громадян до релігії і не ведуть обліку громадян за цією ознакою; держава не втручається у внутрішню церковну діяльність окрім випадків передбачених національним законодавством; держава не надає церкві матеріальної або будь-якої іншої, в тому числі й фінансової, підтримки. Встановлено, що відокремлення церкви від держави характеризується наступними особливостями: церква не виконує будь-яких державних функцій; церква не втручається у справи держави, а займається лише питаннями, пов'язаними із задоволенням релігійних потреб віруючих.

Список використаних джерел

1. Борисова В.І. Релігійна організація – самостійний функціональний вид непадприємницьких організацій. *Юрист України*. 2013. № 2. С. 49-56.
2. Друзенко Г. Статус юридичної особи для Церкви: мрія чи реальність. *Юридичний журнал*. 2003. №10 (16). С. 57-63.
3. Бочков П.В. Релігійна організація як соціальна і як правова структура. Спроба дефінітивного аналізу. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Випуск 5. С. 76-80.
4. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23.04.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 25. Ст. 283.
5. Проект Концепції державно-конфесійних відносин в Україні. URL: https://old.irs.in.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=114:1&catid=41:pl&Itemid=68
6. Бочков П.В. Господарська діяльність релігійних організацій як різновид позакультової релігійної діяльності. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. №3. С.70-73.
7. Куницын И.А. Правовой статус религиозных объединений в современной России: дис. ... к.ю.н. Московский государственный социальный университет. Академия экономики и права. Москва, 2000. 186 с.
8. Бочков П.В. Особливості участі підприємств релігійних організацій у господарських правовідносинах. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 4. С78-80.
9. Кривенко Ю.В. Релігійні організації як суб'єкти приватного права України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2006. Випуск 25. С. 225-229.
10. Мельничук О.П. Теоретико-правовий аналіз діяльності релігійних організацій в демократичній державі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. 206 с.
11. Онищук С.В. Інтерпретація поняття «церква» як суб'єкта державно-церковних відносин. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 5. С. 142-147.
12. Вовк Д.О. Право і релігія: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. 20 с.
13. Краснопольська Т.М. Механізм взаємодії церкви та держави в Україні: характеристика основних елементів. *Актуальні проблеми політики збірник наукових праць*. Одеса. 2015. Випуск 55. С. 215-223.
14. Кривенко Ю.В. Щодо співвідношення понять «церква» та «релігійна організація». *Університетські наукові записки: часопис Хмельницького університету управління та права*. 2006. № 2 (18). С. 130-132.
15. Релігія і влада в Україні: проблеми взаємовідносин. *Інформаційно-аналітичні матеріали до Круглого столу на тему: «Державно-конфесійні відносини в Україні, їх особливості і тенденції розвитку» 8 лютого 2011р.* Київ, 2011. 82с.
16. Палінчак М. Моделі державно-церковних відносин у сучасній політичній практиці. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2015. Vol. 2, Iss. 4. С. 254-259.

М. М. Малетич, кандидат юридичних наук

ПРО ВДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОВАДЖЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НАДАННЯМ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті розглянуто ключові засади підходів вітчизняних та зарубіжних вчених до розуміння ролі, значення адміністративних послуг серед інших видів адміністративних проваджень, наголошено на різності європейського та національного підходу, що зумовлено специфічними адміністративними традиціями.

Обґрунтовано, що удосконалення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг, – це комплексне завдання, а вирішення пов'язаних з нею проблем – необхідний складник напрямів адміністративно-правової реформи в Україні.

Концепція адміністративно-правового регулювання надання адміністративних послуг в Україні вимагає перегляду та акумулювання центру правового регулювання в рамках не окремого спеціального закону про надання адміністративних послуг, а в порядку розробки Адміністративно-процедурного кодексу України, що дозволить виправити важливу методологічну помилку в підході до регулювання прийняття адміністративних актів та договорів, припушено в Україні у зв'язку з нерегульованістю в недавньому минулому питань оплатного надання послуг органами влади.

З огляду на проаналізовані європейські джерела встановлено, що сутність адміністративного акту охоплює і публічно-сервісні його прояви, а також проаналізовані акти європейського законодавства, що дозволяє зробити висновок про те, що жоден акт європейського законодавства не передбачає окремого порядку реалізації проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг, а наявний комплексний підхід до визначення природи адміністративних актів, що застосовуються в рамках адміністративних проваджень різних видів. З огляду на вищевикладене висловлені пропозиції щодо перегляду невірної підходу до самостійного правового регулювання надання адміністративних послуг за відсутності кодифікованого акту про адміністративні процедури.

Ключові слова: адміністративна послуга, адміністративна процедура, адміністративне провадження, адміністративний акт, стандарт належної адміністративної процедури, Адміністративно-процедурний кодекс України.

M. M. Maletych. On improvement of administrative proceedings, related to rendering of administrative services: comparative legal approach

In this article author's revealed the main conceptual approaches of domestic and foreign scientists to understanding of the role, impact of administrative services among other administrative proceedings, underlined the difference between European and domestic approach, specified by different administrative traditions.

Author's substantiated, that improvement of administrative proceedings related to rendering of administrative services – is a complex assignment, and solving the connected legal issues – is a necessary component of the approaches to administrative legal reform in Ukraine.

The concept of administrative legal regulation of rendering administrative services in Ukraine needs review and accumulation of the center of legal regulation not in the frame of the special, separate law on rendering administrative services, but in the order of development of the draft Administrative procedural code of Ukraine, that would make it possible to eradicate a serious methodological mistake in the domestic approach to regulation of administrative decision-making as to the administrative acts and administrative agreements, that was connected with no other regulation of rendering administrative services by public authorities.

Originating from the analyzed European sources it has been defined, that the essence of administrative act and public-service features of its realization, as well as the analyzed acts of the European legislation made it possible to conclude, that there was no act of European legislation, that defined special proceedings to rendering administrative services, but there exist a complex approach to understanding of the nature of administrative acts, introduced within the framework of administrative proceedings of different types. In this respect author concluded, that the proposed recommendations as to review of the mistaken approach to a separate legal regulation of rendering administrative services while no decision-taking on the codified act on administrative services.

Key words: administrative service, administrative procedure, administrative proceeding, administrative act, standard of due administrative procedure, Administrative procedural code of Ukraine.

Постановка проблеми. Актуальність залучення уваги до питань удосконалення адміністративних послуг та їх надання в Україні з урахуванням європейського досвіду незмінно зростає як серед вчених [1–3], так і в середовищі службовців, які щодня вирішують практичні питання удосконалення прийняття рішень на місцевому рівні в рамках нової форми взаємодії з громадянами, впровадженій спеціальним законом про порядок надання адміністративних послуг.

Загалом слід зазначити позитивний характер внесених законодавчих змін до порядку обслуговування громадян та надання їм адміністративних послуг, і ці позитивні тенденції відзначаються в багатьох анкетуваннях громадян України [4], оскільки дозволяють ініціювати адміністративне провадження невідкладно, за місцем знаходження громадянина, а також передбачена можливість подачі заяв в електронному вигляді.

Метою статті є розгляд сучасного європейського і вітчизняного досвіду удосконалення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг громадянам. Основними завданнями статті є: характеристика сучасних тенденцій розвитку адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг громадянам у європейських країнах і в Україні, формулювання пропозицій щодо подальшого розвитку правового регулювання та впровадження стандартів належної адміністративної процедури в адміністративному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. Різниця в підходах європейського і національного правового регулювання до надання адміністративних послуг зумовлена віковими традиціями адміністрування, які дозволяють забезпечити єдність форми і змісту адміністративних проваджень як продукту певного історичного етапу розвитку конституційного і адміністративно-правового осмислення правової реальності [5], зокрема практики застосування вимог про порядок обслуговування громадян у публічно-правовій сфері.

Різниця підходів у вітчизняній і європейській традиції також зумовлена функціональними особливостями реалізації функцій виконавчої влади в окремо взятій європейській країні і в Україні зокрема, що дозволяє розкрити важливі проблеми правового характеру, спрямовані на удосконалення правового регулювання надання адміністративних послуг в Україні.

Таке значення важливо для вітчизняних споживачів адміністративних послуг у зв'язку з системним оновленням вимог до їх участі в адміністративних виробництвах цього виду і можливістю придбання додаткових послуг, пов'язаних із здійсненням основного адміністративного провадження [6].

Уніфікація порядку надання адміністративних послуг у Європі була пов'язана з проведенням адміністративних реформ, спрямованих на уніфікацію адміністративних проваджень та їх сумісності в умовах інтенсивної взаємодії адміністративних органів різних європейських країн. Для України застосування такого досвіду важливо в зв'язку з конституційно закріпленим напрямом зовнішнього курсу політики України, спрямованої на входження в Європейський Союз. І хоча ці можливості реально обмежені неможливістю інтеграції всієї території України в рамках європейського конфедеративного курсу держави, слід зазначити, що сам по собі складник реформування адміністративного законодавства щодо надання адміністративних послуг громадянам залишається досить затребуваним на внутрішньому ринку, оскільки дозволяє розвинути адміністративний бізнес, обслуговування громадян, підвищити рейтинги народних депутатів на результатах і досягненнях конкретних реформ у цій сфері.

Серед вітчизняних вчених слід окремо відзначити роботи відомих дослідників: В.Б. Авер'янова, Л.Є. Кисіль, А.А. Пухтецької, Я.Б. Михайлюк та ряду інших. У їх роботах знайшли розвиток європейські адміністративні традиції прийняття адміністративних актів у рамках надання публічних, зокрема адміністративних, послуг.

На підставі проведеного історико-правового аналізу виникнення і становлення сучасних стандартів глобального, європейського та національного рівнів у європейських країнах щодо різних видів адміністративних проваджень встановлено, що їх зміст отримав нормативне закріплення в ряді актів міжнародного та європейського законодавства і правозастосовчої практики, що зумовлює єдність впровадженої моделі європейських адміністративних проваджень.

На цей час у доктрині і законодавстві України продовжує домінувати помилкова концепція послуг як функцій виконавчої влади у зовнішній сфері взаємодії органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування.

На мою думку, цей підхід необхідно критично переглянути, оскільки по суті йдеться про прийняття адміністративного акта, який має публічно-сервісну природу, а не окремий вид послуг поряд з актами і договорами, застосовуваними адміністративними органами в своїх практичних цілях.

З огляду на проаналізовані європейські джерела встановлено, що сутність адміністративного акта охоплює і публічно-сервісні його прояви, а також проаналізовані акти європейського законодавства дозволяють зробити висновок про те, що жоден акт європейського законодавства не передбачає окремого порядку здійснення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг, а наявний комплексний підхід до визначення природи адміністративних актів, що застосовується в рамках адміністративних проваджень різних видів. З огляду на вищевикладене слід висловити пропозицію про перегляд невірної, на нашу думку, підходу до самостійного правового регулювання надання адміністративних послуг за відсутності кодифікованого акту про адміністративні процедури.

Серед методів правового регулювання домінують економічні та адміністративно-правові, що дозволяють напряму впливати на адресатів адміністративних послуг. У результаті дослідження змісту поняття адміністративного процесу, адміністративних проваджень європейської та національної доктрин адміністративного права встановлено, що в сучасний період властивості і ознаки адміністративних проваджень зазнали значних трансформацій, що пов'язані з ускладненням застосування методів взаємодії між різними рівнями

європейської адміністрації, а також у зв'язку з диверсифікацією видів осіб, які притягнуті до різнорівневих адміністративних виробництв як на національному, так і наднаціональному рівнях.

Серед методів правого регулювання під час надання адміністративних послуг застосовуються, зокрема, дозвольні і вповноважуючі адміністративні акти, що дозволяють розкрити специфіку здійснюваного виробництва.

На міжнародному рівні також прийнято ряд важливих актів законодавства, що сприяють наданню публічних послуг та забезпеченню прав людини, підтримки демократизації суспільних відносин.

Розглянуто особливості формування адміністративних проваджень на європейському, національному та локальному рівнях, проблеми вдосконалення адміністративно-правового регулювання практики надання адміністративних послуг, практики реалізації функцій адміністративної процедури і їх поновлення в зв'язку з необхідністю забезпечення мінімальних стандартів захисту прав людини як учасника адміністративних проваджень різних рівнів в єдиний узгоджений спосіб, гарантований як на національному, так і на європейському рівнях.

З огляду на вищевикладене сформульовані пропозиції та рекомендації щодо подальших кроків здійснення адміністративно-правової реформи в Україні з урахуванням європейського досвіду систематизації адміністративного законодавства, розвитку правового регулювання адміністративних проваджень, удосконалення закріплення прав і свобод людини в оновленому правовому регулюванні ключових видів адміністративних проваджень.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Удосконалення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг – це комплексне завдання, а рішення пов'язаних з нею правових проблем – необхідний складник напрямів адміністративно-правової реформи в Україні.

Концепція адміністративно-правового регулювання надання адміністративних послуг в Україні потребує перегляду і акумулювання центру правового регулювання в рамках не окремого спеціального закону про надання адміністративних послуг, а в порядку розробки Адміністративно-процедурного кодексу України, що дозволить виправити важливу методологічну помилку в порядку регулювання прийняття адміністративних актів і договорів, допущену в Україні в зв'язку з неврегульованістю до недавнього часу питань платного надання послуг органами влади.

З огляду на проаналізовані європейські джерела встановлено, що сутність адміністративного акта охоплює і публічно-сервісні його прояви, а також проаналізовані акти європейського законодавства дозволяють зробити висновок про те, що жоден акт європейського законодавства не передбачає окремого порядку здійснення адміністративних проваджень, пов'язаних з наданням адміністративних послуг, а наявний комплексний підхід до визначення природи адміністративних актів, що застосовуються в рамках адміністративних проваджень різних видів. З огляду на вищевикладене слід висловити пропозицію про перегляд невірної, на нашу думку, підходу до самостійного правового регулювання надання адміністративних послуг за відсутності кодифікованого акту про адміністративні процедури.

Список використаних джерел:

1. Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству. Тарту : Издательство Тартуского университета. 2005. 630 с.
2. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т.: Т.2 Особлива частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова) та ін. Київ : Юридична думка, 2005. 624 с.
3. Авер'янов В.Б. Національна доповідь «Соціально-економічний стан України: наслідки для народу та держави». Підрозділ 5.5. Політичні, соціальні та гуманітарні аспекти становлення нової культури управління. Новий курс: реформи в Україні. 2010–2015 : Національна доповідь за заг. ред. В.М. Гейця. Київ : НВЦНБУВ, 2010. 232 с.
4. Безверхнюк Т.М. Європейські стандарти врядування на регіональному рівні : монографія. Національна академія держ. управління при Президентові України, Одеський регіональний ін-т держ. управління. Одеса : Видавництво ОРІДУ НАДУ, 2008. 326 с.
5. Коліушко І.Б. Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Центр політико-прав. реформ. Київ : Факт, 2002. 259 с.
6. Пухтецька А.А. Про зміст і спрямованість принципів адміністративного права. *Адміністративне право і процес*. 2014. №3 (9). С. 73–86.
7. Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. Москва : Изд-во «Норма», 2000. С. 396.
8. Шаповал В.М. Виконавча влада в розвинутих країнах (конституційно-правовий аспект) : навч. посіб. Українська академія держ. управління при Президентові України. Київ : Вид-во УАДУ, 1996. 60 с.

І. А. Бурносенкова,
юрист
ТОВ «Юридична фірма АНК»

ПРАВОВІ КОНСТРУКЦІЇ САМОСТІЙНОСТІ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ТА ОБМЕЖЕНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЇЇ УЧАСНИКІВ

У статті досліджуються теоретичне та практичне значення правових конструкцій самостійної відповідальності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників у сучасних реаліях ринку. З'ясовано, що становлення цих конструкцій було пов'язане з низкою економічних, соціальних та політичних причин. Однак спірним є твердження, що вони зберегли свою цінність та актуальність у незмінному вигляді до теперішнього часу. Завдяки постійно мінливій соціально-правовій структурі та складності ринкового механізму, видається доцільним переглянути цінність та корисність цих правових конструкцій та порівняти їх з потенційною шкодою, що може бути спричинена їх застосуванням.

Соціальні функції зазначених правових конструкцій видаються децю застарілими, враховуючи політичні та економічні реалії сучасного ринку. Концепція обмеженої відповідальності потребує перегляду задля подолання потенційних зловживань. Самостійна правосуб'єктність юридичної особи та обмежена відповідальність, як і будь-які інші юридичні конструкції, повинні виправдовувати своє існування користю, переважаючи можливу шкоду для суспільства, або привносячи унікальний незамінний ресурс. Так само учасники товариства та його посадові особи не повинні мати можливість використовувати самостійну правосуб'єктність юридичної особи, коли їх поведінка суперечить цілям організації. Правова конструкція обмеженої відповідальності є несталою. На сьогоднішній день видається більш доцільним представити її як привілею, а не абсолютне право учасників. Таким чином, у разі недотримання корпоративних норм чи вимог, ця привілея може бути скасована, а відповідальність покладена на учасників товариства.

Розкрито сутність доктрини «підсиноу корпоративної вуалі» на прикладі країн загального права. Обґрунтовано доцільність запровадження у національне законодавство основних принципів зазначеної доктрини, які, відповідно, могли б бути інтерпретовані суддями в рамках існуючих повноважень.

Ключові слова: юридичні особи, самостійність правосуб'єктності юридичної особи, підприємницькі товариства, учасники підприємницьких товариств, доктрина «підсиноу корпоративної вуалі».

I. A. Burnosenkova. Legal constructions of independent legal personality of a legal entity and limited liability of its participants

The article investigates the theoretical and practical significance of legal constructions of independent liability of a legal entity and limited liability of its participants in modern market realities. It was found that the formation of these structures was due to a number of economic, social and political reasons. However, it is debatable that they have retained their value and relevance in the same form to this day. Due to the ever-changing socio-legal structure and the complexity of the market mechanism, it seems appropriate to review the value and usefulness of these legal structures and compare them with the potential harm that may be caused by their application.

The social functions of the legal constructions of the independence of the legal personality of a legal entity and the limited liability of its members seem somewhat outdated, given the political and economic realities of the modern market. The concept of limited liability needs to be revised to address potential abuses. The independent legal personality of a legal entity and limited liability, as well as any other legal constructions, must justify their existence by a benefit that outweighs the possible harm to society, or by bringing a unique irreplaceable resource. Similarly, members of the company and its officials should not be able to use the independent legal personality of the legal entity when their behavior is contrary to the goals of the organization.

The essence of the doctrine of «corporate veil piercing» on the example of common law countries is revealed. The expediency of introducing into national legislation the basic principles of this doctrine, which, accordingly, could be interpreted by judges within the existing powers, is substantiated.

Key words: legal entities, independence of legal personality of a legal entity, business associations, participants of business associations, the doctrine of «corporate veil piercing».

Постановка проблеми. Правові конструкції самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників надають бізнесменам більше можливостей та комерційні переваги. Однак існує ризик зловживання корпоративною структурою, оскільки підприємці стають все більш винахідливими, ховаючись за корпоративною завісою та уникаючи особистих зобов'язань та відповідальності.

В умовах сучасної соціально-економічної кризи концепція корпоративної етики є надзвичайно актуальною та набуває особливого значення. Стало очевидним, що традиційні підходи до корпоративної діяль-

ності дещо застаріли. Настав час переосмислити не тільки використовувані засоби та методи, але й основні цінності та принципи корпоративного права.

Для тих, хто працює у сфері бізнесу, основоположні принципи самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників забезпечують правову визначеність. Однак для досягнення сталого розвитку не тільки в економічному плані, але і в соціальній сфері, ці давні стовпи корпоративного права мають бути поставлені під сумнів.

Настав час для нового погляду на правову та соціальну цінність конструкцій самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників, оцінити, чи справедливо та доцільно дотримуватися абсолютності самостійної правосуб'єктності та неприступності корпоративної завіси. Стало очевидним, що переваги корпорації не повинні в повному обсязі бути доступними для тих, хто використовує корпоративну структуру зі зловмисними намірами, тим самим компрометуючи її корисність для суспільства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми юридичних осіб, у тому числі господарських товариств, досліджуються у наукових працях О.А. Беляневич, Т.В. Боднар, В.І. Борисової, В.А. Васильєвої, І.В. Венедіктової, О.М. Вінник, М.К. Галагантича, А.Б. Гриняка, О.В. Дзери, Ю.М. Жорнокуя, А.В. Зеліско, О.І. Зозуляк, І.Р. Калаура, І.С. Канзафарової, В.М. Коссака, А.В. Коструби, О.О. Кота, О.В. Кохановської, Н.С. Кузнецової, І.М. Кучеренко, В.В. Луця, Р.А. Майданика, Є.О. Мічуріна, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Р.О. Стефанчука, Є.О. Харитоновна, О.І. Харитонової, Я.М. Шевченко, Б.В. Шуби, О.С. Яворської, В.Л. Яроцького та інших. У своїх роботах учені характеризують окремі аспекти правового статусу господарських товариств.

Останніми роками проблематика концепції «piercing the corporate veil» досить активно досліджується в науковій літературі такими вітчизняними науковцями, як Т.М. Карнаух, А.В. Дульська, Ю.М. Жорнокуй, К.А. Шафєєв, Р.Б. Сабодаш, В.М. Махінчук, Н.Є. Блажівська, Д.Г. Макіяч та ін. Аналізуючи законодавчий досвід та судову практику окремих зарубіжних країн, учені відзначають важливе значення доктрини «piercing the corporate veil» у захисті юридичної особи при її використанні учасниками як способу уникнення від виконання прийнятих на себе зобов'язань.

Метою статті є дослідження доктрини «piercing the corporate veil» через призму незаперечної цілісності самостійної правосуб'єктності юридичної відповідальності юридичних осіб та збереження обмеженої відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Хоча у цей час самостійна правосуб'єктність юридичної особи і обмежена відповідальність її учасників є загально визнаними, потрібно відзначити, що ці правові конструкції з'явилися у результаті небувалого економічного зростання та розвитку інноваційної правової думки. Вони були сприйняті теорією і практикою, оскільки їх переваги перевищували ризики. Зрештою, це був вибір прийняття ризиків, притаманних корпоративному середовищу, задля набуття більшої вигоди для суспільства.

Становлення цих принципів було пов'язано з низкою економічних, соціальних та політичних причин. Однак спірним є твердження, що вони зберегли свою цінність та актуальність у незмінному вигляді до теперішнього часу. Завдяки постійно мінливій соціально-правовій структурі та складності ринкового механізму, видається доцільним переглянути цінність та корисність цих правових конструкцій та порівняти їх з потенційною шкодою, що може бути спричинена їх застосуванням.

Економічні переваги обмеженої відповідальності полягають у створенні інвестиційних можливостей та сприянні внутрішній економічній діяльності. Існування сучасних ринків капіталу та фондових бірж базується на принципі самостійної правосуб'єктності юридичної особи. Потужне економічне зростання та впевненість у питаннях бізнесу стали нерозривно пов'язаними з механізмом корпорації, який був запроваджений законодавцями та набув підтримки політиків. Поняття обмеженої відповідальності вважалось корисним для суспільства в цілому. Укорінення цих інституцій було б неможливим без громадської підтримки. Правові конструкції мають не тільки економічні та політичні цілі, а й соціальні. Серед змін, що відбулися в суспільстві через впровадження окремої корпоративної особистості, були більша юридична конвергенція та соціальна амеліорація [1, с. 120]. Конструкція обмеженої відповідальності дозволила середньому класу конкурувати на ринку без побоювання особистого банкрутства. Своєю чергою, залучення більш широкого кола підприємців привносить творчість, мотивацію та енергію галузі, ревіталізує економіку та залучає новий капітал на ринок [2, с. 125]. Накопичування капіталу та його більш продуктивне використання довело корисність доктрини самостійної правосуб'єктності юридичної особи для держави [3, с. 291].

У зв'язку з цим в юридичній літературі та практиці США часто підкреслюється природа походження компанії як фікції, покликаної полегшити договірні відносини в контексті виробництва та управління капіталом. Ринкові сили розглядаються як один із визначальних факторів становлення окремої правосуб'єктності юридичної особи. Френк Істерсбрук та Даніель Фішель у своїй фундаментальній праці «Економічна структура корпоративного права» співвідносять договірний характер компанії, акцентуючи увагу на взаємозалежності її засновників, зі структурою ринку та конкуренції у «Багатстві націй» Адама Сміта [4, с. 8]. Юридична конструкція обмеженої відповідальності сприяє розподілу праці. Акціонери, як правило, утримуються від затратних, детально розроблених механізмів контролю. Без суттєвого нагляду за повсякденною діяльністю компанії, члени компанії утримуються від корпоративного управління.

Без обмеженої відповідальності багато оригінальних ідей ніколи б не втілювались у прогресивні проекти, що, своєю чергою, мало б негативний вплив на соціальний добробут. Учасники товариства з обмеженою відповідальністю з більшою готовністю ризикують своєю часткою капіталу, ніж особистими коштами, засновуючи бізнес із сумнівними перспективами успіху. Враховуючи відсутність регулювання та поглибленого контролю з боку учасників товариства, а також їх готовність ризикувати своїми інвестиціями, а не особистою власністю, окрема правосуб'єктність юридичної особи та обмежена відповідальність знижують транзакційні витрати. Френк Істерсбрук та Даніель Фішель стверджують, що зменшуючи транзакційні витрати, обмежена відповідальність сприяє ефективному функціонуванню ринків капіталу; що зменшує капітальні витрати виробництва на користь суспільства [5, с. 94].

Крім того, часто учасники товариства утримуються від детальної перевірки фінансового стану інших учасників, оскільки їх власна вразливість обмежена заданим рівнем. Отже, обмеження відповідальності дає змогу обігу акцій та належному функціонуванню ринків капіталу, таким чином встановлюючи ринковий контроль за управлінням компанії та посилюючи взаємний вплив [5, с. 95].

Щоб збалансувати ризики, притаманні ліквідному ринку, інвестори віддають перевагу диверсифікації своїх інвестицій. Диверсифікація забезпечена правовою конструкцією окремої юридичної особи, обмежуючи вразливість інвесторів, не загрожує особистим коштам у випадку банкрутства компанії [6, с. 112]. У пошуку більш прибуткових можливостей, здається набагато більш спокусливим диверсифікувати вклади. Інвестори більш схильні диверсифікувати свій капітал, а не нести додаткові витрати, зосереджуючи свої позиції лише на одному підприємстві.

Обмежена відповідальність учасників товариства та диверсифікація капіталу дозволяють реалізувати проекти високого ризику, не наражаючи людей на небезпеку неплатоспроможності [5, с. 97].

Розподіл праці, пасивність в управлінні компанією та диверсифікація є найбільш раціональними стратегіями для членів компанії. Обмежена відповідальність учасників товариства сприяє створенню нових підприємств з прийнятними перспективами на успіх. Це добре ілюструє взаємозв'язок та взаємозалежність ринку, його механізмів, корпоративного управління та правової доктрини, що, своєю чергою, підкреслює важливість здорового функціонування ринків капіталу.

Ринкова конкуренція виступає як механізм контролю, що забезпечує належне функціонування та відповідальність. Потужність ринку забезпечує відповідальне ставлення до всіх сфер економічної діяльності. У сфері корпоративних фінансів це виправдовує можливість зменшення витрат, пов'язаних з діяльністю компанії. Прибуток та витрати, пов'язані з функціонуванням компанії, повинні бути в руках єдиного суб'єкта для забезпечення підзвітності, надійного функціонування ринків капіталу та життєздатності правової структури окремої юридичної особи [7, с. 83]. Самостійна правосуб'єктність юридичної особи обумовлює концентрацію її контролю та відповідальності під одним дахом [8, с. 37]. Таким чином забезпечується уникнення переходу ризиків та відповідальності від компанії до зовнішніх суб'єктів господарювання. Учасники товариства не повинні користуватися обмеженою відповідальністю, якщо їх поведінка компрометує концепцію останньої, перекладаючи відповідальність на третіх осіб.

Якщо конструкція обмеженої відповідальності дозволяє учасникам товариства перекладати відповідальність за власні дії на третіх осіб без їх згоди, то це ставить під сумнів усі переваги цього досягнення юридичної теорії [9, с.368]. Ця згода, прийняття кредитором компанії ризиків та витрат, пов'язаних з транзакцією, відрізняє договірних кредиторів від недоговірних. Договірні кредитори приймають рішення вступати в юридичні відносини з компанією з метою отримання узгодженої вигоди. Ратуючи за кращий захист інтересів договірних кредиторів, Джонатан Ландерс стверджує, що обмежена відповідальність перекладає ризики неплатоспроможності з членів компанії на її кредиторів [10, с. 590]. Однак добровільні кредитори заслуговують на захист лише в тому випадку, якщо під час укладення договірних відносин вони були введені в обману щодо фінансового становища компанії. В іншому випадку їх підвищені ризики будуть врівноважуватись більшим прибутком або іншими договірними вигодами [11, с. 501]. Деякі договірні кредитори можуть навіть скористатися гарантією, заставою або страховим полісом. Зазвичай ця можливість доступна кредиторам з більшою переговорною силою. Договірна відповідальність перед малими підприємствами, нездатними домовитися про кращі умови угоди, часто залишається незабезпеченою, що викликає певну критику на адресу концепції обмеженої відповідальності. Однак повноваження контрагентів, що презюмуються, визначаються позицією кредиторів на ринку.

Концепція обмеженої відповідальності зазнає певної критики відносно позиції недоговірних кредиторів, які не приймали рішення вступати у відносини з компанією. Ця категорія кредиторів, як правило, зустрічає найбільшу симпатію з боку опонентів «пірсингу корпоративної вуалі». Наприклад, Джозеф Грюндфест, доводячи позитивний вплив обмеженої відповідальності на розширення підприємницької діяльності, визнає, що відповідальність не повинна обмежуватись у випадках завдання збитків навколишньому середовищу, фізичної чи моральної шкоди [12, с. 388]. Компанія здійснює екстерналізацію витрат, якщо вона допускає завдання збитків, спричинених її діяльністю, третіми особами. Пред'являючи позовні вимоги щодо деліктних зобов'язань, недоговірні кредитори прагнуть до зневаження самостійної правосуб'єктності юридичної особи з метою притягнення її учасників до солідарної відповідальності. Однак деякі автори вва-

жають, що навіть пропорційна відповідальність є надмірною, оскільки борги компанії є частиною її вартості як підприємства. Це впливає на ринкову позицію компанії та переговорну силу, і, у випадку публічної компанії, відображається на вартості її акцій [13, с. 70]. Потреба компанії в капіталі для покриття своїх боргів знижує ринкову ціну її частки, тим самим збільшуючи капітальні витрати її акціонерів [14, с. 872]. Однак цей механізм контролю ринку залишається ефективним лише до тих пір, поки компанія є платоспроможною.

З наведеного вище аналізу розподілу ризиків і витрат стає очевидним, що потужність ринку виступає ефективним засобом контролю. Таким чином, життєздатність ринку має важливе значення для функціонування механізму самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників. Підкреслюючи важливість вільного ринку, Мюррей Н. Ротбард вважав за непотрібне законодавче закріплення обмеженої відповідальності і висунув припущення про вільну взаємну угоду як основу цього правового принципу: «[Корпорації] є вільними асоціаціями осіб, що об'єднують свій капітал. На суто вільному ринку такі особи просто б оголошували своїм кредиторам, що їхня відповідальність обмежується капіталом, цілеспрямовано вкладеним у корпорацію, і що поза цим капіталом вони не несуть відповідальності за борги власними коштами, як це було б за партнерським договором. Надалі продавці та позикодавці цієї корпорації вирішували б, чи будуть вони укладати угоду з корпорацією. Якщо так, то вони діятимуть на власний ризик» [15, с.1144].

Суто вільний ринок та правосвідомість є передумовою існування концепції обмеженої відповідальності без її закріплення в законодавстві. Однак ця альтернатива, запропонована Ротбардом у 1970 р., вбачається доцільною лише у високорозвиненому громадянському суспільстві, якого ще необхідно досягти.

Прагнучи досягти Rechtsstaat, необхідно пам'ятати про реалії недобросовісної ділової практики. На жаль, сьогоденні механізми товариства з обмеженою відповідальністю часто зловживають задля приховування неправомірних дій. Недобросовісні контролери використовують корпоративну особистість як інструмент шахрайства та інших сумнівних практик, перекладаючи ризики та витрати на третіх осіб. Завдяки самостійній правосуб'єктності юридичної особи та обмеженій відповідальності контролери компаній не несуть персональну відповідальність за свої зобов'язання.

«Зменшення зацікавленості у несенні особистої відповідальності та проявленні пильності» [16, с. 6] є небажаними наслідками самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності її учасників. Соціальні функції самостійної правосуб'єктності юридичної особи та обмеженої відповідальності видаються дещо застарілими, враховуючи політичні та економічні реалії сучасного ринку. Таким чином, ця концепція втратила своє значення в сучасному корпоративному праві, і тому необхідно переглянути обмежену відповідальність задля подолання потенційних зловживань. Зрештою, самостійна правосуб'єктність юридичної особи та обмежена відповідальність, як і будь-які інші юридичні конструкції, повинні виправдовувати своє існування користю, переважаючи можливу шкоду для суспільства, або привносячи унікальний незамінний ресурс. Так само учасники товариства та його посадові особи не повинні мати можливість використовувати самостійну правосуб'єктність юридичної особи, коли їх поведінка суперечить цілям організації.

Ідея «пірсингу корпоративної вуалі» виникла як потенційний засіб боротьби з такими зловживаннями. Хоча немає єдиної позиції щодо підстав для її застосування, загальноприйнятим є те, що задля пірсингу корпоративної вуалі повинен існувати елемент неправомірних дій. Поняття справедливості, що є соціальним за своєю суттю, виступає мірою та межею корпоративної особистості, яка була запроваджена, насамперед, для сприяння підприємницькій діяльності. Зловживання самостійної правосуб'єктності юридичної особи, таким чином, суперечить одній із цілей обмеженої відповідальності, а саме активному залученню середнього класу до економічного зростання.

Концепція самостійної правосуб'єктності юридичної особи не може виходити за рамки її цілей та сенсу і поширюватись на неправомірні дії контролерів. Як бачимо, політичними основами впровадження механізму самостійної правосуб'єктності юридичної особи були популяризація підприємництва та ріст промисловості. Відповідно, самостійна правосуб'єктність компанії не повинна використовуватися в цілях, що не сприяють досягненню мети компанії.

Існують й інші важливі суспільні інтереси, які держава прагне захистити, створюючи конкретні законодавчі виключення, щоб запобігти зловживанню самостійною правосуб'єктністю компанії. «Пірсинг корпоративної вуалі» є вичерпним правовим засобом захисту в системі загального права, який використовується для досягнення соціальної справедливості. Судова влада в країнах загального права дійшла висновку, що необхідно обмежувати самостійну правосуб'єктність юридичної особи, і ці обмеження інкорпоровані в ті самі законодавчі положення, що й встановлюють правоздатність юридичної особи [17, с. 29]. Ці обмеження визначаються тлумаченням законодавчого наміру, що стоїть за такими правилами та нормами [16, с.12]. Суди аналізують чіткі формулювання правового акту для визначення його цілей та керівних принципів.

Під час тлумачення корпоративного законодавства судді зосереджуються на меті його прийняття, яка полягає у просуванні економічного та соціального добробуту через запровадження юридичної конструкції, розробленої для спрощення та полегшення бізнес-операцій. Однак поширене зловживання обмеженою відповідальністю та експлуатація механізму самостійної правосуб'єктності юридичної особи в шахрайських схемах жодним чином не сприяють досягненню цих цілей. За відсутності суто вільного ринку як контро-

люючого механізму, це створює передумови для спотворення самої суті доктрини. Таким чином, концепція «пірсингу корпоративної вуалі», яка була спеціально розроблена для подолання прогалин системи, застосовується у поодиноких випадках для подолання глибокої несправедливості. Ефект від застосування «пірсингу корпоративної вуалі» можна охарактеризувати як перемога факту над формою.

Незалежно від того, чи знята корпоративна вуаль на підставі прямих законодавчих вказівок або внаслідок судового тлумачення, пірсинг має на меті запобігти зловживанню самостійної правосуб'єктності юридичної особи. В країнах загального права інтерпретація судами законодавчих положень, намірів законодавця та загальних принципів права демонструє тенденцію ігнорувати самостійну правосуб'єктність юридичної особи на підставі інтересів справедливості. У зв'язку з цим вбачається, що судді повинні мати широку дискрецію при вирішенні питання необхідності підняття завіси корпорації [18, с. 28].

Природньо, «пірсинг корпоративної вуалі» є виключним засобом захисту і його застосування видається нерегулярним та непередбачуваним. Наприклад, Бріджіт Хаар стверджує, що в США випадки корпоративного пірсингу вуалі обумовлені істотними провалами ринку капіталу [19, с. 318]. Концепція підняття корпоративної завіси потребує доопрацювання та подальшого удосконалення, але при цьому її цінність залишається незаперечною. Імплементация доктрини – це крок до корпоративної соціальної відповідальності.

Давно існуючою аксіомою корпоративного права є те, що до компанії слід ставитися як до самостійної особи, яка є окремою і відрізняється від її членів. А обмежена відповідальність учасників товариства стала наріжним камінням підприємницької діяльності. Незважаючи на те, що сьогодні ця аксіома сприймається як норма, вона може бути не актуальною для складних корпоративних структур і просунутих бізнес-схем, які виникають у відповідь на потреби швидкого споживання в глобалізованому світі.

З одного боку, надмірний захист корпоративної структури ставить під загрозу потреби суспільства у справедливості. З іншого боку, моральність ніколи не була вагомим аргументом у корпоративному праві. Однак, перекладаючи витрати та ризики підприємницької діяльності на своїх кредиторів, учасники товариства не сприяють економічному розвитку та відповідальному підходу до ведення бізнесу. Треті особи можуть не мати можливості подати позов до суду або застосувати інші правові засоби захисту. Тому що це може бути обтяжливим або навіть недоступним для них, а результат є непередбачуваним, особливо якщо позов охоплює більш ніж одну юрисдикцію.

Це означає, що кредитори повинні самі дбати про захист власних інтересів та забезпечувати для себе найкращі, наскільки це можливо, умови, якщо вони здатні вести переговори. Ризики товариства з обмеженою відповідальністю, з яким взаємодіють кредитори, фактично переносяться на останніх, оскільки захист особистого майна учасників гарантується принципом обмеженої відповідальності, встановленим законодавством.

Корпоративна вуаль огортає юридичну особу, встановлюючи межу між особистими та корпоративними правами та обов'язками. Чи слід зберігати цей поділ між учасниками та товариством – це питання належного тлумачення законодавства та його мети [20, с. 156]. Правова конструкція обмеженої відповідальності є несталою. На сьогоднішній день видається більш доцільним представити її як привілею, а не абсолютне право учасників. Таким чином, у разі недотримання корпоративних норм чи вимог, ця привілея може бути скасована, а відповідальність покладена на учасників товариства.

Висновки. У теперішній час політика невтручання у корпоративні відносини видається застарілою та необґрунтованою. У зв'язку з цим судовою практикою було розроблено доктрину «пірсингу корпоративної вуалі» як засіб відновлення справедливості. У країнах загального права суди не обмежені формулюваннями норм законодавства і вільно тлумачать положення відповідно до мети та умов запровадження законодавчого акту, враховуючи соціальні, економічні та політичні обставини його прийняття. На сьогоднішній день в Україні видається неможливим наділити вітчизняні суди такою свободою дій. Однак вбачається доцільним запровадити у національне законодавство основні принципи «пірсингу корпоративної вуалі», які, відповідно, могли б бути інтерпретовані суддями в рамках існуючих повноважень. Комплексне тлумачення та застосування за аналогією є обґрунтованими та глибоко дослідженими у вітчизняній юриспруденції.

Потенційну небезпеку несе неконтрольоване використання поняття інтересів справедливості як підстави застосування доктрини «пірсингу корпоративної вуалі», що може порушити юридичну визначеність та економічну стабільність. Подальше тлумачення понять контролю, єдиної економічної одиниці та "коли це справедливо і розумно" видається оціночним, непередбачуваним та вимагає особливої уваги у цілях запобігання корупції та недопущення викривлення їх сутності. Їх застосування може бути нерозбірливим, якщо їх сенс не буде чітко визначений.

Тим не менш, ігноруючи самостійну правосуб'єктність товариства та позбавляючи його учасників обмеженої відповідальності, коли цього вимагають загальні принципи права та моральні імперативи, суди сприятимуть відповідальному управлінню бізнесом та запобіганню корпоративними зловживаннями. Питання полягає в тому, чи готова національна правова система брати на себе такі ризики задля загального блага. Зрештою, доцільність та справедливість того, як бізнес повинен будувати свою організаційну структуру, повинні стати важливими предметом міркуваннями як для законодавця, так і для судів.

Список використаних джерел:

1. Bishop Carleton Hunt, *The Development of the Business Corporation in England 1800-1867* (Harvard University Press, 1936).
2. Rob McQueen, *A Social History of Company Law: Great Britain and the Australian Colonies 1854-1920* (Ashgate, 2009).
3. Ron Harris, *Industrializing English Law: Entrepreneurship and Business Organization 1720-1844* (Cambridge University Press, 2000).
4. Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press, 1991).
5. Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, «Limited Liability and the Corporation», 52 (1) *University of Chicago Law Review* (1985), pp. 89-117.
6. Henry G. Manne, «Mergers and the Market for Corporate Control», 73 (2) *The Journal of Political Economy* (1965), pp. 110-120.
7. F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (London: Routledge & Kegan Paul, 1960).
8. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung* [The Economic Order as a Historical Task and Creative Achievement] (Stuttgart: Kohlhammer, 1937).
9. Lehmann, *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts — und Konzernrecht* [The Privilege of Limited Liability, Piercing the Corporate Veil in Corporate Law and the Law of Company Groups] (ZGR, 1986).
10. Jonathan M. Landers, «A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy», 42 *University of Chicago Law Review* (1975), pp. 589-652.
11. Richard A. Posner, «The Rights of Creditors of Affiliated Corporations», 43 *University of Chicago Law Review* (1976), pp. 499-526.
12. Joseph A. Grundfest, «The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective», 102 (2) *Yale Law Journal* (1992), pp. 387-425.
13. Christopher D. Stone, «The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct», 90 *Yale Law Journal* (1980), pp. 1-77.
14. Hackney and Benson, «Shareholder Liability for Inadequate Capital», 43 *University of Pittsburgh Law Review* (1982), pp. 837-901.
15. Murray N. Rothbard, *Man, Economy & State with Power and Market (The Scholar's Edition)* (Ludwig von Mises Institute, 2004).
16. Cheng Han Tan, Jiangyu Wang and Christian Hofmann, *Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives* (Berkeley Business Law Journal, 2018).
17. Tan Cheng-Han, «Veil Piercing: A Fresh Start», *Journal of Business Law* (Jan. 2015), pp. 20-36.
18. Aleka Mandaraka-Sheppard, «New Trends in Piercing the Corporate Veil: The Conservative Versus the Liberal Approaches», 35 (1) *Business Law Review* (2014), pp. 2-29.
19. Brigitte Haar, «Piercing the Corporate Veil and Shareholders' Product and Environmental Liability in American Law as Remedies for Capital Market Failures — New Developments and Implications for European and German Law after 'Centros'», 1 *European Business Organization Law Review* (2000), pp. 317-352.
20. Bernd Singhof, «Equity Holders' Liability for Limited Liabilities Companies' Unrecoverable Debts – Reflections on Piercing the Corporate Veil under German Law», 22 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (1999), pp. 143-174.

П. С. Єпринцев,

кандидат юридичних наук, доцент проректор

Криворізького навчально-наукового інституту,

директор Донецького державного університету внутрішніх справ

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9790-9565>

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СТВОРЕННЯ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ

У статті окреслені суб'єктивні ознаки створення злочинної організації з урахування внесених змін та доповнень до чинного кримінального законодавства. Наголошено, що внаслідок внесення змін до Кримінального кодексу України суттєво змінилася модель кримінального забезпечення запобігання діяльності кримінальних авторитетів, зокрема в законодавчий обіг введено «злочинна спільнота», «вор в законі», «злочинний вплив», «злочинна діяльність», «особа, яка здійснює злочинний вплив», криміналізовано нові діяння злочинної організації. Сформульоване авторське визначення злочинної організації у законі як особи (групи осіб), що є організаторами злочинного впливу, тобто це ті, що утворюють організовані злочинні групи, керують злочинними організаціями, забезпечують їх матеріальне становище, що офіційно доведено і визначено у судовому порядку.

Обґрунтовано та запропоновано кваліфікацію дії організатора злочинної діяльності; положення щодо відповідальності організатора організованої групи чи злочинної організації, який підлягає кримінальній відповідальності за усі кримінальні правопорушення, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом. Окреслені кримінально-правові підходи до поняття форм співучасті, передбачених кримінальним законодавством, зі спеціальними видами злочинних об'єднань – бандами, терористичними групами та організаціями, не передбаченими законом воєнізованими або збройними формуваннями, а також положення про їх кримінально-правову природу та співвідношення. Запропоновано низку змін та доповнень до чинного Кримінального кодексу України.

Ключові слова: злочинна організація, злочинна спільнота, суб'єкт кримінального правопорушення, злочин, організована група, кримінальна відповідальність, юридична особа.

P. S. Yepryntsev. Some issues of subjective signs of the creation of a criminal organization

The article outlines the subjective signs of the creation of a criminal organization, taking into account the changes and additions to the current criminal legislation. It was emphasized that as a result of the amendments to the Criminal Code of Ukraine, the model of criminal protection for the prevention of the activities of criminal authorities has significantly changed, in particular, the legislative circulation has introduced «criminal community», «thief in law», «criminal influence», «criminal activity», «a person who exerts criminal influence», criminalized new acts of a criminal organization. The formulated author's definition of thieves in the law as persons (groups of persons) who are organizers of criminal influence, that is, those who form organized criminal groups, manage criminal organizations, ensure their financial position, which has been officially proven and determined in a court of law.

The qualification of the actions of the organizer of criminal activity is substantiated and proposed; provisions on the responsibility of the organizer of an organized group or criminal organization, who is subject to criminal liability for all criminal offenses committed by an organized group or criminal organization, if they were covered by his intention. Criminal law approaches to the concept of forms of complicity, provided for by criminal legislation, with special types of criminal associations - gangs, terrorist groups and organizations not defined by law as paramilitary or armed formations, as well as provisions on their criminal law nature and relationship are outlined. A number of changes and additions to the current Criminal Code of Ukraine have been proposed.

Key words: criminal organization, criminal community, subject of criminal offense, crime, organized group, criminal liability, legal entity

Організовані злочинні групи значною мірою зацікавлені у кризовому стані суспільства, а відтак, використовуючи серйозні диспропорції у структурі економіки та управління, прагнуть легалізуватись у ринковому середовищі шляхом придбання контрольних пакетів акцій суб'єктів господарювання, створення власних корпоративних бізнес-структур (у фінансовій, виробничій, споживчій та інших сферах), використання рейдерських схем, а також корупційних «важелів» і зв'язків з кримінальними структурами у країнах близького й далекого зарубіжжя. На цьому тлі залишається високим рівень тяжких насильницьких злочинів.

Тому, боротьба з організованою злочинністю вважається пріоритетним завданням правоохоронних органів, які в умовах змін законодавства одержали можливість починати та здійснювати досудове розслідування, передавати через відповідного прокурора за підслідністю в інші органи кримінальні провадження, що буди ними розпочаті, у такому ж порядку приймати від них до свого провадження. Водночас відсутність якісної нормативно-правової бази, адекватної суспільній небезпеці створення злочинних об'єднань, перед-

бачених ст. 255 Кримінального кодексу (КК) України, та участі в них, обумовлює допущення помилок під час кваліфікації відповідних злочинів, сприяє уникненню тими, хто їх вчиняє, справедливої відповідальності та загалом ускладнює протидію передусім груповим, організованим і терористичним злочинам.

Так, ч. 1 ст. 18 КК України визначає обов'язкові для суб'єкта будь-якого складу злочину ознаки – це фізична особа, вона має бути осудна, ця особа вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність [1]. Не є винятком у цьому смислі і співучасники організованих злочинних об'єднань, на що слушно звернула увагу Н. М. Гуторова та А. А. Вознюк [2; 3].

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, загальний, тобто цей злочин, незалежно від форми діяння може вчинити фізична осудна особа, якій до моменту вчинення певного діяння виповнилося 16 років. Як зазначає М. І. Хавронюк, особа віком від 14 до 16 років може нести відповідальність лише за окремі кримінальні правопорушення, вчинені у складі такої організації (наприклад, за грабж, заподіяння тяжкого чи середньої тяжкості тілесного ушкодження) [4, с. 632]. КК України 2001 р. збільшив кількість складів злочинів (з 34 до 47), за вчинення яких настає кримінальна відповідальність із 14 років [1]. На думку П. Л. Фріса, подібний підхід не можна визнати оптимальним і він є проявом каральної позиції тих теоретиків і практиків, які помилково вважають, що кримінальне покарання здатне істотно впливати на динаміку і структуру злочинності. Вбачається, що це було зроблено без відповідного врахування основних положень кримінально-правової політики [5, с. 290]. Видається, що в цих однорідних складах злочинів як бандитизм та створення злочинної організації має бути однаковий підхід до вирішення питання про вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України виправдано визначений щодо осудної особи, якій до моменту вчинення певного діяння виповнилося 16 років.

Аналіз ознак суб'єкту злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України через призму ст. 18 та ч. 4 ст. 28, ч. 1 ст. 43 КК України дає підстави стверджувати, що в диспозиції ст. 255 КК хоча прямо і не названий спеціальний суб'єкт цього злочину, але сам злочин припускає його наявність та саме через цю ознаку відмежовує цей склад від суміжних складів злочинів. Зокрема, кваліфікація злочину за створення злочинної організації відбувається в першу чергу за критерієм членства у створеній злочинній організації [1].

Однак, варто наголосити, що у заохочувальній нормі, передбаченій ч. 6 ст. 255 КК України, згадується про керівника. Однак серед чотирьох видів співучасників, визначення яких дане у ст. 27 КК України не має згадки про керівника. Особа, яка керує злочинною організацією відповідно до ч. 3 ст. 27 КК є організатором, а не керівником. Тобто керівник – це неіснуючий співучасник.

Видається, що у випадку керівництва злочинною організацією або участь у ній суб'єктом злочину за ч. 1 ст. 255 КК України може бути лідер злочинної організації [6, с. 162]. Такий висновок випливає з аналізу ч. 2 ст. 255 КК України, де йдеться про участь у злочинній організації, насамперед учасників злочинної організації, організатора, керівника такої організації. Виникає питання: чи характеризується в Законі додатковими ознаками цей спеціальний суб'єкт? Відповідь на це питання визначено у ч. 4 ст. 28 КК України через характеристику вчинення злочину злочинною організацією.

У той же час, обов'язковими ознаками злочинної організації законодавець визнає сукупність кількісних (об'єднання п'яти і більше осіб) та якісних показників (стійкість, ієрархічність, попередня змова членів (структурних частин) такої організації, що зорганізувалися для спільної діяльності з метою: а) безпосереднього вчинення ними тяжких або особливо тяжких злочинів; б) керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб; в) забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп (ч. 4 ст. 28 КК) [7, с. 98–99].

Наявність вказаних ознак не тільки підкреслює специфіку відповідної форми співучасті, а й дозволяє скласти уявлення про об'єктивні та суб'єктивні ознаки спільної участі кількох суб'єктів у вчиненні відповідних злочинів. Натомість, у наведеному визначенні злочинної спільноти відсутні будь-які положення, що дозволяли б сформувати бодай якийсь уявлення про спільність психічної діяльності учасників (наприклад, охоплення умислом усіх співучасників того факту, що учасником, організатором, керівником та/або координатором відповідної спільноти є «злочин у законі»; спрямованість їх умислу для вчинення певного злочину; єдність наміру всіх співучасників вчинити одне й те саме кримінальне правопорушення, тощо) та/або підкреслювали б особливу організаційну структуру спільноти як засобу досягнення злочинної мети. За таких умов, процес доказування вчинення кримінального правопорушення злочинною спільнотою буде зведений до встановлення факту наявності у складі відповідної форми співучасті так званого «злочин у законі». Враховуючи оціночні (суто кримінологічні) ознаки, які наповнюють зміст вищезгаданого поняття, доведеність (недоведеність) відповідного факту завжди можна буде поставити під сумнів.

У 2020 році Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою» [8] було внесено суттєві зміни до законодавства про кримінальну відповідальність, маючи на меті її посилення стосовно лідерів злочинного середовища, покращити криміногенну ситуацію в країні.

Розуміння самого поняття «злочин в законі» у КК є дещо ширшим за його тлумачення в кримінальному світі, оскільки для набуття такого статусу потрібно отримати його на злочинському зібранні – «сходці», а рішення про присвоєння звання приймається шляхом колективного рішення інших злочинців у законі,

яке виноситься після детального вивчення біографії претендента з огляду на його авторитет і відданість злочинському кодексу честі, тому набуття особою відповідного статусу самі представники кримінального світу називають «коронацією» і довести сам факт «коронації» в судовому порядку буде майже неможливо. Відсутність зафіксованих на будь яких матеріальних носіях самої процедури присвоєння статусу «злочія у законі», відсутність зафіксованих «законів» такої категорії осіб ускладнює процес доказування даної категорії правопорушень. Так, у «злочинській спільноті» майже ніхто не використовує такі формулювання як «коронування». Дедалі частіше використовуються інші терміни, які ускладнюють можливість підтвердити приналежність особи до «злочинської спільноти», навіть якщо розмова буде зафіксована, наприклад, в ході проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Іншими словами, встановлення відповідальності осіб за перебування у певному статусі, процедура набуття якого та перебування в ньому фактично нічим, окрім усних розумінь, не регламентована. Такий стан речей позбавляє можливості правоохоронних органів доказувати приналежність особи до «злочинів у законі». Поява в законодавстві поняття «злочинів в законі», з погляду кримінального світу, є неможливим ще й через те, що засудження такої особи, як і відбуття нею покарання не призведе до втрати статусу. Очевидно, чи не єдиним джерелом доказів, якими буде доводитись склад подібних кримінальних правопорушень, будуть саме покази свідків – інших учасників подібних спільнот. Саме для цього дві статті про кримінальну відповідальність (ст. 255-1 та 255-3) передбачають звільнення від кримінальної відповідності осіб, які фактично викрили «злочія у законі».

На нашу думку, злочин у законі – це особа (група осіб), що є організаторами злочинного впливу, тобто це ті що утворюють організовані злочинні групи, керують злочинними організаціями, забезпечують їх матеріальне становище, що офіційно доведено і визначено у судовому порядку.

Правомірність тези про наявність спеціального суб'єкта злочину, розглядається підтверджується змістом ст. 30 КК України, що визначає особливості кримінальної відповідальності учасників злочинної організації саме через спеціальний суб'єктний склад: організатор чи інший учасник злочинної організації. Зокрема, в ч. 1 вказаної статті встановлено, що організатор злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом. Інші учасники злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них [1]. Про різні умови відповідальності за критерієм суб'єкта певного злочинного об'єднання йдеться і в п. 15 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями»: «...суди повинні дотримуватись положень ч. 1 ст. 30 КК України про умови відповідальності організаторів та учасників таких об'єднань, враховуючи при цьому, що зазначені умови є неоднаковими і залежать від того, у складі якого об'єднання особа вчиняла злочини, організованої групи чи злочинної організації» [9].

Зазначений підхід про наявність спеціального суб'єкта в складі злочину про створення злочинної організації висловили окремі дослідники, зокрема це стосується особи-організатора злочинної організації [10, с. 13]. Критика цієї позиції ґрунтується на тезі, що особа в кримінально-правовому значенні може бути визнано організатором злочинної організації лише після набрання законної сили обвинувального вироку суду [11, с. 136]. Безперечно, винність особи у вчиненні злочину встановлюється лише судом, проте в цьому випадку мова йде не про презумпцію невинуватості, а про характеристику суб'єкта складу злочину через ознаки, які законодавець встановив у кримінальному законі. Хибність критики про неможливість визначення спеціального суб'єкта до постановлення обвинувального вироку можна продемонструвати на прикладі ст. 117 КК України про умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини. На прикладі вказаного складу злочину Р. В. Вереща справедливо робить висновок про наявність спеціального суб'єкта: «... відповідальність за це вбивство (дітовбивство) несе тільки матір новонародженої дитини» [12, с. 491].

Фрагментарним виглядає питання особливостей кримінальної відповідальності організаторів злочинної спільноти. Зокрема, у ч. 1 ст. 30 КК передбачено, що організатор організованої групи, злочинної організації чи злочинної спільноти підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою, злочинною організацією чи злочинною спільнотою, якщо вони охоплювалися його умислом. При цьому організатором злочинної спільноти, виходячи зі змісту чинної ч. 3 ст. 27 КК, є виключно особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. У свою чергу, до організаторів організованої групи чи злочинної організації належать не тільки особи, які організували вчинення злочину (злочинів) або керували його (їх) підготовкою чи вчиненням, а й особи, які утворили організовану групу чи злочинну організацію або керували нею, або особи, які забезпечували фінансування чи організовували приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації. Хоча організація вчинення злочину (злочинів) є за своїм змістом дещо схожою із утворенням злочинної спільноти, однак основним завданням, що постає перед організатором в останньому випадку, є заснування стійкого ієрархічного об'єднання п'яти і більше осіб, у якому спільним для усіх учасників, вочевидь, має бути зайняття єдиною злочинною діяльністю. Враховуючи неідентичність вказаних дій, вчинення яких свідчить про виконання співучасником ролі організатора злочинної спільноти, варто було б розглянути доцільність внесення відповідних змін до ч. 3 ст. 27 КК.

Відповідно до ч. 2 ст. 43 КК України спеціальним суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України є особа, яка відповідно до закону хоча і виконувала спеціальне завдання, беручи участь в злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності, проте вчинила у складі злочинної організації особливо тяжкий злочин умисно і поєднаного з насильством над потерпілим або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків [1].

У ст. 255 КК України не встановлено спеціальних ознак злочину за критерієм посадового чи службового становища винної особи. Однак ця обставина не виключає, що суб'єктом злочину, передбаченому ч. 1 ст. 255 КК України, може бути службова особа комерційного банку, кредитної спілки, інвестиційного фонду, що є керівником, членом злочинної організації створеної з метою вчинення незаконних фінансових операцій тощо [1]. Очевидно, що в цьому випадку члени злочинної організації діють через легальні органи юридичних осіб та формально в інтересах цих юридичних осіб.

Однак не можна оминати наявну дискусійну проблему про доцільність визнання суб'єктом злочину юридичної особи, особливо з огляду на загострення екологічної ситуації в нашій державі, викликаной, між іншим, і неправомірними діями деяких підприємств, установ та організацій – юридичних осіб. До прикладу, відзначимо, що багато країн з ринковою економікою відродили кримінальну відповідальність юридичних осіб (наприклад, США, Франція, Великобританія та ін.). У цих державах юридичні особи за вчинення злочинів (у тому числі екологічних) можуть підлягати такому покаранню як штраф [13, с. 94–95].

Серед учених – прибічників введення кримінальної відповідальності юридичних осіб все таки переважає думка, що визнання юридичної особи суб'єктом злочину сприяло б ефективнішому забезпеченню завдань кримінального судочинства [14, с. 138; 15, с. 170].

До речі, у проекті КК України, підготовленому авторським колективом на чолі з професором В. Смітєнком за завданням комісії Верховної Ради України, суб'єктом кримінальної відповідальності також пропонувалося визнавати фізичних та юридичних осіб (ч. 1 ст. 23) [16, с. 83]. Відповідно до ч. 2 ст. 26 проекту, юридичні особи можуть нести кримінальну відповідальність за особливо тяжкі злочини в галузі природо-користування та господарювання тільки у випадках, спеціально передбачених Особливою частиною цього Кодексу [17, с. 116]. Однак законодавець цю позицію досі не підтримав.

У літературі необхідність встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб пояснюють тим, що реалізація принципу особистої відповідальності, не завжди приводить до вирішення завдань, які визначені кримінально-правовою політикою. Юридичні особи, через які вчинялися злочини, залишаються базою для подальшої злочинної діяльності, яка часто не припиняється з притягненням до кримінальної відповідальності фізичних осіб. З цього приводу зазначається, що якби діяльність юридичної особи була заборонена, обмежена та ін., була б ліквідована реальна база (і часто – передусім, матеріальна) організованої злочинності, що стало б фактором попередження нових злочинних проявів [5, с. 290].

Ми приєднуємось до числа прибічників введення кримінальної відповідальності юридичних осіб. Але вважаємо, що це питання так швидко не вирішується. Для того щоб на законодавчому рівні врахувати розглянуту теорію, варто ретельно опрацювати дане питання на засіданнях Комітетів Верховної Ради України, оскільки виникне необхідність повністю перебудувати концепцію українського кримінального права (зокрема, загальне вчення про кримінальне правопорушення, про принципи суб'єктивного зобов'язання тощо).

Одночасно виникає питання про доцільність і можливість відповідальності юридичної особи, органи якої були структурними підрозділами злочинної організації, а «колектив» юридичної особи сформовано виключно членами злочинної організації. У цьому та в інших аналогічних випадках КК України не дає відповіді, оскільки встановлення кримінальної відповідальності лише фізичних осіб означає, що суб'єктом злочину не може бути юридична особа. У міжнародно-правових документах, що регулюють питання боротьби з організованою злочинністю, встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб віднесено на розсуд держав-учасників міжнародно-правових актів. Так, в ст. 10 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. встановлено, що кожна держава-учасник приймає певні міри, з урахуванням її правових принципів, які необхідні для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, які вчиняє організована злочинна група. Відповідальність юридичних осіб за вказані злочини може бути кримінальною, цивільно-правовою або адміністративною. Таким чином, встановлення певної галузевої відповідальності юридичних осіб у вказаній сфері – це прерогатива національних органів держав-учасниць Конвенції [18].

Навряд чи правильно автоматично імплементувати у вітчизняну кримінально-правову систему законодавчі положення інших держав, законодавство яких засновано на інших підходах. Конвенція лише рекомендує державам-учасникам посилити боротьбу зі злочинністю транснаціонального характеру, але не зобов'язує їх встановити кримінальну відповідальність юридичних осіб. До речі, у чинному законодавстві України є достатній арсенал засобів цивільно-правового або фінансово-правового характеру, які можуть бути застосовані до юридичної особи – правопорушника.

Що стосується використання запропонованої новації у боротьбі з організованою злочинністю, відмічають В. І. Осадчий та В. М. Кісілюк, то і на цьому напрямку правозастосування вона себе не виправдовує,

оскільки чинне кримінальне законодавство передбачає відповідальність за створення та участь у злочинній організації ст. 255 КК України, яка може бути застосована у разі набуття юридичною особою ознак злочинної організації. У цьому випадку така злочинна організація і так перестає діяти, тож карати злочинну організацію як суб'єкта злочину недоцільно [19].

Визначення злочинного впливу має певні вади, а тому потребує удосконалення. Саме словосполучення «будь-які дії» повинні бути безпосередньо пов'язані виключно із суспільно небезпечною діяльністю відповідних суб'єктів. Варто також замінити «дії» на «діяння», оскільки не можна виключати того факту, що зазначена суспільно небезпечна поведінка може полягати у бездіяльності.

У формулюванні злочинного впливу можна використати терміни та конструкції, що використовуються у визначенні співучасників. Фактично суб'єкт злочинного впливу здійснює такі ж функції як і інші співучасники, тільки вони стосуються не конкретного злочину, а злочинної діяльності. Виключення напевно становлять лише функції виконавця. Окрім того слід врахувати положення й інших статей, що стосуються співучасті.

Враховуючи зазначене варто криміналізувати такі діяння, пов'язані із злочинною діяльністю – організація, керівництво, фінансування, приховування, схилення, сприяння, координація, планування.

У визначенні злочинного впливу присутня також вказівка на те, що особа вчиняє певні дії завдяки авторитету, іншим особистим якостям чи можливостям. У зв'язку з цим виникає питання: а які ще є варіанти і чи потрібна ця ознака? Щодо авторитету та особистих якостей більш – менш усе зрозуміло (особа дає вказівки, їх виконують, оскільки поважають, бояться тощо). Натомість можливості включають дуже широке коло умов завдяки, яким відповідний суб'єкт може здійснювати злочинний вплив. Практично будь-яка особа за власною ініціативою може надати певну допомогу злочинному об'єднанню (інформацією, грошима, знаряддями і засобами тощо). Виходить, що будь-яка особа, якщо хоче, то може сприяти злочинній діяльності якщо не авторитетом чи особистими якостями, то завдяки наявним можливостям. Тоді навіщо це додаткове навантаження на предмет доказування?

На нашу думку, з огляду на підвищену небезпеку такої форми злочину як створення злочинної організації, а також керівництво такою організацією, наприклад, у порівнянні зі вступом до злочинної організації, видається доцільним мету створення злочинної організації, як окремої форми злочину, визнати обов'язковою кваліфікуючою ознакою тільки для таких форм злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України, як створення злочинної організації, а також керівництво такою організацією [1].

У зв'язку з вищевикладеним пропонуємо зміни:

до ч. 1 ст. 28 КК України:

«1. Кримінальне правопорушення визнається таким, що вчинене групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців за попередньою змовою між собою, організацією кримінального правопорушення, попереднім плануванням, підготовкою, озброєністю, тренуванням, фінансовими витратами»;

до примітки ст. 255 КК України:

«Стаття 255. Створення, керівництво злочинною організацією, а також участь у ній:

Примітка. 1. Під злочинним впливом у цій статті та статтях 255, 255-2 цього Кодексу слід розуміти будь-які діяння спрямовані на планування, організацію, координацію, фінансування, приховування злочинної діяльності, керівництво нею, схилення до неї чи сприяння їй, а також здійснення протиправного впливу на прийняття рішень фізичними чи юридичними особами, включаючи вирішення конфліктних ситуацій між ними.

3. Злочинна діяльність це будь-яка діяльність, що полягає у готуванні до визначеної чи невизначеної кількості злочинів, скоєння замахів на них або ж їх безпосередньому вчиненні. Вона охоплює як вчинення одного, так і декількох злочинів. Водночас кількість злочинів в одних випадках може бути чітко визначеною, а в інших – ні. Злочини можуть бути як закінчені, так і незакінчені».

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України: Закон від 5 квіт. 2001 р. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
2. Гуторова Н. О. Вчинення злочину організованою групою осіб (кримінально-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 1996. 23 с.
3. Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за створення злочинних об'єднань та участь у них: монографія. Київ: ФОП Маслаков, 2018. 928 с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те вид., переробл. та доповн. Київ : Юрид. думка, 2012. 1316 с.
5. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. Київ : Атіка, 2005. 332 с.
6. Сервецький І. В., Чуфрін Ю. Ю. Деякі ознаки лідера «мафії». *Юридична наука*. 2015. № 7. С. 159–169.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко та ін., за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.

8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою : Закон від 4 черв. 2020 р. № 671-IX. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/671-20#n7>

9. Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 груд. 2005 р. № 13. *Вісник Верховного Суду України*. 2006. № 1. С. 2–6.

10. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: навч. посіб. / за заг. ред. В. В. Коваленка; за наук. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка. Київ: Атіка, 2011. 647 с.

11. Радіонов І. І. Кримінальна відповідальність за бандитизм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2003. 211 с.

12. Вереша Р. В. Суб'єктивні елементи підстави кримінальної відповідальності : підручник. Київ : Атіка, 2006. 740 с.

13. Уголовный кодекс штата Огайо (параграф 2901.23); Уголовный кодекс штата Нью-Йорк (параграф 20.20) / Уголовное право буржуазных стран: Общая часть: сб. законод. актов. Москва: Ун-т Дружбы народов, 2004. 588 с.

14. Дудоров О. О. Проблеми юридичної особи як суб'єкта злочину та її вирішення у проектах КК України. *Вісник Академії правових наук України*. 1999. Вип. № 2 (17). С. 133–142.

15. Гришук В. К., Пасека О. Ф. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 248 с.

16. Поліщук Г. Кримінально-правова характеристика злочинів проти громадської безпеки. *Право України*. 2003. № 3. С. 80–84.

17. Кримінальний кодекс. Проект. *Іменем закону*. Спец. випуск. 1996. № 20 (4946). 27 с.

18. Конвенція ООН против транснациональной организованной преступности от 15 нояб. 2000 г. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_789

19. Осадчий В. І., Кісілюк Е. М. Проблеми встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб. *Теоретико-прикладні проблеми протидії організованій злочинності та злочинам терористичної спрямованості* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Львів, 8-9 квіт. 2005 р.). Львів, 2005. С. 78–85.

І. А. Васильєва, к.ю.н., суддя
Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду

ОРГАНІЗАЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИРІШЕННЯ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ

У статті автором розглядаються переваги та недоліки адміністративного порядку оскарження рішень податкових органів з метою вирішення спорів, переваги судового порядку вирішення конфліктів з податковими органами.

Право платника податків на звернення зі скаргою на дії або бездіяльність податкового органу (його посадової особи) до податкового органу вищого рівня чинним Податковим кодексом України передбачено, проте не регламентовано окремої процедури оскарження дії (бездіяльності) податкового органу (його посадової особи) у порівнянні із процедурою адміністративного оскарження рішень податкового органу.

Але при розгляді податкових спорів суди можуть встановлювати причинно-наслідковий зв'язок між податковими правопорушеннями під час проведення податкової перевірки (діями під час перевірки) та прийнятими податковими повідомленнями-рішеннями. Таким підставам позову суди можуть надавати правову оцінку, а у разі, якщо вони не визнані судом такими, що тягнуть протиправність податкових повідомлень-рішень, прийнятих за наслідками проведення податкової перевірки, переходити до перевірки підстав позову щодо наявності порушень податкового законодавства України.

Податковий кодекс України надає податковим органам вищого рівня право скасовувати рішення податкових органів нижчого рівня у разі невідповідності вище зазначених рішень податковому законодавству.

Щодо підвідомчості вирішення податкових спорів посадовим особам податкових органів, то нормативно-правові акти України не вказують, яким саме посадовим особам податкових органів вищого рівня оскаржуються дії посадових осіб податкових органів нижчого рівня. Дії (бездіяльність), які порушують права платників податків, можуть здійснюватися, наприклад, податковим інспектором-ревізором, начальником певного відділу податкового органу, заступником керівника податкового органу. У цьому випадку необхідно визначити компетенцію посадової особи щодо вчинення тих чи інших дій (бездіяльності).

Необхідно в кожному конкретному випадку визначити, чи мала посадова особа повноваження на вчинення оскаржуваної дії, а також хто є її вищою посадовою особою. Найчастіше у цій ролі виступає керівник податкового органу.

Запропоновано при Міністерстві фінансів України створити науково-дослідний податковий інститут, одним із завдань якого була б розробка шляхів мінімізації кількості податкових спорів та законопроектна робота з цього приводу.

Ключові слова: податковий спір, баланс інтересів, платник податків, податковий орган, податкове законодавство, публічні і приватні інтереси, конфлікт.

I. A. Vasylieva. The organizational support of tax disputes resolution in Ukraine

The article considers the advantages and disadvantages of the administrative procedure for appealing against decisions of tax authorities in order to resolve disputes, as well as the advantages of the judicial procedure for resolving conflicts with tax authorities.

The taxpayer's right to file a complaint against the actions or inaction of a tax authority (its official) to a higher-level tax authority is provided by the current Tax Code of Ukraine, but it does not regulate a separate procedure for appealing actions (inaction) of a tax authority (its official) compared to administrative appeal against decisions of the tax authority.

However, when considering tax disputes, courts may establish a causal link between tax offenses during the tax audit (actions during the audit) and the adopted tax notices-decisions. The courts may provide a legal assessment of such grounds of claim. If they are not recognized by the court as such that entail the illegality of tax notices-decisions made as a result of tax audit, the courts proceed to check the grounds of the claim for violations of tax legislation of Ukraine.

The Tax Code of Ukraine gives higher-level tax authorities the right to revoke decisions of lower-level tax authorities in the event of non-compliance of the above decisions with tax legislation.

With regard to the jurisdiction of tax authorities to resolve tax disputes, the regulations of Ukraine do not specify which officials of higher-level tax authorities are challenging the actions of lower-level tax officials. Actions (inaction) that violate the rights of taxpayers may be carried out, for example, by a tax inspector-auditor, the head of a certain department of the tax authority, the deputy head of the tax authority. In this case, it is necessary to determine the competence of the official to commit certain actions (inaction).

It is essential to determine in each case whether the official had the authority to commit the contested act, as well as who is his senior official. The head of the tax authority most often plays this role.

It is proposed that the Ministry of Finance of Ukraine establish a research tax institute, one of the tasks of which would be to develop ways to minimize the number of tax disputes and draft legislation in this regard.

Key words: tax dispute, balance of interests, taxpayer, tax authority, tax legislation, public and private interests, conflict.

Вступ. Юрисдикційна функція держави реалізується через правоохоронну діяльність державних органів, що здійснюється у формі правосуддя та досудових процедур вирішення публічно-правових спорів. При цьому існують ідеологічні та організаційні засоби реалізації цієї функції державних органів. Організаційні методи реалізуються через створення та матеріально-технічне забезпечення суб'єктів юрисдикційної діяльності та діяльності з виконання рішень судових органів. Результативність і якість реалізації юрисдикційної функції державних органів залежить від ефективності роботи кожного юрисдикційного органу окремо і всієї системи юрисдикційних органів в цілому.

Механізм вирішення податкових спорів також потребує певного організаційного забезпечення. Слід зазначити, що на сучасному етапі система органів держави, які забезпечують вирішення податкових спорів, особливо у досудовому порядку, має деякі вади, що призводить до неефективності окремих процедур розгляду податкових спорів. Удосконалення роботи цих суб'єктів владних повноважень є одним з основних завдань, спрямованих на зниження загальної кількості податкових спорів, що розглядаються в Україні.

Постановка завдання. Дослідити організаційне забезпечення вирішення податкових спорів в Україні.

Результати. Питання вирішення податкових спорів є актуальним та досліджуваним питанням у вітчизняній літературі, зокрема такими юристами, як О.М. Бондаренко, О.О. Дмитрик, Ю.А. Крохіна, В.О. Курило, М. П. Кучерявенко, О.М. Мінаєва, К.В. Мінаєва, А.О. Монаєнко, В.В. Тильчик, Є.А. Усенко, О.О. Шишов.

Одним із суб'єктів податкового спору практично завжди виступає уповноважений юрисдикційний орган, до повноважень якого належить вирішення податкового спору. У зв'язку з тим, що діяльність цих уповноважених органів держави тісно пов'язана з механізмом вирішення податкових спорів, необхідно розглянути структуру, правовий статус цих органів. Правом вирішувати публічно-правові спори користуються різні суб'єкти владних повноважень. По-перше, до них належать органи, які здійснюють судову владу; по-друге, в окремих випадках, передбачених законом, органи виконавчої влади. Кожен із цих органів влади може вирішувати ті спори, які віднесено до його повноважень.

В.В. Ярков визначає підвідомчість як відношення тих, хто потребує державно-владного вирішення спору про право та інших юридичних справ до повноважень того чи іншого державного органу, як властивість юридичних справ, в силу якої вони підлягають вирішенню певними юрисдикційними органами [2, с. 146].

У літературі розрізняють види підвідомчості, як правило, за трьома критеріями [7, с. 82]:

1) залежно від виду органів, до повноважень яких віднесено вирішення тих чи інших справ, відповідно виділяють підвідомчість справ судам, адміністративним органам тощо;

2) залежно від характеру справ виділяють підвідомчість цивільних, адміністративних, трудових, сімейних та інших справ;

3) залежно від характеру норм, що регулюють підвідомчість, виділяють загальну (регламентовану загальними правилами) і спеціальну (визначену на підставі особливих приписів закону) підвідомчість.

Таким чином, виникає необхідність визначити підвідомчість справ щодо податкових спорів. Вирішення податкових спорів може відбуватися у досудовому чи судовому порядку. Відповідно, у рамках досудової (адміністративної) процедури такими повноваженнями щодо вирішення податкових спорів наділяються податкові органи, а в рамках судового провадження юрисдикція щодо вирішення податкових спорів поширюється на адміністративні суди.

У податковому праві досудовий порядок оскарження не має характеру обов'язкової досудової процедури, тому подання скарги до податкового органу вищого рівня в адміністративному порядку не виключає права на подальше подання позовної заяви до суду.

Так, відповідно до п. 56.10 ст. 56 Податкового кодексу України рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, та рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, прийняті за розглядом скарги платника податків, є остаточними і не підлягають подальшому адміністративному оскарженню, але можуть бути оскаржені в судовому порядку [12].

Відповідно до п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу України з урахуванням строків давності, визначених статтею 102 цього Кодексу, платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення – рішення або інше рішення контролюючого органу у будь-який момент після отримання такого рішення. Рішення контролюючого органу, оскаржене в судовому порядку, не підлягає адміністративному оскарженню. Процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору [12].

Слід зазначити, що у зарубіжних державах досудове провадження має обов'язковий характер і передбачає розгляд відповідного спору у суді. Як свідчить О.А. Борзунова, в законодавстві більшості країн ОЕСР умовою виникнення у платника податків права на звернення до суду зі скаргою на рішення податкової влади є попереднє оскарження цього рішення в адміністративному порядку [1, с. 18].

Ми вбачаємо такі переваги адміністративного порядку оскарження рішень податкових органів з метою вирішення спорів із ними:

– простота процедури оскарження рішень податкових органів, що дозволяє платнику податків самостійно захищати свої права;

– швидкий розгляд скарги на рішення податкового органу, поданої в адміністративному порядку (п. 56.15 ст. 56 ПКУ – скарга, подана із дотриманням строків, визначених абзацом першим пункту 56.3 цієї

статті, зупиняє виконання платником податків грошових зобов'язань, визначених у податковому повідомленні-рішенні (рішенні), на строк від дня подання такої скарги до контролюючого органу до дня закінчення процедури адміністративного оскарження.

Відповідно до п. 56.8 ст. 56 контролюючий орган, який розглядає скаргу платника податків, зобов'язаний прийняти вмотивоване рішення та надіслати його протягом 20 календарних днів, наступних за днем отримання скарги, на адресу платника податків засобами поштового зв'язку (з повідомленням про вручення) чи електронного зв'язку (з дотриманням вимог, визначених пунктом 42.4 статті 42 цього Кодексу) або надати йому під розписку) [12];

– відсутність необхідності сплати державного мита;

– оскарження навіть з негативними для платника податків результатами дозволяє йому краще зрозуміти правову позицію податкового органу, і при зверненні із позовом до суду платник податків отримує можливість більш ретельно підготуватися до захисту своєї правової позиції, використовуючи п. 56.10 ст. 56 Податкового кодексу України [12].

Відповідно до п. 56.19 ст. 56 Податкового кодексу України у разі коли до подання позовної заяви проходила процедура адміністративного оскарження, платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання протягом місяця, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження відповідно до пункту 56.17 цієї статті [12].

Також можна назвати такі переваги адміністративного порядку оскарження рішень податкових органів: така скарга подається у встановленій формі відповідно до наказу Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами» від 21 жовтня 2015 року № 916, який містить вимоги до оформлення такої скарги [10].

Водночас, основним недоліком адміністративного порядку оскарження рішень податкових органів з метою захисту прав платників податків є його низька ефективність, оскільки має місце поширення упередженого відомчого підходу до розгляду податковими органами вищого рівня скарг платників податків, поданих в порядку адміністративного оскарження. Такий підхід пояснюється відсутністю незалежного розгляду поданих скарг податковими органами вищого рівня, що характерно не лише нашій країні. Так, у Франції при вирішенні спорів у рамках податкової служби позиція платників податків знаходить підтвердження лише у 20% випадків, у Португалії та Італії – лише у 9-12% випадків, у Данії – менш ніж у 10% випадків.

На думку О.А. Борзунової, більш розумно обмежитися судовим оскарженням рішень податкових органів, оскільки без спеціалізованих юрисдикційних органів усередині податкової адміністрації досудова процедура оскарження перетворюється на фікцію [1, с. 19]. Слід не погодитися із зазначеною позицією, оскільки повна відмова від досудового врегулювання податкових спорів призведе лише до погіршення податкового адміністрування та перетворення судового процесу на перевірку рішень та дій податкових органів.

Наведені вище причини призводять до того, що на практиці багато платників податків для захисту своїх прав або принципово не використовують досудовий спосіб захисту свого порушеного права, або, направивши скаргу до податкового органу вищого рівня та отримавши негативну відповідь, звертаються за судовим захистом своїх прав.

Переваги судового порядку вирішення конфліктів з податковими органами порівняно з адміністративним порядком оскарження їх рішень полягають у наступному:

– для судового порядку характерна об'єктивність розгляду суддями податкового спору. Відсоток задоволення вимог платників податків у судовому порядку оскарження рішень податкових органів набагато вищий, ніж в адміністративному;

– судовий порядок передбачає можливість застосування судом заходів забезпечення позовних вимог у виді, наприклад, застосування адміністративного арешту майна платника податків як виняткового способу забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених податковим законодавством. Так, відповідно до п. 94.10 ст.94 Податкового кодексу України арешт на майно може бути накладено рішенням керівника (його заступника або уповноваженої особи) контролюючого органу, обґрунтованість якого протягом 96 годин має бути перевірена судом [12].

Крім того, до платника податків може бути застосований арешт його коштів на рахунках в банку. Так, відповідно до п. 94.6.2 ст. 94 Податкового кодексу України арешт коштів на рахунку платника податків здійснюється виключно на підставі рішення суду шляхом звернення контролюючого органу до суду [12];

– при використанні судового порядку оскарження рішень податкових органів забезпечується врегулюваність всіх стадій судочинства Кодексом адміністративного судочинства України.

Податковий кодекс України встановлює, що при зверненні платника податків до суду з позовом щодо визнання протиправним та/або скасування рішення контролюючого органу грошове зобов'язання вважається неузгодженим до дня набрання судовим рішенням законної сили [12].

Адміністративний порядок оскарження рішень податкових органів з метою захисту порушених прав платників податків не діє паралельно із судовим, що відповідає вимогам п. 56.10 та п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу України [12].

Водночас можлива інша ситуація. Якщо податковий орган вищого рівня прийматиме рішення за скаргою платника податків, наприклад, не скасує оскаржуване рішення, це не позбавляє платника податків можливості звернення до суду з вимогою про визнання цього рішення недійсним, оскільки для платника податків це може мати істотне значення. Можна зробити висновок, що розгляд податкових спорів визначається альтернативною підвідомчістю між податковими та судовими органами. При цьому пріоритет віддається все ж таки вирішенню податкових спорів у судовому порядку. Це пов'язано також з тим, що коло податкових спорів, що вирішуються у судовому порядку ширше, ніж коло тих спорів, які розглядаються в адміністративному порядку.

Оскаржити платник податків може тільки відповідне рішення податкового органу, яке було ним прийнято відносно цього платника податків. Так, відповідно до п. 56.2 ст. 56 Податкового кодексу України у разі якщо платник податків вважає, що контролюючий орган неправильно визначив суму грошового зобов'язання або прийняв будь-яке інше рішення, що суперечить законодавству або виходить за межі повноважень контролюючого органу, встановлених цим Кодексом або іншими законами України, такий платник має право звернутися із скаргою про перегляд цього рішення до контролюючого органу вищого рівня [12].

Відповідно до п. 56.3 ст. 56 цього Кодексу скарга подається до контролюючого органу вищого рівня у письмовій або електронній формі засобами електронного зв'язку (за потреби – з належним чином засвідченими копіями документів, розрахунками та доказами, які платник податків вважає за потрібне надати з урахуванням вимог пункту 44.6 статті 44 цього Кодексу) протягом 10 робочих днів, що настають за днем отримання платником податків податкового повідомлення-рішення або іншого рішення контролюючого органу, що оскаржується [12].

Відповідно до п. 56.23.1 ст. 56 цього ж Кодексу скарга на рішення про відмову у реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних подається до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику [12].

Відповідно до п. 17.1.7 ст. 17 Податкового кодексу України платник податків має право оскаржувати в порядку, встановленому цим Кодексом, рішення, дії (бездіяльність) контролюючих органів (посадових осіб), у тому числі надану йому у паперовій або електронній формі індивідуальну податкову консультацію, яка йому надана, а також узагальнюючу податкову консультацію [12].

Отже, право платника податків на звернення зі скаргою на дії або бездіяльність податкового органу (його посадової особи) до податкового органу вищого рівня чинним Податковим кодексом України передбачено, проте не регламентовано окремої процедури оскарження дій (бездіяльності) податкового органу (його посадової особи) у порівнянні із процедурою адміністративного оскарження рішень податкового органу.

Проте, при розгляді податкових спорів суди можуть встановлювати причинно-наслідковий зв'язок між податковими правопорушеннями під час проведення податкової перевірки (діями під час перевірки) та прийнятими податковими повідомленнями-рішеннями. Таким підставам позову суди можуть надавати правову оцінку, а у разі, якщо вони не визнані судом такими, що тягнуть за собою протиправність податкових повідомлень-рішень, прийнятих за наслідками проведення податкової перевірки, переходити до перевірки підстав позову щодо наявності порушень податкового законодавства України.

Хотілося б зазначити, що існуюча управлінська система розгляду податкових спорів потребує структурних змін з метою підвищення її ефективності та забезпечення гарантій об'єктивності рішень, що приймаються податковими органами. У зв'язку з цим, доцільно розглянути поняття податкового органу вищого рівня, а також встановити які структурні підрозділи зазначених органів беруть участь у розгляді скарг.

Поняття «податковий орган вищого рівня» Податковий кодекс України не встановлює, оскільки предметом регулювання Кодексу є податкові правовідносини, а не правовідносини щодо встановлення системи органів виконавчої влади та їх територіальних органів. Таким чином, назване поняття потребує більш детального розгляду.

Сучасна система податкових органів є складним механізмом ієрархічної спрямованості. Єдину централізовану систему податкових органів становлять центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів і який реалізує державну податкову політику, державну політику з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування – Державна податкова служба України та її територіальні органи – головні управління в областях та м. Києві. Головні управління є територіальними органами, утвореними на правах відокремленого підрозділу Державної податкової служби України, які забезпечують реалізацію повноважень ДПС на відповідних територіях. Основними завданнями головних управлінь ДПС є: забезпечення реалізації державної податкової політики, здійснення у межах повноважень, передбачених законом, контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків, зборів, платежів, державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах, пального, державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення розрахункових операцій, у тому числі готівкових розрахунків за товари (послуги),

а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону.

Визначення поняття «центральный орган виконавчої влади» у чинному законодавстві України відсутнє. Проте, у ст. 16 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 року № 3166-VI встановлюється, що центральні органи виконавчої влади утворюються для виконання окремих функцій з реалізації державної політики як служби, агентства, інспекції, комісії, бюро [6].

Діяльність центральних органів виконавчої влади спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через відповідних міністрів згідно із законодавством [6].

Відповідно до ст. 17 цього ж Закону основними завданнями центральних органів виконавчої влади є [6]:

- 1) надання адміністративних послуг;
- 2) здійснення державного нагляду (контролю);
- 3) управління об'єктами державної власності;
- 4) внесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики на розгляд міністрів, які

спрямовують та координують їх діяльність;

- 5) здійснення інших завдань, визначених законами України.

Відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України.

Відповідно до п. 3 Положення про Державну податкову службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 р. № 227 основними завданнями ДПС є [13]:

1) реалізація державної податкової політики, здійснення в межах повноважень, передбачених законом, контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків, зборів, платежів, державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах, пального, державної політики з адміністрування єдиного внеску, державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), проведення розрахункових операцій, а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону;

- 2) внесення на розгляд Міністра фінансів пропозицій щодо забезпечення формування державної податкової політики;

здійснення контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків, зборів, платежів;

державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах, та пального;

державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань сплати єдиного внеску;

державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), проведення розрахункових операцій, а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону.

Стаття 55 Податкового кодексу України встановлює, що податкове повідомлення-рішення про визначення суми грошового зобов'язання платника податків або будь-яке інше рішення контролюючого органу може бути скасоване контролюючим органом вищого рівня під час проведення процедури його адміністративного оскарження та в інших випадках у разі встановлення невідповідності таких рішень актам законодавства [12].

Контролюючими органами вищого рівня для цілей цього Кодексу є [12]:

центральный орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, – для територіальних органів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, їх структурних підрозділів (у тому числі для державних податкових інспекцій);

центральный орган виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, – для територіальних органів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику.

Отже, Податковий кодекс України надає податковим органам вищого рівня право скасовувати рішення податкових органів нижчого рівня у разі невідповідності вище зазначених рішень податковому законодавству.

Щодо підвідомчості вирішення податкових спорів посадовим особам податкових органів, то нормативно-правові акти України не вказують, яким саме посадовим особам податкових органів вищого рівня оскаржуються дії посадових осіб податкових органів нижчого рівня. Дії (бездіяльність), які порушують права платників податків, можуть здійснюватися, наприклад, податковим інспектором-ревізором, начальником певного відділу податкового органу, заступником керівника податкового органу. У цьому випадку необхідно визначити компетенцію посадової особи щодо вчинення тих чи інших дій (бездіяльності).

Отже, необхідно в кожному конкретному випадку визначити, чи мала посадова особа повноваження на вчинення оскаржуваної дії, а також хто є її вищою посадовою особою. Найчастіше у цій ролі виступає керівник податкового органу.

Проте, відповідно до частини другої ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Закон України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 року № 393/96-ВР регулює питання практичної реалізації громадянами України наданого їм Конституцією України права, зокрема, оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів [5].

Пунктом 3 розд. I Порядку розгляду звернень та організації особистого прийому громадян у Державній податковій службі України та її територіальних органах, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 15 червня 2020 року № 297, розгляд звернень та особистий прийом громадян в органах ДПС є складовою механізмом реалізації прав громадян на внесення до органів державної влади пропозицій щодо поліпшення їх діяльності, оскарження дій посадових осіб та органів державної влади [14].

Пунктом 4 розд. I вище наведеного Порядку визначено, що відповідно до ст. 4 Закону України «Про звернення громадян» можуть бути оскаржені рішення, дії (бездіяльність) у сфері управлінської діяльності органів ДПС, внаслідок яких: порушено права і законні інтереси чи свободи громадянина (групи громадян); створено перешкоди для здійснення громадянином його прав і законних інтересів чи свобод; незаконно покладено на громадянина певні обов'язки або його незаконно притягнуто до відповідальності [14].

Усі звернення громадян, що надходять до органів ДПС, підлягають обов'язковій класифікації за встановленими ст. 3 Закону України «Про звернення громадян» видами, а саме: пропозиції (зауваження), заяви та скарги (п. 2 розд. II вище наведеного Порядку).

Відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону України «Про звернення громадян» скарга на дії чи рішення органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, об'єднання громадян, засобів масової інформації, посадової особи подається у порядку підлеглості вищому органу або посадовій особі, що не позбавляє громадянина права звернутися до суду відповідно до чинного законодавства, а в разі відсутності такого органу або незгоди громадянина з прийнятим за скаргою рішенням – безпосередньо до суду [5].

Відповідно до п. 1 розд. III Порядку розгляду звернень та організації особистого прийому громадян у Державній податковій службі України та її територіальних органах, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 15 червня 2020 року № 297, звернення громадян підлягають розгляду структурними підрозділами органів ДПС відповідно до розподілу функціональних повноважень [14].

Відповідно до п. 2 розд. III вказаного Порядку опрацювання звернень громадян структурними підрозділами органів ДПС відповідно до резолюції спрямовується на об'єктивне вирішення порушених авторами звернень питань, підготовку та супроводження прийняття рішення про усунення причин і умов, які спонукають авторів скаргитись, надання відповідних роз'яснень, у тому числі за результатами вивчення та перевірки на місцях викладених у зверненнях обставин, проведення інших заходів [14].

У зв'язку з цим, у структурі центрального апарату ДПС України та її територіальних органів має бути створений спеціальний відділ з роботи зі скаргами платників податків на дії та бездіяльність податкових органів та їх посадових осіб. Саме цей підрозділ слід наділити повноваженнями з розгляду скарг платників податків з цього приводу, позбавивши таких повноважень юридичні структурні підрозділи податкових органів. Водночас повноваження щодо правової експертизи документів, а також правової допомоги структурним підрозділам податкових органів закріпити за юридичними структурними підрозділами.

Звернемося до зарубіжного досвіду організаціїного забезпечення діяльності податкових органів. Наприклад, у складі Федеральної податкової служби США функціонує спеціальне Бюро з розгляду скарг (апеляцій) платників податків на неправильне обчислення податків та визначення бази оподаткування. Бюро (з підрозділами на місцях) розглядає за участю платника податків заперечення щодо попередньо обчисленого розміру податку і вирішує конфлікти шляхом досягнення угоди, щоб уникнути звернення платника податків до суду [3, с. 105].

Отже, використовуючи термінологію Податкового кодексу України, можна дійти висновку, що функції «арбітра» може виконувати окремий підрозділ податкового органу вищого рівня, посадові особи якого займатимуться лише розглядом податкових спорів щодо оскарження дій та бездіяльності податкових органів, перебуваючи, проте, безпосередньо в підпорядкуванні відповідного керівника ДПС України, що може слугувати упередженості при розгляді цим відділом подібних скарг на дії чи бездіяльність податкових органів та їх посадових осіб.

У той же час, досвід зарубіжних країн показує, що в ряді країн скарги платників податків, в першу чергу, розглядаються тими посадовими особами податкових органів, які і прийняли рішення, що оскаржується, або вчинили оскаржувану дію. Такий порядок передбачено в Австрії, США, Німеччині. Метою цієї процедури є можливість податкових органів самостійно змінити своє рішення. Так, відповідно до параграфу 249 Федерального положення про податки та збори Австрії, скарга подається до фінансового органу, що

приймає рішення (місце подання). При цьому фінансова служба може самостійно змінити своє рішення та прийняти попереднє рішення за скаргою [4, с. 62].

У Положенні про податки та платежі Німеччини закріплені два засоби досудового захисту – претензія та скарга. Претензія є засобом оскарження рішення податкового та інших органів, скарга ж можлива лише у разі неприпустимості претензії. Рішення за скаргою приймається тільки якщо існують так звані передумови для прийняття рішення про обґрунтовану претензію на правовий захист. Платник податків може подати претензію протягом місяця з дня виникнення спірної ситуації. Подається вона до того фінансового органу, акт чи дія якого оскаржується, той самий орган її й розглядає. На відміну від претензії, скарга розглядається фінансовим органом вищого рівня [9, с. 250].

Слід зазначити, що податковим законодавством України передбачено можливість посадових осіб податкового органу, які прийняли податкове повідомлення-рішення, внаслідок його оскарження в адміністративному порядку змінювати суму податкових зобов'язань, а також наділені правом скасувати таке рішення. Так, відповідно до підпункту 60.1.2 та підпункту 60.1.3 п. 60.1 ст. 60 Податкового кодексу України податкове повідомлення-рішення або податкова вимога вважаються відкликаними, якщо контролюючий орган скасовує раніше прийняте податкове повідомлення-рішення про нарахування суми грошового зобов'язання або податкову вимогу; контролюючий орган зменшує нараховану суму грошового зобов'язання раніше прийнятого податкового повідомлення-рішення або суму податкового боргу, визначену в податковій вимозі [12].

Відповідно 60.3 ст. 60 Податкового кодексу України у випадках, визначених підпунктом 60.1.2 пункту 60.1 цієї статті, податкове повідомлення-рішення або податкова вимога вважаються відкликаними з дня прийняття контролюючим органом рішення про скасування такого податкового повідомлення-рішення або податкової вимоги [12].

Відповідно до п. 60.4 ст. 60 Податкового кодексу України у випадках, визначених підпунктами 60.1.3 і 60.1.5 пункту 60.1 цієї статті, податкове повідомлення-рішення або податкова вимога вважаються відкликаними з дня надходження до платника податків податкового повідомлення-рішення або податкової вимоги, які містять зменшену суму грошового зобов'язання або податкового боргу [12].

Таким чином, платник податків, який незгодний з прийнятим податковим повідомленням-рішенням, має право звертатися або до податкового органу вищого рівня в порядку адміністративного оскарження, або до суду.

Ще одним суб'єктом податкових спорів можна назвати фінансові органи держави – Міністерство фінансів України. Так, відповідно до п. 19-2.1.5 ст. 19-2 Податкового кодексу України центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику, в частині забезпечення формування та реалізації податкової та митної політики видає узагальнюючі податкові консультації відповідно до цього Кодексу [12].

Платник податків може оскаржити до суду наказ про затвердження узагальнюючої податкової консультації або надану йому індивідуальну податкову консультацію як правовий акт індивідуальної дії, які, на думку такого платника податків, суперечать нормам або змісту відповідного податку чи збору.

Скасування судом наказу про затвердження узагальнюючої податкової консультації або індивідуальної податкової консультації є підставою для надання нової податкової консультації з урахуванням висновків суду.

Відповідно до п. 112.8 ст. 112 Податкового кодексу України обставинами, що звільняють від фінансової відповідальності за вчинення податкових правопорушень та порушення іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, є [12]:

– вчинення діяння (дії або бездіяльності) особою, яка діяла у відповідності до індивідуальної податкової консультації, наданої такому платнику податків у паперовій або електронній формі, за умови, що така консультація зареєстрована в єдиному реєстрі індивідуальних податкових консультацій, або до узагальнюючої податкової консультації та/або до висновку об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду щодо застосування норми права, від якого в подальшому було відступлено;

– вчинення діяння (дії або бездіяльності) особою, яка діяла відповідно до консультації з питань практичного застосування окремих норм законодавства України з питань митної справи, наданої в письмовій або електронній формі, а також до узагальнюючої консультації, зокрема на підставі того, що у подальшому такі консультації були змінені або скасовані.

Отже, узагальнюючі податкові консультації мають для платників податків нормативний характер, які можуть у своїй діяльності керуватися такими консультаціями, що звільнятиме їх від фінансової відповідальності за вчинення податкових правопорушень.

В рамках чинної управлінської системи інститут розгляду податкових спорів на досудовій стадії може бути виведений за межі податкового органу, тобто структури Державної податкової служби України. Тому цей інститут міг би функціонувати в якості відповідного окремого підрозділу чи служби у структурі Міністерства фінансів України. У зв'язку із чим можна було б внести відповідні зміни до Положення про Міністерство фінансів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 375.

Проте, передача Міністерству фінансів України функцій з розгляду скарг платників податків в адміністративному порядку станом на сьогодні не є можливою. І тут неминуче виникне питання, яким саме фінансовим органам необхідно подавати скаргу. Міністерство фінансів України об'єктивно не зможе впоратися із потоком скарг платників податків. Та й самі платники податків виявляться у менш вигідному становищі, оскільки не завжди зможуть особисто бути присутніми під час розгляду скарги. Таким чином, Міністерство фінансів України не готове зараз взяти на себе функції з розгляду скарг платників податків.

У той же час, з урахуванням функцій і повноважень Міністерства фінансів України, яке здійснює координацію та контроль діяльності служб, що знаходяться у його підпорядкуванні, у тому числі Державної податкової служби України, доцільно при Міністерстві фінансів України створити науково-дослідний податковий інститут, одним із завдань якого була б розробка шляхів мінімізації кількості податкових спорів та законопроектна робота з цього приводу. Звісно ж, створення такого інституту змінить взаємовідносини між платниками податків і податковими органами, сприятиме розробці рекомендацій у сфері податкової політики, аналізу впливу її змін на поведінку приватних осіб-платників податків.

Податкові спори у судовому порядку розглядаються і вирішуються адміністративними судами за правилами Кодексу адміністративного судочинства України. Процесуальні дії суду є основними юридичними фактами, що впливають на динаміку процесуальних відносин. Рішення суду є обов'язковими для виконання всіма іншими учасниками адміністративної справи з вирішення податкового спору.

Однією з тенденцій розвитку системи правосуддя нині є прагнення спеціалізації у межах судової системи. Особливо актуальною є необхідність спеціалізації саме при розгляді податкових та інших спорів у справах, що впливають з публічно-правових відносин. Податкове законодавство відрізняється складністю і суперечливістю.

Тому відповідно до ч. 1 ст. 102 Кодексу адміністративного судочинства України суддя може призначати експертизу у справі за сукупності таких умов: 1) для з'ясування обставин, що мають значення для справи, необхідні спеціальні знання у сфері іншій, ніж право, без яких встановити відповідні обставини неможливо; 2) жодною стороною не наданий висновок експерта з цих самих питань або висновки експертів, надані сторонами, викликають обґрунтовані сумніви щодо їх правильності [8].

Хоча щодо суддів адміністративних судів діє презумпція права у виконанні ними професійних обов'язків, проте фактично спеціалізація складається у межах відповідних судових колегій та палат.

Розглядаючи організаційне забезпечення механізму вирішення податкових спорів у межах судового порядку їх розгляду, необхідно зупинитися також на проблемі створення спеціалізованих податкових судів.

Останнім часом все частіше висловлюються пропозиції щодо створення податкових судів, які розглядали б усі податкові спори. У зв'язку з цим цікаво дослідити зарубіжний досвід податкового судочинства.

У більшості країн розгляд податкових спорів віднесено до компетенції спеціально створених судів. І тут в процедурах розгляду таких спорів, зазвичай, немає якихось істотних особливостей у порівнянні з тими, які застосовуються під час розгляду інших економічних спорів. Інтерес представляють країни, у яких розгляд податкових спорів віднесено до підвідомчості спеціалізованих судів – податкових чи фінансових. Розглянемо докладніше вирішення податкових спорів у межах таких судів.

Справа в тому, що віднесення податкових спорів до компетенції спеціально створених для цього податкових судів є типовим для держав, які переважно дотримуються англосаксонських правових традицій, хоча є й винятки. Спеціальні податкові суди діють у США, Канаді, Японії.

Так, Податковий суд США був створений Конгресом США в 1924 р. як федеральний суд спеціальної юрисдикції і називався не податковим судом, а Радою податкових апеляцій США. У 1942 році Рада була перейменована в Податковий суд США, який спочатку розглядав все ще як агентство виконавчої влади і лише в 1969 р. повністю сформувався як спеціалізований суд [9, с. 254].

Податковий суд Сполучених Штатів Америки – це єдиний спеціалізований суд США, куди платник податків має право звернутися з позовом до Федеральної податкової служби до сплати податку. В інші суди (районні федеральні суди, Суд федеральних позовів) платник податків може подати позовну заяву тільки після того, як податок вже було сплачено, з вимогою про повернення надмірно/помилково сплачених сум податку та відшкодування збитків, пов'язаних зі стягненням податку [3, с. 106].

На відміну від загальних федеральних судів цей Суд має власні правила та процедури, які відрізняються від федеральних цивільно-процесуальних норм менш жорсткими формальними вимогами. Зокрема, Суд має право дозволити непрофесійним повіреним представляти платників податків у процесі. Як відповідачі виступають працівники податкової служби, а не адвокати юридичних компаній. До розгляду справи суддею сторони в неофіційному порядку обмінюються інформацією та документами, що є у них.

Багато справ розглядаються суддями з виїздом до інших штатів та міста, де є спеціальні приміщення для судових процесів. На кожного суддю припадає близько 400 податкових справ на рік. Загальна кількість позовів, що надходять до Суду, вимірюється десятками тисяч (70-80 тис. справ на рік), але з більшості з них сторони приходять до угоди до початку слухання. Угода може бути досягнута між сторонами та після того, як справа прийнята до розгляду суддею, причому суддя сприяє цьому. Зрештою, суддя зазвичай вирішує по суті в судовому засіданні не більше 10 % справ, що підлягають розгляду в Податковому суді. Порядок та всі процедури розгляду справ у суді суворо визначені законом: Правилами практики та процедурами Податкового суду США. Це свого роду податково-процесуальний кодекс США [9, с. 269].

Цей документ об'єднує всі процесуальні норми та детально регламентує всі дії сторін: порядок подання позовних заяв, форму та зміст позовної заяви та клопотань, порядок призначення місця проведення судового засідання, порядок подання доказів у суді, види доказів, порядок укладання мирової угоди тощо.

Іншим спеціалізованим судом США, який також розглядає податкові спори, є Суд федеральних позовів. Однак його спеціалізація – розгляд великої за розміром претензії до федерального уряду, яка може полягати не тільки в необґрунтованому стягненні федеральних податків, але також у невиконанні зобов'язань за укладеними з урядом контрактами, порушенні патентного права і інших діях чи бездіяльності урядових органів.

До цього Суду платник податків може звернутися тільки після сплати або стягнення з нього податку і подати позов до федерального уряду про повернення безпідставно сплачених сум та відшкодування збитків. Сума позову має бути не менше 100 тис. доларів США. Тому кількість податкових спорів, що розглядаються даним Судом, порівняно невелика (приблизно в 90 разів менша, ніж кількість спорів, що розглядаються Податковим судом). Податковий суд Канади, Національний податковий суд Японії, а також система фінансових судів Німеччини схожі за порядком діяльності з Податковим судом США.

Загалом необхідно зазначити, що загальна кількість спорів, що розглядаються такими судами, є незначною порівняно з кількістю спорів, вирішених у досудовому порядку.

Висновок. Існуюча управлінська система розгляду податкових спорів потребує структурних змін з метою підвищення ефективності, забезпечення гарантій об'єктивності рішень, що приймаються. На рівні податкових органів відсутній спеціальний структурний підрозділ, який займається розглядом скарг платників податків на дії та бездіяльність податкових органів та їх посадових осіб. На юридичні та інші структурні підрозділи покладені не тільки функції з розгляду скарг платників податків в адміністративному порядку, але й з надання правової допомоги іншим структурним підрозділам, а також представництво інтересів податкових органів в судах.

У зв'язку з цим у структурі Державної податкової служби України є доцільним створити відділ по роботі зі скаргами платників податків на дії та бездіяльність податкових органів. Саме цей підрозділ слід наділити повноваженнями щодо розгляду скарг платників податків на дії та бездіяльність податкових органів, позбавивши таких повноважень юридичні структурні підрозділи податкових органів.

Передача Міністерству фінансів України функцій з розгляду скарг платників податків станом на сьогодні є недоцільною. У той же час, з урахуванням функцій та повноважень Міністерства фінансів України, яке здійснює координацію та контроль діяльності служб, що знаходяться у його підпорядкуванні, у тому числі Державної податкової служби України доцільно при Міністерстві фінансів України створити науково-дослідний податковий інститут, одним із завдань якого була б розробка методологічної допомоги та законопроектна робота щодо мінімізації податкових спорів.

Створення податкових судів в Україні не зніме остаточно проблему збільшення кількості таких спорів у нашій країні, а лише перерозподілить навантаження між адміністративними судами і новоствореними податковими судами.

Список використаних джерел:

1. Борзунова О.А. Зарубежный опыт разрешения налоговых конфликтов. Налоговые споры: теория и практика. 2003. № А. С. 17-20.
2. Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В.В. Ярков. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2004. 448 с.
3. Ефремов Л. Порядок судебного разрешения налоговых споров в США. Хозяйство и право. 1998. № 4. С. 104-106.
4. Журавлева О.О. Правовое регулирование федеральных налогов в Австрии. Финансовое право. 2002. № 3. С. 62-63.
5. Закон України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 року № 393/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
6. Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 року № 3166-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3166-17#Text>.
7. Ілієв І.В. Підвідомчість і підсудність адміністративних спорів по законодавству республіки Болгарії / І.В. Ілієв II Вісник Одеського університету внутрішніх справ. 2001. №2. С. 81-83.
8. Кодекс адміністративного судочинства України в редакції від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#n6636>.
9. Кучеров И.И. Налоговое право зарубежных стран: курс лекций. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. 374 с.
10. Наказ Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами» від 21 жовтня 2015 року № 916. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1617-15#Text>.
11. Налоговое право: учебник / под. ред. С.Г. Пепеляева. М.: Юрист, 2004. 591 с.
12. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>.
13. Положення про Державну податкову службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 р. № 227. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF#Text>.
14. Порядок розгляду звернень та організації особистого прийому громадян у Державній податковій службі України та її територіальних органах, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 15 червня 2020 року № 297. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0969-20#Text>.