Видання «Правові системи» включено до переліку наукових фахових видань, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук з юридичних дисциплін

(Наказ Міністерства освіти і науки України № 793 від 04.07.2014 р.)

Журнал заснований у 2013 році

Головний редактор: ***ГРІНЕНКО Олена Олексіївна*** – доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник, Академічний радник НАПрН України

Засновники:

Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Інститут законодавства Верховної Ради України

Київський регіональний центр Академії правових наук України

Галузь науки: Юридичні науки

Періодичність: 6 разів на рік

УДК: 340

Рекомендовано Вченою радою Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Електронна пошта:
miroshnychenko0707@gmail.com

Режим доступу до Журналу:
Ошибка! Недопустимый объект гиперссылки.

Редакційна Рада:

Мицик Всеволод Всеволодович - доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України, в.о. завідувача кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка – Голова редакційної ради

1. **Кузнєцова Наталія Семенівна**, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, віце-президент НАПрН України
2. **Копиленко Олександр Любимович**, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, член-кореспондент НАН України
3. **Копійка Валерій Володимирович**, доктор політичних наук, професор
4. **Шемшученко Юрій Сергійович**, доктор юридичних наук, професор, академік НАН України
5. **Денісов Володимир Наумович**, доктор юридичних наук, професор
6. **Костицький Василь Васильович**, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
7. **Баймуратов Михайло Олександрович**, доктор юридичних наук, професор
8. **Бурменський Михайло Всеволодович**, доктор юридичних наук, професор
9. **Буткевич Ольга Володимирівна**, доктор юридичних наук, доцент
10. **Батлер Уільям**, доктор юридичних наук, професор (Сполучені Штати Америки)

Редакційна Колегія:

1. **Волошин Юрій Олексійович**, доктор юридичних наук, професор
2. **Муравйов Віктор Іванович**, доктор юридичних наук, професор
3. **Бабін Борис Володимирович**, доктор юридичних наук, професор
4. **Бірюков Олександр Миколайович**, доктор юридичних наук, професор
5. **Сліденко Ігор Дмитрович**, доктор юридичних наук, професор
6. **Батанов Олександр Васильович**, доктор юридичних наук, професор
7. **Шпакович Ольга Миколаївна**, доктор юридичних наук, доцент
8. **Медведєва Марина Олександрівна**, доктор юридичних наук, доцент
9. **Смірнова Ксенія Володимирівна**, доктор юридичних наук, доцент
10. **Оніщенко Наталія Миколаївна,** доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
11. **Кресін Олексій Веніаминович**, доктор юридичних наук, доцент
12. **Білоцький Сергій Дмитрович,** доктор юридичних наук, доцент
13. **Кориневич Антон Олександрович,** кандидат юридичних наук
14. **Гамурарь Віталій Віссаріонович**, кандидат юридичних наук, доцент (Республіка Молдова)
15. **Мірошниченко Оксана Петрівна**, відповідальний редактор

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Кравчук В. О., Новиков О. В. ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ТА НАСЛІДКИ ЗМІНИ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ З ПРЕЗИДЕНТСЬКО-ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ НА ПАРЛАМЕНТСЬКО-ПРЕЗИДЕНТСЬКУ ВПРОДОВЖ 1991 – 2005 рр……..3

Томаш Л.В. ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК СУБСТАНЦІЙНА ОСНОВА ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ……..17

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Стасів В.І. ПРОБЛЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ……..28

Денісова К.Г. ОРГАН ПРОКУРАТУРИ В СИСТЕМІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ (НА ПРИКЛАДІ ЗАКОНОДАВСТВА ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН)……..34

Курило О.С. ПРОЦЕДУРА «ГІЛЬЙОТИНИ» І ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ (НА ПРИКЛАДІ ДОСВІДУ ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ) ……..39

Деркач А.Л. ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В КОНСТИТУЦІЯХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ……44

АДМІНІСТРИТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Стороженко С.А. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ПЕРЕМІЩЕННЯМ ТОВАРІВ ЧЕРЕЗ МИТНИЙ КОРДОН НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ……..50

Салій С.Л. РЕФОРМУВАННЯ РИНКУ БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ ТА БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУВ УМОВАХ ВЗАЄМОДІЇ З МІЖНАРОДНИМИ ФІНАНСОВИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ……..63

Лещенко Р., Заїка А. ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В СФЕРІ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ……74

Музика-Стефанчук О.А. ОБМІН ІНФОРМАЦІЄЮ ЯК ПРОЯВ ПРИНЦИПУ НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ У КОНТЕКСТІ СТ. 350 УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄС……82

Тарасенко Я.В. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, СУБСИДІАРНІСТЬ, ПРОПОРЦІЙНІСТЬ: ФІНАНСОВО-ПРАВНИЙ ВИМІР І ВИМІР ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ……..88

Заїка А. ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ В НІМЕЧЧИНІ……..95

Діхтяренко К.О. ДОРОГОЦІННІ МЕТАЛИ ЯК ОБЄКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ……102

Бакал М.А. ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБЄКТУ ОПОДАТКУВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТУ ПОДАТКУ НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ВІД СПАДЩИНИ ТА ПОДАРУНКІВ……110

Томчук О.В. МИТНА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ……..126

Гурін Д.М. ЕВОЛЮЦІЯ КАТЕГОРІЇ «БІЖЕНЕЦЬ» В УКРАЇНІ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ПІДХІД……134

Максименко В.М. ОБ'ЄКТ ОПОДАТКУВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН……..141

Синишин О.Р. ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ: ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ……...150

Бакал ВП., Будзинський М.П. ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ «ПОДАРУНОК» ТА «НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА» ……..160

Іляшов А. ОРГАНИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ……172

Пальчик М. ІНСТИТУТ ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ СЛУЖБИ, ЯК РІЗНОВИД ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ, В ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ.183

Мамульчик А.М. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ ДИТИНИ, РОЗЛУЧЕНОЇ З СІМ'ЄЮ, В УКРАЇНІ……190

Гончаренко С.Ю. СУТНІСТЬ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ……..198

Кобильнік Д.А. ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ФУНКЦІЇ ПОДАТКОВОГО ПРАВА……..206

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Гуйван П.Д. ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ……..216

Шелудько Є.А. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА……..229

Філонова Ю.М. ЗАХИСТ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ……..236

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО. ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Сидоренко Д.О. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГІВЛІ ЛІКАРСЬКИМИ ЗАСОБАМИ В УКРАЇНІ……250

Кулик О.І. ВИРОБНИЦТВО ЕНЕРГІЇ З ВИКОРИСТАННЯМ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЯК ОБ'ЄКТ СТИМУЛЮВАННЯ……254

Леміш О.В. СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТОК ЕНЕРГЕТИЧНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ (НА ПРИКЛАДІ АТОМНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ)……262

Руденко Л.Д. ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЯК ПЕРЕДУМОВА ГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ……274

Павлюченко Ю.М. ПІДСТАВИ ЗАХИСТУ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ АГРАРНОГО РИНКУ……281

ТРУДОВЕ ПРАВО

Данильченко А. М. ЛОКАУТ ЯК ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН……292

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО. ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО. ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

Горбайчук Л.В., Габрелян А.Ю. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ КОШТІВ, ЩО НАДХОДЯТЬ У ПОРЯДКУ ВІДШКОДУВАННЯ ВТРАТ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ТА ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА……..301

Пінкевич Н.С. КЛАСИФІКАЦІЯ ВІДХОДІВ В УКРАЇНІ: НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ……313

Куровська І.А., Мірошниченко О.П. ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ, ЯК СКЛАДОВОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ……322

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Сірець О.О. ДО ПИТАННЯ НЕОБХІДНОСТІ ОБМЕЖЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПОНЯТИХ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ……..334

Іщук М.А. МЕТОДИ ВИЯВЛЕННЯ ТА ВИМІРЮВАННЯ ОБСЯГІВ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ……343

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА, ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Свергун О.І. ДОВЕДЕННЯ ВИНИ ПОЗА РОЗУМНИМ СУМНІВОМ……..352

СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Рядінська В.О., Карпушова О.В. КВАЛІФІКАЦІЙНЕ ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ ТА ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ……357

МІЖНАРОДНЕ ПУБЛІЧНЕ ПРАВО . МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Борисов Є.Є. ВІДСТУП ДЕРЖАВ ВІД ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА МІЖНАРОДНИМ ПАКТОМ ООН ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ І ПОЛІТИТЧНІ ПРАВА.367

Polianskyi Dmytrii TOPICALCAL PROBLEMS OF DEFINING THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE'S LEGAL STATUS IN DOMESTIC LEGISLATIONS AND IN INTERNATIONAL LAW……380

Спектор О.М. РЕЖИМ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ В СФЕРІ ПРИРОДО-РЕСУРСНИХ ВІДНОСИН……390

Галаган С.О. ОСОБЛИВОСТІ СУЧАСНИХ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ПРО СТВОРЕННЯ ЗОНИ ВІЛЬНОЇ ТОРГІВЛІ ……405

Литвиненко А.А. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАБУТТЯ ЧЕРЕЗ ЗНИЩЕННЯ ДАНИХ ПРО СУДИМІСТЬ ТА ПІДОЗРУ В СКОЄННІ ЗЛОЧИНУ: ПРАКТИКА СУДІВ ДЕЯКИХ КРАЇН КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ ЄВРОПИ ТА СУЧАСНА ПРАКТИКА ЄСПЛ ……415

Пилипенко В. П. ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ В СТАТУТАХ МІЖНАРОЖНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ТРИБУНАЛІВ ТА РИМСЬКОМУ СТАТУТІ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ……445

Гончаренко В.В. ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ТЕРМІНА «НАЦІОНАЛЬНІСТЬ СУДНА……453

Стефанчук М.О. ОКРЕМІ АСПЕКТИ УЗГОДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АВТОРСЬКОГО ТА СУМІЖНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ ЗІ СТАНДАРТАМИ ЄС……461

Габрелян А.Ю. ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНУВАННЯ МІЖНАРОДНИХ СТРАТЕГІЧНИХ АЛЬЯНСІВ В ІТ-СФЕРІ ……469

Баранова-Мохорт А.С. ОСОБЛИВОСТІ ОПОДАТКУВАННЯ НЕРУХОМОСТІ В БРИТАНСЬКІЙ КОЛУМБІЇ……479

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 342.3(477)-029:9

Кравчук В. О.,
студент 7 групи, 3 курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
Новиков О. В.,
к. ю. н., доцент кафедри державного будівництва
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ТА НАСЛІДКИ ЗМІНИ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ З ПРЕЗИДЕНТСЬКО-ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ НА ПАРЛАМЕНТСЬКО-ПРЕЗИДЕНТСЬКУ ВПРОДОВЖ 1991 – 2005 РР.

У статті розглядаються основні передумови та чинники зміни форми правління в Україні впродовж 1991 – 2005 рр.. Проводиться аналіз змін форм правління, переваги та недоліки змін, з врахуванням соціально-економічних та політичних подій в період впровадження змін, політичних постатей, які стояли за впровадженням цих змін та робиться висновок про результативність вищезгаданих змін.

Ключові слова: *форма правління; незалежність України; Конституція України; президент; парламент; Леонід Кравчук; узурпація влади; система стримувань та противаг*

Кравчук В. А. Новиков А. В. ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ И ПОСЛЕДСТВИЯ ИЗМЕНЕНИЯ ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ С ПРЕЗИДЕНТСКО-ПАРЛАМЕНТСКОЙ В ПАРЛАМЕНТСКО-ПРЕЗИДЕНТСКУЮ НА ПРОТЯЖЕНИИ 1991 - 2005 ГГ.

В статье рассматриваются основные предпосылки и факторы изменения формы правления в Украине на протяжении 1991 - 2005 гг .. Производится анализ каждой смены формы правления, преимущества и недостатки изменений, с учетом социально-экономических и политических событий в период внедрения изменений, политических фигур, которые стояли за внедрением этих изменений и делается вывод о результативности вышеупомянутых изменений.

Ключевые слова: *форма правления; независимость Украины; Конституция Украины; президент; парламент; Леонид Кравчук; узурпация власти; система сдержек и противовесов*

O.Novikov, V.Kravchuk Historical preconditions and consequences of the form of government change from presidential-parliamentary into parliamentary-presidential during 1991-2005.

In the article we consider tne main preconditions and factors of the form of government change in Ukraine during 1991-2005. We analysed every form of goverтtent change, the preferences and defects of that changes, we took account of social-economical and political events that have happened during tht changes, we also showed political figures that inculcated that reforms and we made a conclusion about the effectiveness of that changes.

Key words: *form of government, independence of Ukraine, The Constitution of Ukraine, president, parliament, Leonid Kravchuk, usurpation of power, system of checks and balances*

Побудова ефективної системи вищих органів влади в Україні є ключовим елементом у процесі побудови успішної держави, орієнтованої на захист й забезпечення прав і свобод людини й громадянина та задоволення суспільних потреб. Стрижень цієї системи закладається Конституцією, в якій, зокрема, визначаються функції та повноваження Верховної Ради України, Президента України і Кабінету Міністрів України.

Генеральний секретар ЦК КПРС Михайло Горбачов проголосив курс перебудови («перестройки»). З того моменту на території Української РСР з`являються громадські організації, найвпливовішою з них була організація – Народний Рух України. Народний рух України за перебудову – громадсько-політичний рух, який об`єднав українську громаду, метою руху було проголошення незалежної демократичної Української держави. Рух досяг значних успіхів у виборчій кампанії, що дало змогу створити у Верховній Раді України впливову фракцію - Народну Раду та забезпечити більшість у ряді місцевих рад: Києва, Центральної і Західної України. Народний рух позиціонував себе, як демократична парламентська опозиція. На той час уряд призначався Верховною Радою, беззаперечну більшість у якій становили комуністи. Згідно з теоретичним аспектом внутрішньопарламентський спосіб формування уряду при однопартійній системі є характерною ознакою республік радянського типу(соціалістичних республік). А інакше і бути не могло – носії партійних квитків комуністичної партії УРСР не спішили відмовлятися від влади, а тим більше-здійснювати конституційну реформу. Тому демократична опозиція через перерозподіл повноважень на користь Голови Верховної Ради, яким у цей момент був Леонід Кравчук, спробувала обмежити вплив комуністів. У березні 1991 р. на сесії Верховної Ради «прозвучали пропозиції про надання Кравчукові президентських повноважень, обрання його президентом». Парламент надав Голові Л. Кравчуку додаткові функції, що символізувало собою значний поступ у формуванні України, як суверенної держави, яка офіційно до 26 грудня 1991 р. все ще перебувала у складі СРСР [1].

Ще до здобуття незалежності, а саме: 5 липня 1991 року було прийнято Закон «Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР». Згідно з цим законом, виник інститут президента.

Закон закріплював, що Президент є найвищою посадовою особою Української держави і главою виконавчої влади.

Система розподілу гілок влади в Україні після впровадження інституту президентства являла собою своєрідну комбінацію, де жодна з гілок влади не мала чітко визначеного статусу, адміністративної структури та чіткого уявлення щодо механізму створення ефективної системи управління. Парламент, наділений вищими законодавчими повноваженнями та значною владою над урядом, був доповнений президентом, якому надавались значні повноваження щодо визначення структури уряду, та відводилась значна роль у законотворчості. Бачимо класичний політичний компроміс, котрого, однак, неможливо було уникнути – партійна система України знаходилася на стадії зародження.

Конституція періоду 1991-1995 рр. характеризувалась успадкованими положеннями Конституції УРСР 1978 р. із постійним внесенням до неї змін. Робота над Конституцією незалежної України почалась з прийняття Декларації про державний суверенітет 16 липня 1990 року, була створена конституційна комісія на чолі з тодішнім голово парламенту УРСР Леонідом Кравчуком. Перший варіант концепції передбачав створення двопалатного парламенту та президентську республіку, але дана концепція не набула підтримки ні депутатами, ні суспільством. Головними положеннями Конституції були: збереження значного впливу ВРУ у кадрових питаннях, Президент України очолював систему органів державної виконавчої влади. Так, Верховна Рада України за поданням Президента України затверджувала кандидатуру Прем’єр-міністра, міністрів закордонних справ, оборони, фінансів, юстиції, внутрішніх справ та голів Державного комітету у справах охорони державного кордону і Державного митного комітету. Парламент призначав: суддів Конституційного Суду України, Верховного Суду України, суддів обласних і Київського міського судів, арбітрів Вищого арбітражного суду України, арбітражних судів областей, міста Києва, Генерального прокурора України, Голову Служби національної безпеки України, Голову правління Національного банку України, Голову і заступників Голови та державних уповноважених Антимонопольного комітету України, президію Вищого арбітражного суду України, колегію Генеральної прокуратури України. Верховна Рада України могла висловити недовіру Прем’єр-міністру України, окремим членам Кабінету Міністрів України або Кабінету Міністрів України в цілому, що призводило до їх відставки [2].

Після перемоги Л. Кравчука на президентських виборах з 61,59%, обійшовши політичного опонента В'ячеслава Чорновола, він став першим всенародно обраним Президентом України. Леонід Кравчук докладав усіх зусиль для зосередження у своїх руках виконавчої влади, проявом такої узурпації став Указ «Про керівництво Кабінетом Міністрів України», внаслідок чого Президент взяв на себе обов'язки глави виконавчої влади, що собою знаменувало перехід до президентської республіки також була створена Державна дума України, яка мала «забрати» частину повноважень Верховної Ради України. Крім того, була здійснена спроба зміцнити вертикаль влади. У 1992 році був прийнятий закон про запровадження посади представника Президента. Частково, це сприяло зміцненню вертикалі, але проблема полягала в тому, що законодавчо взаємовідносини між представниками Президента та головами рад не були чітко визначеними. Так само, як і невизначеними залишались відносини Президента та Прем'єр-міністра. Проте, в наступному проекті Конституції від 27.05.1993 року Президент визначався лише главою держави, йому підпорядковувався КМУ, який одночасно був відповідальний і перед Верховною радою. Тобто, в проекті Конституції вже закладались риси притаманні напівпрезидентській республіці [3]. Всі ці зміни відбувались на фоні сильного економічного спаду, який більшість українців, звиклих до командно-адміністративних засад формування економіки та патерналістських стереотипів, пов'язували з Президентом. Економічна ситуація упродовж 1990-1994 рр. характеризувалась гіперінфляцією, падінням ВВП, промислового виробництва, сільського господарства більше ніж на 40 %, усе це було наслідком правління Кравчука, через те, що Кравчук, маючи широкі повноваження тяжів до адміністративного регулювання та не здійснював глибокі економічні реформи. Інакше і бути не могло, тому що Кравчук був менеджером радянського типу. Ці персоніфіковані звинувачення у сторону Президента посилювали вплив Леоніда Кучми, який з жовтня 1992 р. до вересня 1993 р. був Прем'єр-міністром. На цей момент Верховна Рада складалася з депутатів, обраних ще до проголошення Незалежності України за мажоритарним принципом. Парламент легко перейшов з пропрезидентської більшості на пропрем'єрську, що свідчило про нестабільність такого парламенту. Депутати у такому випадку підтримували того, хто викликав більшу довіру у виборців, а, отже, піддавались, зовнішнім впливам сильніше, ніж дотримувались своїх політичних переконань. Вимагаючи більших повноважень для КМУ, Л. Кучма підкреслював, що відповідальність за економічну кризу

несе чинний Президент. Це була перша дискусія між найвищими посадовцями в Україні, яка призвела до тимчасового перерозподілу частини повноважень на користь Прем'єра та КМУ. 18 листопада 1992 р. Верховна Рада ухвалила Закон України «Про тимчасове делегування КМУ повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» [4], згідно якого КМУ міг видавати декрети щодо регулювання основних напрямків економічної політики. Цей факт можна розглядати як початок боротьби за перерозподіл повноважень між Президентом та КМУ й Верховною Радою. У той час прибічники президентської республіки вважали, що Україні, внаслідок розпаду СРСР і дезорганізованості колишніх радянських республік, потрібна сильна президентська влада, яка спроможна зміцнити країну і прискорити темпи трансформації соціально-економічних відносин. Проте не всі були згодні з підвищенням ролі Президента в управлінні державою. У країні назріває протистояння між законодавчою і виконавчою владою. Крім цього, погіршується економічна ситуація, відбувається падіння добробуту населення, зростає безробіття, зростає обурення громадян, прикладом того є масові страйки шахтарів. Під тиском економічних проблем і політичної кризи Кравчук погодився на дострокові президентські і парламентські вибори [5].

10 липня 1994 року Леонід Кучма з результатом 52,15% голосів виборців переміг у другому турі президентських виборів. Леонід Кравчук, набрав 45,06%.

У 1995 році, вже за часів президентства Л. Кучми, Верховна Рада прийняла закон «Про державну владу і місцеве самоврядування». Згідно закону Президент став одноосібним главою уряду, склад якого він мав формувати сам без узгоджень та затверджень парламенту. Теоретична ознака супер-президентської республіки! Проте на рівні Конституції ці норми так і не були закріплені. Для введення цих змін в дію потрібно було 2/3 голосів депутатів, а домовленостей між представниками законодавчої та виконавчої гілок влади так і не було досягнуто. У цей час набула розвитку ідея прийняття малої конституції, тобто конституційного акта, який регулював би тільки засади організації державної влади. Вона була реалізована у вигляді Конституційного Договору, прийнятого 8 червня 1995 р. між Верховною Радою України і Президентом України «Про основні засади організації й функціонування державної влади та місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» [6]. Конституційний Договір не містив положення, що закріплює форму державного правління, проте з його системного аналізу можна дійти висновку про перевагу елементів

президенціалізму. Президент України визнавався главою держави і виконавчої влади, яка мала здійснюватися через очолювані президентом уряд і систему центральних та місцевих органів державної виконавчої влади (ст. 19). Він отримав право призначати Прем'єр-міністра і формувати склад Уряду (ст. 22). І Президент, і Кабінет Міністрів наділялись правом законодавчої ініціативи у Верховній Раді України (ст. 15) [7].

Отже, після підписання Конституційного договору Україна стала республікою з сильною президентською владою, але замість прозорих реформ сильного лідера, держава отримала остаточне утвердження олігархічних кланів, які всі свої прибутки виводили в тіньову економіку. Конституційний договір оформив в специфічну форму правління-своєрідний гібрид президентсько-парламентської та президентської республік.

28 червня 1996 року було прийнято Конституцію України, яка закріпила президентсько-парламентську форму правління. Спочатку запропонована форма правління була більш-менш прийнятною для України. Однак Президент, користуючись своїми повноваженнями, почав зосереджувати всю повноту влади. Крім того, такий орган, як Адміністрація Президента, почав перебирати на себе певні функції Кабінету Міністрів. Тобто Президент «узяв під контроль» виконавчу владу. Така ситуація, звичайно, не задовольняла Верховну Раду. Між главою держави і законодавчою владою назрівав конфлікт. Почала формуватися опозиція. Саме тоді вперше заговорили про недосконалість Конституції та про конституційну реформу.

З юридичної точки зору, конституйована конструкція влади являла собою досить збалансовану систему, котра би могла забезпечити оптимальну взаємодію гілок влади для вирішення відповідних завдань та досягнення поставлених перед державою цілей. Відповідно до положень Конституції 1996 р. Президент України призначав Прем'єр-міністра України (за згодою парламенту) та весь склад Уряду, керівників інших центральних органів виконавчої влади і голів місцевих державних адміністрацій (за поданням Прем'єр-міністра). Глава держави за власним рішенням припиняв повноваження всіх зазначених посадових осіб. Саме Президент, за поданням глави Уряду, приймав рішення про утворення, реорганізацію та ліквідацію міністерств, інших центральних органів виконавчої влади. Він отримав право скасовувати акти Кабінету Міністрів України. Перед новообраним Главою держави Кабінет Міністрів складав свої повноваження. За цієї моделі Кабінет Міністрів України був відповідальний перед Президентом України, проте підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України.

Парламент міг прийняти резолюцію про висловлення недовіри Уряду, що могло призвести до відставку Президентом. Проте, Верховна Рада не могла відправити у відставку конкретних міністрів [8].

Але на практиці форма правління української держави відійшла від своєї теоретико-юридичної (конституційної) моделі. Цей відхід був зумовлений політичною та соціально-економічною ситуацією в країні: безперервним за всі роки незалежності політичним протистоянням між гілками влади, соціальною диференціацією населення та поляризацією суспільства, погіршенням життя простих людей. Так напівпрезидентська форма правління призвела до нетривкої рівноваги між президентом та парламентом, а також до взаємного блокування дій. На нашу думку основною проблемою, що не дозволяла ефективно функціонувати даній конституційній моделі було те, що партійна система була все ще нерозвиненою. Ми лише вчилися партійному будівництву.

У 2000 році дії Л. Кучми пояснюються постійними суперечками між Президентом та Верховною Радою, та взаємного блокування своїх дій, тому президент намагаючись підсилити свої повноваження та вивести уряд з під «опіки» Верховної Ради України проводить всеукраїнський референдум, на якому було запропоновано проголосувати за наступні пропозиції: формування двопалатного парламенту (підтримали 81,68%); розширення підстав для дострокового припинення повноважень Верховної Ради України (84,69%); обмеження депутатської недоторканності (89%); зменшення загальної кількості народних депутатів України з 450 до 300 (89,91%). У голосуванні взяли участь 79% громадян, але ані результати волевиявлення народу, ані високі показники явки (в деяких регіонах більше 100%) не дали провести жодної із запропонованих змін. Ініціатива президента була розкритикована як неконституційна. До Конституційного Суду зі поданнями звернулись депутати від опозиції. Врешті решт результати референдуму були переведені у площину соціологічного дослідження. За рішенням Конституційного Суду, жодна зміна до Основного закону не могла бути внесена без підтримки парламенту [9].

З 2000 р. центр прийняття рішень перемістився з Адміністрації Президента у парламент, коли керівник Адміністрації В. Медведчук став Першим заступником Голови Верховної Ради. Україна за формою правління все більше набирала ознак президентсько-парламентської республіки з мажоритарно-пропорційною системою виборів до національного парламенту. На цей крок Президент Л. Кучма пішов свідомо. Шляхом конституційних змін президентська команда прагнула зберегти владу, а Леонід Кучма –

залишитись на посаді глави держави й після другого строку повноважень (що було неможливим згідно конституційних обмежень) або «пересісти на крісло» глави уряду, зберігши за собою вплив на політичні процеси в Україні.

Все це відбувалось на фоні цілеспрямованого згортання демократичних реформ та тиску на представників громадянського суспільства. Так, якщо у перші роки незалежності ставлення української влади до медій загалом відповідало деклараціям про будівництво демократичної правової держави, то за президентства Л. Кучми ситуація відразу почала погіршуватись. У 1996 р. було створене Міністерство інформації, яке підпорядковувалось Президентові особисто, а медійний простір на державних телеканалах повністю контролювався владою [10]. В умовах зародження й початкового формування громадянського суспільства право Президента самочинно призначати половину складу Ради Національного банку України та Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення (п.12-13, ст.106, Конституції України, 1996 р.) та у такий спосіб впливати на регулювання інформаційної політики та політики Національного банку створило колосальний доступ глави держави до інформаційного й фінансового ресурсів. Під час парламентських виборів 1998 р. в незалежній пресі все ще зберігався реальний плюралізм «відповідно до їх формальних власників чи неформальних «спонсорів», і про Л. Кучму в багатьох виданнях писали здебільшого негативно». Вбивство у вересні 2000 р. відомого опозиційного до влади журналіста Георгія Гонгадзе та пов’язаний з ним «касетний скандал», у якому фігурував Леонід Кучма, посилило недовіру до чинного Президента та спричинило до кризи легітимності президентської влади. У 2002 р. на хвилі антипрезидентських протестів («Україна без Кучми») відбулися вибори до Верховної Ради. Перше місце отримала опозиційна до влади партія «Наша Україна» на чолі з Віктором Ющенком, набравши понад 23% голосів [11], її союзник Блок Юлії Тимошенко (далі – БЮТ) набрав понад 7%. Друге місце посіла проросійська, але опозиційна до Л. Кучми, КПУ (20%). Пропрезидентські партії «За єдину Україну» та СДПУ(о) набрали відповідно близько 12% та понад 6% голосів. Це звичайно послаблювало президентський вплив на парламент і в демократичній країні мало б логічно завершитися формуванням опозиційної до Президента більшості. Проте завдяки депутатам за мажоритарними списками, президентській владі вдалося зібрати парламентську більшість на свою користь. Ці тенденції гальмували зміни в державі і не відповідали настроям населення. У

такий спосіб Президент Л. Кучма, намагаючись посилити свою владу через парламент, фактично втрачав шанси залишитися при владі.

Історія "Партії регіонів" розпочалась у жовтні далекого 1997 року. Тоді було створено політичну силу під назвою "Партія регіонального відродження України". У 2000 році партії "Регіонального відродження України", "Солідарності України", "Праці", "Всеукраїнська партія пенсіонерів" та партія "За красиву Україну" об'єдналися в "Партію регіонального відродження "Трудова солідарність України", співголовами якої стали лідери об'єднаних партій Володимир Рибак, Валентин Ландик та Петро Порошенко, а до президії нового утворення увійшли Микола Азаров, Юхим Звягільський та Леонід Черновецький.

Своєю ідеологією партія назвала неоцентризм, який полягатиме у творенні та матиме культуру політичного компромісу. Фінансуванням «Партії регіонів» займались минулі «червоні директори» та приближені до президента Кучми олігархи, які за допомогою нього і стали олігархами, також кістяком цієї політичної сили були донецькі бізнесмени та державні високопосадовці. Тобто «Партія регіонів» була прототипом «За єдину Україну», яка в 2000 рр. була вже без підтримки народу України. Тому основна політична боротьба на майбутніх парламентських виборах була між «Партією регіонів» та «Нашою Україною».

Починаючи з 2002 р., було проголошено курс переходу до парламентсько-президентської форми державного правління. Наприкінці 2002 р. у Верховній Раді України була створена Тимчасова спеціальна комісія з до опрацювання проектів законів про внесення змін до Конституції України. Президент України 6 березня 2003 р. вніс до Верховної Ради України для попереднього вивчення й обговорення власний законопроект про внесення змін до Конституції [12] й оприлюднив указ про всенародне його обговорення [13]. При цьому з розгляду не було знято законопроект про внесення змін до Конституції України, який уже пройшов перевірку в Конституційному Суді України. 9 квітня 2003 р. були проведені парламентські слухання, на яких народні депутати не обмежилися обговоренням лише одного законопроекту, а охоплювалися всі аспекти реформування політичної системи. Як і в тексті чинної Конституції, так і у запропонованих змінах до неї не було безпосередньо зазначено, якою саме — президентсько-парламентською чи парламентсько-президентською республікою має стати Україна. 20 червня 2003 р. відповідно до статей 93 і 154 Конституції глава держави

подав на розгляд Верховної Ради України законопроект про внесення змін до Конституції України з проханням розглянути його позачергово як невідкладний, ураховуючи надзвичайну важливість та актуальність порушених у ньому питань [14]. Згідно з процедурою направлення законопроектів щодо внесення змін до Конституції України для висновків до Конституційного Суду України Голова Верховної Ради України 12 липня 2003 р. вніс на розгляд президентський законопроект. Проте Президент України прийняв рішення про відкликання свого законопроекту з Конституційного Суду України. Подальші зусилля були спрямовані на пошуки компромісу, який і було знайдено на базі одного з трьох парламентських законопроектів про внесення змін до Конституції України [15] — законопроекту № 4105, з якого вилучили положення про обрання Президента парламентом. Для голосування Верховної Ради України 8 квітня 2004 р. було запропоновано Закон України № 4105 «Про внесення змін до Конституції України» [16], який отримав попередню підтримку парламентарів ще 4 вересня 2003 р. Однак він не був підтриманий кваліфікованою більшістю Верховної Ради України. Після другого туру голосування на виборах Президента України 21 листопада 2004 р. Верховна Рада України 8 грудня 2004 р. прийняла в пакеті декілька законів, одним з яких був Закон України «Про внесення змін до Конституції України», який попередньо було ухвалено 19 вересня 2003 р. більшістю депутатів Верховної Ради України [7].

Від початку президентської виборчої кампанії всі політичні сили зосередили свою увагу на виборах і політична реформа відійшла на другий план. Основна політична боротьба зосередилась між «Партією регіонів», яка підтримувала чинного президента України – Кучму та Віктора Януковича, та «Нашою Україною» в обличчі Віктора Ющенко, Юлії Тимошенко, Юрія Луценка, Петра Порошенка.

У 2004 році політичне протистояння досягло свого апогею. Новий імпульс політична реформа отримала після другого туру голосування на виборах Президента України 21 листопада 2004 року, коли країна була охоплена глибокою політичною кризою. Мирні масові протести проти фальшування результатів голосування переросли у Помаранчеву революцію (22 листопада – 26 грудня 2004 року). Незважаючи на її особливо важливе значення для демократичних перетворень у державі й сподівання, які покладали українці на лідерів Першого Майдану, колишня влада зуміла нав’язати «помаранчевим» силам компроміс у вигляді змін до Конституції. Через міжнародних посередників (керівника зовнішньої політики Євросоюзу Хав'єра Солани, Екс-президента

Польщі Олександра Кваснєвського та Екс-президента Литви Валдаса Адамкуса) 8 грудня 2004 р. був підписаний тоді ще чинним Президентом Л. Кучмою Закон України «Про внесення змін до Конституції України» [17]. Цей Закон передбачав перехід до парламентсько-президентської форми правління з досить обмеженими повноваженнями глави держави. Президент України зберігав статус гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини та громадянина (ч. 2 ст. 102). Збереження за Президентом гарантування державного суверенітету, територіальної цілісності, прав та свобод людини і громадянина передбачає, що для реалізації цього положення йому потрібно сприяння уряду, оскільки згідно з ст. 116 Конституції саме Кабінет Міністрів України забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України, здійснення внутрішньої й зовнішньої політики держави, виконання Конституції та законів України, актів Президента України; вживає заходи щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина; щодо забезпечення обороноздатності й національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю. Втручання глави держави у сферу виконавчої влади зумовлюється й тим, що п. 18 ст. 106 Конституції закріплює, що він очолює Раду національної безпеки і оборони України, яка координує й контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки і оборони (ч. 2 ст. 107). Обсяг повноважень Президента не дає змоги вважати його номінальним главою держави. Зокрема, він вносить до Верховної Ради України на затвердження кандидатури Прем'єр-міністра, Міністра оборони, Міністра закордонних справ, Голови Служби безпеки, Генерального прокурора, Голови Національного банку; призначає на посаду і звільняє з посади поло- вину складу Ради Національного банку, половину складу Національної ради з питань телебачення і радіомовлення, третину складу Конституційного Суду України; вносить до Верховної Ради України після консультацій з парламентськими фракціями подання на призначення нею членів Центральної виборчої комісії; може ініціювати перед Верховною Радою України питання щодо відповідальності Кабінету Міні стрів України; призначає за поданням Кабінету Міністрів України голів місцевих державних адміністрацій, припиняє їх повноваження; зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів їх невідповідності Конституції з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності; скасовує акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій; має право вето щодо прийнятих

Верховною Радою України законів; очолює Раду національної безпеки і оборони України. Відповідно до концептуальної моделі парламентсько-президентської форми державного правління визначальну роль у формуванні уряду відіграє парламент, проте й глава держави має значні можливості для впливу на парламент. Зокрема, Конституція України (статті 83 і 114) визначає, що коаліція депутатських фракцій вносить пропозиції щодо кандидатури Прем'єр-міністра Президенту України та кандидатур до складу уряду (окрім Міністра оборони та Міністра закордонних справ). За поданням Президента Верховною Радою України призначаються Прем'єр-міністр, Міністр оборони і Міністр закордонних справ, а за поданням Прем'єр-міністра — інші члени Кабінету Міністрів України. Проте, як свідчить зарубіжний досвід побудови парламентсько-президентських республік, винятки для глав держав стосовно внесення кандидатур окремих членів уряду зазвичай не передбачаються. У випадку різної партійної належності Прем'єр-міністра і Президента ця ситуація може призвести до конфлікту державно-владних структур, окремих структурних підрозділів органів виконавчої влади. Водночас у Президента України з'явилися додаткові конституційні можливості щодо дострокового припинення за його рішенням повноважень Верховної Ради України, якщо: 1) протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій згідно зі ст. 83 Конституції; 2) протягом 60 днів після відставки Кабінету Міністрів України не сформовано його персональний склад; 3) протягом 30 днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися. Частина 2 ст. 113 Конституції України проголошує, що Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених цією Конституцією. Проте через відсутність у глави держави повноважень щодо звільнення за власною ініціативою навіть тих міністрів Кабінету Міністрів України, щодо яких він вносить подання до Верховної Ради України на призначення, положення ч. 2 ст. 113 Конституції України значною мірою нівелюється. Процедура ухвалення програми уряду, яка вже закріплена Конституцією України (п. 11 ст. 85), не пов'язана із затвердженням складу уряду. Проте досвід зарубіжних країн свідчить про доцільність подання урядової програми на розгляд парламенту водночас зі складом уряду, який вважається затвердженим тільки після її прийняття.

Висновки: складний і тернистий шлях підбору оптимальної для України форми правління було ускладнено відсутністю досвіду державного та партійного будівництва.

Це закономірно, тому що носіями депутатських мандатів та державними службовцями незалежної України стали вчорашні носії партійних квитків Комуністичної партії УРСР – тобто менеджери старого формату. Абсолютно закономірно, що вони здійснювали реформи з конституційного оформлення форми правління не з точки зору раціоналізованого парламентаризму, а з метою політичної доцільності. Велася гостра боротьба за здобуття та збереження державної публічної влади, а конкретна конституційна реформа слугувала лише оформленню перемоги конкретного політичного угрупування. Трохи пізніше ми заплатили за це надвисоку ціну.

Список використаних джерел:

1. Якимович Я. Матимемо президента? // За вільну Україну, 17 березня 1991р. – №66(191).
2. Розумний М. М., Павленко І. А., Даниляк О. О., Караваєв В. С. Конституційні аспекти розподілу повноважень у системі вищих органів державної влади України - К.: НІСД, 2015. - 27 с.
3. Парно Л. Напівпрезидентська система в Україні: етапи становлення та політичні наслідки // Політична стабільність, 03.11.2014р. - №34.
4. Закон України «Про тимчасове делегування КМУ повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» № 2796-XII від 18 листопада 1992 року: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2796-12
5. Паска О., Котовська О.. Конституційні зміни повноважень президентів України, як «розмінна монета» в українській політиці // Незалежний культурологічний часопис.[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ji-magazine.lviv.ua/2015/Konst_zminy_povnovazh_presidentov
6. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» №254/96-ВР від 8 червня 1995 р.: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80
7. Петришин О. Форма державного правління в Україні до пошуку конституційної моделі // Право України.- 2014.- № 8.
8. Бостан С. К. Форма правління незалежної Української держави: етапи розвитку, проблеми, перспективи / С. К. Бостан // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 103–110
9. Конституційна реформа [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reformsguide.org.ua/ua/analytics/constitutional-reform/
10. Кулик В. Дискурс українських медій: ідентичності, ідеології, владні стосунки. – Київ: Критика. – 2010. – С. 202–207.
11. Корж І. Вибори в незалежній Україні // Вісник Центральної виборчої комісії.– №3(24),2012р.: http://www.cvk.gov.ua/visnyk/pdf/2012_3/visnik_st_18.pdf
12. Заєць А. Принцип розподілу влад в новітній українській конституційно-правовій практиці // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 2. — С. 40–50.
13. Про внесення змін до Конституції України : проект Закону України // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 44–45. — 7 берез. — С. 2–4.

14. Про внесення змін до Конституції України : Указ Президента України про внесення на всенародне обговорення проекту Закону України // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 44–45.

15. Проект закону про внесення змін до Конституції України // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 113. — 21 черв.

16. Проект закону про внесення змін до Конституції України від 4 вересня 2003 р. № 4105 // Голос України. — 2004. — № 8. — 16 січ.

17. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» №2222-IV від 8 грудня 2004 р.: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2222-15

УДК 340

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК СУБСТАНЦІЙНА ОСНОВА ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Томаш Л.В.
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри юриспруденції
Чернівецького інституту
Міжнародного гуманітарного університету

Стаття присвячена з'ясуванню закономірностей співвідношення громадянського суспільства та правової держави в процесі їхнього становлення, розвитку та функціонування. Визначено роль та значення громадянського суспільства як субстанційної основи правової держави. Охарактеризовано особливості формування громадянського суспільства в Україні.
Ключові слова: *суспільство, держава, громадянське суспільство, правова держава, соціальна держава, право, поділ влади, особистість, політичні свободи, економічні свободи.*

Статья посвящена раскрытию закономерностей взаимодействия гражданского общества и правового государства в процессе их становления, развития и функционирования. Определено роль и значение гражданского общества как субстанциональной основы правового государства. Охарактеризованы особенности формирования гражданского общества в Украине.
Ключевые слова*: общество, государство, гражданское общество, правовое государство, социальное государство, право, разделение властей, личность, политические свободы, экономические свободы.*

The article deals with the discovering of peculiarities of correlation between civil society and the law state in the process of their formation, development and functioning. The role and sense of civil society as the substantive basises of the law state are defined. Features of the formation of civil society in Ukraine are characterized.
Key words*: society, state, civil society, law state, social state, law, separation of powers, personality, political rights, economic rights.*

Постановка проблеми. Сучасна юридична наука розглядає громадянське суспільство та правову державу як нерозривно пов'язані між собою партнери [4, с. 15]. Українське суспільство, як відомо, належить до суспільств перехідного типу, в якому держава може і повинна відігравати головну роль у пришвидшенні формування громадянського суспільства. На цю думку наштовхує винятково важлива функція держави в розбудові громадянського суспільства в різноманітних соціумах, де вона часто визначала не тільки тактику, а й стратегію його розвитку. Ідеться про те, що держава

мусить створювати такі умови, які сприяли б розвитку й утвердженню інститутів громадянського суспільства.

Стан опрацювання проблеми. Вагомий внесок у дослідження різних аспектів громадянського суспільства зробили такі відомі в історії політико-правової думки учені, як: Г. Гегель, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, А. Токвіль, А. Фергюсон, Т. Пейн, Є. Дюркгейм, К. Маркс. В сучасній зарубіжній науковій літературі концепція громадянського суспільства ґрунтовно розробляється Дж. Александером, Е. Арато, Б. Гершунським, І. Кальним, Дж. Кіном, Дж. Коеном, І. Лопушанським, Р. Нозіком, О. Орловою, А. Селігманом, Ч. Тейлором, Ю. Хабермасом, Є. Шацьким, К. Шмідтом. В Україні проблеми громадянського суспільства досліджують В. Барков, О. Горбань, В. Демидов, Ю. Загородній, А. Карась, М. Калініченко, А. Козловський, М. Козюбра, А. Колодій, П. Рабінович, Т. Розова, Ф. Рудич, М. Рябчук, В. Селіванов, О. Скрипнюк, В. Степаненко, Ю. Тодика та ін. Однак, не зважаючи на те, що проблеми становлення та функціонування громадянського суспільства були предметом вивчення великої кількості зарубіжних та вітчизняних учених, вчення про громадянське суспільство дотепер не одержало остаточного наукового осмислення й вирішення.

Мета статті полягає в з'ясуванні закономірностей співвідношення громадянського суспільства та правової держави.

Виклад основного матеріалу. Проблеми становлення і функціонування правової держави та громадянського суспільства визнані в сучасних умовах фундаментальними, загальнозначущими. Зародження і подальший розвиток правової держави відбувається в умовах розбудови громадянського суспільства. Взаємовідносини правової держави і громадянського суспільства є визначальним чинником успішного розвитку держави і суспільства, неодмінною умовою забезпечення основоположних прав і свобод людини та громадянина.

Становлення і розвиток громадянського суспільства і правової держави має історичний характер, а їх функціонування зумовлено життєвими інтересами й потребами суспільства загалом і окремих соціальних груп. Не можна не погодитися з тим, що громадянське суспільство існує лише там і тоді, де і коли економічно та політично вільні індивіди беруть участь у державній діяльності та забезпечують свої інтереси шляхом самореалізації [19, с. 87].

Передумови для становлення громадянського суспільства потенційно існують у культурі будь-якого народу. Це означає, що цінності, на яких воно ґрунтується, не відкидаються жодною культурою, однак вони не завжди можуть реалізуватися в повному обсязі з уваги на політичні, економічні, культурні, релігійні особливості конкретної країни. Відомо, що в одних країнах розвинене громадянське суспільство формується значно швидше, тоді як в інших його розбудову гальмують деякі чинники. Здебільшого це залежить від інтерпретаційних можливостей самої культури, від характеру відносин людини із соціокультурною цілісністю, від механізмів забезпечення такої цілісності [6, с. 14].

Громадянське суспільство первинне щодо правової держави, яка походить від нього, але при цьому має самостійний механізм функціонування. Суспільство виступає соціальним фундаментом держави і, заразом, її соціальним середовищем [9, с. 29]. Воно бере участь у її формуванні та функціонуванні відповідно до своїх інтересів і цінностей, стримуючи і здійснюючи контроль над нею. Лише за наявності громадянського суспільства може існувати, розвиватися й успішно виконувати свої завдання правова держава. Саме вона визнає, гарантує та закріплює права і обов’язки людини та громадянина, врегульовує правові відносини, що виникають у громадянському суспільстві.

Становлення і розвиток демократичного громадянського суспільства науковці розглядають як складову частину загальносвітового процесу модернізації, переходу від традиційного суспільства до правового, від аграрного до індустріального [2, с. 7]. Громадянське суспільство виникає як добровільний союз громадян, створений для забезпечення своїх інтересів. Як зазначав Г. Гегель, у громадянському суспільстві кожен для себе – мета, усі інші для нього – ніщо. Однак без співвідношення з іншими людьми особа не може досягнути своєї мети в повному обсязі [1, с. 228].

Демократизація суспільного і державного життя закономірно веде до ускладнення соціальної структури суспільства, що не може не спричиняти суперечностей і конфліктів між суб’єктами громадянського суспільства у процесі їх взаємодії. На це звертають увагу окремі науковці, зазначаючи, що в основі дихотомії «громадянське суспільство – держава» лежить суперечність між ініціативою членів суспільства, їхнім прагненням до вільного вияву індивідуальності і тенденцією щодо упорядкування суспільного життя, що супроводжується деякими обмеженнями свободи [10, с. 143].

Забезпечуючи вільний розвиток соціальних груп та окремих індивідів, визнаючи права і свободи людини як невіддільні, підкоряючи свою діяльність інтересам і потребам суспільства, держава сама змінюється якісно, перетворюючись на правову. Виникнення нових конкуруючих інтересів і потреб у суб'єктів громадянського суспільства, необхідність їх узгодження зумовлюють зміну правової держави, що відбувається через поступове розширення спектра прав і свобод людини та громадянина, які вона визнає, гарантує і захищає, внаслідок чого відбувається її трансформація з ліберальної в соціальну модель. Отже, ступінь зрілості громадянського суспільства зумовлює рівень демократичності держави. Без зрілого громадянського суспільства неможливо побудувати правову державу. Оптимальне людське співіснування можливе лише між вільними свідомими людьми [14, с. 79]. Іншими словами, «...суспільство має ту державу, рівня розвитку якої воно само досягло» [17, с. 39].

Завдання правової держави полягає в тому, щоб забезпечити утвердження верховенства права, поділу влади, визнання кожної людини найвищою соціальною цінністю, сприяти втіленню в життя інтересів і окремого індивіда, і суспільства загалом. Правова держава, безумовно, враховує інтереси окремих соціальних груп та верств населення, але передусім забезпечує загальнозначущі інтереси і потреби всього суспільства. Тільки доповнена принципом соціальної держави правова держава здатна реально забезпечити сприятливі умови для повноцінного й ефективного функціонування громадянського суспільства, його інститутів. Можна погодитися з твердженням, що соціальна правова держава виступає як політична оболонка буття демократичного й гуманного суспільства [8, с. 17]. Цієї ж думки дотримується П. Любченко, коли зазначає, що держава є зовнішньою політико-правовою оболонкою суспільства, а останнє виступає соціальним середовищем, соціальною оболонкою, де функціонує держава [7, с. 44].

Взаємовідносини правової держави і громадянського суспільства відбуваються в умовах постійних взаємних поступок, прагнення подолати суперечності і пошуку злагоди. Діяльність правової держави спрямовується передусім на зміцнення позицій так званого середнього класу як соціальної основи громадянського суспільства. За цієї умови відносини між правовою державою і громадянським суспільством будуть максимально ефективними.

Потрібно мати на увазі й те, що громадянське суспільство повноцінно може сформуватися лише за наявності правової держави. Адже неправова держава не допустить

становлення інститутів громадянського суспільства, а негромадянське суспільство не створить правової держави. Тільки правова держава створює умови для співіснування принципу свободи, на якому ґрунтується розвиток громадянського суспільства та можливості застосування державного примусу для обмеження свободи окремих індивідів загальновизнаним правом [15, с. 377].

Оскільки основною домінантою громадянського суспільства є окремо взята особистість, то ключовими його конструкціями є все-таки інститути, організації, групи тощо, покликані сприяти всебічній реалізації особистості, її інтересів, цілей, намагань тощо. Розвиток громадянського суспільства є одним із пріоритетних завдань українського державотворення на сучасному етапі й одним з найважливіших аспектів політичних трансформацій у нашій країні.

Нині політична трансформація в Україні має такі характерні риси: відбувається динамічна трансформація політичної системи суспільства; трансформаційні зміни в різних сферах життя мають неоднакові темпи; існують суперечливі зміни в масовій свідомості; спостерігаються непідготовленість та низький рівень громадської активності населення; наявний високий рівень політичного скептицизму; здійснюється політична дезінтеграція громадян у контексті тривалої нестабільності суспільства. Усе це потребує глибокого наукового дослідження шляхів формування громадянського суспільства в Україні.

Нові українські політичні реалії зумовлені здебільшого тим, що водночас відбувається триєдиний, фундаментальний процес становлення демократичного, громадянського й інформаційного суспільства. Це викликає системні зміни в діяльності соціуму, задає параметри перевірки на міцність усіх його структур і надалі буде тривалим та неодновекторним. Загалом ідеї й ідеали демократії – це не готова даність, що автоматично ввійде в наше життя, а лише контури, обриси моделі, які можуть мати різний зміст, можливо, й не завжди позитивний. Громадянське суспільство має соціальну і громадсько-політичну структуру, його життєдіяльність зумовлена рівнем розвитку продуктивних сил, формами і відносинами власності, суспільним поділом праці, якістю людського потенціалу, рівними правами і свободами всіх громадян; воно існує разом з державою, є її матеріальною базою і перебуває з нею в тісному суперечливому взаємозв’язку [11, с. 63].

Формування громадянського суспільства обов’язково має передбачати стратегічну програму поступової передачі частини державних владних функцій неурядовим

організаціям, громадським об’єднанням, які візьмуть їх на себе. Потрібно створити відповідне правове поле для громадських структур, встановивши їм пільги, дати їм можливість самим заробити або зібрати з громадян на добровільній основі кошти для виконання статутних завдань, забезпечити пріоритетний розгляд їхніх пропозицій в органах влади. Цим структурам варто надати право контролю за прийняттям соціально значущих законів, зокрема тих, що стосуються їхньої сфери діяльності та ведення моніторингу їх виконання. Однак поділяти владу – не означає згинати державну управлінську вертикаль до горизонталі. З боку громадських утворень повинна бути зустрічна ініціатива. Крайні форми протесту у відносинах з державою (страйки, походи, наметові сидіння, голодування, заклики до непокори тощо) треба лишити для крайніх випадків. Нормою має стати насамперед подання обґрунтованих матеріалів з постановкою проблем, проектів відповідних рішень з визначенням механізмів їх виконання, спільне професійне обговорення з метою досягнення консенсусу. Щодо держапарату, то в ньому треба задіяти механізм реальних санкцій за ігнорування справедливих вимог громадськості. До цього слід заохочувати і суспільну думку, і право та знайти місце в доповненнях до законів про громадські об’єднання й політичні партії [16, с. 41–42].

Формування громадянського суспільства в Україні відрізняється від такого самого процесу в інших європейських країнах тим, що там він триває вже сотні років і суспільство вже пройшло від «дикої капіталізації», первісного нагромадження капіталу до сучасної цивілізації, від стихійної соціальної структуризації, що відбувалася за об’єктивними законами формування капіталізму, його економічної системи на ґрунті відносин капіталістичної приватної власності, до демократичних цивілізованих форм державної і громадської регуляції цих відносин в напрямі обмеження великого капіталу і створення широкого прошарку середнього класу. В Україні названий процес відбувається ще на стадії «дикої капіталізації». Внаслідок цього соціальна структуризація громадянського суспільства спричинила різку поляризацію на меншість дуже багатих і більшість дуже бідних людей. У цій ситуації формування класів, груп працюючих власників (середнього класу) є неодмінною умовою економічного розвитку країни, демократичних перетворень в усіх сферах суспільного життя, політичної стабільності і ще більшою мірою потребує державної і громадської регуляції [5, с. 4–5].

Серед інших чинників, що прямо чи опосередковано впливають на формування громадянського суспільства, вирізняються такі: зниження життєвого рівня більшої частини населення, його розшарування, маргіналізація; високий ступінь егалітаризму, утриманства, пасивності в суспільстві, укорінена звичка до духовної і політичної несвободи; наявність істотних зрушень у духовній сфері життя посттоталітарного суспільства, виникнення в ньому соціальної анемії, тобто стану ціннісно-нормативного вакууму в суспільстві, коли руйнування старого, звичного значно випереджає зміни у свідомості людей; особлива роль політичних еліт, армії, чиновництва під час перехідного процесу від тоталітаризму до демократії; виникнення в перехідному суспільстві соціальних патологій тощо.

Формування громадянського суспільства потребує комплексного підходу. Як засвідчує досвід років розбудови Української держави, надання пріоритетів лише економіці або політиці не дає бажаних результатів. Наукові дослідження тематики громадянського суспільства дають змогу висвітлити складну проблему витоків та механізмів суспільної життєдіяльності, роблячи акцент на громадських засадах формування й функціонування публічної влади в суспільстві, яке за нинішніх умов не може не існувати у формі державності з усіма її атрибутами, але водночас має відповідати високим стандартам демократії, права та соціальної справедливості. Така конструкція зосереджує увагу на особливостях суспільно-політичного устрою тієї чи іншої країни з погляду інтересів людей, які розглядаються як пріоритетне джерело соціальної та політичної активності. Водночас людина як індивідуальний суб’єкт не може протистояти державі в особі організованих державно-владних інститутів; для цього індивідуальні інтереси також мають бути згуртованими, інституціонально оформленими та гарантованими.

Для сучасного українського суспільства актуалізуються принаймні три основні особливості громадянського суспільства.

По-перше, громадянське суспільство має стати структурованим, визріти в деяку соціокультурну композицію громадських організацій, об’єднань, асоціацій, рухів, що саме собою вимагає правового регулювання їхньої діяльності та взаємовідносин між ними.

По-друге, завданнями такого суспільства, як його розуміє європейська традиція раціоналізму, можна вважати: гарантування прав і свобод кожному громадянинові, громадського страхування щодо їх реального забезпечення; громадське оцінювання

«життєвого світу» щодо дотримання принципу справедливості; громадський контроль щодо невтручання державних органів управління в особисте життя громадянина.

По-третє, оскільки сучасна соціальна держава, «держава добробуту», не витримує фінансового навантаження «соціальності», деякі функції щодо цієї справи бере на себе громадянське суспільство.

Ідеологічним обґрунтуванням історичного процесу формування громадянського суспільства є: 1) концепція індивідуалізму, за якою людину розглядають як першооснову суспільного політичного устрою, найвищу соціальну цінність; 2) ліберальне розуміння свободи, що не зводить її лише до взаємовідносин між людиною та державою, коли політична свобода розглядається лише як засіб реалізації особистої свободи; 3) ідея самоврядування, передусім місцевого, що передбачає диференціацію й відносну автономію організації, здійснення різних форм публічної влади [13, с. 4].

На цих засадах можливо концептуально відокремити державу від суспільства, розглядаючи її як специфічне соціальне явище, що має іманентні ознаки й атрибути, виконує службові функції щодо суспільства, визначити реальні можливості державно-владного впливу на суспільні відносини та ступінь його ефективності, встановити оптимальні для функціонування суспільства межі державного втручання в його життєдіяльність і в підсумку забезпечити підконтрольність суспільству державних інститутів. Відтепер державу розглядають як інститут суспільства, що виступає головним інститутом, за допомогою якого воно набуває здатності концентрувати свої зусилля в національному вимірі для розв’язання першочергових проблем [12, с. 9–10].

Громадянське суспільство в процесі свого формування потребує наявності базових компонентів, зокрема таких, як: незалежна особистість, що усвідомлює свої права й обов’язки, а тому потребує взаємодії з іншими людьми; розвинуті самоврядні соціальні структури, здатні репрезентувати й відстоювати інтереси своїх членів перед іншими соціальними установами, органами державної влади; інститути ринкової інфраструктури, що забезпечують економічну незалежність людей, їхню здатність самостійно, відповідно до встановлених правил, задовольняти свої потреби; специфічний духовний та моральний суспільний клімат, основу якого становить загальноприйняте переконання в самоцінності кожної людської особистості, непідпорядкованість її інтересів абстрактному «колективному інтересу», утвердження принципу особистої відповідальності за наслідки власної діяльності [7, с. 40–41].

Всебічне сприяння процесам формування громадянського суспільства в Україні, створення умов для реальної підтримки народної ініціативи та вільного волевиявлення громадян є запорукою сучасної демократичної, правової, соціально зорієнтованої держави, основною передумовою успішного здійснення суспільних реформ: економічної, соціальної, політичної, адміністративної. Пропоновані ідеї дослідження, за умов їх подальшої розробки, можуть слугувати ідеологічними настановами та методологічною основою соціально-економічних, соціологічних та організаційно-правових досліджень життєдіяльності соціального організму країни або його підсистем; ними мають керуватися державні службовці, філософи, економісти, правознавці, соціологи, політологи.

Дослідження комплексу питань, пов’язаних із співвідношенням громадянського суспільства і правової держави, дає змогу дійти висновку, що відносна автономія громадянського суспільства здебільшого ґрунтується на його економічній самостійності. Широке коло політичних свобод неможливе без свобод економічних, таких як свобода приватної власності, свобода підприємництва, свобода ринкових відносин. Отже, економічною основою громадянського суспільства є сукупність економічних інститутів та відносин, у які вступають люди у процесі реалізації відносин власності, виробництва, перерозподілу та обміну матеріальних і нематеріальних благ.

Принагідно зазначимо, що оптимально функціонувати правова держава може лише в умовах відкритого громадянського суспільства. Відкритість є одним із способів перешкоджання відчуженню держави від суспільства. На думку О. Тодики, важливо, щоб держава була здатна до сприйняття активності суспільства, своєю чергою, громадянське суспільство – до розуміння ролі держави як особливого інструменту для свого функціонування і розвитку [18, с. 44]. Для розбудови такого відкритого суспільства необхідно втілити в життя деякі умови. По-перше, діяльність правової держави має бути основана на принципі верховенства права і правового закону, принципах поділу влади, рівності людини і громадянина перед законом і судом. По-друге, важливо виховувати в кожному членові суспільства почуття громадянської відповідальності [3, с. 66]. Отже, відкритим суспільство стає тоді, коли в кожного індивіда є свобода дій у конкретній ситуації відповідно до особистих, групових та загальних інтересів, можливість самостійно визначати пріоритети для себе, а також відповідальність перед суспільством і державою.

Ідеї правової держави формують зразок, чим спрямовують розвиток громадянського суспільства в напрямку гуманізму. Теоретична розробка правової держави необхідна для орієнтації і стимулювання подальшого суспільного розвитку. Розвинена економіка і суспільний добробут створюють можливості для вдосконалення громадянського суспільства і демократичної правової держави. Лише з моменту проведення економічних реформ та демократизації всіх сфер суспільного життя може відбутися поступове формування громадянського суспільства зі специфічними інститутами та різноманітними інтересами.

Висновки. Зазначені закономірності співвідношення громадянського суспільства і правової держави дозволяє зробити наступні висновки. Громадянське суспільство первинне щодо правової держави, яка походить від нього, але при цьому має самостійний механізм функціонування. Якщо суспільство виступає соціальним фундаментом (субстанційною основою) держави, то для правової держави роль такої основи виконує громадянське суспільство. Останнє бере участь у формуванні та функціонуванні правової держави відповідно до своїх інтересів і цінностей, подекуди стримуючи її і здійснюючи контроль над нею. А тому, формування та функціонування громадянського суспільства чи не єдиний шлях до побудови соціально-правової та демократичної держави. Зі свого боку, правова держава виступає інструментом забезпечення життєздатності громадянського суспільства, охороняє його інтереси та спрямовує його розвиток в напрямку гуманізму. Отже, громадянське суспільство і правова держава логічно й генетично зумовлюють одне одного, неможливі одне без одного, а їх взаємодія є запорукою успішного розвитку як суспільства так і держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Гегель Ґ. В. Ф. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Ґ. В. Ф. Гегель ; пер. з нім. Р. Осадчука, М. Кушніра. – К. : Юніверс, 2000. – 336 с.
2. Зуева Ю. А. Гражданское общество как основа формирования правового государства / Ю. А. Зуева // Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. Ідея правової держави: історія і сучасність. Спецвипуск. – Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004. – Ч. 3. – С. 3–9.
3. Исмаилов И. А. Правовое государство: суждения и предположения / И. А. Исмаилов ; под науч. ред. И. М. Рагимова. – СПб. : Юрид. Центр Пресс, 2003. – 208 с.
4. Кін Дж. Громадянське суспільство: старі образи, нове бачення / Джон Кін ; пер. з англ. О. Грищенко. – К. : К.І.С. : Анод, 2000. – 192 с.
5. Князєв В. Держава і громадянське суспільство: еволюція стосунків та їх осмислення / В. Князєв, Ф. Канак // Формування громадянського суспільства в Україні: стан, проблеми, перспективи : зб. наук. пр. / Укр. акад. держ. управління при Президентові України. – К. : УАДУ, 2001. – С. 3–25.

6. Кокорина Л. А. Социокультурный аспект становления гражданского общества, роль интеллигенции / Л. А. Кокорина // Українська державність: становлення, досвід, проблеми : зб. наук. ст. (за матер. XII Харківських політологічних читань) / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х. : Право, 2001. – С. 13–15.
7. Любченко П. М. Громадянське суспільство: аспекти нової парадигми / П. М. Любченко // Проблеми законності : республікан. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 78. – С. 38–47.
8. Манов Г. Н. Правовое государство и глобальные проблемы современности / Г. Н. Манов // Гражданское общество и правовое государство: предпосылки формирования / отв. ред. Г. Н. Манов. – М. : ИГП РАН, 1991. – С. 10–19.
9. Мацюк А. Громадянське суспільство – соціальна основа держави, влади, демократії / А. Мацюк // Українське право. – 1995. – № 1 (2). – С. 24–35.
10. Основы политологии : курс лекций : учебное пособие / под ред. Н. И. Сазонова. – Харьков : Основа, 1993. – 448 с.
11. Петришин О. В. Громадянське суспільство і держава у формуванні сучасної правової політики / О. В. Петришин // Конфлікти в суспільствах, що трансформуються : зб. наук. ст. (за матер. XI Харківських політологічних читань) / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х. : Право, 2001. – С. 63–65.
12. Петришин О. В. Громадянське суспільство: особливості формування концепції та становлення / О. В. Петришин // Проблеми законності : республікан. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2001. – Вип. 50. – С. 6–13.
13. Пирожков С. Передумови й напрями реформування політичної системи України / С. Пирожков // Суспільні реформи та становлення громадянського суспільства в Україні : матер. наук.-практ. конф. за міжнародною участю (м. Київ, 30 травня 2001 р.) / за заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князєва ; Укр. акад. держ. управління при Президентові України. – К. : УАДУ, 2001. – Т. 1. – С. 3–7.
14. Полубінський В. Співвідношення держави й громадянського суспільства в Україні / В. Полубінський // Актуальні проблеми державного управління. – 2002. – № 2 (8). – С. 76–81.
15. Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики : монографія / О. В. Скрипнюк ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. – 600 с.
16. Скуратівський В. Соціальні цінності українського суспільства / В. Скуратівський // Формування громадянського суспільства в Україні: стан, проблеми, перспективи : зб. наук. пр. / Укр. акад. держ. управління при Президентові України. – К. : УАДУ, 2001. – С. 38–53.
17. Тимченко С. М. Деякі проблеми участі громадянського суспільства у формуванні правової держави / С. М. Тимченко // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2001. – № 1. – С. 39.
18. Тодика О. Концепція «відкритої держави»: проблеми здійснення народовладдя / О. Тодика // Вісн. Акад. правових наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 43–51.
19. Яковлев А. М. Российская государственность (историко-социологический аспект) / А. М. Яковлев // Общественные науки и современность. – 2002. – № 5. – С. 78–93.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

Стасів В.І.,
студент 2 курсу магістратури
спеціальності «Право»
Київського міжнародного університету
Науковий керівник:
Сапарова А.О.,
к.ю.н., завідувач кафедри теоретичних
та приватно-правових дисциплін
Київського міжнародного університету

ПРОБЛЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

У статті досліджено інститут місцевого самоврядування в Україні. Деталізовано проблеми даного інституту та найбільш вірогідні шляхи їх вирішення.
Ключові слова: *місцеве самоврядування, децентралізація, проблеми місцевого самоврядування в Україні.*

В статье исследован институт местного самоуправления в Украине. Детализированы проблемы данного института и наиболее вероятные пути их решения.
Ключевые слова: *местное самоуправление, децентрализация, проблемы местного самоуправления в Украине.*

The article examines the institute of local self-government in Ukraine. The problems of this institute and the most probable ways of their solution are detailed.
Key words: *local self-government, decentralization, problems of local self-governance in Ukraine.*

Постановка проблеми. Інститут місцевого самоврядування є одним із найважливіших інститутів демократичного суспільства та важливим елементом громадянського суспільства. Розвиток та вдосконалення даного інститут буде супроводжуватися загальним покращенням у всіх сферах суспільного життя держави. Саме це і ставить розвиток місцевого самоврядування на перші сходинки у плані реформування та удосконалення інститутів демократичних держав. Тому, критично необхідно вчасно вносити поправки та зміни до законодавчих актів відповідно до майбутнього бачення розвитку демократичного суспільства.

Метою статті є дослідження інституту місцевого самоврядування, визначення його основних проблем на сучасному етапі розвитку українського суспільства.

Виклад основного матеріалу. Питання реформування місцевого самоврядування в Україні напряму пов'язано із створенням ситуації децентралізації влади, результатом чого має стати активізація розвитку громадянського суспільства та місцевих громад. В цьому питанні проблемним є створення дієвої концепції реформування, яка допомогла б організувати ефективну та розгалужену систему органів місцевого самоврядування. Ця система повинна характеризуватися чіткою диференціацією повноважень органів місцевого самоврядування та органів державної влади.

Публічна влада на місцевому рівні повинна вирішити проблему симбіозу із органами місцевого самоврядування, при цьому роль останніх має бути вирішальною при вирішенні питань місцевого значення. Загальнодержавні та місцеві інтереси повинні перебувати у компетентному розмежуванні. Так, реалізація інтересів держави на місцях повинна здійснюватися відносно принципу доповнюваності, згідно із яким органи державної влади не мають жодного відношення до повноважень у сфері реалізації місцевих інтересів, а органи місцевого самоврядування до повноважень, які здійснюються органами державної влади. Органи місцевого самоврядування повинні діяти в межах власних повноважень самостійно та незалежно від органів державної влади, а також органів місцевого самоврядування та регіонального самоврядування інших територіальних одиниць [6, с. 164].

Ресурсна та функціональна складова діяльності органів місцевого самоврядування повинна визначати ступінь самоорганізації місцевої влади.

Реформування інституту місцевого самоврядування повинне базуватися на демократичних концепціях із повним нівелюванням патерналізму та визнання пріоритетності верховенства права.

Розвиток адміністративно-командної сфери управління, а також світовий досвід щодо необхідності використання місцевого самоврядування об'єктивно ведуть до пошуку такої моделі організації влади на місцях, яка б відповідала сучасним демократичним вимогам, а також забезпечувала б права та свободи громадян, задоволення їхніх потреб та надання послуг. Становлення та розвиток місцевого самоврядування значною мірою стримується не тільки внаслідок об'єктивних факторів, але й через відсутність реального суб'єкта місцевого самоврядування – територіальної громади, відсутність нових стереотипів мислення, сприйняття місцевого самоврядування як муніципальними і державними посадовими особами, так і пересічними громадянами [4, с. 7].

Суспільно-політичний діалог є важливим чинником для мотивації громад самостійно здійснювати управлінські функції на місцевому рівні. Цей діалог повинен стосуватися формування основної бази засад та пріоритетів організації та діяльності органів місцевого самоврядування та громадянського суспільства в цілому.

В той же час, важливим є формування правильної правосвідомості у громадян з метою ліквідації ситуації ілюзії тотальної опіки держави над своїми громадянами.

Основною силою, яка є необхідною для адекватного реформування інституту місцевого самоврядування, є чітка та активна позиція громадськості, яка повинна забезпечити реалізацію децентралізації як ознаку правової держави, а також організацію та формування ефективної системи органів місцевого самоврядування.

Здійснення управлінських заходів без активізації громадськості у процесі державотворення досягається здебільшого нервозністю у суспільстві та посилюється недовіра до управлінських структур, які начебто винні у всіх негараздах в державі. Для громадян – жителів відповідних територіальних громад сіл, селищ, міст, напевно, немає особливої різниці, котра зі структур управління в подальшому бути мати найбільшу вагу та повноваження, якщо залишатимуться нерозв’язаними численні проблеми на місцях [1, с. 291].

Ситуація політичної пасивності громадян у реформуванні органів місцевого самоврядування пояснюється багатьма фактами. Так, Нижник Н. зазначає, що Україна перебуває в перехідному періоді до нової системи суспільних відносин та політико-державного устрою. Як свідчить світовий досвід, подібний період триває в середньому 15-20 років і, як правило, характеризується кризами в різних сферах життя, загострення протиріч, конфліктів між різними суспільними силами та високим ступенем непевності розвитку управлінської ситуації в державі [2, с. 59].

Важливим питанням є вирішення проблеми законодавчого закріплення горизонтальних та вертикальних відносин, які складаються між органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Так, проблемою реформування інституту місцевого самоврядування в Україні є відсутність чіткого нормативного визначення взаємовідносин різних рівнів влади та самоврядування в Україні. Зазначається, що ця проблема полягає у відсутності рамок між функціями органів виконавчої влади та функціями органів місцевого самоврядування. Також негативним є відсутність податкової бази, яка б функціонувала на достатньому рівні, що призводить до

унеможливлення забезпечення надання послуг населенню на достатньому рівні. Низький рівень залучення громадян та недержавних організацій до процесів розвитку в соціальній та економічні сферах та низький рівень розвитку механізмів для залучення громадян у політичне життя суспільства призводить до ситуації диспропорційності територіального розвитку держав та низької ефективності надавання послуг населенню громади [15].

Формування законодавства у сфері самоврядування упродовж останніх десятиліть наблизило Україну до Європейського співтовариства, проте на сьогодні є недоліки у вітчизняному законодавстві, що суперечать європейським нормам місцевого самоврядування. Це питання потребує нагального вирішення, передусім у зв'язку з тим, що Україна, ратифікувавши Європейську Хартію місцевого самоврядування та інші нормативно-правові акти, зробила їх складовою національного законодавства, тим самим істотно наблизившись до європейської інтеграції.

По-перше, вирішальна роль у виробленні регіональної та місцевої політики у різних сферах діяльності, насамперед у соціально-економічній, суспільно-політичній та культурній, належить Кабінету Міністрів України, міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, а місцеві органи виконавчої влади (управління та відділи при обласних і районних державних адміністраціях та виконавчі органи місцевого самоврядування лише забезпечують реалізацію державної політики у різних сферах, контролюють дотримання вимог чинного законодавства.

Крім цього, згідно з чинним законодавством, органам місцевого самоврядування, по-суті, відводиться роль представників органів виконавчої влади в населених пунктах, бо на районному та обласному рівнях органи місцевого самоврядування фактично не відіграють ніякої ролі (у зв'язку з відсутністю виконавчих комітетів). Те саме можна сказати і про міста Київ та Севастополь, де виконавчими органами міських рад є державні адміністрації, які аж ніяк не належать до органів місцевого самоврядування.

Здійснення органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади контролюють відповідні місцеві державні адміністрації, а у окремих випадках – міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, і їх територіальні підрозділи. В законодавстві при встановленні суміжної компетенції зазначається тільки вид, а не обсяг повноважень. Що ж стосується обсягу управлінських повноважень державних та самоврядних органів, то були не поодинокі ситуації, коли повноваження наведених органів просто поглиналися одне одним та дублювалися [3, с. 116].

Крім обмеження повноважень органів місцевого самоврядування на районному та обласному рівнях, Конституція України в деяких інших питаннях також відходить від норм Європейської Хартії місцевого самоврядування, яку ратифікувала Україна.

Приміром, при закріпленні компетенції місцевого самоврядування не повною мірою був дотриманий принцип субсидіарності, передбачений статтею 4 Європейської Хартії, внаслідок цього значна частина повноважень органів місцевого самоврядування отримала статус делегованих. Саме тому характер розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади призвів до дублювання цих повноважень. До того ж Конституція України та чинне законодавство чітко не визначили територіальної основи місцевого самоврядування; досить обмеженими в Україні є можливості територіальних громад самостійно визначати свої власні адміністративні структури; недостатніми є матеріальні та фінансові ресурси місцевого самоврядування як на рівні територіальних громад, так і на рівні районів та областей; існують певні проблеми в Україні і щодо забезпечення реалізації принципу правового захисту місцевого самоврядування [5, с. 108].

Процес передачі повноважень від державних органів влади до органів місцевого самоврядування відбувається поетапно і не є завершеним у зв'язку з потребою удосконалення законодавства України. Необхідно констатувати, що відродити місцеве самоврядування в Україні неможливо без його реформування, що є необхідною передумовою подолання системної кризи в нашій державі. Незважаючи на проголошені реформи, на сьогодні ні українці, ні міжнародні експерти не виявляють реальних змін в Україні. Показником є місце нашої держави в різних міжнародних рейтингах. Стан місцевого самоврядування не відповідає потребам українського громадянського суспільства, а принципи місцевого самоврядування майже не реалізуються на практиці. Для подолання закликів до федералізації, порушень вітчизняного законодавства та державного суверенітету необхідно удосконалити та запровадити ефективний механізм втілення в життя конституційно-правових норм, що забезпечить існування дієвого місцевого самоврядування в нашій державі.

Усе це потребує приведення вітчизняного законодавства, у тому числі й конституційних основ місцевого самоврядування, до європейських та світових норм; запровадження реального самоврядування на місцевому (районному) та регіональному (обласному) рівнях; створення реальної територіальної основи місцевого

самоврядування; запровадження повсюдності місцевого самоврядування та формування самодостатніх територіальних громад.

Список використаних джерел та літератури:

1. Алексєєв В. М. Майбутній розвиток державотворення: від традицій до реалій / В. М. Алексєєв // Університетські наукові записки: часопис Хмен. Ун-ту упр. Та права. – 2008. – № 2(26) . – С. 289-293.
2. Державне управління в Україні: централізація і децентралізація: монографія / Відп. Ред. Н. Р. Нижник. – К. : УАДУ при Президентові України, 1997. – 448 с.
3. Куколевська Ж. Д. Правові основи місцевого самоврядування: Навч. посіб. / Ж. Д. Куколевська. – К.: КНЕУ, 2006. – 166 с.
4. Лазор О. Д. Місцеве самоврядування вітчизняний та зарубіжний досвід : навч. посіб. / О. Д. Лазор. – К. : Дакор, 2004. – 2004. – 560 с.
5. Любченко П. М. Муніципальне право України / П. М. Любченко. – Харків: ФІНН, 2012. – 496 с.
6. Малиновський В. Регіональне самоврядування в Україні: підходи до запровадження / В. Малиновський // Вісн. Нац. акад. держ. упрв. при Президенту України : наук. журн. – 2010. – № 4. – С. 157-165.
7. Мельник О. А. Органи місцевого самоврядування України в механізмі держави: автореф. дис….канд. юр. наук: 12.00.01 / О. А. Мельник. – Харків.: Нац. Ун-т внутр. справ, 2015. – 20 с.
8. Михайлов В. М. Взаємовідносини між органами державної влади та органами місцевого самоврядування у сфері запобігання та ліквідації надзвичайних ситуацій: теоретичні основи і принципи / В. М. Михайлов // Інвестиції: практика та досвід. – 2012. – № 12. – С. 116-118.
9. Музыченко П.П. История государства и права Украины: Учебник / П. П. Музиченко. – К., 2001. – 488 с.
10. Муніципальне право України: підручник. – Вид. 2–ге, доп. / В.Ф. Погорілко, О.М. Баймуратов та ін. – К. : Правова єдність, 2009. – 716 с.
11. Нардова В.А. Городское самоуправление в России в 60–х – начале 90–х годов XIX в. / В.А.Нардова. – Л. : Наука, 1984. – 260 с.
12. Новик І. Д. Сучасні конституції / І. Д. Новик. – М.: Вид. Д. П. Єфімова, 1905. – 826 с.
13. Обметко О. М. Місцеве самоврядування як прояв національної свідомості / О. М. Обметко // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. – 2013. – № 3. – С. 96-100.
14. Онупрієнко А. М. Місцеві органи влади в механізмі демократичної держави: теоретико-правовий аналіз: монографія / А. М. Онупрієнко. – ПП «Торсінг плюс», 2009. – 300 с.
15. Про громадські об’єднання: Закон України від 22.03.2012 р. №4572-VI // ВВР України. – 2013. – № 1. – С. 1.

УДК 342

Денісова К.Г.,
студентка 8 групи 3 курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ОРГАН ПРОКУРАТУРИ В СИСТЕМІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ (НА ПРИКЛАДІ ЗАКОНОДАВСТВА ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН)

У статті автор розкриває досвід зарубіжних держав, який стосується роботи прокуратури для його запровадження в законодавстві України. Досліджено історію виникнення і розвиток органів прокуратури в зарубіжних країнах і в Україні, проаналізована система, структура, функції, процесуальний статус, законодавча база. Вивчено правову і наукову літературу, нормативну базу, що регулює діяльність таких правоохоронних органів, тенденції розвитку на різних історичних етапах та їх сучасне призначення.

Ключові слова: *прокуратура, правова держава, функції прокуратури, органи прокуратури в зарубіжних країнах, представництво інтересів громадян і держави.*

В статье автор раскрывает опыт зарубежных государств, касающийся работы прокуратуры для его внедрения в законодательство Украины. Исследована история возникновения и развития органов прокуратуры в зарубежных странах и в Украине, проанализирована система, структура, функции, процессуальный статус, законодательная база. Изучена правовая и научная литература, нормативная база, регулирующая деятельность таких правоохранительных органов, тенденции развития на различных исторических этапах и их современное предназначение.

Ключевые слова: *прокуратура, правовое государство, функции прокуратуры, органы прокуратуры в зарубежных странах, представительство интересов граждан и государства.*

In the article the author opens experience of the foreign states, which touches works of office of public prosecutor for his introduction in the legislation of Ukraine. The history of creation and development of bodies of prosecutor's office in different countries and Ukraine is researched, its system, structure, functions, procedure state, legal base are analyzed. Legal and scientific literature, normative base, regulating the activity of such law enforcement bodies, tendencies of development on different historical stages and their modern setting are studied.

Key words: *prosecutor's office, legal state, functions of the prosecutor's office, prosecutor's offices in foreign countries, representation of interests of citizens and the state.*

Постановка проблеми. Сьогодні розвиток державності в Україні, забезпечення прав і свобод людини та громадянина, входження України до європейського співтовариства навіть на тлі значних зрушень у цьому напрямі, що відбулися останнім часом, проходять ще досить складно. Ці труднощі зумовлені тривалим перехідним періодом розвитку Української держави і суспільства, не викоріненням корупції та

організованої злочинності, яка набула розквіту останнім часом, недостатнім рівнем правової культури населення. Ці явища особливо небезпечні, враховуючи не лише складну економічну ситуацію, а й загрозливу криміногенну обстановку, яку повністю взяти під контроль і досі не вдається попри зусилля численних державних структур, серед яких особливе місце займає прокурорська система України.

Наше суспільство і держава надзвичайно зацікавлені в сильній, незалежній, ефективно діючій прокуратурі, яка в змозі протистояти злочинності в державі в умовах перехідного періоду та стоятиме на сторожі основ державного устрою, прав і свобод громадян та законних інтересів юридичних осіб. Саме тому, дослідження історії становлення, нормативно-правового регулювання та особливостей функціонування прокуратури в Україні та зарубіжних країнах є актуальним. Історичний метод дослідження появи та становлення прокуратури дає можливість виявити первісне її призначення та рецепцію попередніх правових актів для законодавчого закріплення нинішньої мети створення і функціонування системи прокурорських органів.

Виклад основного матеріалу. Вперше у Європі прокуратура з’явилася у Франції на початку XIV століття, засновувалася прокуратура як орган представництва інтересів монарха. Спочатку прокурори виступали в якості повірених представників сторін та допускалися тільки в цивільний процес. Королівським прокурорам заборонялося вести процеси приватних осіб, якщо тільки ці процеси не були пов'язані із загальним процесуальним інтересом короля. У справах, в яких був зацікавлений король, право кримінального переслідування було визнано за королівськими прокурорами з самого початку провадження по них.

Функції прокуратури були дуже різноманітними, в основному вони зводилися до спостереження за правильністю діяльності всього державного механізму. Це спостереження не обов'язково здійснювалося на правовій основі, генерал-прокурор під час виконання відповідних обов'язків завжди захищав інтереси королівської корони. Прокурор спостерігав за правильністю призначення королівських чиновників, оцінюючи, наскільки вони задовольняють встановлені вимоги. Також до його повноважень входило забезпечення інтересів скарбниці, виявлення всіляких проступків з боку підданих корони, доведення відомостей про це до суду та піклування про прийняття судом вигідного для короля рішення [1, с.119].

Таким чином, можна констатувати, що створення прокуратури мало за мету забезпечити інтереси держави, шляхом постійного моніторингу поведінки як заможної частини, так й інших прошарків населення країни.

Підходи до організації органів прокуратури у сучасний період різноманітні. У деяких країнах прокуратура знаходиться у складі міністерства юстиції. Наприклад, у США генеральний аторней є міністром юстиції, який також одночасно виконує повноваження прокурора. Він входить до складу президентської адміністрації. Подібною є організація органів прокуратури у Польщі. Відповідно до Закону Польщі «Про прокуратуру» від 20 червня 1985 р., обов'язки Генерального прокурора виконує міністр справедливості. Польща стала однією із перших постсоціалістичних держав світу, яка стала на шлях реформування прокуратури. Нині її повноваження зводяться до підтримання державного обвинувачення в суді, нагляду за законністю при розгляді цивільних, адміністративних справ, справ про проступки, тимчасовому затриманні та прийнятті інших рішень про позбавлення волі. Прокуратура має право оскаржувати в судах адміністративні рішення, брати участь в запобіганні злочинності та вчиненню інших правопорушень.

Держави, де прокуратура функціонує в основному в судовій системі, а прокурори знаходяться при судах, – це Німеччина, Італія, Іспанія. Будучи включеною в систему судової влади з функціональною автономією, прокуратура виконує завдання відповідно до принципів єдності дій, залежності від судової влади, законності і неупередженості. Яскравим прикладом є Італія, яку можна вважати зразком чіткого розподілу органів прокуратури та виконавчої влади. Хоча прокурори в Італії і підпорядковуються Міністру юстиції, однак все ж таки вони функціонують при судах (генеральні прокурори – при касаційному і апеляційному судах, республіканські прокурори – при трибуналах) [2, с.49].

Є держави із окремими системами прокуратури, підзвітними парламенту (КНР, Куба). У цих державах проводиться комуністична політика як державна, де на прокуратуру покладається і загальний нагляд за законністю. Деякі держави із посткомуністичним минулим також ще не реформували прокуратуру, залишивши у межах її повноважень загальний нагляд за законністю (Білорусія, Росія та інші). Прикладом є Республіка Білорусь, де до повноважень прокуратури, окрім нагляду за виконанням законів при розслідуванні злочинів, відповідності закону судових рішень з

цивільних та кримінальних справ, справ про адміністративні правопорушення, проведення попереднього розслідування, підтримання державного обвинувачення, – віднесено здійснення загального нагляду за законністю.

В європейських державах значення прокуратури в їх правових системах зумовлюється передусім демократичними підходами до державного будівництва, чітким визначенням її місця в системі інших державних органів, наявністю адміністративної юстиції тощо. На адміністративні суди у більшості цих держав покладено захист громадян від неправомірних дій органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб. Тому немає потреби дублювати повноваження прокуратури і зобов'язувати її здійснювати загальний нагляд за законністю у діяльності органів виконавчої влади чи місцевого самоврядування, оскільки громадяни мають можливість більш оперативно захистити порушене право через звернення до адміністративного суду [3, с.83].

Прокуратура України є органом наглядово-обвинувального типу, тобто виконує функції нагляду за виконанням законів, кримінального переслідування та підтримання обвинувачення в суді. Законом України «Про прокуратуру» закріплено засади, на яких ґрунтується діяльність прокуратури. Серед них: верховенство права та визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю; законність, справедливість, неупередженість та об'єктивність; незалежність прокурорів, що передбачає існування гарантій від незаконного політичного, матеріального чи іншого впливу на прокурора щодо прийняття ним рішень при виконанні службових обов'язків тощо [4].

Висновки та пропозиції. Враховуючи вищевикладене, на основі аналізу різних джерел, потрібно сказати, що одним із найважливіших завдань нинішнього етапу державно-правового реформування є завершення становлення нової моделі прокуратури у відповідності із міжнародно-правовими стандартами з урахуванням національних особливостей нашої держави. Нині є вкрай актуальним вивчення зарубіжного досвіду організації та діяльності органів прокуратури, оскільки становлення України як демократичної, правової та соціальної держави практично не можливе без урахування досвіду зарубіжних країн.

Список використаних джерел:

1. Косий О. М. Генезис процесуального статусу органів прокуратури у кримінальному судочинстві: світовий та вітчизняний досвід. Право і безпека. – 2013. С. 119 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2013_1_27.
2. Грицаєнко Л. Р. Прокуратура в країнах Європи. м. Київ, 2016 – С. 49
3. Голісніченко Д. І. Прокурорський нагляд: Питання історії та сучасного зарубіжного досвіду. Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право: зб. наук. праць. – 2012. – № 2(14). – С. 80–85.
4. Закон України «Про прокуратуру», Верховна Рада України; – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18

УДК 342

Курило О.С.,
студентка 8 групи 3 курсу
Харківського національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ПРОЦЕДУРА «ГІЛЬЙОТИНИ» ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ (НА ПРИКЛАДІ ДОСВІДУ ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ)

У статті досліджуються особливості законотворчої діяльності в деяких зарубіжних державах, зокрема застосування так званої процедури «гільйотини». Доводиться, що запровадження цієї процедури у вітчизняному правотворчому процесі може сприяти його удосконаленню в частині скорочення розгляду законопроектів.
Ключові слова: *законодавча процедура, «гільйотина», регламент, парламентаризм, законотворчість.*

В статье исследуются особенности законотворческой деятельности в некоторых зарубежных государствах, в частности применение так называемой процедуры «гильотины». Аргументируется, что введение этой процедуры в отечественном правотворческом процессе может способствовать его совершенствованию в части сокращения времени рассмотрения законопроектов.
Ключевые слова: *законодательная процедура, «гильотина», регламент, парламентаризм, законотворчество.*

The article examines the peculiarities of law-making activity in some foreign countries, in particular the use of the so-called guillotine procedure. It turns out that the introduction of this procedure in the domestic law-making process can contribute to its improvement in terms of reducing the review of bills.
Keywords: *legislative procedure, «guillotine», regulations, parliamentarism, law-making.*

Постановка проблеми. На нашу думку, розкриття означеної проблематики неможливе без початкового встановлення дефініції поняття «гільйотина» в цьому контексті. Отже, термін «гільйотина» означає право уповноваженого суб’єкта в парламенті на рішення обмежити час обговорення законопроекту.

Актуальність даної теми полягає в тому, що наразі дослідження такої процедури, як «гільйотина», може зробити вагомий внесок у сучасну законотворчість в Україні, зокрема, в контексті удосконалення інституту вітчизняного парламентаризму. Такий аналіз дає поштовх для впровадження новітніх підходів, що вже сформовані усталеною практикою деяких зарубіжних держава. Так, наприклад, у Великобританії в рамках обговорення законопроектів будь-який депутат, щоб отримати слово повинен «зловити око спікера».

Через таку процедуру, найчастіше слово отримують лише активні депутати. Дебати можуть бути закритими як в палатах, так і комітетах, а їх припинення може мати різний характер. У депутата є можливість внесення пропозиції про негайне голосування з питання, що винесено на обговорення – якщо її приймуть, то дебати будуть припинені, але більш ефективним методом обмеження дебатів є так звана «гільйотина», за якою палата виносить рішення, що обговорення повинно бути лімітовано певним часом, після закінчення якого дебати потрібно припинити. Виглядає це дещо незвичним чином: спікер в будь-який момент дебатів має право звестися на ноги, що означатиме їх припинення.

У другому читанні депутати вислуховують повідомлення представника, який є автором проекту, потім комісія дає свій висновок з його доповіді. Саме під час такого розгляду можливе застосування процедури «гільйотини».

Ця процедура досить влучно схарактеризована британським політиком Гербертом Асквитом (1852-1928), який говорив: «Перший, якщо не єдиний, обов'язок члена Палати громад – як можна рідше говорити і як можна частіше голосувати» .

З досвіду Франції можна побачити, що прийняття законопроектів може взагалі обходитися без дебатів, оскільки довге обговорення часто затягує законодавчу процедуру, хоча саме при такому порядку втрачається можливість вдосконалення законів і усунення недоліків ще на стадії прийняття. Але така процедура є лише альтернативною, загалом, час дебатів не може перевищувати 5 хвилин. Антологічний ліміт встановлений і у США.

Також певна аналогія гільйотини існує у Російській Федерації, де тривалість доповіді не може перевищувати 7 хвилин. Для відповідей на запитання депутатів Державної Думи по суті законопроекту відводиться не більше 35 хвилин. Палата може змінити час, який відводиться для запитань та відповідей. Потім за проектом постанови має право виступити представники фракцій, інші депутати Державної Думи, уповноважений представник Президента РФ в Державній Думі і уповноважений представник Уряду РФ в Державній Думі. Переважне право задати питання і виступити за проектом постанови надається представникам фракцій. Їм надається до 7 хвилин, іншим депутатам Державної Думи - до 3 хвилин.

Серед вчених, які досліджували дану проблематику слід назвати таких, як: Г.М. Роберт, А.З. Георгіца, А.Є. Козлов, О.О. Погрібний, І.М. Погрібний, О.В. Волошенюк, Д. М. Михайлович та ін.

Так, Г.М. Роберт визначав парламентську процедуру як сукупність правил і звичаїв, на підставі яких чиняться справи в англійському парламенті. Парламент здійснює свою діяльність у різних формах: на роздільних і спільних засіданнях палат, шляхом організації роботи постійних комітетів (комісій), діяльності депутатів у виборчих округах, через органи, що існують при парламенті тощо [1, с. 46].

Для забезпечення оперативного вирішення питань у Палаті громад Великобританії використовується певний набір процесуальних засобів: «закриття дебатів», «кенгуру», «гільйотина». Закриття дебатів полягає у тому, що на будь-якій стадії обговорення депутат може внести пропозицію про припинення дебатів. Вона ставиться на голосування і вважається прийнятою, якщо її підтримують не менше 100 депутатів. Кенгуру зводиться до того, що спікер на стадії доповіді законопроекту визначає, які поправки з числа запропонованих до білля необхідно винести на обговорення, а які – ні. Гільйотина ж згортає дебати як за часом, так і за змістом білля (на це відводиться не більше трьох годин). Іноді усі ці засоби можуть комбінуватися. Спочатку вноситься пропозиція про гільйотину, а після – про кенгуру і закриття дебатів [1, с. 45].

Проблема часу в парламенті будь-якої держави, у тому числі й Україні, є дуже гострою, тому регламенти можуть містити особливі прийоми, призначені для згортання дебатів: «закриття», «кенгуру», «гільйотина». Так, наприклад, «закриття» засноване на тому, що на будь-якій стадії обговорення питання може бути внесено пропозицію про припинення дебатів. Найбільш жорсткий прийом, який згортає дебати як за часом, так і за змістом, - «гільйотина», тобто встановлення фіксованого часу обговорення питання [2, с. 464].

Спікер має право визначати, які поправки будуть розглядатися, а які – ні (так звана «процедура кенгуру»). Для того, щоб уникнути затягування прийняття закону, тривалість дебатів може бути обмежена шляхом проведення автоматичного голосування після закінчення певного часу («процедура гільйотини») [3, с. 296].

Вбачається, що для визначення можливості запровадження так званої процедури «гільйотини» в національному законотворчому процесі, спочатку слід визначитися з існуючими обов’язками та правами спікера парламенту. Отже, до обов’язків головуючого на пленарному засіданні Верховної Ради відносять такі: Головуючий на пленарному засіданні Верховної Ради: 1)… 7) оголошує списки осіб, які записалися на виступ, та надає слово для виступу; 8) надає слово для доповіді (співдоповіді), запитань, виступу, оголошує наступного промовця; 9) створює рівні можливості народним депутатам, депутатським фракціям

(депутатським групам) для участі в обговоренні питань відповідно до положень цього Регламенту; 10) утримується від коментарів та оцінок щодо промовців та їх виступів, крім випадків порушення норм депутатської етики (стаття 51 цього Регламенту); 11) вживає заходів для підтримання порядку на пленарному засіданні;

Головуючий на пленарному засіданні Верховної Ради має право: 1) вносити пропозиції з процедурних питань щодо ходу пленарного засідання, які ставляться на голосування першими; 2) об'єднувати обговорення кількох пов'язаних між собою питань порядку денного пленарного засідання Верховної Ради. Якщо з цього приводу виникають заперечення народних депутатів, процедурне рішення про це приймається Верховною Радою без обговорення; 3) підсумовувати обговорення питань [4, с. 2].

Отже, як випливає з вищезазначеного, такого конкретного повноваження, як власна ініціатива спікера на припинення обговорення, Регламентом Верховної Ради України не закріплено. Є лише загальна регуляторна функція на час дебатів. Звісно, час виступу першого доповідача дещо обмежений, до трьох хвилин, але наступні пропозиції та суперечки із залученням інших депутатів дуже часто затягують процес обговорення законопроектів, а тому і їх прийняття в цілому. Також існує скорочена процедура обговорення, але вона використовується скоріше, як виняток.

Для доповіді надається не менше 10 хвилин, співдоповіді – п’яти хвилин і заключного слова – трьох хвилин. Тривалість часу для доповіді й співдоповіді під час розгляду проектів кодексів та законопроектів, які містять більш як 100 статей, пунктів, а також законопроектів про внесення змін до Конституції України збільшується у два рази, якщо Верховна Рада не прийме іншого рішення [4, с. 2]. Співдоповідачем проекту при його розгляді у першому читанні є визначений головним комітетом один з його членів. У разі розгляду альтернативних проектів, які повинні розглядатись одночасно, нерідко робиться одна співдоповідь по всіх таких проектах. В обговоренні законопроекту беруть участь депутати, які записались на виступ. [5, с. 770].

Висновки та пропозиції. Таким чином, з аналізу вищенаведеного, можна дійти висновку, що запровадження такої процедури в українському парламенті певною мірою сприятиме підтриманню порядку, значно пришвидшить розгляд законопроектів та покращить роботу парламенту в цілому. Наразі існує проблема занадто тривалого обговорення важливих законодавчих питань, а, це, своєю чергою, впливає і на життя усього

суспільства. Проте, слід враховувати, що запровадження такої процедури має відбуватись із урахуванням специфіку роботи вітчизняного органу законодавчої влади.

Список використаних джерел:

1. Георгіца А.З. Конституційне право зарубіжних країн. – Чернівці: «Рута», 2000. – 46 с.
2. Конституційне право: Підручник /Відп. ред. А. Є. Козлов - М.: Видавництво БЕК, 1997. - 464 с.
3. Порівняльне правознавство : навчальний посібник / Олексій Погрібний, Ігор Погрібний, Олександр Волошенюк, Дмитро Михайлович. – Харків : Видавництво Харківського національного університету внутрішніх справ, 2006 . – 296 с.
4. Про Регламент Верховної Ради України
Верховна Рада України; Закон, Регламент від 10.02.2010 № 1861-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/1861-17
5. Лінецький С. В., Мельник М. І., Ришелюк А. М. Конституційне законодавство України (законодавчі акти, коментар, офіційне тлумачення): Збірник нормативних актів / Автори-упорядники: С. В. Лінецький, М. І. Мельник, А. М. Ришелюк.- К.: Атіка, 2000.- 896 с.

Деркач А. Л.
к.ю.н., народний депутат України,
докторант Інституту законодавства Верховної Ради України

ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В КОНСТИТУЦІЯХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ

У статті визначаються основні особливості та обсяг нормативно-правового регулювання інституту конституційної скарги в конституціях європейських держав, що мають класичний досвід його функціонування, а також країн з близькими до України правовими традиціями (Швейцарія, Австрія, Іспанія, Польща).

Ключові слова: *конституційна скарга, конституція, основоположні права і свободи людини, конституційна регламентація, конституційний суд, конституційний трибунал.*

В статье определяются основные особенности и объем нормативно-правового регулирования института конституционной жалобы в конституциях европейских государств, имеющих классический опыт его функционирования, а также стран с близкими к Украине правовыми традициями (Швейцария, Австрия, Испания, Польша).

Ключевые слова: *конституционная жалоба, конституция, основополагающие права и свободы человека, конституционная регламентация, конституционный суд, конституционный суд.*

The article defines the main features and scope of the regulatory and legal regulation of the constitutional complaint institute in the constitutions of European states with a classical experience of its functioning, as well as countries with legal traditions close to Ukraine (Switzerland, Austria, Spain, Poland).

Key words: *constitutional complaint, constitution, fundamental rights and freedoms, constitutional regulation, constitutional court, constitutional tribunal.*

Постановка проблеми. Важливість введення інституту конституційної скарги в основному законі багатьох держав світу як першочерговий крок на шляху його включення до національної системи правозахисту визнається і в західній правовій доктрині. Відомий дослідник О. Люхтерхандт (*Otto Luchterhandt*) у своїй роботі визначав, що «незалежно від того, на якій процедурі судочинства зрештою зупинить свій вибір національний законодавець, очевидно, що запровадження індивідуальної скарги припустиме лише в тому випадку, якщо конституція в явній або прихованій формі — «між рядків» — передбачає таку можливість» [1]. Країни Західної Європи мають досить багатий досвід із використання конституційної скарги як ефективного засобу захисту прав і свобод людини і громадянина. Їм властива так звана класична системи конституційної юстиції, що є досить близькою для української правової традиції та може

бути взята за приклад при впровадженні конституційної скарги як окремого специфічного засобу конституційного контролю.

Виходячи з викладеного **метою статті** є дослідження правового регулювання захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина органами конституційної юстиції в зарубіжних країнах і визначення шляхів вдосконалення національного законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Однією з перших країн світу, яка закріпила інститут конституційної скарги на конституційному рівні, стала Швейцарія. Цей інститут був передбачений ще Конституцією Швейцарської Конфедерації 1874 року і отримав своє продовження в Союзній конституції Швейцарської Конфедерації [2].

Союзна конституція Швейцарської Конфедерації відрізняється від більшості інших чинних конституцій тим, що значну увагу в ній приділено широкому спектру питань суспільного життя (освіта, наука, культура, навколишнє середовище, енергетика та комунікація, житло, праця, здоров'я, соціальний захист, фінанси тощо), у тому числі тим, що актуалізувалися в останні роки — проблеми генної інженерії, трансплантаційна медицина, сталий розвиток та збереження природних ресурсів тощо [8, С. 130]. Натомість значно менше положень Конституції стосуються питань, які визначають засади організації та діяльності державного апарату (частина п'ята «Союзна влада» Союзної конституції Швейцарської Конфедерації)[2].

Питанням конституційної скарги присвячене лише одне положення Конституції: в пункті «а» частини першої статті 189 «Конституційна юрисдикція» зазначено: «Союзний Суд розглядає скарги на порушення конституційних прав». Всі особливості подання та розгляду конституційних скарг визначені Федеральним законом «Про організацію судочинства» [3].

На особливу увагу заслуговує конституційний досвід Австрії. Основу її конституційного законодавства становить Федеральний конституційний закон, який прийнятий 1 жовтня 1920 року Конституційними Національними Зборами та набрав чинності 10 листопада 1920 року (далі — ФКЗ Австрії) [4, С. 27]. На конституційному рівні діяльність Конституційного Суду Австрії, що був створений ще в 1920 році і є найстарішим інститутом конституційного контролю в Європі, докладно регламентовано. До його повноважень віднесено широке коло питань, викладених у статтях 137–148 підрозділу D «Конституційний Суд» шостого розділу «Гарантії дотримання Конституції

та законності управління» ФКЗ Австрії, зокрема і питання індивідуальної конституційної скарги [8, С. 132]. Відповідно до частини першої статті 139 та частини першої статті 140 ФКЗ Австрії Конституційний Суд розглядає справи щодо протизаконності постанов, а також неконституційності законів за клопотанням особи, яка стверджує, що через цю протизаконність чи неконституційність безпосередньо порушено її права у випадках, коли постанова чи закон діють стосовно цієї особи без винесення судового рішення або видання спеціального наказу [4, С. 100].

Згідно зі статтею 139а ФКЗ Австрії Конституційний Суд розглядає питання, чи не перевищені межі наданих повноважень при перевиданні правового розпорядження, за поданням особи, яка стверджує, що цим безпосередньо порушено її права, оскільки знову перевидане правове розпорядження безпосередньо діє стосовно неї без винесення судового рішення або видання спеціального наказу [4, С. 104]. Таким чином, на відміну від багатьох інших органів конституційного контролю, Конституційний Суд Австрії уповноважений Федеральною Конституцією розглядати конституційні скарги від осіб не лише щодо конституційності законів, а й щодо законності підзаконних нормативно-правових актів, які безпосередньо стосуються прав і свобод, незалежно від їх застосування в конкретній справі [8, С. 130]. Можливість оскарження індивідуальних правозастосовних актів окремо передбачена в частинах першій, другій, третій статті 144 ФКЗ Австрії (в редакції від 1 липня 1981 року), де, зокрема, зазначається, що Конституційний Суд розглядає скарги на рішення органів управління, в тому числі незалежних адміністративних трибуналів [5], якщо особа, яка подала скаргу, стверджує, що таким рішенням порушено її право, гарантоване конституційним законом, або що порушення її прав пов’язане із застосуванням протизаконної постанови, неконституційного закону або протиправного державного договору. За таких самих умов Конституційний Суд розглядає скарги на пряме здійснення органом управління наказу або примусового впливу, спрямованого проти певної особи. Скарга може бути подана лише після того, як справу розглянуто у всіх інших інстанціях, до відання яких вона належить. Положення щодо розгляду конституційних скарг не систематизовані в окремій статті ФКЗ Австрії, а викладаються поряд з іншими повноваженнями Конституційного Суду [8, С. 137]. Відповідно на рішення Конституційного Суду за результатами розгляду конституційних скарг поширюються загальні положення щодо юридичних наслідків ухвалення ним рішень, які детально викладено у ФКЗ Австрії (зокрема частини п’ята,

шоста статті 139, частини п’ята, шоста, сьома статті 140 ФКЗ Австрії). Більш повно питання організації Конституційного Суду, у тому числі щодо провадження за конституційними скаргами, регулюються спеціальним федеральним законом і Регламентом, який приймається на підставі зазначеного Закону Конституційним Судом (стаття 148 ФКЗ Австрії) [5].

Досить розвинутий та ефективний інститут конституційної скарги діє в Іспанії (так звана процедура ампаро — «recursos de amparo»). Його засади закладено Конституцією Королівства Іспанії від 27 грудня 1978 року [6]. У розділі 9 Конституції Іспанії «Про Конституційний Суд» (статті 159–165) серед інших його повноважень визначено повноваження розглядати конституційні скарги щодо порушення прав і свобод осіб. Відповідно до пункту «б» частини першої статті 161 Конституції Конституційний Суд має юрисдикцію на усій території Іспанії та повноваження для ухвалення рішення про захист прав і свобод, визначених у пункті 2 статті 53 цієї Конституції, у формах і випадках, передбачених законом [8, С. 133]. У пункті 2 статті 53 глави четвертої «Про гарантії основних прав і свобод» Конституції Іспанії зазначено, що будь-який громадянин може вимагати судового захисту прав і свобод, визнаних у статті 14 і у відділі 1 глави другої, причому справа має розглядатися на підставі принципів преференції, з проведенням попереднього слідства, а у разі необхідності — шляхом подання заяви до Конституційного Суду [6].

Цей порядок застосовується і в разі відмови від військової служби з мотивів невідповідності переконанням згідно зі статтею 30 [6]. Відповідно підставою для конституційної скарги може бути: 1) порушення принципу рівності перед законом та допущення дискримінації; 2) посягання на основоположні права, перелік яких закріплено в статтях 15–29 відділу 1 «Про основні права і громадянські свободи» глави другої «Права і свободи» розділу I «Про основні права і обов’язки» Конституції Іспанії; 3) посягання на право відмови від військової служби з мотивів невідповідності переконанням [8, С. 134].

На конституційному рівні визначено також суб’єктів подання конституційної скарги. Відповідно до пункту «б» частини першої статті 162 Конституції Іспанії закон надає право подати скаргу на порушення конституційних прав і свобод будь-яким фізичним або юридичним особам, які посилаються на законні інтереси, а також захиснику народу і прокуратурі. Всі інші питання, пов’язані з інститутом конституційної скарги та

діяльністю Конституційного Суду, в цілому вирішуються на рівні Органічного Закону «Про Конституційний Суд», як це передбачено статтею 165 Конституції Іспанії, що з поданнями у справах, про які йдеться в статті 188, до Конституційного Трибуналу можуть звертатися «суб'єкти, визначені в статті 79, у встановленому в ній обсязі» [6]. Цікаво, що та сама стаття Конституції Республіки Польща окремо вказує на таких суб'єктів звернення до Конституційного Трибуналу, як управлінські органи одиниць територіального самоврядування, загальнопольські органи професійних спілок, а також загальнопольські органи організацій працедавців і професійних організацій, церкви та інші віросповідні союзи, які наділяються цим правом у разі, якщо нормативний акт стосується питання, що охоплюються сферою їхньої діяльності (пункти 3, 4, 5 частини першої; частина друга статті 191 Конституції) [8, С. 138].

Аналогічно досвіду інших країн в Республіці Польща на конституційному рівні не визначаються юридичні наслідки розгляду Конституційним Трибуналом конституційних скарг, проте викладаються загальні наслідки ухвалення ним рішень у межах власної компетенції. Так, відповідно до статті 190 Конституції рішення Конституційного Трибуналу мають загальнообов'язкову силу і є остаточними [7].

Таким чином, Конституція Республіки Польща закладає засади конституційної скарги, визначаючи для неї підставу — порушення прав і свобод, закріплених у Конституції, а також предмет і суб'єктів подання, тоді як процедурні питання її розгляду, вимоги щодо прийнятності та інші аспекти її нормативного регулювання містяться в Законі «Про Конституційний Трибунал» від 1 серпня 1997 року, а також у Регламенті Конституційного Трибуналу від 3 жовтня 2006 року [8, С. 138].

Висновок. Відтак, досвід іноземних країн має бути обов'язково врахований під час розробки пропозицій щодо конституційної регламентації інституту конституційної скарги в Україні. Його запровадження вимагатиме внесення змін передусім до статей 55 та 150 Конституції України, що дозволить закласти національну модель конституційної скарги. Така модель вимагає широкої фахової дискусії, актуальність якої значно зросла у зв'язку з активізацією в Україні конституційно-правової реформи.

Список використаних джерел:

1. Otto Luchterhandt Protectoin of fundamental rights in the Constitutional Courts on the basis of individual complaints. General survey . URL: http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/1011.htm

2. Союзная конституция Швейцарской Конфедерации от 18 апреля 1999 года // Конституция государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Окунькова Л. А. М.: НОРМА, 2001. Т. 3. С. 536–579. URL: http://www.admin.ch|ch/d/sr/1/173/110/de/pdf

3. Bundesgerichtsgeset, BGG. URL : http://www.admin.ch|ch/d/sr/1/173/110/de/pdf

4. Конституция Австрийской Республики. Федеральный конституционный закон от 10 ноября 1920 года // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Окунькова Л. А. М.: НОРМА, 2001. Т. 1. С. 27–114.

5. Доповідна Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) «Про прямий доступ до конституційного правосуддя» (85 пленарне засідання, Венеція, 17–18 грудня 2010 року). С. 164. URL: http://www.venice.coe.int

6. Конституция Испании от 27 декабря 1978 года // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Окунькова Л. А. М.: НОРМА, 2001. Т. 2. С. 51–94; англ. текст: Spain Constitution. URL: http://www.vescc.az/constitution/spain'consti' tution'eng/html

7. Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 года // Конституции государств Европы: В 3 т. / Под общ. ред. Окунькова Л. А. М.: НОРМА, 2001. Т. 2. С. 687–732.

8. М. Гультай Інститут конституційної скарги в конституціях європейських держав / М. Гультай // Вісник Конституційного Суду України. 2012. № 2. С. 130-139.

АДМІНІСТРИТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 339.194

Стороженко С.А.,
заступник начальника –
начальник 1 відділу управління протидії
незаконному обігу підакцизних товарів
Головного оперативного управління ДФС України
https://orcid.org/0000-0003-4695-3432

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ПЕРЕМІЩЕННЯМ ТОВАРІВ ЧЕРЕЗ МИТНИЙ КОРДОН НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ

Стаття присвячена виникненню відповідальність за незаконну діяльність, пов'язану з переміщенням товарів через митний кордон на українських землях. Досліджено два періоди виникнення цієї відповідальності. Перший - середина IX – початок XVI ст. – період Київської Русі й феодальної роздробленості. В даний період відбулося зародження відповідальності, пов'язане з порушенням митного законодавства. Другий - XVII ст. – 1917 р. – період Імперій. Характеризується тим, що на українських землях діяло законодавство тих Імперій, до складу яких вони входили. Здійснено аналіз цього законодавства.

Ключові слова: *порушення митних правил, товарна (економічна) контрабанда, генеза, Київська Русь, Річ Посполита, Гетьманщина, Російська Імперія.*

Статья посвящена возникновению ответственность за незаконную деятельность, связанную с перемещением товаров через таможенную границу на украинских землях. Исследовано два периода возникновения этой ответственности. Первый - середина IX – начало XVI в. - период Киевской Руси и феодальной раздробленности. В данный период произошло зарождение ответственности, связанное с нарушением таможенного законодательства. Второй - XVII вв. – 1917 гг. - период Империй. Характеризуется тем, что на украинских землях действовало законодательство тех Империй, в состав которых они входили. Осуществлен анализ этого законодательства.

Ключевые слова: *нарушение таможенных правил, товарная (экономическая) контрабанда, генезис, Киевская Русь, Речь Посполитая, Гетманщина, Российская Империя.*

The article is devoted to the emergence of liability for illegal activities related to the movement of goods across the customs border on Ukrainian lands. Two periods of this responsibility have been investigated. The first - the middle of the IX - the beginning of the XVI century. - the period of Kievan Rus and feudal disunity. In this period, the origin of liability associated with the violation of customs legislation. The second - XVII centuries. - 1917 years. - period of the Empires. Characterized by the fact that the ukrainian lands operated the

legislation of those Empires, of which they were part. An analysis of this legislation has been carried out.

Key words: *violation of customs regulations, commodity (economic) smuggling, genesis, Kievan Rus, Rzeczpospolita, Hetmanate, Russian Empire.*

Постановка проблеми. Історичний аналіз відповідальності за незаконну діяльність, пов'язану з переміщенням товарів через митний кордон, дозволяє через призму ретроспективного аналізу встановити дійсний зміст та цільове призначення даної заборони.

Слід відмітити, що в Україні існує дві форми контрабанди (тобто незаконної діяльності, пов'язаної з переміщенням товарів через митний кордон): товарна контрабанда (економічна) та контрабанда предметів, вилучених з вільного обігу (наркотиків, зброї, вибухівки та ін.). За товарну (економічну) контрабанду за законодавством України передбачена адміністративна відповідальність, тобто вона є адміністративно-караним діянням, а контрабанда предметів, вилучених з вільного обігу, є кримінально-караним діянням.

Історія відповідальності за контрабанду неодноразово досліджувалась в юридичній літературі. Окремі аспекти питань, що розглядаються у цій статті, знайшли своє відображення у працях В. Бойка, Н. Володька, Ю. Кісловського, Л. Лобойка, О. Омельчука, Г. Попова, О. Процюка, О. Саско, Ю. Турчина та ін.

У даній статті ми розглянемо історію розвитку законодавства з метою дослідження етапів появи в ньому норм, які передбачали відповідальність за незаконне переміщення товарів через митний кордон.

Виклад основного матеріалу. Незаконна діяльність, пов'язана з переміщенням товарів через митний кордон, безпосередньо залежить від існування і рівня мит. При збільшенні кількості таких мит та їх ставок зростає й рівень незаконної діяльності, пов'язаної з переміщенням затребуваних товарів. Дана залежність існує вже понад тисячу років і простежується з давніх віків.

У Стародавньому Римі мито на продаж товарів становило від 10 до 12,5 % що «сприятливо» позначалося на контрабандній діяльності. Одним із популярних товарів контрабанди в період розквіту Римської Імперії було вино, його, в обхід різних законних норм, ввозили на територію Риму в судинах для оливкового масла. З Африки до столиці

контрабандними шляхами ввозилися теракотові трубки[1], які використовувалися при будівництві будинків.

У Стародавній Греції діяв загальний податок для всіх товарів, які надходили до міст-держав або проходили через них транзитом. Наприклад, в Афінах він становив 2 %, сюди входили також портові збори із суден, подушні податі з іноземців, рабів та жінок легкої поведінки. Додатковий податок також стягувався з тих, хто хотів торгувати у межах міста. Податковий тягар змусив купців заснувати на островах недалеко від Афін склади для зберігання товарів, які маленькими партіями, контрабандно, поставлялися в місто.

Історичний досвід, у тому числі й вітчизняний, виразно свідчить про те, що факт незаконного переміщення товарів як явище викликаний об'єктивними процесами розвитку нашого суспільства, і тісно пов'язаний зі стягненням митних платежів. На українських землях незаконне переміщення товарів через митний кордон виникло із середини IX ст. н.е. і було обумовлено виникненням Київської Русі та розвитком торгівлі з суміжними державами й народами. Сприяв торгівлі й водний (морський та річковий) шлях із Балтійського моря через Східну Європу до Візантії, який називався шляхом «із варяг у греки». Проходив він «… по Днепру и верх Днепра волок до Ловоти, и по Ловоти внити в Илмерь озеро великое, из него же озера потечет Волхов и втечет в озеро великое Нево, и того озера внидет устье в море Варежьское, и по тому морю внити и до Рима, а от Рима приити по тому же морю ко Царьграду» [10, с. 12].

Київська Русь із самого початку свого зародження здійснювала власну митну політику. На території держави були встановлені мита (прообраз тарифів) на різні товари. Одним із історичних документів, що підтверджують це, є договір, укладений князем Олегом із візантійським імператором в 907 році. Укладення договору було результатом вдалого бойового походу Олега на Візантію, розпочатого у зв'язку з необхідністю «помсти за образу», нанесену слов'янським купцям з боку греків. Згідно з укладеною угодою греки виплачували контрибуцію, звільняли купців від сплати мита (до 10 % від ціни привізного товару), брали на себе утримання кожного купця на протязі півроку (загальна кількість купців не повинна була перевищувати 50 осіб) і т.д.

[1] Порожні теракотові трубки, як і невеликі амфори, використовувалися римлянами при будівництві склепінь (зводів) будівель. Вони замішувались в бетон, що зменшувало вага зводу, без зменшення його міцності

В подальшому, для систематизації митних зборів, частково їх регламентація була прописана в Руській Правді. «Руська правда» містила правила торгівлі, порядок сплати мит, застосування санкцій за контрабанду [6, с. 3].

До монгольської навали на Русь на території Київської Русі у зв'язку з розвитком торгівлі існувало декілька видів мита: проїжджі, торговельні, мита за обслуговування і штрафні мита. Праобразом сучасних митних зборів можна вважати «мит». «Мит» відносився до різновиду проїжджих мит і був платою за можливість перевезення товару. «Мит» мав окремі різновиди: сухий мит (за провезення товару сухопутними торговими шляхами) та водний мит (за провезення товару водними шляхами) [5, с. 17]. Зі збільшенням митних зборів у віддалених князівствах посилюється потяг людей до незаконного провозу товарів. Саме у цей час формується система штрафів та інших покарань за порушення встановлених правил перевезення та продажу товарів. Поряд зі штрафом «промит» з'являється «заповідь» – це свого роду пеня за несплату мита під час продажу (купівлі) коней [1, с. 85] і протаможі – штраф за приховування товару, провезення його без сплати мита.

Слід підкреслити, що незважаючи на бажання Великих князів Київських централізувати владу на всій території Київської Русі, привести суспільне життя і правила його регулювання до спільного знаменника, в різних князівствах система мит і правил за перевезення товарів, а відповідно, і покарання за їх порушення, відрізнялися одна від одної. Крім того, дана система мит і покарань була заплутаною, складною і в цілому, при зіставленні між окремими князівствами, – суперечливою.

За часів монголо-татарського ярма у мові вкоренилося слово «тамга», яке у тюркських народів означало знак, клеймо, тавро, яке наносилося на майно, що належало роду. Видача ханських ярликів з печаткою-тамгою, які підтверджували привілеї феодалів і духовенства, супроводжувалося збором, який став називатися тамгою, а незабаром тамга стала називатися митом, яке стягувалося при торгівлі на ринках і ярмарках. Від слова «тамга» було створено дієслово тамжити – стягувати мито – тамгу. «В таможне очищают привозной товар мытом, пошлиной и тамжат его – место на рынке, ярмарке, где тамжили товар и взыскивали тамгу стало называться таможней. Служилый человек, в прошлом называвшийся мытником, стал называться таможником или таможенником» [8, с. 29-30].

Слід відзначити той факт, що до середини XVI ст. незаконна діяльність, пов'язана з переміщенням товарів через митний кордон, носила в цілому поодиноких характер, і не могла впливати на економічну складову держави. Для масовості контрабанди має бути сильна централізована влада, утворення єдиного ринку, розвинене митне законодавство

та митні бар'єри, встановлені на кордоні держави. У свою чергу, розпад Київської Русі спричинив і знищення єдиної митної системи на її території. Починаючи з XII ст. настає період феодальної роздробленості Київської Русі, який призвів до того, що до XVII ст. українські землі ввійшли до складу інших держав.

До початку XVII ст. великі території Західної України (сучасні Львівська, Тернопільська, Івано-Франківська, Волинська, Рівненська, Хмельницька області), Центральної (Житомирська, Вінницька, Київська, Черкаська, Чернігівська, Полтавська, Сумська, Кіровоградська області) та Південної (окремі частини Дніпропетровської, Запорізької, Херсонської, Миколаївської, Одеської областей) увійшли до складу Речі Посполитої, і на її території почав діяти Статут великого князівства Литовського. Статут Великого князівства Литовського (СВКЛ) видавався тричі: у 1529, 1566 та 1588 роках. У зазначених Статутах регламентувалися правила середньовічної торгівлі та система покарань за їх порушення. Для того, щоб купці не оминали встановлених митниць і не уникали сплати мита широко застосовувався дорожній примус та право складу. Дорожній примус означав, що купці мали пересуватися лише встановленими маршрутами, відхилення від яких загрожувало ув'язненням, стратою, конфіскацією товарів або штрафом – «промито», половина якого йшла на користь митників чи феодалів, у чиїх володіннях були заарештовані товари, а інша половина – державі. Ще однією підставою для стягнення «промита» було використання князівських, панських або духовних перевозів через ріки, замість державних («государських»). З метою запобігання порушенням митних правил, великокнязівська влада уповноважувала представників місцевої адміністрації, воєвод і старост сприяти митникам у затриманні купців, які переміщували свої товари нерегламентованими маршрутами та ухилялись від сплати мита [11, с. 108].

Слід зазначити, що законодавець Речі Посполитої розрізняв ввезення та вивезення товарів через кордон держави. Наприклад, Розділ 3, артикул 48 «О вывоженье приправъ военъных и всякого железа до земли неприятельское» СВКЛ 1588 року містить наступну норму «Уставуемъ и вечными часы то мети хочемъ, постерегаючи того, абы зо всихъ земль панства нашого, великого князства литовъского, яко жидове, татарове, купцы, такъ и вси подданые наши которого кольвекъ стану явне и таемне всякихъ броней, железа, ручниц, косъ, ножовъ, стрелъ и всякого иного нараду военъного не выпущали и послом не продавали, щого [так!] бы неприятель силитисе могъ. А хто бы се того смелъ важити

над тое росказанье и уставу нашу, тотъ ничимъ инымъ, одно горломъ каранъ быти маеть, а товары и вся маетность его маеть быти до скарбу нашого взята. А того с пильностью на всихъ замъкахъ украинъных старостове и вси врядники нашы постерегати мають. А то се розумети маеть во въпокою и подъ непокоемъ» [13]. Як ми бачимо, за незаконне вивезення з країни заліза та виготовлених з нього предметів, порушник ніс відповідальність у вигляді конфіскації і страти. При цьому дана норма, як і весь документ, не забороняє ввезення в країну заліза та виготовлених із нього предметів. Аналогічна за змістом норма, що стосується заборони вивезення з країни коней, містилася в Статуті Варшавського сейму 1557 р.

Відзначимо, що такі обмеження не були чимось новим для законодавців тих часів, оскільки ще в 150 році н.е. правитель держави Сяньбі, що розташовувалася на території сучасної Монголії, побоюючись військової політики Китаю, суворо заборонив продавати китайцям коней. Продаж коней, які були стратегічним товаром у державі Вей, що перебувала в недружніх відносинах із Сяньбі, підривала національну безпеку, і тому подібні антидержавні дії держчиновників, незважаючи на ранги і ханське походження, жорстко припинялися, щоб не озброювати ворогів. У зв’язку з чим був виданий указ, який вожді монгольських племен прийняли і дотримувалися його. У той час за порушення даного указу було передбачено жорстоке покарання. Наприклад, коли вождь Су-Лі продав 1000 коней китайцям, Кебінен (правитель Сяньбі) знищив його воїнів і захопив плем’я [9, с. 97]. Аналогічна заборона була накладена монголами на китайців за часів Юанської династії. Про це згадується в «Юань ши» в описі подій, що відбувалися в 1265 – 1266 роках: «сановники секретаріату і ради подали рекомендацію, щоб захоплені люди, які або проходили контрабандистськими шляхами, або злодійськи перепродували коней і не раз переходили південний кордон, 3804 дворів, всі за наказом вирушили служити у військах» [7]. Як ми бачимо, за контрабанду коней порушники каралися примусовим призовом до армії.

За часів Гетьманщини (1649 – 1764 роки) митна справа на цих територіях регулювалися Універсалом Б. Хмельницького 1654 року. На підставі даного акту на кордонах Гетьманщини (російському і турецькому) організовувалася митна служба, яка стежила за сплатою ефекти (мито за ввезення товарів) та індикти (мито за вивезення товарів). Тоді ж існувало і «мостове мито» – плата з проїжджих купців та торговців за перевіз через водні перепони.

За часів козацької доби існувала жорстка система покарань за спробу реалізації іноземними купцями товарів за посередництва українських купців, які мали пільги. За таке порушення усі товари підлягали конфіскації митниками [3, с. 73]. Будь-яке порушення правил, встановлених правовими актами щодо перевезення товарів і цінностей через кордон отримало назву «контрабанда», а винні у скоєнні зазначених дій підлягали покаранню. Система встановлених санкцій за невиконання митних правил була досить жорстка. За контрабандне ввезення тютюну жорстоко били та прилюдно соромили, за контрабандне перевезення алкогольних напоїв карали биттям батогом та відрубуванням рук і ніг [15, с. 17].

Після ліквідації Катериною ІІ Гетьманщини та поділів території Польщі, які були здійснені в цій історичний період, більшість українських земель (Правобережна Україна, Волинь і Поділля) приєднується до Російської Імперії.

В аспекті нашого дослідження слід зазначити, що незаконна діяльність, пов’язана з переміщенням товарів через митний кордон як злочин проти порядку управління була прописана у Главі XXV Соборного Уложення 1649 року. Згідно ч. 1 глави XXV Соборного Уложення «У кого корчму[2] вымут впервые, или кто на продажу вино курит, и на тех впервые заповеди правити по пяти рублев, а на питухах по полуполтине на человеке. А у кого корчму вдругоряд вымут, и на тех людех заповеди править вдвое, по десяти рублев, а на питухех по полтине на человеке, да тех же людей, у кого корчму вымут вдругоряд, бити кнутом по торгом, а питухов бити батоги» [14, с. 295]. Схожі обмеження стосувалися і тютюну: «… о табаке заказ учинен крепкой под смертною казнью, чтобы нигде русские люди и иноземцы всякия табаку у себя не держали и не пили, и табаком не торговали. А кто русские люди и иноземцы табак учнут держати, или табаком учнут торговати и тех людей продавцов и купцов велено имати и присылати в Новую четверть, и за то тем людем чинити наказание болшое бес пощады, под смертною казнью, и дворы их и животы имая, продавати, а денги имати в государеву казну…» (Ч. 11 глави XXV Соборного Уложення) [14, с. 298]. Відзначимо, що глава XXV Соборного Укладення містить 21 частину, багато з яких тією чи іншою мірою стосуються незаконного ввезення у країну вина, тютюну та інших заборонених до продажу товарів. Основним покаранням за контрабанду товарів, споживання яких у Російській Імперії було заборонено, а також за ввезення і торгівлю товарами державної монополії, була

[2] Під кормчеством розумілося незаконне виробництво, контрабандне ввезення і продаж спиртних напоїв та інших товарів, виробництво і продаж яких знаходилось в монополії Російської Імперії

конфіскація й тілесні покарання. Наприклад, за кормчество, передбачене Соборним Уложенням, передбачалися штрафи, побиття батогом, ув'язнення, заслання в далекі міста, конфіскація майна. Залежно від повторюваності, за такі дії передбачалося більш суворе покарання (зростав штраф, термін ув'язнення і т.п.).

Незважаючи на заходи, які вживалися державою, контрабандний потік товарів не припинявся. Основними контрабандистами були іноземці, які залучали для незаконного придбання товарів та їх реалізації торговців, що не мали вільних капіталів і залежали від іноземних купців, а також простих жителів торгових міст. Предмети контрабанди та хитрощі, що застосовувалися у той час з метою незаконного перевезення таких товарів були досить різноманітними. Торговці та промисловці везли з собою соболів, лисиць, шуби соболині, лисячі, куниць, бобрів, китайські товари, ховаючи їх у санях, жупанах, скринях, у валізах, в сукнях та подушках, у ліжках, бочках та печених хлібах [6, с. 28].

Сплеск контрабанди припав на 1653 рік (введення в дію Митного статуту), 1667 рік (введення в дію Новоторгового статуту). Дані акти частково скасували пільги на торгівлю і встановили високі ставки мит з іноземних торговців. По суті, в Російській Імперії була встановлена система протекціонізму, посилена в 1724 році новим протекціоністським тарифом.

Незаконна діяльність, пов'язана з переміщенням товарів через митний кордон, також не стояла на місці, а розвивалася і шукала нові шляхи поставки товарів. Раніше боротьбу з контрабандистами вели митники, оскільки контрабандні товари перевозилися, в основному, на торговельних судах через прикордонні порти. Але, у зв'язку з розвитком промисловості, появою на території Імперії мануфактур з виробництва товарів для внутрішнього користування, посиленням митного контролю в портах, контрабанда «знайшла свою дорогу» в обхід митниць по західному сухопутному кордону. Таким чином, ми можемо підсумувати, що на території Російської Імперії контрабанда як правопорушення і злочин виникає з появою монополії держави на виробництво окремих товарів, їх ввезення та вивезення та введенням правових норм, які посягають на діяльність держави в даній сфері.

В цілому, контрабандні товари, що ввозилися в Імперію, не стосувалися широких верств населення. По суті, це були товари розкоші, і придбати їх могло вузьке коло осіб, до якого входили дворяни, купецтво, почесні громадяни. Ті ж товари, монополія на

виробництво яких була прерогативою держави (алкоголь, тютюн та ін.) були бездефіцитними і могли бути вільно придбані.

Цілком систематизоване законодавство про контрабанду … з'явилося у Митному статуті 1819 року, згідно з яким під контрабандою розуміли не лише провезення або пронос товарів через кордон поза митницею, але й не зазначення власником у поданих до митниці оголошеннях та вантажних документах [8 , с. 48]. Статут розрізняв контрабанду двох видів:

– таємне провезення через кордон в обхід митних і прикордонних постів;
– провезення товарів через митниці без оголошення.

Відповідальність за контрабанду залежала від правового статусу товарів за митним тарифом. Затримання безмитних, митних або заборонених товарів, а також деяких інших категорій товарів, як правило, регламентувалося особливими положеннями митного статуту та інших актів митного законодавства. Усі товари, які підлягали обкладенню митами, при спробі таємного провезення конфісковувалися, а з власника або провізника стягувалася мито у п'ятикратному розмірі. Імпортні товари, не оголошені митниці та виявлені при огляді в пакгаузах, обкладалися відповідним митом, а надлишки понад встановлені 8-10 % від зазначених у документах товарів конфісковувалися без будь-яких стягнень, практично не розглядаючись як контрабанда. Заборонені до провезення товари при спробі контрабанди конфіскувалися, а з власника, перевізника чи продавця всередині країни стягувалася подвійна ринкова ціна таких товарів (ст. 1304) [12]. Дані норми згодом були перенесені до Уложення про покарання 1845 р.

Митний статут 1857 р., встановлював заборону на переміщення через кордон російських кредитних білетів та монет, іноземних гральних карт, на таємне провезення книг, пороху, тютюну, міцних спиртних напоїв. Все заборонене до провезення конфісковувалося і знищувалося, при цьому винна особа зобов'язана була сплатити вартість товару за прейскурантом особі, що відкрила факт незаконного провезення, відповідаючи усім своїм майном, або шкіпер корабля, котрий привіз заборонений вантаж, зазнавав судового переслідування, аж до заслання (за вироком суду) [8, с. 52].

Державна Дума Росії виділяла значні кошти на боротьбу з контрабандою, яка стала розгортатися не лише на кордоні, а й на підступах до нього. У 1864 р. було створено судові статути, а в 1892 р. був прийнятий новий Митний статут. Він став основою для подальшого вдосконалення нормативної бази митного регулювання та зіграв певну

позитивну роль у зміцненні митної системи Російської Імперії. У Митному статуті 1892 р. були сконцентровані всі постанови про контрабанду, які видавалися раніше. Відповідно до Статуту, контрабандою визнавалися: провезені або пронесені поза митницею за кордон або з-за кордону товари, а також ті, які з-за кордону привезені на митницю, але у вантажних документах та поданих оголошеннях не зазначені [2, с. 351].

У цей період відбувається чітка диференціація санкцій залежно від предмета контрабанди. Наприклад, контрабанда предметів, заборонених до провезення, каралася конфіскацією і грошовим штрафом у розмірі двократної вартості. А за контрабанду дозволених до провезення через кордон безмитних товарів стягувалося 10 % від вартості без конфіскації. Особи, які приховували контрабандні товари, також підлягали обкладанню штрафом у розмірі двократної вартості товарів. Такий же штраф накладався на осіб, які приймали контрабандний товар. Кваліфікованою контрабандою було провезення контрабанди групою, озброєними людьми. Якщо контрабандисти чинили при затриманні опір, це також впливало на кваліфікацію контрабанди (позбавлення волі, каторжні роботи). Засоби переміщення контрабанди (приватні) підлягали конфіскації, а казенні підлягали оплаті їх оціночної вартості, після чого повертались. Як ми бачимо, покарання, які з сучасної точки зору можна віднести тільки до кримінальних, застосовувалися лише за вчинення кваліфікованої контрабанди. Цікавим є наступний момент: стягнення за контрабанду накладалося на господаря, а не на особу, яка її перевозила. Дана норма містилася в Митному статуті 1892 р. У Митному Статуті 1910 року суб’єктом, відповідальним за контрабанду, був уже не лише господар товарів, визнаних контрабандними, а й особа, яка їх перевозила (доставляла) в Російську Імперію або зберігала чи приймала. Але при цьому, в останньому випадку особи які здійснювали доставку, зберігання чи приймання контрабанди, несли відповідальність, якщо господар товарів був невідомий або його особу було встановлено, але не за допомогою таких осіб.

На межі ХХ ст. законодавство, яке передбачало відповідальність за незаконну діяльність, пов’язану з переміщенням товарів через митний кордон, продовжувало розвиватися. Було прийнято Положення про контрабанду 1907 року та Митний статут 1910 року. У Положенні до контрабанди було віднесено незаконне ввезення чи вивезення тільки заборонених і митних товарів. По відношенню до експортних товарів визнавалося контрабандою не лише закінчене діяння, а й замах на вивезення. Це було пов’язано з тим, що затримати контрабандиста на території іншої держави було неможливо. Існувала

підвищена відповідальність за контрабанду у вигляді промислу, підробки клейм, перевезення контрабанди озброєною групою, вчинення опору при затриманні.

Митний статут 1910 року характеризував контрабанду як незаконне переміщення товарів поза митними установами або з приховуванням від митного контролю, випуском на внутрішній ринок заборонених імпортних товарів або товарів, випущених з митниці незаконно, в результаті угоди з чиновником митного відомства. За певних обставин контрабандою визнавалося її складування та зберігання. У 1913 р. Департамент митних зборів видав циркуляр, який розширив поняття контрабанди за рахунок включення до нього таких дій, як крадіжка іноземних товарів та їх продаж, випущення митницею безмитно якорів, ланцюгів, тросів, сільськогосподарських машин [4, с. 21].

Висновки. Підводячи підсумок, можна позначити, що під час всього існування Російської Імперії дане державне утворення поступово посилювало заходи покарання, пов’язані з незаконним переміщенням товарів через митний кордон. Норми, що стосуються контрабанди та відповідальності за неї, викладені в уложеннях, митних статутах та інших правових документах, свідчать, що Російська Імперія поступово переходила від адміністративних покарань до притягнення контрабандистів та їх пособників до кримінальної відповідальності. Дана ситуація, на наш погляд, є закономірним розвитком будь-якої держави. Чим складнішою є економічна структура, тим більшої шкоди буде заподіювати їй контрабанда, і тим завзятіше держава буде захищати свої інтереси.

В цілому, ми проаналізували два періоди розвитку законодавства на українських територіях, що стосуються відповідальності за незаконну діяльність, пов’язану з переміщенням товарів через митний кордон.

1. Середина IX – початок XVI ст. – період Київської Русі й феодальної роздробленості. В даний період відбулося зародження відповідальності, пов’язане з порушенням митного законодавства. Виникли перші норми, що стосуються незаконної торгівлі товарами, за які сплачувався збір. Серед штрафів використовувалися промит, заповідь, протаможі. До середини XVI ст. незаконна діяльність, пов’язана з переміщенням товарів через митний кордон, носила поодинокий характер, що пояснювалося слабкою розвиненістю державних утворень.

2. XVII ст. – 1917 р. – період Імперій. Характеризується тим, що на українських землях діяло законодавство тих Імперій, до складу яких вони входили. У законодавстві

Речі Посполитої, Австро-Угорської Імперії, Російської Імперії з'являються перші правові норми, що встановлюють відповідальність за контрабанду. При цьому формується саме поняття контрабанди, під яким (з окремими відмінностями) розуміється приховування товару від митниці, його таємне перевезення поза митним контролем, або перевезення через митні пункти, але з приховуванням від государевих людей, без сплати мита.

Даний період характеризується значним зростанням контрабанди, її негативним впливом на державу та суспільство. Простежується прямий зв'язок між зростанням контрабанди та протекціоністськими тарифами, які встановлювали високі ставки митних зборів по відношенню до багатьох видів іноземних товарів. При цьому поділ контрабанди (умовно) на кримінально-карану і адміністративно-карану відсутній, він починає з'являтися ближче до кінця XIX ст. За вчинення некваліфікованої контрабанди були передбачені покарання, схожі із сучасними адміністративними покараннями за аналогічні правопорушення (штрафи в розмірі, що залежить від вартості товарів). Покарання, які з сучасної точки зору можна віднести лише до кримінальних, застосовувалися тільки за вчинення кваліфікованої контрабанди (ув'язнення, каторжні роботи).

Список використаних джерел:

1. Бабенко А. Ю. Генезис та еволюція інституту відповідальності за порушення митного законодавства. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція, 2016. № 24. С. 85 – 87.
2. Березина О. В. Некоторые исторические аспекты борьбы с контрабандой со времен Древней Руси до наших дней. Молодой ученый, 2014. № 9. С. 349 – 353.
3. Гребельник О. П. Основи митної справи: навч. посіб. К.: Центр навч. літ-ри, 2003. 600 с.
4. Жук И. О. Контрабанда: проблемы выявления и раскрытия на современном этапе: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. 238 с.
5. Зарубин Н. Н. Совершенствование административной ответственности за незаконное перемещение товара через таможенную границу: дис. ... канд. юрид. наук. Люберцы, 2013. 197 с.
6. Кисловский Ю. Г. Контрабанда: история и современность / под общ. ред. А. С. Круглова. М.: ИПО «Автор», 1996. 429 с.
7. Кычанов Е. И. Сведения из «Истории династии Юань» («Юань ши») о Золотой Орде. Источниковедение Улуса Джучи (Золотой орды). От Калки до Астрахани. 1223-1556. Казань, 2001. 428 с.
8. Марков Л. Н. Очерки по истории таможенной службы. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1987. 160 с.
9. Научная Академия Монголии. История Монголии. Улан-Батор, 2003. Т. 1.
10. Полное собрание русских летописей. Т. 1, вып. 3. Продолжение Суздальской летописи по Академическому списку. Л., 1928. Стб. 489-540 (текст Московско-Академической летописи).

11. Саско О. Генеза кримінальної відповідальності за контрабанду. Історико-правовий часопис, 2014. № 1. С. 107 – 111.
12. Свод законов Российской Империи. Собрание III: В 15 тт. СПб.: Тип. II отд. собств. Е.И.В. канцелярии, Т.6. (Уставы таможенные. Свод учреждений и Уставов таможенных). 1842. 563 с.
13. Статут Вялікага княства Літоўскага 1588: тэксты, давед. камент. Беларус. сав. энцыкл.: гал. рэд. І. П. Шамякін і інш. Мінск: БелСЭ, 1989. 573 с.
14. Тихомиров М. Н., Епифанов П. П. Соборное уложение 1649 года. М., Изд-во Моск. ун-та, 1961. 431 с.
15. Угаров Б. М. Международная борьба с контрабандой. М., 1981. 215 с.

УДК336.71; 341.1/.8

Салій С. Л.,
аспірантка кафедри адміністративного
і фінансового права
Львівського національного
університету імені Івана Франка

РЕФОРМУВАННЯ РИНКУ БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ ТА БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУВ УМОВАХ ВЗАЄМОДІЇ З МІЖНАРОДНИМИ ФІНАНСОВИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ

Салій С. Л. Реформування ринку банківських послуг та банківського нагляду в умовах взаємодії з міжнародними фінансовими організаціями

У статті проаналізовані основні правові положення у сфері ринку банківських послуг та банківського нагляду, що прийняті в умовах взаємодії з міжнародними фінансовими організаціями. Звернено увагу на реформи, спрямовані на зміцнення банківського ринку та незалежності Національного банку України з метою підвищення рівня його прозорості та стійкості до фінансових криз.

Ключові слова:*реформа банківського сектору, ринок банківських послуг, банківська система, міжнародні фінансові організації, публічні фінанси.*

Салий С. Л. Реформирования рынка банковских услуг и банковского надзора в условиях взаимодействия с международными финансовыми организациями

В статье проанализированы основные правовые положения в сфере рынка банковских услуг и банковского надзора, принятые в условиях взаимодействия с международными финансовыми организациями. Обращено внимание на реформы, направленные на укрепление банковского рынка и независимости Национального банка Украины с целью повышения уровня его прозрачности и устойчивости к финансовым кризисам.

Ключевые слова: *реформа банковского сектора, рынок банковских услуг, банковская система, международные финансовые организации, публичные финансы.*

Saliy S. Reforming the market of banking services and banking supervision in terms of interaction with international financial organizations

In this article the main legal provisions in the sphere of banking services and banking supervision adopted in the context of interaction with international financial organizations are analyzed. The attention was paid to reforms aimed at strengthening the banking market and the independence of the National Bank of Ukraine in order to increase its transparency and resilience to financial crises.

Key words: *banking sector reform, banking services market, banking system, international financial organizations, public finances.*

Постановка проблеми. Ринок банківських послуг та банківського нагляду є одним із фундаментальних напрямів взаємодії України з Міжнародним валютним банком, Групою Світового банку та іншими міжнародними партнерами, оскільки його фінансова стійкість і стабільний розвиток є необхідною умовою для забезпечення сталого

економічного зростання. Саме тому валютно-курсова та грошово-кредитна політика є обов'язковим елементом програми економічних реформ, на основі яких будується співпраця.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Основутеоретичним міркуванням цієї роботи заклали результати досліджень:О. І. Барановського, Ю. В. Бугеля, В. Юрчишина, О. В. Золотарьової, В. О. Галаганова, І. В. Бєлової та інших. Крім цього, використані аналітично-статистичні дані та звіти, що оприлюднюються на офіційних інтернет-сторінках міжнародних фінансових організацій та органів публічної адміністрації.

Тому метою написання статті є аналіз положень у сфері банківських послуг та банківського нагляду, що прийняті за наслідками співпраці з міжнародними фінансовими організаціями.

Виклад основного матеріалу. Міжнародні домовленості України в сфері ринку банківських послуг та банківського нагляду, перш за все, містять зобов'язання щодо **гарантування самостійності та незалежності Національного банку України (НБУ)**. Так, у Меморандумі про економічну і фінансову політику між Україною і МВФ від 2 березня 2017 р. закріплюються положення, які наголошують на забезпеченні інституційної спроможності та незалежності НБУ з метою досягнення цілей цінової та фінансової стабільності [1, с. 3-4]. Важливість цієї умови полягає у тому, що Національний банк України як центральний орган банківської системи займає ключове місце у реалізації державної політики в грошово-кредитній сфері та, відповідно, його незалежність є запорукою стабільності усієї банківської системи. Тому ефективність діяльності НБУ безпосередньо пов'язана із забезпеченням інституційної, функціональної та фінансової незалежності.

На виконання цього зобов'язання було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розбудови інституційної спроможності Національного банку України» № 541-VIII від 18.06.2015 р., що спрямований на зміцнення автономії НБУ та поліпшення його управління [2]. Цим Законом внесені зміни до Закону України «Про Національний банк України» № 679-XIV від 20.05.1999 р. [3]. В основному ці зміни стосуються: розширення наглядових повноважень Ради Національного банку в частині здійснення нагляду за системою внутрішнього контролю Національного банку, а також повноваження щодо створення Аудиторського комітету; зменшення кількості членів Правління Національного банку та перетворення його в

колегіальний орган з рівними правами всіх членів; посилення захисту членів керівних органів та службовців Національного банку; зміна порядку розподілу прибутку, зокрема, створення загальних резервів у Національного банку; а також заборона здійснення авансового перерахування прибутку Національного банку до Державного бюджету України тощо [2]. Таким чином, прийняття цього Закону дозволило привести окремі положення щодо організації діяльності та управління Національного банку у відповідність з міжнародною практикою і таким чином розширити інституційну, фінансову та функціональну складові незалежності головного регулятора.

При цьому, викликають застереження доповнення Закону України «Про Національний банк України» статтею 7-1щодо можливості визначати тимчасові особливості регулювання та нагляду за банками або іншими особами, які можуть бути об'єктом перевірки НБУ у разі ознак нестійкого фінансового стану банківської системи, виникнення обставин, що загрожують стабільності банківської та/або фінансової системи країни [4]. Виходячи з цього положення, НБУ фактично отримує широкі повноваження зміни фінансової системи у ручному режимі з грубим втручанням у здійснення конституційних прав фізичних та юридичних осіб.

Інфляційне тарґетування. Україна вже певний час готувалася до інфляційного тарґетування, оскільки вперше технічна допомога МВФ з оцінки передумов для його запровадження була надана в 2004 році. Упродовж 2005-2006 років НБУ розробив план заходів для переходу до інфляційного тарґетування за технічної допомоги МВФ. Для програм «Стенд-бай» 2008 року та 2010 року, перехід до інфляційного тарґетування був частиною середньострокових цілей, щоб надати час для поліпшення умов для поступового переходу до гнучкого валютного курсу. У зв'язку з цим, важливою реформою у 2010 році було визначення мандату стабільності цін пріоритетним завданням НБУ відповідно до змін до Закону України «Про Національний банк України». У лютому 2014 року був проголошений курс на перехід до інфляційного тарґетування. Тим часом, була зміцнена незалежність Національного банку України і НБУ робив поступ у запровадженні ключових елементів інфляційного тарґетування[5, с. 1]. Однак схвалення Радою Національного банку України Основних засад на 2017 рік та середньострокову перспективу в грудні 2016 року «де-юре» закріпило інфляційне тарґетування як режим грошово-кредитної політики в Україні [6].

Запровадження «плаваючого» механізму утворення курсу гривні. Офіційно в Україні прив'язка курсу гривні до долара здійснюється з 2000 року в режимі, класифікованому МВФ як «кероване плавання»[7, с. 102]. О. Шпенюк стверджує, що відхід від фіксованого курсу є обов'язковою умовою забезпечення зростання економіки. Він штучно тримав гривню, підривав середньо- і довгострокові перспективи економіки, давав лише тимчасові сплески пожвавлення і допускав накопичення дисбалансів в економіці. Цей режим виявився неадекватним для протидії зовнішнім і внутрішнім потрясінням, зумовив зростання дефіциту зовнішньої торгівлі, який фінансувався переважно надходженням прямих іноземних інвестицій і зовнішніх запозичень[8, с. 16]. Тому у 2014 році відбувся перехід України від фіксованого до вільно плаваючого курсу гривні.

Банківський нагляд. У контексті реформування НБУ важливим напрямом залишається вдосконалення банківського регулювання і банківського нагляду. Для прикладу, в Меморандумі про економічну і фінансову політику між Україною і МВФ від 2 березня 2017 р. наголошується на необхідності виконання «Основних Принципів ефективного банківського нагляду» (Основних базельських принципів) та покращення ризик-управління в банківських установах. Більше того, у домовленостях з Групою Світового банку також звернено увагу на важливість зміцнення нагляду за банківським сектором.

На виконання зобов'язань перед міжнародним партнерами у «Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 року» від 18 червня 2015 року передбачені заходи щодо поліпшення системи регулювання та нагляду за фінансовим сектором [9]. Наразі здійснюються заходи щодо поступової реалізації цих положень. Наприклад, важливим кроком є ухвалення законопроекту «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення та ведення Кредитного реєстру Національного банку України та вдосконалення процесів управління кредитними ризиками банків» № 7114-д від 15.11.2017 р. [10].

У Звіті НБУ про фінансову стабільність від грудня 2017 року вказано, що запровадження Кредитного реєстру в Україні матиме багато позитивних наслідків. Банки зможуть краще оцінити платоспроможність позичальника до видачі кредиту та вчасно дізнатися про його проблеми з обслуговуванням інших боргів. Це знизить імовірність кредитування ризикованих клієнтів, підвищить якість кредитного портфеля та довіру

кредиторів до якісних позичальників. НБУ зможе використати Кредитний реєстр для потреб банківського нагляду та фінансової стабільності, зокрема: моніторингу кредитного ризику та управління ним; налаштування макропруденційних інструментів; точнішої оцінки ймовірності дефолту позичальника та очікуваної частки втрат при дефолті; узгодження оцінки ризику за кредитами в різних банках [11, с. 50].

Такий захід позитивно впливатиме на динаміку вирішення питання з проблемними кредитами у портфелях фінансових установ, що також є предметом домовленостей з міжнародними партнерами, оскільки за словами О. В. Золотарьової, В. О. Галаганова, в реальності практично кожний комерційний банк має у своєму портфелі проблемні кредити і тому досить важливим є регулярний моніторинг і лімітування допустимого для банку відсотка цих кредитів щодо загальної вартості виданих позик, а також прийнятного рівня кредитного ризику [12, с. 92].

Позитивним нововведенням на шляху лібералізації валютного регулювання є прийняття Закону України «Про валюту і валютні операції» від 21.06.2018 № 2473-VIII. За словами Я. Смолія, цей Закон створить комфортні, прозорі і безпечні умови для ведення бізнесу в Україні та відкриє двері іноземним інвесторам. А українці отримають право інвестувати в цінні папери на глобальних ринках і розміщувати кошти на рахунках будь-яких банків світу[13].

А. Загородников стверджує, що одним із головних досягнень закону є скасування індивідуальних ліцензій НБУ на переказ валюти за кордон, оскільки відтепер резиденти мають безумовне право на придбання валютних цінностей та їх транскордонне переміщення без отримання окремого дозволу у вигляді індивідуальної ліцензії Нацбанку. Однак діють обмеження щодо переказу на суму 10 тисяч євро, що підлягає письмовому декларуванню, а також здійснюється валютний нагляд [13].Однак досі залишаються невирішеними питання щодо повноцінного запуску в Україні платіжної електронної системи PayPal.

Реструктуризація банківської системи України. Фінансова криза 2014-2015 років особливо гостро позначилася на банківській системі України, яка перебувала в глибокому занепаді. Уразливість банківського сектору посилювалася під впливом розгалужених, однак фінансово неефективних і ненадійних банків з низьким рівнем корпоративного управління та нерозвинутим механізмом управління ризиками в несприятливих економічних умовах, зокрема, кредитного ризику та ризику ліквідності.

Безумовно, така ситуація потребувала вжиття негайних заходів, отож реформування усієї банківської системи стало важливим предметом подальших домовленостей з міжнародними партнерами України.

З метою виконання міжнародних зобов'язань була прийнята «Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року» від 18 червня 2015 року, у якій передбачено три етапи для реалізації цілей Програми: очищення фінансового сектору; перезавантаження фінансового сектору; а також створення передумов для довгострокового сталого розвитку фінансового сектору [9].

Реструктуризація банківської системи здійснюється з метою, перш за все, зміцнити фінансову стійкість, ліквідність та платоспроможність банків, а також подолати кризові явища у ній із урахуванням змін у національній економіці та на світовому фінансовому ринку шляхом створення нових банків, реорганізації діючих та ліквідації [14, с. 42]. Для реалізації цієї Програми було вжито заходи щодо виведення із банківського ринку неплатоспроможних банків, націоналізації, капіталізації, рефінансування та посилення нагляду, про що йдеться у програмних документах з МВФ та Світовим банком.

За даними НБУ в результаті проведення безпрецедентних заходів, спрямованих на очищення банківського сектору впродовж 2014 – 2017 років було виведено 90 банків із ринку через різні причини, в тому числі: 6 – через непрозору структуру та незадовільну ділову репутацію власників; 5 – самоліквідація за рішенням власників; 7 – Крим та зона АТО; 14 – через порушення законодавства у сфері фінансового моніторингу; 58 – через втрату ліквідності/капіталу [15, с. 14].

Погоджуємося із думкою О. В. Золотарьової, що активне втручання НБУ у функціонування банківської системи має неоднозначний вплив. Оскільки з одного боку, ліквідація неплатоспроможних банків та банків, які порушували українське законодавство, повинно позитивно вплинути на прозорість банківської системи. Однак з іншого боку, надмірне зменшення учасників банківського сектору може призвести до погіршення конкурентного середовища та умов надання банківських послуг. Проте науковець стверджує, що незважаючи на зменшення кількості банків та труднощі у їх діяльності, спостерігається збільшення активів системних банків України, що дозволяє зробити висновок про підвищення їх потужності та стабільності [12, с. 86].

Рішучим кроком у процесі трансформації банківської системи стала націоналізація одного з найбільших банків України – ПАТ КБ «Приватбанку». Реалізація цього заходу

та подальші рішення щодо цього Банку передбачені у «Меморандумі про економічну і фінансову політику» між Україною і МВФ від 2015 року як елемент збереження стійкості усієї банківської системи України.За даними Національного банку України входження держави у капітал банку використовується як надзвичайний механізм підтримки системно важливих фінансових установ у найбільш скрутні періоди їх історії. Цей крок дозволить ПАТ КБ «Приватбанку» уникнути банкрутства та ліквідації [16].

Питання капіталізації має комплексний характер, тому вирішення проблем, пов'язаних із капіталізацією сучасної банківської системи України залишається важливим аспектом для подальшої співпраці з міжнародними фінансовими організаціями. Для прикладу, у контексті відносин з МВФ та Світовим банком Україна взяла на себе зобов'язання підвищити вимоги до мінімального статутного капіталу, платоспроможності та ліквідності учасників фінансового сектору. Більш детально конкретні заходи у цій сфері визначені у «Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 року».

На виконання зобов'язань прийнято Закон України «Про заходи, спрямовані на сприяння капіталізації та реструктуризації банків» від 28.12.2014 р. № 78-VIII, що встановлює спрощений порядок проведення заходів, пов'язаних з капіталізацією та реорганізацією банків.Ще одним кроком стало удосконалення порядку реєстрації та ліцензування банків відповідно до постанови Правління НБУ № 146 від 28 грудня 2017 р. «Про затвердження Змін до Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів».

Водночас Національний банк посилив вимоги до осіб, які в результаті набуття або збільшення істотної участі стають контролерами банків, а саме: визначено, що обов'язковою умовою для погодження набуття такою особою контролю над банком, який потребує додаткової капіталізації, є підтвердження нею джерел походження коштів, які спрямовуватимуться на таку капіталізацію; встановлено обов'язок особи подати до НБУ трирічний бізнес-план діяльності банку, вказавши в ньому, в тому числі, потребу у подальшій капіталізації банку та джерела її фінансування [17].

В умовах фінансової нестабільності важливість ефективного механізму рефінансування підкреслюється Я. А. Шмуратко, О. С. Стецура, оскільки такий фінансовий інструмент дозволяє комерційним банкам завдяки кредитуванню НБУ підтримувати достатній рівень власної ліквідності та ліквідності банківської системи,

збільшувати обсяги кредитування, підтримувати стабільність виконання розрахунків між суб'єктами господарювання [18, с. 701].

Однак наразі реалізація механізму рефінансування потребує суттєвого корегування, оскільки за словами О. В. Золотарьової, В. О. Галаганова поточний інструмент рефінансування, який використовувався НБУ у кризовий період 2014-2015 років, є суперечливим, малоефективним і створює підґрунтя для економічних зловживань, оскільки деякі банки після отримання рефінансування від НБУ не змогли повернути борг і збанкрутували [12, с. 89]. Підтвердженням цього є те, що за всі неплатоспроможні банки заборгували НБУ 55 млрд. гривень станом на 2016 рік, а за весь 2017 рік вони погасили лише 1,1 млрд. гривень боргів [19].

Зміцнення державних банків. Найбільші держбанки потребують докорінної зміни бізнес-моделей та розробки довгострокових стратегій розвитку. Важливим кроком у цьому напрямку повинно стати внесення законодавчих змін, що дадуть змогу формувати незалежні, професійні наглядові ради та у разі необхідності оновити менеджмент банків [20]. Саме тому в «Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 року» визначено, що необхідно розробити комплексну стратегію розвитку державних банків та дорожню карту її імплементації, що у майбутньому дозволить зменшити кількість державних банків та їх вплив на економіку та підвищити стандарти корпоративного управління шляхом упровадження практик приватного сектору [9].

З метою реалізації цих положень Міністерство фінансів України розробило стратегію «Засади стратегічного реформування державного банківського сектору» від 11 лютого 2016 р. з метою підвищення фінансової ефективності діяльності державних банків та забезпечення прозорості їх управління [21].Однак націоналізація ПАТ КБ «Приватбанк» та інші зміни на ринку банківських послуг та банківського нагляду зумовлюють необхідність оновлення цієї Стратегії. Про це, зокрема, йдеться у Звіті НБУ про фінансову стабільність від грудня 2017 року, у якому наголошується на важливості доопрацювання Стратегії розвитку державних банків та розпочати її втілення, ухвалити закон, що запроваджує незалежні наглядові ради в держбанках, та внести коригування до Стратегії реформування державного банківського сектору відповідно до нових обставин у роботі держбанків [11].

Корпоративне управління. На думку О. М. Юнко, Л. Б. Возна одним із найважливіших факторів підвищення рівня капіталізації банків є поліпшення якісного

корпоративного управління. Звертаючи увагу на законодавство, вітчизняним банкам слід дотримуватися вимог Базельського комітету під час розкриття інформації. Саме такий підхід матиме за мету як підтримання, так і зміцнення ділової репутації та довіри до банку шляхом інформаційної відкритості та прозорості широкому колу громадськості [22, с. 481]. Про необхідність підвищення рівня корпоративного управління зазначається у міжнародних домовленостях з МВФ та Світовим банком та у «Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 року» від 18 червня 2015 р.

На виконання цих завдань з 10 січня 2015 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» щодо визначення особливостей корпоративного управління в банках» від 04.07.2014 р. № 1587-VII. На виконання вимог Закону постановою Правління НБУ від 14.01.2015 р. № 10 було внесено зміни до Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, Положення про порядок подання відомостей про структуру власності, а Постановою від 17.01.2015 р. № 32 – зміни до Положення про застосування НБУ заходів впливу за порушення банківського законодавства (Постанова № 346). Головні перетворення стосувалися правового статусу органів управління банків, вимог до професійної придатності та ділової репутації керівників банків, а також питань управління ризиками та внутрішнього контролю в банках [23, с. 625].

Відкриття кінцевих бенефіціарів банків. Розкриття структури власності банківських установ має важливе значення у контексті відновлення довіри до банківського сектору та запобігання використання банків для кредитування пов’язаних осіб та легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом [24, с. 141]. Саме тому відповідно до Постанови Національного банку України «Про затвердження Положення про порядок подання відомостей про структуру власності банку» від 21.05.2015 № 328змінений підхід до визначення істотної участі у банку та розширено коло осіб, що належать до структури власності банку.

Вважаємо, що такі зміни допоможуть очистити ринок банківських послуг від недобросовісних учасників, однак погоджуємося із думкою І. В. Бєлової, що розкриття інформації про бенефіціарних власників зумовлює виникнення певних ризиків, пов’язаними із забезпеченням персональної безпеки таких суб’єктів, захищеністю їхніх прав та зі збереженням їх персональних даних [24, с. 147].

Висновки. Отже, взаємодія з МФО у сфері ринку банківських послуг та банківського нагляду є невід'ємним напрямом у контексті забезпечення фінансової стійкості та стабільного економічного зростання. Особливо важливими є широкомасштабні реформи 2014-2018 років, оскільки вони призвели до формування нового ринку банківських послуг завдяки: розширенню інституційної спроможності Національного банку України; зміні режиму грошово-кредитної політики; перехід України до плаваючого обмінного курсу; виведення неплатоспроможних банків із ринку; зміцненню корпоративного управління банками та поліпшенню ризик-управління в банківських установах; реструктуризації банківської системи України тощо.

Список використаних джерел:

1. Лист про наміри від 02.03.2017 року. Україна: Меморандум про економічну і фінансову політику. 32 с. URL: https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=46564506 (дата звернення 24.08.2018)
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розбудови інституційної спроможності Національного банку України: Закон України від 18.06.2015.URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/541-viii (дата звернення 24.08.2018)
3. Про Національний банк України: Закон України № 679-XIV від 20.05.1999. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/679-14/paran68#n68 (дата звернення 24.08.2018)
4. Про заходи, спрямовані на сприяння капіталізації та реструктуризації банків. Верховна Рада України; Закон від 28.12.2014 № 78-VIII. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/78-19/paran107#n107 (дата звернення 24.08.2018)
5. Памела Мадрид та Іван Луїс де Олівейр Лімо. Перехід до інфляційного таргетування (IT) та підвищення ефективності. URL: https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=47783018 (дата звернення 24.08.2018)
6. Режим інфляційного таргетування. Офіційний сайт Національного банку України.URL : https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=85391 (дата звернення 24.08.2018)
7. Сучасна валютна політика та особливості її реалізації в Україні / наук. ред. В. Юрчишин. Київ : Заповіт, 2016. 120 с.
8. О. Шпенюк. Основні напрями валютно-курсової політики України для забезпечення стабільного економічного розвитку. Економіст. №11, Листопад 2012. 16-20 с. С.16
9. Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року. Постанова Правління Національного банку України від 18 червня 2015 року № 391 (у редакції рішення Правління Національного банку України від 16 січня 2017 року № 28).URL:http://www.bank.gov.ua/doccatalog/document?id=18563297 (дата звернення 24.08.2018)
10. Про внесення змін до деяких законів України щодо створення та ведення Кредитного реєстру Національного банку України та вдосконалення процесів управління кредитними ризиками банків: Проект Закону України від 16.11.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62888 (дата звернення 24.08.2018)
11. Звіт НБУ про фінансову стабільність від грудня 2017 року.URL: https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=60764561 (дата звернення 24.08.2018)

12. Золотарьова О.В., Галаганов В. О. Сучасний стан та перспективи розвитку банківської системи України: http://politeco.nmetau.edu.ua/journals/1/3_a_ua.p(дата звернення 24.08.2018)

13. Якщо Нацбанк дозволить. Сайт юридичної фірми EvrisURL: https://evris.law/uk/komentari-jakshho-nacbank-dozvolit/(дата звернення 24.08.2018)

14. Другов О., Прийма О. Реструктуризація банківської системи України: сучасний стан та перспективи. URL: https://fp.cibs.ubs.edu.ua/files/1504/15doostp.pdf(дата звернення 24.08.2018)

15. Відякін М. Три роки Реформи фінансового сектору. Виконання Комплексної програми розвитку фінансового сектору України до 2020 року. URL: https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=50749063 (дата звернення 24.08.2018)

16. Приват Банк під захистом держави. URL: http://pb.bank.gov.ua/ (дата звернення 24.08.2018)

17. Національний банк удосконалив порядок реєстрації та ліцензування банків. Офіційний сайт Національного банку України. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=61275450&cat_id=55838 (дата звернення 24.08.2018)

18. Шмуратко Я. А., Стецура О. С. Рефінансування банків в умовах фінансової нестабільності. URL: http://www.economyandsociety.in.ua/journal/10_ukr/119.pdf (дата звернення 24.08.2018)

19. Сайт інформаційного агентства «ForbesУкраїна» «Продатипроблеми: НБУ опублікував список застав за кредитами рефінансування». URL: http://forbes.net.ua/ua/nation/1413443-prodati-probleminbu-opublikuvav-spisok-zastav-za-kreditami-refinansuvannya(дата звернення 24.08.2018)

20. Національний банк України. Огляд банківського сектору. Випуск 3. Травень 2017. URL: https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=48421100

21. Міністерство фінансів представило Стратегію реформування державних банків. Урядовий портал. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/news/248824618(дата звернення 24.08.2018)

22. О.М. Юнко, Л.Б. Возна. Капіталізація вітчизняних банків: стан та перспективи зміцнення. URL: http://global-national.in.ua/archive/19-2017/92.pdf(дата звернення 24.08.2018)

23. Метлушко О. В. Специфіка корпоративного управління в банках. URL: http://www.economyandsociety.in.ua/journal/8_ukr/104.pdf(дата звернення 24.08.2018)

24. Бєлова І. В. Особливості розкриття інформації щодо власників банків в різних країнах світу / І. В. Бєлова, І. М. Кошлата // Економічний простір. 2017. № 117. - С. 140-151.

УДК 347.73

Лещенко Р.,
к.ю.н., асистент кафедри фінансового права
Юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
Заїка А., *магістр правознавства*
Юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В СФЕРІ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ

У статті досліджено європейські стандарти здійснення валютного контролю, розкривається зміст принципу вільного руху капіталів як основоположний у частині лібералізації валютного регулювання в Україні. Наводяться приклади трансформації правовідносин валютного контролю деяких країн Європейського Союзу.

Ключові слова: *валютний контроль, лібералізація, валютні операції, принцип вільного руху капіталів, відмивання, запобігання, валютне регулювання.*

Лещенко Р., Заика А. Правовые стандарты Европейского Союза в сфере валютного контроля.

В статье исследованы европейские стандарты осуществления валютного контроля, раскрывается содержание принципа свободного движения капиталов как основополагающий в части либерализации валютного регулирования в Украине. Приводятся примеры трансформации правоотношений валютного контроля некоторых стран Европейского Союза.

Ключевые слова: *валютный контроль, либерализация, валютные операции, принцип свободного движения капиталов, отмывание, предотвращения, валютное регулирование.*

Roman Leshchenko, Anzhela Zaika. Legal standards of the European Union in the field of currency control.

The article examines the European standards for the implementation of currency control, reveals the content of the principle of free movement of capital as a fundamental part of the liberalization of currency regulation in Ukraine. Examples of the transformation of the monetary control relations of some European Union countries are given.

Key words: *currency control, liberalization, currency operations, free movement of capital, laundering, prevention, currency regulation.*

Постановка проблеми. Українське законодавство сьогодні перебуває на черговому етапі свого реформування. Увага законодавця нарешті зосередилася на таких проблемних

його галузях, як валютне, трудове та інші. Це ті галузі, які мають до сьогодні проблеми з кодифікацією, уніфікацією та банальним застарінням норм права і їхньою невідповідністю вимогам сучасності.

Безумовним стимулом до реформування вітчизняного законодавства, у тому числі, валютного стала потреба у його адаптації до права ЄС, у зв'язку з підписанням Україною Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. та набуття чинності цим актом.

Наступним чинником, який визначає актуальність теми магістерського дослідження, є те, що саме гнучка валютна система має допомогти Україні інтегруватися до світового (зокрема, європейського) економічного співтовариства. Вона стимулюватиме активну зовнішньоекономічну діяльність, вітчизняний експорт і забезпечить прихід іноземних інвесторів в українську економіку. Гнучкість валютної системи означає, що механізми валютного контролю чітко прописані й реалізовуються, проте не мають репресивного характеру або надміру забюрократизованого. Втім, варто відразу ж зазначити, що одне лише реформування валютної системи не зможе вирішити всі проблеми, адже синхронно з валютною системою має реформуватися і банківська система – вони існують і діють у діалектичному зв'язку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначена проблематика переважно вивчається в межах юридичної та економічної науки. Серед прикладів джерел можна назвати профільні дисертаційні та монографічні дослідження таких вчених, як А. Гарбінська-Руденко, В. Білоус, А. Джавага, А. Ємелін, С. Лучковська, С. Прокопчук, М. Старинський, Т. Філіпенко, О. Шевчик; серед статей на обрану та суміжні теми дослідження можна згадати роботи Л. Кравченко, О. Пруського, С. Сулейманової, Р. Сухого, О. Шевчука та ін.; були використані й фінансово-правові дослідження на тему правового статусу Національного банку України, місця валютного права у системі права та на інші загальнотеоретичні – авторства Л. Воронової, С. Запольського, А. Ковальчука, О. Костюченко, Ю. Крохіної, Т. Латковської, О. Лещенка, І. Рукавішнікової, Г. Тосуняна, Н. Якимчук тощо.

Метою статті є дослідження й характеристика міжнародно-правових засад здійснення валютної політики, включно з контролем (на основі Угоди про асоціацію та права ЄС).

Виклад основного матеріалу. Реформування системи та механізму валютного контролю в Україні має відбуватися з безумовним орієнтиром на міжнародно-правові стандарти, зокрема, на ті стандарти, які основані на праві ЄС. У цій частині, передовсім, згадаємо Угоду про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. (далі – Угода про асоціацію). Угода про асоціацію є насправді епохальною сторінкою для розвитку вітчизняного законодавства – вона не тільки проголошує ті принципи та цінності, навколо яких воно має змінюватися й розвиватися, а й також встановлює план дій стосовно реалізації цих цілей.

Аналізуючи текст Угоди про асоціацію у частині валютного регулювання, автор зупинила увагу на Главі 7 "Поточні платежі та рух капіталу", положення якої (ст. 145) закріплюють принцип вільного руху капіталу:

- пов’язаного з надходженням прямих інвестицій;
- пов’язаний з наданням кредитів, які стосуються торговельних операцій, або з наданням послуг;
- вільний рух капіталу, пов’язаний з портфельними інвестиціями і фінансовими позиками та кредитами.

Стаття 147 Угоди про асоціацію закріпила зобов’язання України протягом перших чотирьох років з дати набрання чинності цією Угодою вжити заходів для створення необхідних умов для подальшого поступового застосування правил Сторони ЄС про вільний рух капіталу [1, с. 83].

Принцип вільного руху капіталів є основоположним "маркером" у частині лібералізації валютного регулювання в Україні, оскільки валюта виступає однією з форм існування капіталів. Більш того, полегшення заходів валютного регулювання означатиме "зелене світло" для надходження іноземних інвестицій у вітчизняну економіку, спрощення умов для початку ведення підприємницької діяльності іноземними компаніями в Україні тощо.

Безумовно, цей принцип уже віддавна втілюється у європейській практиці фінансових правовідносин – так, ще Договір про заснування Європейської Спільноти у ст. 56 проголосив цю засаду: "заборонено обмежувати пересування капіталу між державами-членами та між державами-членами й третіми країнами". Стаття 59, у свою чергу визначила випадки винятків із цього принципу: "якщо, за виняткових обставин,

пересування капіталу до або з третіх країн спричиняє чи може спричинити серйозні ускладнення у функціюванні економічного та валютного союзу, Рада … може кваліфікованою більшістю вжити захисних заходів щодо третіх країн не більше, ніж на шість місяців, якщо такі заходи вкрай потрібні» [2].

Детальніше розкривається принцип вільного руху капіталів у положеннях Директиви Ради (88/361/ЄЕС) "Щодо імплементації статті 67 Договору" від 24.06.1988 р.:

- заборона обмежень на рух капіталу, який відбувається за участі громадян, які проживають у державах-членах на постійній основі (ст. 1);
- право держав-членів самостійно вживати захисних обмежувальних заходів на підставі невідкладності, якщо такі заходи необхідні (ст. 3);
- співпраця та взаємні консультації держав-членів з питань широкомасштабного короткострокового руху капіталу в або з третіх країн, який завдає серйозної шкоди внутрішній чи зовнішній валютній чи фінансовій ситуації держав-членів (ст. 7) [3].

Як можемо простежити, вільний рух капіталів означає, у тому числі, застосування обмежувальних (захисних) заходів з боку держави у виняткових випадках – здебільшого, це загроза економічній безпеці. О. Шевчук зазначає, що такий же принцип закріплений і в Кодексі Організації економічного співробітництва і розвитку про лібералізацію руху капіталів 1961 р., де наголошується на тому, що валютні обмеження є допустимими з міркувань національної безпеки [4, с. 106].

У Статтях Угоди Міжнародного валютного фонду від 22.07.1944 р. зазначене наступне. Держави-члени можуть застосувати також заходи контролю, що є необхідними для регулювання міжнародного руху капіталу, але жодна держава-член не має права застосувати такі заходи контролю таким чином, щоб обмежувати розрахунки за поточними операціями або надміру затримувати перекази коштів у рамках завершення розрахунків за зобов’язаннями (ст. VI, розд. 3). Також у положеннях угод ідеться про елементи валютного режиму держави-члена, який може включати (розд. 2):

- підтримання нею вартості своєї валюти у спеціальних правах запозичення чи, за вибором держави-члена, у будь-якому іншому еталоні, окрім золота;
- режим співпраці, у рамках якого держави-члени підтримують вартість своїх валют стосовно вартості валют інших держав-членів;
- інші форми валютного режиму за вибором держави-члена [5].

Лібералізація валютного контролю у європейських країнах почалася саме після набуття чинності Договором про заснування Європейської Спільноти. Наприклад, якщо від початку Другої світової війни до 1970-тих рр. у Франції політика валютного контролю була жорсткою і багатоетапною, із залученням Центрального банку, комерційних банків і митних органів (що загалом в історичних умовах часу фахівцями оцінюється позитивно), то з 1970-тих рр. почалася лібералізація валютного контролю. Вона була офіційно проголошена і закріплена Наказом Президента від 29.12.1989 р., який поставив основний акцент на зміцненні законодавства щодо боротьби з відмиванням незаконно отриманих коштів. Загалом французький досвід лібералізації валютних відносин свідчить про те, що вона має відбуватися поступово й послідовно, із збереженням основних зв'язків правонаступності органів контролю [6, с. 28-33].

Однією з найжорсткіших систем валютного контролю у Європі вважалася італійська. Ще з 1917 р. головним органом валютного контролю в Італії був Національний інститут з валютних операцій. Він отримав виключне право на купівлю валютних цінностей та розміщення їх за кордоном. Лише після ухвалення пакету декретів стосовно валютного регулювання та контролю була скасована обов'язкова норма про продаж валютної виручки Італійському валютному бюро, а також було закріплене, що операції з іноземною валютою повинні здійснюватися через Банк Італії або банки, які одержали право на здійснення валютних операцій. 1989 р., подібно до Франції, в Італії ухвалили Декрет про валютне регулювання, який мав офіційно закріпити перехід до ліберальної системи валютного контролю, проте деякі елементи жорсткого валютного регулювання збереглися й опісля – наприклад, збереження кількаланкової системи контролю (Італійське валютне бюро, Фінансова гвардія, митні органи) [7, с. 227].

Чимось схожою видається історія становлення системи валютного контролю у Великобританії, яка почалася 1939 р., коли були ухвалені Приписи про оборону. У післявоєнний час, 1947 р., було затверджено Закон про валютне регулювання, але це був не єдиний акт, який регулював валютні відносини контролю. Подібно до сьогоднішньої України, для Британії була характерна велика розпорошеність нормативних приписів у сфері валютного контролю – наявність низки підзаконних актів, нормативних актів Центрального банку. Протягом 1980-тих рр., незважаючи на загальноєвропейську тенденцію до лібералізації, Великобританія активізувала політику щодо боротьби з незаконним відмиванням коштів. Була створена Об'єднана робоча група, яка працює й

нині спільно з Національною службою Великобританії з фінансових розслідувань та здійснює валютний контроль у різних сферах, особливо, тих, що стосуються іноземних інвестицій [8, с.109].

Варто однозначно утриматися від думки, що лібералізація валютних відносин, відповідно до права ЄС означає пом'якшення заходів стосовно боротьби з відмивання коштів, отриманих злочинним шляхом. Цьому питанню присвячена Директива Ради (ЄС/2015/849) "Про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС" від. 20.05.2015 р.

У Преамбулі до згаданої Директиви зазначено, що відмивання грошей та фінансування тероризму часто здійснюється в міжнародному контексті. Заходи, ухвалені виключно на національному рівні чи навіть на рівні Союзу, без урахування міжнародної координації та співробітництва, матимуть дуже обмежений вплив. Заходи, ухвалені Союзом у цій сфері, повинні, отже, бути сумісними, або принаймні настільки ж суворими, що й інші заходи, які вживаються на міжнародній арені.

Інші ж норми, які регулюють відносини, пов'язані безпосередньо з валютною сферою, є такими:

- компетентні органи повинні стежити за тим, щоб, стосовно пунктів обміну валют, пунктів видачі готівки за чеками, постачальників трастових чи корпоративних послуг або постачальників послуг у сфері азартних ігор, особи, які фактично керують діяльністю таких суб'єктів і бенефіціарні власники таких суб'єктів, були прийнятними і благонадійними (п. 51 Преамбули);.
- держави-члени забезпечують, щоб наглядові органи, яким законом або положенням надане право здійснювати нагляд над ринками акцій, валюти та фінансових інструментів, інформували Підрозділи фінансової розвідки у разі виявлення фактів, що можуть бути пов'язані з відмиванням грошей чи фінансуванням тероризму (ст. 36);
- держави-члени забезпечують, щоб пункти обміну валют та видачі готівки за чеками, а також постачальники трастових та корпоративних послуг підлягали ліцензуванню або реєстрації (ст. 47) [9].

Ця Директива стала оновленою редакцією для попередньої Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради про запобігання використанню

фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму від 26.10.2005 р. [10].

Проаналізовані норми права ЄС дають змогу сформулювати такий висновок про розуміння меж валютного контролю за європейським підходом – з одного боку, валютний контроль не повинен бути всеохоплюючим та таким, що унеможливлює або обмежує вільний рух капіталів, але з іншого боку, він може бути посиленим, якщо існує загроза національній безпеці держави-члена (до якої входить і фінансова безпека, економічна). Можна навести кілька прикладів із європейського досвіду, коли держави вдавалися до посилення заходів валютного контролю. О. Шаров згадує, що 2012 р. ЄС був охоплений фінансово-економічною кризою, і тоді можна було простежити дві різні стратегії виходу з банківської кризи. Ірландія обрала шлях спасіння банків, але не здійснила жодних фундаментальних змін у своїй макроекономічній політиці: ані монетизувала борг, що могло призвести до інфляції, ані ввела валютний контроль задля стримування "втечі" капіталу. Ісландія, навпаки, дозволила банкам збанкрутувати, у той час, як в країні розпочалася значна інфляція (до 20 % – у 2009 р.), що дозволило швидше розрахуватися з боргами. Одночасно були запроваджені заходи валютного контролю проти відтоку капіталу, узгоджені з МВФ в рамках програми міжнародної допомоги [11].

Висновки. Підсумовуючи, можна зазначити, що право ЄС загалом утверджує цілковитий ліберальний підхід до провадження валютної політики і зокрема, валютного контролю. Проте кожна держава має власні соціально-економічні обставини, які протягом історії та сьогодення змушують її вдаватися до зміцнення системи валютного контролю і впроваджувати відповідний правничий інструментарій для цього. Це означає, що ті стандарти, які проголошуються міжнародним правом та правом ЄС, фактично на практиці не є на 100% імперативними, адже незважаючи на певне делегування свого суверенітету державами-членами Спільноті ЄС, кожна держава усе одно дбає власними шляхами і способами про забезпечення економічного суверенітету та безпеки.

Список використаних джерел:

1. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. – Редакція від 30.11.2015 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Том 1. – Стор. 83. – Ст. 2125.
2. Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1967 р. – Редакція від 01.01.2005. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_017

3. Директива Ради (88/361/ЄЕС) "Щодо імплементації статті 67 Договору" від 24 червня 1988 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_182
4. Шевчук О. В. Підвищення дієвості державного валютного контролю / О. В. Шевчук // Банківська справа. – 2013. – № 3. – С. 106.
5. Статті Угоди Міжнародного валютного фонду від 22.07.1944 р. – Редакція від 10.11.2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_921
6. Джавага А. В. Зарубіжний досвід правового регулювання валютного контролю / А. В. Джавага // Держава та регіони. Серія : Право. – 2014. – № 3. – С. 28-33.
7. Лучковська С. І. Еволюція систем валютного контролю у розвинутих європейських державах: фінансово-правові аспекти / С. І. Лучковська // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 227.
8. Кузнєцов С. А. Фінансово-правові аспекти розвитку валютного контролю у зарубіжних країнах / С. А. Кузнєцов // Держава та регіони. Серія : Право. – 2010. – № 4. – С. 109.
9. Директива Ради (ЄС/2015/849) "Про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС" від. 20.05.2015 р. // Офіційний вісник Європейського Союзу. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm
10. Директива Ради (2005/60/ЄС) про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму від 26.10.2005 р. – Редакція від 16.09.2009 // Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. – 2007. – № 6.
11. Шаров О. М. Еволюція фінансової системи ЄС: виклики та перспективи для України (Аналітична записка) / О. М. Шаров // Національний інститут стратегічних досліджень. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.niss.gov.ua/articles/1671/

УДК 336.227.025.2:005.57

Музика-Стефанчук О.А.,
доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідної частини
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

ОБМІН ІНФОРМАЦІЄЮ ЯК ПРОЯВ ПРИНЦИПУ НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ У КОНТЕКСТІ СТ. 350 УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄС

У статті розглядаються питання інформації. Особлива увага приділяється міжнародному обміну податковою інформацією. Аналізуються особливості участі держави у Глобальному форумі ОЕСР з прозорості та обміну інформацією для податкових цілей.
***Ключові слова**: податки, ЄС, інформація, обмін інформацією, управління.*

Музыка-Стефанчук О.А. ОБМЕН ИНФОРМАЦИЕЙ КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ПРИНЦИПА НАДЛЕЖАЩЕГО УПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ СТ. 350 СОГЛАШЕНИЯ ОБ АССОЦИАЦИИ МЕЖДУ УКРАИНОЙ И ЕС

В статье рассматриваются вопросы информации. Особое внимание уделяется международному обмену налоговой информацией. Анализируются особенности участия государства в Глобальном форуме ОЭСР по прозрачности и обмену информацией для налоговых целей.
Ключевые слова: налоги, ЕС, информация, обмен информацией, управление.

Muzyka-Stefanchuk O.A. EXCHANGE OF INFORMATION AS A PRINCIPLE OF PRELIMINARY MANAGEMENT IN THE FIELD OF TAXATION IN THE CONTEXT OF Art. 350 AGREEMENTS ON ASSOCIATION BETWEEN UKRAINE AND EU

The article deals with information issues. Particular attention is paid to the international exchange of tax information. The peculiarities of state participation in the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes are analyzed.
***Key words**: taxes, EU, information, information exchange, management.*

Обмін інформацією між державами можна вважати одним із проявів принципу належного управління у сфері оподаткування, передбаченого у ст. 350 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Дійсно, для належного забезпечення управління у сфері оподаткування необхідно налагодити процес обміну податковою інформацією між державами.

За ст. 349 Угоди сторони співробітничають з метою покращення належного управління у сфері оподаткування з метою подальшого покращення економічних

відносин, торгівлі, інвестицій та добросовісної конкуренції. Відповідно до ст. 350 Угоди сторони визнають і зобов'язуються застосувати принципи належного управління у сфері оподаткування, зокрема принципи прозорості, обміну інформацією та добросовісної податкової конкуренції, яких дотримуються держави-члени на рівні ЄС. Із цією метою без упередженості щодо компетенції ЄС та держав-членів Сторони покращують міжнародне співробітництво у сфері оподаткування, сприяють збору законних податкових надходжень та розвивають заходи ефективної імплементації вищезазначених принципів.

На сьогодні є чимало праць, присвячених проблемам інформації у податкових правовідносинах. Варто зазначити роботи таких вчених, як М.П. Кучерявенко, Д.О. Гетманцев, І.Є. Криницький, В.І. Теремецький, О.Ї. Баїк, І.І. Бабін, І.О. Пасічна, О.В. Гедзюк. Водночас вкрай небагато є праць, присвячених міжнародному обміну податковою інформацією, що й обумовлює актуальність даної статті.

Мета статті полягає у досліджені особливостей міжнародного обміну податковою інформацією.

Взагалі, податки є особливим «механізмом» впливу доходи фізичних та юридичних осіб, за допомогою чого частково досягається розподіл та перерозподіл. Йдеться лише про перерозподіл тієї частки доходи, яка відійшла від вказаних осіб (яку сплатили, перерахували) до бюджетів та інших публічних грошових фондів.

Оскільки світ стає все більш глобалізованим, а транскордонні заходи стають нормою, податкові адміністрації повинні працювати разом, щоб забезпечити, щоб платники податків подавали правильну суму податку до відповідної юрисдикції. Ключовим аспектом підготовки податкових (контролюючих, фіскальних) органів до викликів XXI ст. є надання їм необхідних правових, адміністративних та інформаційних інструментів для відповідної перевірки [1]. На цьому наголошує, зокрема, Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР).

За податковим законодавством України та інших кран світу, оподаткуванню підлягають доходи з джерелом їх походження в країні, де платник податків є податковим резидентом, а також доходи, отримані з джерел за межами країни резиденства. Так, за п. 14.1.54 і 14.1.55 ст.14 ПК України:

- дохід з джерелом їх походження з України – будь-який дохід, отриманий резидентами або нерезидентами, у тому числі від будь-яких видів їх діяльності на

території України (включаючи виплату (нарахування) винагороди іноземними роботодавцями), її континентальному шельфі, у виключній (морській) економічній зоні, у тому числі, але не виключно, доходи у вигляді:

а) процентів, дивідендів, роялті та будь-яких інших пасивних (інвестиційних) доходів, сплачених резидентами України;

б) доходів від надання резидентам або нерезидентам в оренду (користування) майна, розташованого в Україні, включаючи рухомий склад транспорту, приписаного до розташованих в Україні портів;

в) доходів від продажу рухомого та нерухомого майна, доходів від відчуження корпоративних прав, цінних паперів, у тому числі акцій українських емітентів;

г) доходів, отриманих у вигляді внесків та премій на страхування і перестрахування ризиків на території України;

ґ) доходів страховиків-резидентів від страхування ризиків страхувальників-резидентів за межами України;

д) інших доходів від діяльності, у тому числі пов'язаних з повною або частковою переуступкою прав та обов'язків за угодами про розподіл продукції на митній території України або на територіях, що перебувають під контролем контролюючих органів (у зонах митного контролю, на спеціалізованих ліцензійних митних складах тощо);

е) спадщини, подарунків, виграшів, призів;

є) заробітної плати, інших виплат та винагород, виплачених відповідно до умов трудового та цивільно-правового договору;

ж) доходів від зайняття підприємницькою та незалежною професійною діяльністю;

- дохід, отриманий з джерел за межами України, – будь-який дохід, отриманий резидентами, у тому числі від будь-яких видів їх діяльності за межами митної території України, включаючи проценти, дивіденди, роялті та будь-які інші види пасивних доходів, спадщину, подарунки, виграші, призи, доходи від виконання робіт (надання послуг) за цивільно-правовими та трудовими договорами, від надання резидентам в оренду (користування) майна, розташованого за межами України, включаючи рухомий склад транспорту, приписаного до розташованих за межами України портів, доходи від продажу майна, розташованого за межами України, дохід від відчуження інвестиційних активів, у тому числі корпоративних прав, цінних паперів тощо; інші доходи від будь-

яких видів діяльності за межами митної території України або територій, непідконтрольних контролюючим органам.

У цьому контексті чимало питань виникає із оподаткуванням доходів, отриманих, наприклад, з джерел за межами України. Задля того, щоб отримати інформацію про такі доходи, органам Державної фіскальної служби України повинні співпрацювати із зарубіжними колегами, міжнародними організаціями. Невипадково вже не одне десятиліття актуальними лишаються питання міжнародного обміну податковою інформацією.

Коли ведемо мову про обмін податковою інформацією, то варто згадати наказ Міністерства фінансів України від 30.11.2012 р. № 1247 «Про затвердження Порядку обміну податковою інформацією за спеціальними письмовими запитами з компетентними органами іноземних країн». Так, визначено, що спеціальний запит про одержання або надання інформації з-за кордону (далі – спеціальний запит) – запит про інформацію, яка може бути надана в результаті перевірки або досудового розслідування платника податку щодо ухилення від сплати податків та інших порушень законодавства, віднесених до компетенції ДФС України (колишньої – Державної податкової служби України), іноземному партнеру або іноземним партнером – ДФС України. Встановлено, що спеціальні запити виконуються ДФС України лише за наявності міжнародних договорів України, якими передбачено обмін податковою інформацією. Провадження зовнішньоекономічної діяльності підприємством-резидентом не є підставою для направлення спеціального запиту. Необхідність одержання тієї чи іншої інформації повинна ґрунтуватися на тому, що факти, наведені в описі справи, дають підстави вважати, що платник податку провадив свою діяльність за схемою, яка б дозволила приховувати одержані доходи. Важливо наголосити, що спеціальний запит робиться у разі, якщо:

- факти свідчать, що необхідна інформація знаходиться за межами України, і в ході перевірки суб’єктів господарювання або проведення досудових розслідувань виникає потреба в підтвердженні достовірності такої інформації, незалежно від наявності кримінальних проваджень стосовно осіб чи за фактом здійснення зовнішньоекономічних операцій, зокрема у разі встановлення простроченої дебіторської заборгованості у нерезидента перед резидентом;

- встановлено невідповідність між кількісними чи іншими показниками митної декларації та фактично оприбуткованими (імпортованими) або відвантаженими (експортованими) товарами;
- факти свідчать про перерахування коштів за межі України для подальшої легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом;
- існує необхідність отримання інформації щодо контролю за ціноутворенням.

Також Україна в особі колишнього Міністерства доходів і зборів (нині – ДФС України) у 2013 р. набула членства у Глобальному форумі ОЕСР з прозорості та обміну інформацією для податкових цілей (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes). Глобальний форум – це міжнародна структура, створена рішенням Ради Організації з економічного співробітництва та розвитку від 17.09.2009 р., серед членів якої всі країни Великої Двадцятки, країни-члени ОЕСР, основні міжнародні фінансові центри, а також багато країн, що розвиваються (всього 126 країн).

Діяльність Глобального форуму пов'язана з важливими міждержавними ініціативами, серед яких особливе місце посідає боротьба з незаконними фінансовими потоками, в рамках якої Глобальний форум сприяє протидії корупції та відмиванню коштів. Крім цього, Глобальний форум забезпечує технічне сприяння при імплементації стандартів з прозорості та обміну інформацією, в результаті якої значно спрощується ведення багатосторонніх переговорів при укладанні угод про обмін інформацією.

Участь у Глобальному форумі дозволяє Україні:

- активізувати та полегшити процес укладання угод про обмін інформацією з іншими країнами (чи доповнення угод, конвенцій про уникнення подвійного оподаткування відповідними положеннями);
- отримувати інформацію про законодавчу та нормативно-правову базу країн у сфері прозорості оподаткування;
- стати привабливішою для іноземних інвесторів з огляду на імплементацію міжнародних стандартів з прозорості та обміну інформацією;
- розширити обмін податковою інформацією з країнами – учасниками Глобального форуму, що сприятиме боротьбі з податковими ухиленнями та, відповідно, збільшенню надходжень до бюджету;

- суттєво поліпшити імідж держави на міжнародній арені та сприятиме підвищенню позицій України в рейтингу Світового Банку «Ведення Бізнесу» («Doing Business»);
- податковим органам поліпшувати ефективність дотримання платниками податків національного податкового законодавства і зосередити діяльність на протидії ухиленням від оподаткування [2].

Отже, маємо констатувати, що на сьогодні для України створено всі передумови задля оперативного та якісного обміну податкової інформацією із зарубіжними країнами. Наскільки ефективно Україна розпоряджатиметься цим правом – залежить передусім від органів ДФС України.

Список використаних джерел:

1. The Automatic Exchange of Information (AEOI) portal. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.oecd.org/tax/transparency/automatic-exchange-of-information/
2. Офіційна веб-сторінка ДФС України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sfs.gov.ua/diyalnist-/mijnarodne-/informatsiya-schodo-spivrobitnitstva-mini/.

УДК 347.73

Тарасенко Я. В.,
аспірант кафедри фінансового права
Юридичного факультету
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, СУБСИДІАРНІСТЬ, ПРОПОРЦІЙНІСТЬ: ФІНАНСОВО-ПРАВНИЙ ВИМІР І ВИМІР ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Стаття присвячена визначенню основних аспектів співвідношення субсидіарності як принципу бюджетної системи з іншими її засадами. Проблематика розглядається у контексті розуміння цих принципів і концепцій загалом у праві Європейського Союзу та провадженої нині європейської інтеграції Україною.
Ключові слова: принцип права, принцип субсидіарності, принцип пропорційності, верховенство права.

Статья посвящена определению основных аспектов соотношения субсидиарности как принципа бюджетной системы с другими ее основополагающими принципами функционирования. Проблематика рассматривается в контексте понимания этих принципов и концепций в общем в праве Европейского Союза и реализовываемой в данный момент Украиной европейской интеграции.
Ключевые слова: принцип права, принцип субсидиарности, принцип пропорциональности, верховенство права.

This article is dedicated to the main issues of subsidiarity and other important budget system principles correlation. Problems are also considered in the context of these principles and concepts interpretation in the European Union Law as well as European integration provided now by Ukrainian State.
Keywords: legal principle, subsidiarity principle, proportionality principle, rule of law.

Постановка проблеми. Сьогодні українська правнича система рухається шляхом зближення із правом Європейського Союзу (далі – правом ЄС), наріжними каменями функціонування якого є такі цінності та принципи, як верховенство права, пропорційність і субсидіарність. Останнє поняття знайоме вітчизняній правничій науці у доволі загальних рисах. До 2014 року (рік підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони) дослідження були дуже поодинокими, натомість опісля цієї дати їх стало дещо більше, проте справді комплексних досліджень усе ще не вистачає. Зазначимо, що поняттям субсидіарності оперує лише Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. (ст. 7) проте Закон Украни "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21.05.1997 р. досі не закріпив цей термін і не

розтлумачив. Враховуючи, що субсидіарність є засадою публічного врядування, перш за все, це, на нашу думку, явний недолік. Прогалина у згаданому Законі впливає на нечіткість розуміння цього принципу на рівні фінансово-правної доктрини. Самій же науковій літературі бракує різноманіття підходів у розумінні сутності субсидіарності (у конституційно-правному, адміністративно-правному, фінансово-правному аспектах), ознак, рис та елементів цього принципу, а також співвідношення його із іншими принципами права. Особливо мала кількість праць притаманна саме для сфери фінансового (бюджетного) права.

Аналіз останніх досліджень. Як уже було зазначено, проблематика субсидіарності в українській правничій науці вирізняється поодинокими фрагментарними дослідженнями. На рівні теорії та філософії права можна відзначити дослідження С. Рабіновича ("Субсидіарність як природно-правова засада юридичного регулювання" 2006 р. [1]), М. Савіовського ("Принцип субсидіарності в історії європейської політико-правової думки" 2012 р. [2]) та інших науковців.

Серед конституційно-правних досліджень протягом останніх років варто виокремити колективну монографію Г. Диниса, Т. Карабін, Я. Мазура, М. Савчина, І. Сухана ("Упровадження децентралізації публічної влади в Україні: національний і міжнародний аспекти" 2015 р. [3]), у якій у значно новаторському контексті розкривається зміст досліджуваного принципу.

У контексті адміністративно-правних робіт звернемо увагу на дослідження А. Онупрієнка ("Принцип субсидіарності в системі місцевої влади : актуальні питання" 2010 р. [4]), С. Квітки ("Принцип субсидіарності та процеси децентралізації в Україні" 2015 р. [5]). Серед останніх робіт варто зупинитися на детальному дослідженні О. Мошак ("Правовий зміст принципу субсидіарності в умовах євроінтеграції України" 2017 р. [6]).

Фінансово-правна доктрина у цьому аспекті може похвалитися лише поодинокими згадками у контексті досліджень принципів фінансового права чи бюджетної системи, зокрема. Також автором цієї статті були опубліковані деякі праці, зокрема, стаття "Окремі аспекти феномену субсидіарності у працях вітчизняних та зарубіжних дослідників" 2017 р. [7], де було наголошено на проблемі звуженого розуміння законодавцем цього принципу як засади бюджетної системи, що у свою чергу, не дає розгорнутися фінансовій децентралізації на засадничому рівні.

Метою цієї статті, з огляду на вище вказане, є аналіз основних аспектів співвідношення принципу субсидіарності з іншими принципами бюджетної системи України та фінансового права в цілому.

Виклад основного матеріалу. Одним із найперших принципів, який у праві ЄС лунає поряд із засадою субсидіарності, є пропорційність. Для європейських країн цей принцип на практиці давно є однією з основоположних засад існування правної держави. У 1965 р. Конституційний Суд ФРН в одному зі своїх рішень зазначив: "У Федеральній Республіці Німеччина принцип пропорційності є неписаним конституційним принципом. Він походить від поняття правної держави, і, у дійсності, з природи основних прав, оскільки вони відбивають загальне право на свободу громадянина від держави, які можуть бути обмеженими державними органами тільки у випадку переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу" [8, с. 319]. Інакшими словами, сформульований Конституційним Судом ФРН принцип пропорційності можна розуміти як інструмент збалансування публічних і приватних інтересів під час здійснення публічного адміністрування. Зайві індивідуальні тягарі у вигляді певних обов'язків чи повноважень можуть бути покладені на суб'єкта лише у тім разі, коли того об'єктивно вимагає публічний інтерес. Щодо інших підходів до розуміння цього принципу уже з вітчизняної судової практики, то наприклад, суддя Конституційного Суду України В. Кампо визначав принцип пропорційності не лише як принцип правомірності обмеження прав та свобод та балансу приватних та публічних інтересів; у правній державі він має дотримуватися законодавчим органом у сфері соціального захисту громадян (пропорційності між соціальним захистом громадян та фінансовими можливостями держави, між інтересами кожної особи та держави), при нехтуванні державою цим принципом у зазначеному питанні має місце нераціональне використання бюджетних коштів у соціальній сфері [9].

З точки зору права ЄС, зазначає О. Стрєльцова, принцип пропорційності означає, що дії ЄС не повинні виходити за межі, необхідні для досягнення цілей установчих договорів. Відповідний Протокол уточнює, що кожен з інститутів ЄС при здійсненні своїх повноважень повинен слідувати принципу пропорційності. Своєрідним продовженням і доповненням принципу пропорційності є субсидіарність. Субсидіарність передбачає, що у всіх тих випадках коли досягнення цілей ЄС неможливо здійснити зусиллями тільки окремих держав-членів, коли необхідні спільні дії всіх членів ЄС,

здійснення цих дій стає справою самого ЄС. Тобто однією з головних умов застосування принципу субсидіарності є необхідність спільних дій [10, с. 267].

Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. у ст. 7 не закріпив принципу пропорційності як засади бюджетної системи [11]. На нашу думку, враховуючи тісний зв'язок принципу субсидіарності із принципом пропорційності у праві ЄС, у концепції публічного врядування, похідним явищем від якої є уже, в свою чергу, бюджетна система та відносини навколо публічних коштів, у Кодексі необхідно закріпити і цей принцип. Принцип субсидіарності законодавцем розуміється так, що розподіл видів видатків між державним бюджетом та місцевими бюджетами, а також між місцевими бюджетами ґрунтується на необхідності максимально можливого наближення надання гарантованих послуг до їх безпосереднього споживача. Натомість принцип пропорційності, на наше переконання, це та засада, яка покликана зрівноважувати на практиці реалізацію принципу субсидіарності. Це необхідно з метою, щоб бюджетна децентралізація, зокрема, не перетворилася на зумисне скидання з боку центральних органів повноважень на "плечі" місцевого самоврядування. Такий крок є потенційно можливим, враховуючи, що упродовж існування новітньої Української держави вона досі не навчилася провадити реальні реформи, а не маскувати під благими намірами політичні цілі.

Не можна не зазначити дещо і про базовий принцип верховенства права. Його специфічною ознакою є застосування до абсолютно всіх сфер публічно-правного і приватно-правного життя, а також те, що враховуючи таку всеохопність, не видається можливим надати цього принципу ємке уніфіковане визначення. Принцип верховенства права чи, іншими словами, принцип "правовладдя", що закріплений у ст. 8 Конституції України, науковці називають навіть мегапринципом, оскільки розкривається змістовно через низку інших принципів: поваги до людини, її життя, честі, гідності, невідчужуваних прав; збалансованості інтересів суспільства, держави та людини; демократизму; незалежності суду; розподілу державної влади; якості законодавства; законності тощо [12, с. 47].

С. Головатий слушно зазначає, що сутність верховенства права полягає в обмеженні політичної влади. Його ототожнюють з основоположними принципами лібералізму і демократії [13, с. 1629]. Власне кажучи, це одна із трьох тез доктрини верховенства права А. Дайсі:

1) право протистоїть деспотичній владі. Тільки в разі порушення певною особою закону суд призначає їй покарання у встановленому законом порядку. Уряди не повинні мати широких дискреційних повноважень, які обов'язково мають бути частково обмеженими;

2) кожна людина має бути рівною перед законом незалежно від посади і соціального статусу;

3) основним джерелом права є не норми конституції, а природні права людини. Кожна людина в суспільстві повинна мати права та свободи, які дозволять їй робити все, що вона бажає. Якщо її права порушено, вона має право на судовий захист [14].

Очевидно, якщо ми говоримо про верховенство права як про засаду публічного врядування у фінансовій (бюджетній) сфері, то замість людини маємо мати на увазі таких суб'єктів, як органи місцевого самоврядування чи об'єднані територіальні громади, які сьогодні ще не мають надійної власної матеріальної бази до реалізації власних потреб, здійснення видатків без запозичень чи міжбюджетних трансфертів.

Не можна не доповнити ці твердження тезою О. Мошак, яка зазначила наступне: "Принцип субсидіарості є провідною ідеєю функціонування ЄС і дуже притаманний принципу децентралізації та деконцентрації. Процес децентралізації сприймається як необхідна умова демократичного розвитку держав, а вдосконалення її інституційної будови є складовою частиною адміністративної реформи у країнах Західної Європи. Принцип децентралізації на підставі європейської державно-правної доктрини ґрунтується на тому, що децентралізовані органи не повинні підкорятися ні один одному, ні центральній владі. Вони діють від свого імені, самі відповідають за свої дії та діють в межах, визначених законом. Центральні органи влади контролюють децентралізовані органи лише стосовно способів та механізмів, за допомогою яких ці органи здійснюють свою діяльність" [6, с. 41]. Керуючись розумінням субсидіарності як принципу, за яким провідні публічно-владні рішення мають ухвалюватись на найближчому рівні до споживачів таких рішень (тобто тих суб'єктів, на яких вони впливають безпосередньо), а також підходом законодавця, можемо дійти до таких висновків:

1) субсидіарність як принцип покликана максимально наблизити прийняття публічно-владних рішень у сфері мобілізації, розподілу й використання публічних коштів до найнижчих рівнів публічно-владної ієрархії;

2) реалізація субсидіарності якраз і має послабити повноваження центральних публічних органів у згаданій сфері, ставши одним із наріжних каменів децентралізації та посиливши місцеве самоврядування і його фінансово-матеріальну базу;
3) втілення цього принципу напряму сприятиме утвердженню засади верховенства права шляхом обмеження зловживання політичною владою, що в українських реаліях перетворюється на фактичний політичний шантаж органів місцевого самоврядування.

Таким чином, можна зробити загальний висновок про те, що верховенство права і субсидіарність співвідносяться як частина і ціле, а зокрема, у сфері публічних фінансів остання є інструментом утвердження першого як практично втілюваної засади усієї фінансової та бюджетної системи України. Відомий український вчений М. Козюбра навіть зазначає, що принципом верховенства права охоплюється низкадуже близьких за змістом підпринципів – вимог, які дають досить повне уявлення про зміст, спрямованість та умови забезпечення феномена верховенства права у сучасному суспільстві. До підпринципів відносить вчений і засаду пропорційності [15, с. 48].

Висновки. Унаслідок вище зазначеного, автор дійшов таких висновків:

1) сучасне фінансове законодавство України, а також законодавство про місцеве самоврядування не містять (або майже не містять) згадок про основоположні принципи урядування, що походять із права ЄС; 2) до таких принципів відносимо верховенство права, пропорційність. субсидіарність; 3) верховенство права у частині фінансової сфери, зокрема відносин із мобілізації, розподілу, перерозподілу, використання фондів коштів, слід розуміти як можливість обмеження політичної влади центральних органів у цій царині; 4) принцип пропорційності у досліджуваній сфері варто тлумачити як принцип, що покликаний збалансувати публічні повноваження державних органів та органів місцевого самоврядування, уникаючи можливості свідомої диспропорції на користь однієї з когорт; 5) принцип субсидіарності слід тлумачити як засаду, що дозволяє максимально наблизити епіцентр прийняття публічно-владних рішень до "споживача" таких рішень; 6) принципи пропорційності та субсидіарності охоплюють поняттям верховенства права, є його похідними елементами та подекуди інструментами, реалізація яких у сфері публічних коштів має, у свою чергу, утвердити верховенство права на практиці.

Список використаних джерел:

1. Рабінович С. Субсидіарність як природно-правова засада юридичного регулювання. Право України : Юридичний журнал / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. – Київ, 2006. № 1. С. 25-29.

2. Савіовський М. Ю. Принцип субсидіарності в історії європейської політико-правової думки. Трипільська цивілізація. 2012. № 8. С. 31-36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Trcyv_2012_8_8

3. Упровадження децентралізації публічної влади в Україні: національний і міжнародний аспекти / Г. Г. Динис, Т. О. Карабін, Я. В. Мазур, М. В. Савчин, І. С. Сухан та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. М. В. Савчина. Ужгород: TIMPANI, 2015. 290 с.

4. Онупрієнко А. М. Принцип субсидіарності в системі місцевої влади : актуальні питання. Проблеми законності : академічний збірник наукових праць / Мін.освіти і науки Укр. ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2010. Вип. 108. С. 3-9.

5. Квітка С. А. Принцип субсидіарності та процеси децентралізації в Україні. Аспекти публічного управління. 2015. Вип. № 4 (18). С. 28-35.

6. Мошак О. В. Правовий зміст принципу субсидіарності в умовах євроінтеграції України / О. В. Мошак / Lex Portus. 2017. № 3 (5). С. 35-48.

7. Тарасенко Я. В. Окремі аспекти феномену субсидіарності у працях вітчизняних та зарубіжних дослідників / Я. В. Тарасенко // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 1. Том 1. С. 103-106.

8. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні // С. Шевчук. К.: Реферат. 2007. С. 462 с.

9. Окрема думка судді Конституційного Суду України Кампа В. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України від 16 червня 2011 року № 5-рп/2011 у 184 справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України, законів України "Про Вищу раду юстиції", "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження". – URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p71011/page2 . – Назва з екрану.

10. Стрєльцова О. В. Загальні принципи права як джерело права Європейського Союзу / О.В. Стрєльцова // Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 265-269.

11. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI. Редакція від 14.05.2017 // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 50 / № 50-51. Стор. 1778. Ст. 572.

12. Багрій Т. Я. Принцип верховенства права як умова розвитку сучасного українського конституціоналізму/ / Т. Я. Багрій // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ . 2011. № 2(2). С. 44-51.

13. Головатий С. П. Верховенство права: український досвід. – У 3-х т. / С. П. Головатий. – К.: Фенікс, 2006. Т. 3. 1747 с.

14. Different approaches to the definition of the Rule of Law. – URL: http://www.revision-notes.co.uk.

15. Козюбра М. Верховенство права і Україна // Право України. 2012 № 1–2. С.30-63.

Заїка А.,
аспірант Інституту законодавства
Верховної Ради України

ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ В НІМЕЧЧИНІ

У статті досліджено стандарти здійснення валютного контролю в Федеративній Республіці Німеччині, розкривається система органів, які здійснюють валютне регулювання, в тому числі валютний контроль. Охарактеризовано принцип вільного руху капіталів, наводиться перелік підстав обмеження здійснення валютних операцій.

Ключові слова: *валютне регулювання, валютний контроль, лібералізація, валютні операції, єврозона, вільний рух капіталів.*

Заика А. Особенности финансово-правового регулирования валютного контроля в Германии

В статье исследованы стандарты осуществления валютного контроля в Федеративной Республике Германии, раскрывается система органов, осуществляющих валютное регулирование, в том числе валютный контроль. Охарактеризован принцип свободного движения капиталов, приводится перечень оснований ограничения осуществления валютных операций.

Ключевые слова: *валютное регулирование, валютный контроль, либерализация, валютные операции, еврозона, свободное движение капиталов.*

Zaika A. Features of legal regulation of currency control in Germany

The article examines the standards of currency control in the Federal Republic of Germany, reveals the system of bodies that carry out currency regulation, including currency control. The principle of the free movement of capital is characterized, a list of the grounds for restricting currency transactions is provided.

Keywords: *currency regulation, currency control, liberalization, currency operations, eurozone, free movement of capital.*

Постановка проблеми. Безумовним стимулом до реформування вітчизняного валютного законодавства стала потреба у його адаптації до права ЄС, у зв'язку з підписанням Україною Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. та набуття чинності цим актом.

Наступним чинником, який визначає актуальність теми дослідження, є те, що саме гнучка валютна система має допомогти Україні інтегруватися до світового (зокрема, європейського) економічного співтовариства. Вона стимулюватиме активну зовнішньоекономічну діяльність, вітчизняний експорт і забезпечить прихід іноземних

інвесторів в українську економіку. Гнучкість валютної системи означає, що механізми валютного контролю чітко прописані й реалізовуються, проте не мають репресивного характеру або надміру забюрократизованого.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначена проблематика переважно вивчається в межах юридичної та економічної науки. Серед прикладів джерел можна назвати профільні дисертаційні та монографічні дослідження таких вчених, як А. Гарбінська-Руденко, В. Білоус, А. Джавага, А. Ємелін, С. Лучковська, С. Прокопчук, М. Старинський, Т. Філіпенко, О. Шевчик; серед статей на обрану та суміжні теми дослідження можна згадати роботи Л. Кравченко, О. Пруського, С. Сулейманової, Р. Сухого, О. Шевчука та ін.

Метою статті є дослідження й характеристика правових засад здійснення валютної політики, включно з контролем на території Федеративної Республіки Німеччини, як провідній економічний держави Європи.

Виклад основного матеріалу. Еволюція валютної системи Федеративної Республіки Німеччини – провідної економічної держави Європи –
ідображає характер і специфіку економічних процесів, що відбувалися в світовій і європейській економіці з самого початку формування господарської системи в регіоні. Однією з особливостей його розвитку є формування тісних торгово-економічних зв'язків між європейськими країнами, обумовлене історико-географічним фактором.

З метою зниження трансакційних витрат ще в XIX-XX століттях неодноразово робилися спроби створення валютних союзів між різними європейськими країнами: Австро-Німецький валютний союз (1857-1866 роки), Латинський валютний союз (1865-1878 роки), Скандинавський валютний союз (1875- 1917 роки), Бельгійсько-Люксембурзький економічний союз (заснований в 1921 році і діє до сих пір).

В даний час Федеративна Республіка Німеччина є складовою частиною єдиної єврозони - території, об'єднаної під егідою єдиного Європейського союзу. У зв'язку з цим валютне регулювання Німеччини підпорядковане єдиному валютному регулюванню ЄС.

Єдина європейська валюта – євро – є вільно конвертованою. Прямого регулювання курсу валюти по відношенню до валют інших країн не застосовується.

В Німеччині є власні нормативно-правові акти, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність і пов'язані з цим валютні правовідносини. Однак, знаходження Німеччини в складі Євросоюзу накладає свій відбиток на валютне

регулювання в цій країні, оскільки Євросоюз позиціонується як більш правосуб'єктний елемент світової спільноти, а ФРН має свою суверенність в даній сфері лише в тому обсязі, в якому це не суперечить інтересам Євросоюзу.

У зв'язку з тим, що на території Євросоюзу основною валютною одиницею є євро, то логічно вказати, що основне монетарне, валютне, інвестиційне та інше законодавство знаходиться на рівні саме Євросоюзу, а вже конкретні особливості більше розкриваються в кожній конкретній країні.

Особливістю органів валютного контролю в Німеччині є те, що членство ФРН в складі Євросоюзу має наслідком формування 2-х рівневої системи органів влади – національна і наднаціональна.

В рамках наднаціональної системи органами валютного регулювання є Європейський центральний банк і Європарламент, а в рамках національної правової системи – основний і єдиний орган валютного регулювання – Бундесбанк. Повноваженнями на здійснення валютних операцій наділені німецькі банки.

Юридично система валютного контролю в цій країні існує з 1949 р., коли був прийнятий Закон "Про валютний обіг і контроль за товарообігом" (Валютний Закон), який і до цього часу є базовим документом, що визначає валютні відносини в країні [1, с. 12-13].

Одним з основних принципів економіки в Німеччині є свобода руху капіталу. Проте, незважаючи на лібералізацію руху капіталу, здійснюється суворий контроль у вигляді обліку капіталів, що перетинають державний кордон. Цим питанням займаються переважно банки, а також інші кредитні організації, які передають зібрану та узагальнену інформацію до центральних банків земель або безпосередньо до центрального банку країни. Такий збір та аналіз даних щодо руху капіталу дає змогу розробляти в разі потреби конкретні заходи з регулювання валютного ринку, а також використовується при складанні платіжного балансу ФРН спеціальним підрозділом Центрального банку ФРН (Бундесбанку) [2, с. 22].

До числа органів фінансового управління, що мають повноваження у зовнішньоекономічній сфері та відповідальність за проведення валютної політики є Європейський Центральний Банк (ЄЦБ), який приймає рішення колегіально виходячи з позиції всіх вхідних в нього національних центральних банків, які разом складають Європейську систему центральних банків.

Відповідно до Протоколу про систему центральних банків, основними її цілями є вироблення і реалізація грошової політики, а також вироблення порядку здійснення валютних операцій, формування, підтримка і управління валютними резервами держав-членів Євросоюзу [3]

В даному Протоколі під об'єктами валютного регулювання розуміються будь-які валютні активи (національна та іноземна валюта, цінні папери та інші платіжні документи, дорогоцінні метали), які можуть бути конвертовані в євро, а також закріплено, що валютні операції між країнами - членами Євросоюзу і між Євросоюзом і країнами, які не перебувають в ЄС, здійснюються в євро - для цього у кожної країни - члена ЄС є у відповідному національному банку резерв євро, за рахунок якого і здійснюються міжнародні розрахунки [3].

Відповідно до положень зазначеного Протоколу був прийнятий Закон про Центральний банк ФРН (Бундесбанк), основними цілями існування якого є забезпечення фінансової стабільності держави, формування та управління національними валютними резервами, а також управління платіжними зобов'язаннями ФРН. Відповідно до цього закону Бундесбанк має право здійснювати такі валютні операції, якщо вони не принесуть шкоди інтересам Євросоюзу:

1. Здійснення банківських операцій з нерезидентами в будь-якій валюті;
2. Здійснювати купівлю-продаж валютних активів;
3. Надавати кредити під забезпечення валютними активами [4].

Щодо законодавчого регулювання зовнішньоторговельної діяльності, то вона регламентується Законом «Про зовнішню торгівлю в Федеративній Республіці Німеччині» і прийнятим відповідно до нього і для його реалізації норм Положенням про зовнішню торгівлю.

Відповідно до Закону «Про зовнішню торгівлю в Федеративній Республіці Німеччині» від 28 квітня 1961 р. за загальним правилом всі економічні операції з іноземним елементом, в тому числі валютні операції (операції з іноземною валютою, іноземними цінними паперами та золотом) між резидентами здійснюються без обмежень, що обумовлено прихильністю Німеччини міжнародним зобов'язанням, і в першу чергу перед міжнародним валютним фондом, в статтях угоди якого визначено, що його держави - члени повинні в міру усунення підстав для введення будь-яких валютних обмежень негайно їх зняти.

Обмеження валютних операцій можуть бути встановлені лише у випадках, передбачених в законодавстві. Такі обмеження визначені в прийнятому на виконання даного закону Положенні про зовнішню торгівлю.

Зазначеними нормативно-правовими актами визначено обов'язок суб'єктів декларувати перекази грошових коштів на користь юридичних осіб-нерезидентів (зареєстрованих в іншій країні ЄС або країні, що не входить в ЄС) і грошові перекази, які здійснюються юридичною особою-нерезидентом на користь організацій, зареєстрованих в Німеччині, або організацій, зареєстрованих в іншій країні, але які мають відокремлений підрозділ на території Німеччини, а Німецькі банки зобов'язані звітувати про всі зазначені операції перед Бундесбанком [5,6]

Будь-які обмеження руху капіталу (включаючи перекази грошових коштів, платежі по операціях, а також конвертація валют) при здійсненні зовнішньоекономічних операцій для іноземних інвесторів не передбачені. Єдиною формальною вимогою, встановленим чинним німецьким законодавством, є правило про повідомлення Центрального банку Німеччини при проведенні певного переліку платежів. Обов'язок по повідомленню згідно ст. 67 Постанови «Про порядок застосування закону про зовнішньоекономічну діяльність» покладено тільки на осіб, які мають постійно місцезнаходження на території ФРН. Відповідно, іноземний інвестор, який здійснює свою діяльність, наприклад, від імені дочірнього німецького підприємства також стає особою, яка зобов'язана здійснювати зазначене повідомлення. Вимоги щодо повідомлення не поширюються на платежі в розмірі менш ніж 12500 євро, на платежі за експортно-імпортними операціями, а також на переказ коштів в зв'язку з наданням та оплатою кредитів 4.

Збір Центральним банком зазначеної інформації проводиться в першу чергу з метою формування даних про платіжний баланс Німеччини і ніяк не впливає на права інвесторів [7].

Унаслідок лібералізації валютного законодавства у ФРН особливої актуальності набуло питання щодо організації ефективної протидії використанню фінансових систем із метою відмивання капіталів, отриманих злочинним шляхом. Тому ФРН бере активну участь у розширенні міжнародного співробітництва у сфері боротьби з відмиванням грошей, одночасно вживаючи відповідних заходів на національному рівні. [8, с. 76].

Висновки та пропозиції. На підставі проведеного вище аналізу можна зробити висновок, що Федеративна Республіка Німеччина, яка є складовою частиною єдиної

єврозони – території, об'єднаної під егідою єдиного Європейського союзу, у частині валютного контролю підпорядкована єдиному валютному регулюванню ЄС.

Органом наднаціонального валютного регулювання є Європейський Центральний Банк (ЄЦБ), який приймає рішення колегіально виходячи з позиції всіх вхідних в нього національних центральних банків, які разом складають Європейську систему центральних банків.

У системі валютного контролю Німеччини наявні відповідні законодавчі акти, які містять положення контролю валютних угод, пов'язаних з рухом капіталу. Органами валютного контролю є Німецький федеральний банк, центральні банки земель, комерційні банки та інші кредитні установи.

В цілому, Німеччина практично не вдається до адміністративних методів, оскільки вони суперечать принципам Міжнародного валютного фонду (МВФ). Однак, в окремі періоди погіршення економічної ситуації жорсткість валютного контролю може поновлюватися.

Необхідно відзначити, що навіть у разі формального скасування валютного контролю, як правило, здійснюється хоча б статистичне спостереження за процесами, що відбуваються при русі капіталів.

Список використаних джерел:

1. Ялтинська міжбанківська конференція: запитань більше, ніж відповідей // Вісник Національного банку України. – 2004. – No 6. – С. 12–13.
2. Кізенко Д. Валютне регулювання і контроль / Д. Кізенко // Банківська справа в Москві. - 1997. - No 2. - С. 22.
3. Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank [Електронний ресурс] // Протокол про Статут Європейської системи центральних банків та Європейського Центрального банку від 26.10.2012. - Електрон. дан. - URL: https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Amtblaetter/amtsblatt_eu_C326_230.pdf ?__blob = publicationFile (дата звернення 16.12.2016.).
4. Gesetz über die Deutsche Bundesbank [Електронний ресурс] // Закон ФРН про Федеральний банк (ред. від 04.07.2013).
5. Außenwirtschaftsgesetz [Електроннй ресурс] // закон ФРН «Про зовнішню торгівлю» від 28 квітня 1961 р станом на грудень 2015 року - URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/awg_2013/gesamt .pdf (дата звернення 16.12.2016 р).
6. Verordnung zur Durchführung des Aussenwirtschaftsgesetzes [Електронний ресурс] // Положення про зовнішню торгівлю в ФРН від 02 Серпня. 2013 (по сост. На 2016 г.). - Електрон. дан. - URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/awv_2013/gesamt.pdf (дата звернення 16.12.2016 р).

7. [Електронний ресурс] //: www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Service/Meldewesen /Aussenwirtschaft/Grundlagen/hilfe_fuer_ams_2013.pdf?__blob=publicationFile
8. Вишневський А. А. Банківське право Європейского союзу / А. А. Вишневський. - Москва: Статут, 2000. - 472 с.
9. Жуков, Е. Ф. Деньги. Кредит. Банки [Электронный ресурс] : учебник для студентов вузов, обучающихся по экономическим специальностям, по специальностям «Финансы и кредит», «Бухгалтерский учет, анализ и аудит» / Е. Ф. Жуков, Н. М. Зеленкова, Н. Д. Эриашвили; под ред. Е. Ф. Жукова. - 4-е изд., перераб. и доп. - М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2012. - 783 с. - Режим доступа: http://znanium.com/catalog/product/390985

УДК 336.748.7:336.711.61

Діхтяренко К.О.,
здобувач Державного науково-дослідного інституту МВС України

ДОРОГОЦІННІ МЕТАЛИ ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. *Автор розглядає нормативні визначення дорогоцінних металів за законодавством України та інших країн. Вказано, що у переважній більшості до такого визначення законодавець підходить шляхом перерахування металів, що відносяться до дорогоцінних. Проаналізовано види металів, віднесених до дорогоцінних (золота, срібла, платини, металів платинової групи), їх фізичні властивості та чинники, що обумовлюють їх віднесення до дорогоцінних металів. Досліджено наукові підходи до визначення поняття дорогоцінних металів. Підтримано законодавчий підхід до визначення дорогоцінних металів.*

Ключові слова: *дорогоцінні метали, благородні метали, золото, срібло, платина, метали платинової групи.*

Аннотация. *Автор рассматривает нормативные определения драгоценных металлов по законодательству Украины и других стран. Указано, что в подавляющем большинстве к такому определению законодатель подходит путем перечисления металлов, относящихся к драгоценным. Проанализированы виды металлов, отнесенных к драгоценным (золота, серебра, платины, металлов платиновой группы), их физические свойства и факторы, обуславливающие их отнесение к таким металлам. Исследованы научные подходы к определению понятия драгоценных металлов. Поддержан законодательный подход к определению драгоценных металлов.*

Ключевые слова: *драгоценные металлы, благородные металлы, золото, серебро, платина, металлы платиновой группы.*

Abstract. *The author considers normative definitions of precious metals under the legislation of Ukraine and other countries. It is indicated that in the overwhelming majority of such a definition, the legislator is approached by the transfer of metals related to precious metals. The types of metals classified as precious (gold, silver, platinum, platinum group metals), their physical properties and factors that determine their attribution to precious metals are analyzed. The scientific approaches to the definition of the concept of precious metals are investigated. Legislative approach to the definition of precious metals is supported.*

Key words: *precious metals, noble metals, gold, silver, platinum, platinum group metals.*

Дорогоцінні метали (лат. Precious metals), насамперед, золото та срібло, протягом всієї історії людства відігравали значну роль в економіці суспільства. І хоча на сучасному етапі дорогоцінні метали виключені з грошового обігу, і представляють собою, хоч і особливі, але товари, проте мають значення як фінансовий актив, базовий актив і фінансовий інструмент. За визначенням сучасних науковців (С.М. Голубка, П.І. Коренюк,

Ю.І. Руснак, Р.М. Олимова, Д.В. Кудлаев, В.П. Романов, К.В. Єфремова та інші), дорогоцінні метали (насамперед, золото та срібло), втративши функції монетарних активів, набули не менш важливої функції – засобу збереження ліквідності, ставши високоліквідними активами, оскільки золото є важливим стратегічним запасом будь-якої держави і від його величини залежать її стабільність, стійкість на міжнародних валютних ринках, а також національна безпека загалом [1, с. 54; 2, с. 182; 3, с. 21; 4, с. 30; 5, с. 16; 6, с. 20; 7, с. 11]. Крім цього, науковці відзначають, що дорогоцінні метали, хоч і перестали використовуватися як засоби платежу, проте не стали простим товаром, оскільки зберегли за собою роль надзвичайних світових грошей, і в сучасних умовах обсяг золотого запасу показує валютно-фінансові позиції держави і виступає показником її кредитоспроможності, що є особливо важливим в умовах глобалізації [1, с. 54; 2, с. 182; 3, с. 21; 4, с. 30; 5, с. 16; 6, с. 20; 7, с. 11].

У зв’язку з цим особливої актуальності набуває питання визначення і законодавчого закріплення дорогоцінних металів для належного правового регулювання їх обігу. Тому метою нашої статті буде дослідження поняття та видів дорогоцінних металів як об’єктів правового регулювання.

В українському законодавстві (як і в законодавстві багатьох інших країн) поняття дорогоцінних металів (лат. Precious metals) надається шляхом перелічення металів, які віднесені до дорогоцінних. Так, у п. 1 ст. 1 Закону України «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» від 18.11.1997 № 637/97-ВР (надалі – Закон № 637/97-ВР) таким чином: «дорогоцінні метали – золото, срібло, платина і метали платинової групи (паладій, іридій, родій, осмій, рутеній) у будь-якому вигляді та стані (сировина, сплави, напівфабрикати, промислові продукти, хімічні сполуки, вироби, відходи, брухт тощо)» [8]. Аналогічне визначення дорогоцінних металів міститься також і в Законі України «Про визначення розміру збитків, завданих підприємству, установі, організації розкраданням, знищенням (псуванням), недостачею або втратою дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та валютних цінностей» від 06.06.1995 № 217/95-ВР [9]. Схожим чином визначення дорогоцінних металів надається у Розділі XIV Митного тарифу України від 19.09.2013 № 584-VII, у п. 4 якого зазначається: «(A) термін «дорогоцінний метал» означає срібло, золото та платину; (B) термін «платина» означає платину, іридій, осмій, паладій, родій та рутеній» [10]. На визначення дорогоцінних металів, закріплене у

Законі № 637/97-ВР, орієнтуються норми інших нормативних актів – Податкового кодексу України [11], Закону України «Про запобігання корупції» від 14.11.2014 № 1700-VII [12], Постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок продажу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння з Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» від 07.05.1998 № 653 [13] тощо.

Подібний підхід спостерігається і в законодавстві інших країн. Саме визначені метали відносяться до дорогоцінних відповідно до Закону РФ «Про дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння» № 41-ФЗ від 26.03.1998 [14], Закону Республіки Білорусь «Про дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння» № 110-З від 21.06.2002 [15], Закону Республіки Казахстан «Про дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння» від 14.01.2016 № 444-V ЗРК [16], Закону Республіки Таджикистан «Про дорогоцінні метали та дорогоцінне каміння» від 21.05.2001 № 21 [17], Закону Латвійської республіки «Про державний пробірний нагляд в Латвійській республіці» від 19.06.1995 [18], Закону Литовської республіки «Про державний нагляд за дорогоцінними металами і камінням» від 03.07.1995 № I-996 [19] тощо. В країнах ЄС до визначення дорогоцінних металі підходять аналогічно [20; 21].

Отже, до дорогоцінних металів відповідно до українського законодавства (як і багатьох інших країн) відноситься: золото, срібло, платина і метали платинової групи.

Золото (лат. Aurum (Au)) – елемент шостого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 79, проста речовина якого – жовтий інертний пластичний благородний метал [22, с. 277]. Золото – один з перших металів, якому людство надало особливого значення. На початку цивілізації золото використовувалося для виробництва прикрас, але приблизно у VI ст. до н.е. цей метал стали застосовувати для виготовлення монет (звідти і походить назва – монетизація золота). У XIX ст. майже в усіх країнах було введено золотий стандарт і курси всіх валют було прив’язано до нього. В 1944 році на Бретон-Вудській конференції було впроваджено нові принципи грошово-валютної політки – головною резервною валютою став долар і курс всіх країн-учасниць прив’язувався до нього, а сам долар прив’язувався до золота. В 1971 році конвертуємість долара до золота була відмінена. На сучасному етапі золото використовується як актив золотовалютного резерву країн, в ювелірній промисловості, електро- та радіотехніці, хімічній промисловості тощо.

Срібло (лат. Argentum (Ag)) – елемент шостого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 47, проста речовина якого – сріблясто-білий пластичний, ковкий, благородний метал [22, с. 387]. Срібло, як і золото, використовувалося людством ще початку цивілізації – з нього вироблялися посуд, прикраси, а з цього металу стали виробляти монети. На сучасному етапі серебро використовується в ювелірній галузі, електро- та радіотехніці, хімічній промисловості тощо.

Платина (лат. Platinum (Pt)) – елемент шостого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 78, проста речовина якого – сріблясто-білий благородний метал [22, с. 206]. Платина, як золото та срібло, була відома людству з давніх часів, але цей метал не використовувався для виготовлення монет, оскільки має високу температуру плавлення (1769°С). Спосіб плавлення платини і виготовлення з неї виробів були відкриті лише в середині XIX ст. П.Г. Соболевским и В.В. Любарским, і сьогодні цей метал широко використовується для виготовлення ювелірних прикрас, в автомобільній промисловості, електро- та радіотехніці, хімічній промисловості тощо.

До металів платинової групи належать паладій, іридій, родій, осмій, рутеній.

Паладій (лат. Palladium (Pd)) – елемент п’ятого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 46, проста речовина – легкий благородний метал сріблясто-білого кольору [22, с. 439]. Винайдений паладій був лише в 1803 році англійським хіміком У. Хиде-Вулластоном, як метал для виробництва монет не застосовувався, на сучасному етапі використовується в електроніці, автомобільній промисловості, хімічній, стоматологічній та ювелірній галузях (паладій може бути частиною білого золота).

Іридій (лат. Iridium (Ir)) – елемент періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 77, проста речовина – твердий, тугоплавкий, благородний метал сріблясто-білого кольору [22, с. 1047]. Винайдений іридій був лише в 1803 році С. Теннантом, як метал для виробництва монет не застосовувався, на сучасному етапі використовується в електроніці, ювелірній та хімічній галузі, з нього виготовлюються медичні (насамперед, хірургічні) інструменти

Родій (лат. Rhodium (Rh)) – елемент п’ятого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 45, проста речовина – твердий благородний метал сріблясто-білого кольору [22, с. 1047]. Відкритий родій лише в 1804 році В. Волластоном,

як метал для виробництва грошей не застосовувався, на сучасному етапі використовується для виготовлення скловолокна, плоскопанельних дисплеїв, в ювелірній промисловості.

Осмій (лат. Osmium (Os)) – елемент періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 76, проста речовина – крихкий, благородний метал синьо-білого кольору [22, с. 1047]. Відкритий осмій був лише в 1803 році С. Теннантом, як метал для виробництва монет не застосовувався, на сучасному етапі використовується в електроніці, медичній галузі (при виробництві імплантів, електрокардіостимуляторів тощо).

Рутеній (лат. Ruthenia (Ru)) – елемент п’ятого періоду періодичної системи хімічних елементів з атомним номером 44, проста речовина – крихкий, благородний метал сріблясто-сірого кольору [22, с. 1047]. Відкритий рутеній був лише в 1827 році Г.В. Озанном, як метал для виробництва монет не застосовувався, на сучасному етапі лише визначаються перспективи використання рутенію (нанотехнології, електроника).

Платина та метали платинової групи зустрічаються лише в природних сплавах з іншими металами, і їх висока вартість обумовлюється витратами на їх отримання.

Одним з чинників, що об’єднують всі вищевказані метали, є те, що вони відносяться до благородних металів. Як зазначає Д.В. Кудлаєв, всі дорогоцінні метали є благородними, а всі благородні – дорогоцінними, а отже зазначені терміни є тотожними [22, с. 16]. Благородними металами визнають метали, що мають високу хімічну стійкість до окислення та дії хімічних реагентів, є тугоплавкими (крім золота і срібла), пластичними (крім родію та осмію), не мають алотропних перетворень (крім родію), мають привабливий зовнішній вигляд [5, с. 266]. Крім цього, необхідно підкреслити, що благородні метали або рідко зустрічаються у природі (доля їх видобутку у гірничодобувній промисловості близько 0,00005%), або існують лише в природних сплавах з іншими металами, а витрати на їх видобуток є дуже затратними [22, с. 266]. Хімічні властивості благородних металів є чинником, який визначає їх цінність, що визнається переважною більшістю науковців.

До основних чинників, що визначають цінність дорогоцінних металів, відносять їх високу ринкову вартість.

Аналізуючи дорогоцінні метали, С.М. Голубка вказує, що зазначені метали складають особливу ціннісну групу об’єктів, цінність яких проявляється не лише в

фінансовому, але й в історико-культурному аспекті [1, с. 54]. Проте історико-культурний аспект ціннісної вартості дорогоцінних металів проявляється лише відносно золота та срібла, віднесення платини та металів платинової групи до дорогоцінних металів історико-культурними особливостями генезису їх застосування не обумовлюються, а обумовлюються витратами на їх отримання. Отже, наступним чинником, що обумовлює цінність певних дорогоцінних металів (золота та срібла) є історико-культурний підхід.

В.П. Романов зазначає, що до чинників, які обумовлюють цінність дорогоцінних металів, відноситься те, що вони доволі рідко зустрічаються в природі, що зумовлює високий попит на них на міжнародному та внутрішніх ринках [6, с. 37]. Дійсно, як нами вже вказувалося раніше, золото, срібло та платина дійсно є природними ресурсами, які рідко зустрічаються в природі, проте, вартість металів платинової групи обумовлюється витратами на їх отримання.

Отже, до основних чинників, що обумовлюють цінність дорогоцінних металів, відносять: 1) хімічні властивості цих металів (мають високу хімічну стійкість до окислення та дії хімічних реагентів, є тугоплавкими (крім золота і срібла), пластичними (крім родію та осмію), не мають алотропних перетворень (крім родію)); 2) обмеженість таких металів у природі (золото, срібло, платина) чи значні витрати на їх отримання (метали платинової групи); 3) привабливий зовнішній вигляд; 4) висока ринкова вартість; 5) історико-культурний підхід (відносно золота та срібла).

Законодавче визначення дорогоцінних металів неодноразово піддавалося критиці з боку науковців. Так, В.П. Романов вказував, що в законодавець застосував найпростіший спосіб визначення дорогоцінних металів – через перерахування їх видів, проте такий підхід має недоліки: 1) його елементами є інші поняття, зміст яких не визначено; 2) воно має лімітивний (вичерпний) характер [6, с. 29]. Д.В. Кудлаєв зазначав, що перерахування видів дорогоцінних металів замість надання їх узагальнюючого визначення є невірним, оскільки не дозволяє віднести визначити критерії віднесення золота, срібла, платини та металів платинової групи до дорогоцінних [5, с. 7].

Доктринальні підходи до визначення поняття «дорогоцінні метали» суттєво різняться. Д.В. Кудлаєв пропонує визначати їх як метали, що володіють особливими хімічними властивостями, рідко зустрічаються в природі (виключно в самородному або рудному стані) і мають внаслідок цього високу ринкову ціну, а також включені до переліку, встановленого законодавством [5, с. 18]. Р.М. Олимова формулює таке поняття

дорогоцінних металів: «…металевий матеріал, що має високу ринкову вартість» [4, с. 86]. В.П. Романов пише, що дорогоцінні метали – це металеві матеріали першої групи, що мають високу ринкову вартість, до яких відносяться золото, платина і метали платинової групи (паладій, іридій, родій, осмій, рутеній), а також металеві матеріали другої групи, з відносно нижчою до першої групи ринковою вартістю, до яких відноситься виключно срібло, що можуть знаходитися в будь-якому стані, виді, у тому числі в самородному, афінованому виді, а також у сировині, сплавах, напівфабрикатах, промислових продуктах, хімічних промислових продуктах, хімічних сполуках, ювелірних виробах і інших виробах, монетах, брухті і відходах виробництва і споживання [6, с. 37].

На наш погляд, підхід до визначення дорогоцінних металів, застосований законодавцем, є найбільш оптимальним. Немає одного значеного критерію, що дозволив би надати єдине, угазальнююче поняття дорогоцінних металів з огляду на їх хімічні властивості, ринкову вартість, історико-культурний підхід до них тощо. Отже, дорогоцінні метали на сучасному етапі представлені у вигляді золота, срібла, платини і металів платинової групи.

Список використаних джерел:

1. Голубка С.М. Державне регулювання операцій з дорогоцінними металлами. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2017. Вип. 27. Ч. 1. С. 54 – 58.
2. Коренюк П.І. Правові чинники формування ринку дорогоцінних металів в Україні. *Миколаївський національний університет ім. В.О. Сухомлинського.* 2018. Вип. 22. С. 182 – 184.
3. Руснак Ю.І. Особливості правового регулювання ринку банківських металів в Україні. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 6. С. 220 – 222.
4. Олимова Р.М. Гражданско-правове регулирование оборота драгоценных металлов и драгоценных камней в РФ. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2005. 230 с.
5. Кудлаев Д.В. Финансово-правове регулирование обращения драгоценных металлов в РФ. дис… канд. юрид. наук. М., 2015. 216 с.
6. Романов В.П. Адміністративно-правові засади обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння в Україні. дис… канд. юрид. наук. Дніпро, 2017. 220 с.
7. Єфремова К.В. Особливості правового регулювання господарської діяльності на ринку виробів із дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння : автореф. дис... канд. юрид. наук. Х ., 2009. 20 с. http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=EC&P21DBN=EC&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=M=&S21COLORTERMS=0&S21STR=
8. Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними : Закон України від 18.11.1997 № 637/97-ВР. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14
9. Про визначення розміру збитків, завданих підприємству, установі, організації розкраданням, знищенням (псуванням), недостачею або втратою дорогоцінних металів,

дорогоцінного каміння та валютних цінностей : Закон України від 06.06.1995 № 217/95-ВР. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217/95-%D0%B2%D1%80

10. Про Митний тариф України : Закон України від 19.09.2013 № 584-VII. Відомості Верховної Ради. 2014. № 20–21. Ст. 740.

11. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

12. Про запобігання корупції : Закон України від 14.11.2014 № 1700-VII. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

13. Про порядок продажу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння з Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння : Постанова Кабінету Міністрів України від 07.05.1998 № 653. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/653-98-%D0%BF

14. О драгоценных металлах и драгоценных камнях : Федеральный закон от 26.03.1998 № 41-ФЗ (ред. от 23.05.2018). URL http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_18254/

15. О драгоценных металлах и драгоценных камнях: Закон Республики Беларусь от 21.06.2002 №110-З. URL. https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_dragotsennyh_metallah_i_dragotsennyh_kamnyah.htm

16. О драгоценных металлах и драгоценных камнях: Закон Республики Казахстан от 14.01.2016 № 444-V ЗРК. URL. https://online.zakon.kz/document/?doc_id=32462876#pos=250;-36

17. Про драгоценные металлы и драгоценные камни: Закон Республики Таджикистан от 21.05.2001№ 21. URL. http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2336

18. О государственном пробирном надзоре: Закон Латвийской Республики от 19.06.1995. Ведомости Саэйма и Кабинета министров Латвийской Республики. 1995. № 5; 1998. № 9.

19. О государственном надзоре за драгоценными металлами и камнями: Закон Литовской республики от 3.07.1995 № I-996. URL. https://e-seimas.lrs.lt/rs/legalact/TAD/TAIS.63226/

20. Oxford Learner's Dictionaries [Електронний ресурс] // Oxford. – 2018.: URL. https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/precious-metal.

21. Merriam-Webster Dictionary [Електронний ресурс] // Merriam-Webster. 2018. URL. https://www.merriam-webster.com/dictionary/precious%20metal.

22. Michael E. Wieser, Norman Holden, Tyler B. Coplen, John K. Böhlke, Michael Berglund, Willi A. Brand, Paul De Bièvre, Manfred Gröning, Robert D. Loss, Juris Meija, Takafumi Hirata, Thomas Prohaska, Ronny Schoenberg, Glenda O'Connor, Thomas Walczyk, Shige Yoneda, Xiang-Kun Zhu. Atomic weights of the elements 2011 (IUPAC Technical Report) (англ.) // Pure and Applied Chemistry. 2013. Vol. 85, no. 5. 2078 p.

УДК 347.73.336

Бакал М.А.,
здобувач Державного науково-дослідного інституту МВС України

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБЄКТУ ОПОДАТКУВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТУ ПОДАТКУ НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ВІД СПАДЩИНИ ТА ПОДАРУНКІВ

Анотація. *Автор аналізує об'єкт податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків як елемент правового механізму податку на доходи фізичних осіб. Визначаються недоліки правової конструкції норми Податкового кодексу України (статті 174), в якій закріплюється об'єкт податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків (відсутність загального визначення такого об'єкту, неврахування земельних ділянок як об'єктів нерухомого майна, що підлягає оподаткуванню, використання термінів, що не мають тлумачення в податковому законодавстві та мають неоднозначне визначення в іншому законодавстві України (антикваріат, витвори мистецтва, транспортні засоби тощо). Розроблено пропозиції з усунення виявлених прогалин у юридичній конструкції об'єкту податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків.*

Ключові слова. *Податок на доходи фізичних осіб, спадщина, подарунки, об'єкти нерухомого/рухомого майна.*

Аннотация. *Автор анализирует объект налога на доходы физических лиц от получения наследства и подарков как элемент правового механизма налога на доходы физических лиц. Указываются недостатки правовой конструкции нормы Налогового кодекса Украины (статьи 174), в которой закреплен объект налога на доходы физических лиц от получения наследства и подарков (отсутствие общего определения такого объекта, не учитывание земельных участков как объектов недвижимого имущества, подлежащего налогообложению, использование терминов, не имеющих толкования в налоговом законодательстве и имеющих неоднозначное определение в другом законодательстве Украины (антиквариат, произведения искусства, транспортные средства и т.п.). Разработаны предложения по устранению выявленных пробелов в юридической конструкции объекта налога на доходы физических лиц от получения наследства и подарков.*

Ключевые слова. *Налог на доходы физических лиц, наследство, подарки, объекты недвижимого/движимого имущества.*

Abstract. *The author analyzes the object of the personal income tax from inheritance and gifts as an element of the legal mechanism of the personal income tax. The defects of the legal structure of the norm of the Tax Code of Ukraine (Article 174), which establishes the object of the tax on income of individuals from the acquisition of inheritance and gifts (the lack of a general definition of such an object, ignoring land plots as objects of immovable property subject to taxation, the use of terms that are not interpreted in tax legislation and have ambiguous definition in other legislation of Ukraine (antiques, works of art, vehicles, etc.). Proven ozija on elimination of revealed gaps in the legal construction of the object of the tax on individuals' income from inheritance and gifts.*

Keywords. *Income tax, inheritance, gifts, real estate/movable property.*

Отримання спадщини та подарунків на сучасному етапі є підставою для справляння податку на доходи фізичних осіб. Незважаючи на широке висвітлення в

науковій площині проблем податку на доходи фізичних осіб, дослідження правового механізму цього податку від отримання доходів у вигляді спадщини та дарунків не отримали належного дослідження, лише у деяких поодиноких працях (Л. Воронової, Н. Воротіної, М. Кучерявенка, А. Нонко, П. Пацурківського, В. Рядінської, І. Лисенко тощо) при розгляді оподаткування фізичних осіб підіймалися проблеми закріплення у законодавстві елементів правового механізму податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків, в той час як на сучасному етапі особливої актуальності набуває питання щодо визначення об'єкту податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків.

Отже, метою нашого дослідження є аналіз законодавчого визначення об'єкту податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків, виявлення проблем у цьому визначенні та формулювання пропозицій з його удосконалення.

Відповідно до статті 22 Податкового кодексу України (надалі – ПК України) об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, із наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку [1]. При цьому, кожен податок має свій об'єкт оподаткування, що визначається відповідно до норм ПК України з урахуванням положень вищевказаної статті. Згідно ст. 163 ПК України об'єктом оподаткування податку на доходи фізичних осіб–резидентів є: загальний місячний (річний) оподатковуваний дохід; доходи з джерела їх походження в Україні, які остаточно оподатковуються під час їх нарахування (виплати, надання); іноземні доходи – доходи (прибуток), отримані з джерел за межами України; об'єктом оподаткування податком на доходи фізичних осіб–нерезидентів є: загальний місячний (річний) оподатковуваний дохід з джерела його походження в Україні; доходи з джерела їх походження в Україні, які остаточно оподатковуються під час їх нарахування (виплати, надання) [1].

У ст. 174 ПК України, де закріплюється правовий механізм податку на доходи фізичних осіб від отримання спадщини і подарунків, визначення об'єкта оподаткування не надається, законодавець відразу переходить до переліку об'єктів майна чи майнових прав, перехід права власності на які підлягає оподаткуванню – перелік майна, що підлягає оподаткуванню при спадкуванні (даруванні) під назвою «об'єкти спадщини» надається

законодавцем у статті 174.1 ПК України, в якій закріплюється, що вони поділяються на: а) об'єкти нерухомості; б) об'єкти рухомого майна, зокрема: предмети антикваріату або витвори мистецтва; природні дорогоцінні каміння чи дорогоцінні метали, прикраси з використанням дорогоцінних металів та/або природного дорогоцінного каміння; будь-які транспортні засоби та приладдя до них; інші види рухомого майна; в) об'єкти комерційної власності, а саме: цінні папери (крім депозитного (ощадного), іпотечного сертифіката), корпоративні права, власність на об'єкти бізнесу як такі, тобто власність на цілісні майнові комплекси, інтелектуальна (промислова) власність або право на отримання доходу від неї, майнові та немайнові права; г) суми страхового відшкодування (страхових виплат) за страховими договорами, а також суми, що зберігаються відповідно на пенсійному депозитному рахунку, накопичувальному пенсійному рахунку, індивідуальному пенсійному рахунку спадкодавця – учасника накопичувальної системи пенсійного забезпечення; ґ) готівка або кошти, що зберігаються на рахунках спадкодавця, відкритих у банківських і небанківських фінансових установах, у тому числі депозитні (ощадні), іпотечні сертифікати, сертифікати фонду операцій з нерухомістю [1].

На нашу думку, законодавець не випадково відразу переходить до переліку майна, що підлягає оподаткуванню при спадкуванні та даруванні, бо така ситуація дозволяє оподатковувати лише права, які отримує спадкоємець (обдарований), ігноруючи обов'язки, які в нього можуть виникнути внаслідок отримання спадщини чи подарунку (згідно статті 1218 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті; стаття 725 ЦК України передбачає можливість обов'язкового здійснення обдарованим певної дії майнового характеру на користь третьої особи) [2]. Отже, спадкодавець, крім майна, може залишити борги, сума яких перевищуватиме вартість успадкованого майна, а обдарований може бути зобов'язаний сплачувати щомісяця третій особі певну грошову суму, проте при встановленні норм щодо оподаткування спадщини та дарунків законодавець нібито відкидає такі можливості. Визначення лише переліку майна, що підлягає оподаткуванню, дозволяє стягувати податок з усіх видів майна, що переходять до спадкоємця/обдарованого, без урахування того, чи обтяжено воно якимись зобов'язаннями, чи ні.

Раніше нами вже було доведено, що спадщину/дарунки неможливо вважати доходами, саме тому, на нашу думку, законодавець уникнув визначення об'єкту податку на доходи фізичних осіб, отримані в результаті прийняття спадщини/дарунку, а отже об'єкти податку на доходи фізичних осіб та податку на доходи фізичних осіб, отримані в результаті прийняття спадщини/дарунку, не співпадають, що слугує додатковим аргументом щодо того, що у складі податку на доходи фізичних осіб міститься збір за отримання у спадщину/дарунок майна чи майнових прав.

Аналіз норм статті 174.1 ПК України дає нам підстави стверджувати, що предмети оподаткування отримання спадщини і дарунків поділяються на дві групи – майно та майнові права [1]. Основним видом майна, яке підпадає під оподаткування податку на дохід фізичних осіб, отриманий в результаті прийняття спадщини/дарунку, є об'єкти нерухомого майна.

Дефініції «об'єкти нерухомості та об'єкти рухомого майна» у податковому законодавстві не надається, хоча у статтях 14.1.129 та 14.1.129-1 ПК України визначається перелік об'єктів житлової та нежитлової нерухомості, до яких віднесено: І) об'єкти житлової нерухомості - будівлі, віднесені відповідно до законодавства до житлового фонду, дачні та садові будинки; 1) будівлі, віднесені до житлового фонду, поділяються на такі типи: а) житловий будинок – будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначена для постійного у ній проживання (житлові будинки поділяються на житлові будинки садибного типу та житлові будинки квартирного типу різної поверховості; житловий будинок садибного типу – житловий будинок, розташований на окремій земельній ділянці, який складається із житлових та допоміжних (нежитлових) приміщень); б) прибудова до житлового будинку - частина будинку, розташована поза контуром його капітальних зовнішніх стін, і яка має з основною частиною будинку одну (або більше) спільну капітальну стіну; в) квартира - ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання; г) котедж – одно-, півтораповерховий будинок невеликої житлової площі для постійного чи тимчасового проживання з присадибною ділянкою; ґ) кімнати у багатосімейних (комунальних) квартирах - ізольовані помешкання в квартирі, в якій мешкають двоє чи більше квартиронаймачів; 2) садовий будинок – будинок для літнього (сезонного) використання, який в питаннях нормування площі забудови, зовнішніх конструкцій та інженерного

обладнання не відповідає нормативам, установленим для житлових будинків; 3) дачний будинок – житловий будинок для використання протягом року з метою позаміського відпочинку; II) об'єкти нежитлової нерухомості – будівлі, приміщення, що не віднесені відповідно до законодавства до житлового фонду; у нежитловій нерухомості виділяють: 1) будівлі готельні – готелі, мотелі, кемпінги, пансіонати, ресторани та бари, туристичні бази, гірські притулки, табори для відпочинку, будинки відпочинку; 2) будівлі офісні – будівлі фінансового обслуговування, адміністративно-побутові будівлі, будівлі для конторських та адміністративних цілей; 3) будівлі торговельні – торгові центри, універмаги, магазини, криті ринки, павільйони та зали для ярмарків, станції технічного обслуговування автомобілів, їдальні, кафе, закусочні, бази та склади підприємств торгівлі й громадського харчування, будівлі підприємств побутового обслуговування; 4) гаражі – гаражі (наземні й підземні) та криті автомобільні стоянки; 5) будівлі промислові та склади; 6) будівлі для публічних виступів (казино, ігорні будинки); 7) господарські (присадибні) будівлі - допоміжні (нежитлові) приміщення, до яких належать сараї, хліви, гаражі, літні кухні, майстерні, вбиральні, погреби, навіси, котельні, бойлерні, трансформаторні підстанції тощо; 8) інші будівлі [1]. Раніше науковці вказували, що відсутність дефініції «об'єкти нерухомого майна» є прогалиною податкового законодавства, оскільки не враховує об'єкти нежитлової нерухомості [3, с. 93]. З прийняттям Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 р. № 71-VIII, було розширено п. 14.1 ст. 14 ПК України і внесено перелік видів нежитлової нерухомості (пунктом 14.1.129–1) [4]. Аналізуючи види житлової та нежитлової нерухомості, віднесені законодавцем до об'єктів оподаткування податком на доходи фізичних осіб, зазначимо, що в них відсутні певні види нерухомого майна, серед яких – земельні ділянки, в той час як у ст. 181 ЦК України, нерухомі речі (нерухоме майно, нерухомості) визначаються як земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельних ділянках, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення [2], тобто земельні ділянки є основним видом нерухомого майна, а юридична конструкція ст. 174, 14.1.129, 14.1.129-1 ПК України фактично не враховує їх як об'єкти оподаткування податком на доходи фізичних осіб, отриманими внаслідок прийняття спадщини/дарунків.

Переходячи до розгляду об'єктів рухомого майна, як предметів оподаткування, отриманих внаслідок прийняття спадщини та дарунків, вважаємо доцільним

досліджувати кожну з зазначених законодавцем груп. Перш за все, зосередимо увагу на предметах антикваріату або витворах мистецтва. Енциклопедична словники визначають антикваріат як старовинну річ, як правило виготовлену умілим майстром, яка існує певну кількість років [5, с. 26]. В кожній країні визначення терміну антикваріату різниться – у США антикваріатом вважається річ, виготовлена до 1830 року, в Канаді – до 1847 року, в Великій Британії – річ повинна проіснувати не менше 100 років, в інших країнах – не менше 60 років [6, с. 20]. Відповідно до Правил торгівлі антикварними речами, затвердженими Наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України, Міністерством культури і мистецтв України № 322/795 від 29 грудня 2001 року, антикварними речами в Україні визнаються культурні цінності як об’єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення, підлягають збереженню, відтворенню та охороні і створені понад 50 років тому, в тому числі: а) предмети і документи, що пов'язані з розвитком суспільства та держави, історією науки, мистецтва і техніки, а також з життям і діяльністю видатних осіб, державних, політичних і громадських діячів; б) художні твори, у тому числі: оригінальні художні твори живопису, графіки та скульптури, картини та малюнки повністю ручної роботи на будь-якій основі та з будь-яких матеріалів; оригінальні художні композиції та монтажі з будь-яких матеріалів; гравюри, естампи, літографії та їх оригінальні друковані форми, твори декоративно-прикладного мистецтва, у тому числі вироби традиційних народних промислів та інші художні вироби зі скла, кераміки, дерева, металу, кістки, тканини та інших матеріалів; в) складові частини та фрагменти архітектурних, історичних, художніх пам'яток і пам'яток монументального мистецтва; г) рідкісні рукописи, друковані видання і документальні пам'ятки, у тому числі інкунабули та інші видання, що являють собою історичну, художню, наукову та культурну цінність; ґ) архівні документи, уключаючи кіно-, фото-, фонодокументи; д) унікальні та рідкісні музичні інструменти; е) старовинні монети та інші предмети колекціонування [7].

Що ж стосується терміну «витвори мистецтва», який зустрічається у статті 174 ПК України, то його визначення у цьому кодексі немає. Не зустрічається такий термін і в інших нормативних актах України. На нашу думку, його використання пов’язане із застосуванням застарілих термінів законодавства. Річ у тім, що такий термін як «витвори мистецтва», застосовувався у «Основах цивільного законодавства СРСР та республік» 1963 року (статті 4, 9, 134) [8], які припинили свою дію з набуттям чинності ЦК України у

2003 року. В цьому ж нормативному акті застосовується зовсім інший термін – «результати інтелектуальної, творчої діяльності», до яких відносяться твори науки, літератури, архітектури та інженерного мистецтва, твори монументальної скульптури та монументального малярства, археологічні об’єкти, печери з наявними свідченнями життєдіяльності людини, будівлі або приміщення в них, що зберегли автентичні свідчення про визначні історичні події, життя та діяльність відомих осіб [2]. В Митному кодексі України використовується ще один, близький за значенням термін – «культурні цінності», під яким розуміється об’єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне чи наукове значення (п. 11 ст. 1) [9]. Таким же терміном оперує й Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» № 1068-XIV від 21 вересня 1999 року, де культурні цінності визначено як об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню та охороні відповідно до законодавства України, а саме: оригінальні художні твори живопису, графіки та скульптури, художні композиції та монтажі з будь-яких матеріалів, твори декоративно-прикладного і традиційного народного мистецтва; предмети, пов'язані з історичними подіями, розвитком суспільства та держави, історією науки і культури, а також такі, що стосуються життя та діяльності видатних діячів держави, політичних партій, громадських і релігійних організацій, науки, культури та мистецтва; предмети музейного значення, знайдені під час археологічних розкопок; складові частини та фрагменти архітектурних, історичних, художніх пам'яток і пам'яток монументального мистецтва; старовинні книги та інші видання, що становлять історичну, художню, наукову та літературну цінність, окремо чи в колекції; манускрипти та інкунабули, стародруки, архівні документи, включаючи кіно-, фото- і фонодокументи, окремо чи в колекції; унікальні та рідкісні музичні інструменти; різноманітні види зброї, що має художню, історичну, етнографічну та наукову цінність; рідкісні поштові марки, інші філателістичні матеріали, окремо чи в колекції; рідкісні монети, ордени, медалі, печатки та інші предмети колекціонування; зоологічні колекції, що становлять наукову, культурно-освітню, навчально-виховну або естетичну цінність; рідкісні колекції та зразки флори і фауни, мінералогії, анатомії та палеонтології; родинні цінності – культурні цінності, що мають характер особистих або родинних предметів [10]. Таким чином, використання терміну «витвори мистецтва» в Податковому кодексі Україні є невірним.

Наступну групу об'єктів рухомого майна, як предметів оподаткування, отриманих внаслідок прийняття спадщини та дарунків, складають природні дорогоцінні каміння чи дорогоцінні метали, прикраси з використанням дорогоцінних металів та/або природного дорогоцінного каміння, які К.М. Татаринцева узагальнює категорією «дорогоцінності» [11, с. 11]. Відповідно до статті 1 Закону України «Про державне регулювання видобутку, виробництва й використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» від 18 листопада 1997 року № 637/9-ВР дорогоцінними металами є золото, срібло, платина і метали платинової групи (паладій, іридій, родій, осмій, рутеній) у будь-якому вигляді та стані (сировина, сплави, напівфабрикати, промислові продукти, хімічні сполуки, вироби, відходи, брухт тощо), а дорогоцінне каміння визначено як природні й штучні (синтетичні) мінерали в сировині, необробленому та обробленому вигляді [12]. Крім того, дорогоцінне каміння розподіляється на чотири групи, до першої з яких належать: алмаз, рубін, сапфір синій, смарагд, олександрит тощо; до другої – демантоїд, евклаз, жадеїт (імперіал), сапфір рожевий та жовтий, опал благородний чорний, шпінель благородна; третьої – аквамарин, берил, кордієрит, опал благородний білий та вогняний, танзаніт, топаз рожевий, турмалін, хризоберил, хризоліт, цаворіт, циркон, шпінель; г) четвертої – адуляр, аксиніт, альмандин, аметист, гесоніт, гросуляр, данбурит, діоптаз, кварц димчастий, кварц рожевий, кліногуміт, кришталь гірський, кунцит, моріон, піроп, родоліт, скаполіт, спесартин, сподумен, топаз блакитний, винний та безколірний, фенакіт, фероортоклаз, хризопраз, хромдіопсид, цитрин. Також виділяють дорогоцінне каміння органогенного утворення – перли і бурштин в сировині, необробленому та обробленому вигляді [12].

До наступної групи об'єктів рухомого майна, отриманих внаслідок прийняття спадщини та дарунків, як предметів оподаткування, відносяться будь-які транспортні засоби та приладдя до них. У ПК України окремого визначення транспортних засобів та їх переліку немає, хоча в деяких його нормах зустрічаються подібні терміни – «нові транспортні засоби» (стаття 14.1.124 ПК України), «транспортні засоби, що використовувалися» (стаття 14.1.251 ПК України), «моторні транспортні засоби, призначені для перевезення 10 осіб і більше, включаючи водія» (стаття 215.3.5 ПК України), «автомобілі легкові та інші моторні транспортні засоби, призначені головним чином для перевезення людей» (стаття 215.3.5-1) тощо, проте їх застосування пов'язане з певними податками та зборами (акцизним податком, збором за першу реєстрацію

транспортного засобу, збором за місця для паркування транспортних засобів) [1]. Єдиного визначення транспортних засобів у законодавстві України немає, хоча такі терміни містяться у різних нормативних актах: у статті 10 Правил дорожнього руху, затверджених Постановою Кабінету Міністрів № 1306 від 10 жовтня 2001 року [13] транспортні засоби визначаються як автобуси, мікроавтобуси, тролейбуси, трамваї і таксі, що рухаються за встановленими маршрутами та мають визначені місця на дорозі для посадки (висадки) пасажирів; у статті 1 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» № 1961-IV від 1 липня 2004 року йдеться про наземні транспортні засоби як про пристрої, призначені для перевезення людей та/або вантажу, а також встановленого на ньому спеціального обладнання чи механізмів, які підлягають державній реєстрації та обліку в територіальних органах Міністерства внутрішніх справ України та/або допущені до дорожнього руху, а також ввезені на митну територію України для тимчасового користування, зареєстровані в інших країнах [14]; у 2 статті 1 Закону України «Про автомобільний транспорт» № 2344-III від 5 квітня 2001 року надається визначення колісних транспортних засобів як призначених для руху безрейковими дорогами, які використовуються для перевезення людей і (або) вантажів, а також перевезення і приводу під час руху чи на місці встановленого на них обладнання чи механізмів для виконання спеціальних робочих функцій, допущені до участі в дорожньому русі тощо [15]; перелік транспортних засобів надається також у розділі XVII Українського класифікатора товарів зовнішньоекономічної діяльності, де транспортні засоби, устаткування та пристрої, пов'язані з транспортом займають позиції з 86 по 89 і включають: I) засоби наземного транспорту, їх частини та обладнання, а саме: трактори; моторні транспортні засоби, призначені для перевезення 10 осіб і більше, включаючи водія; автомобілі легкові та інші моторні засоби, призначені головним чином для перевезення людей, включаючи вантажопасажирські автомобілі-фургони та гоночні автомобілі; транспортні засоби, спеціально призначені для пересування по снігу; спеціальні автомобілі для перевезення спортсменів на майданчики для гри в гольф та аналогічні транспортні засоби; моторні транспортні засоби, обладнані для тимчасового проживання людей; моторні транспортні засоби для перевезення вантажів; моторні транспортні засоби спеціального призначення, крім призначених головним чином для перевезення людей або вантажів; шасі з установленими двигунами для автомобілів; кузови (включаючи кабіни) для моторних

засобів товарних позицій; частини та пристрої моторних транспортних засобів товарних позицій; транспортні засоби вантажні, самохідні без підіймальних або навантажувальних пристроїв, які використовують на заводах, складах, у портах або в аеропортах для перевезення вантажів на короткі відстані; мотоцикли (включаючи мопеди) та велосипеди з допоміжним двигуном, з колясками або без них; причепи та напівпричепи, в тому числі для тимчасового проживання у кемпінгах; інші несамохідні транспортні засоби, їх частини; транспортні засоби, оснащені електричними двигунами; II) літальні апарати, космічні апарати та їх частини; аеростати та дирижаблі; планери, дельтаплани та інші літальні апарати безмоторні; інші апарати літальні (наприклад, вертольоти, літаки); космічні апарати (включаючи супутники) та суборбітальні і космічні ракети-носії; частини літальних апаратів; парашути (включаючи керовані парашути та пароплави); їх частини та пристрої; обладнання стартове для літальних апаратів; палубні гальмові або аналогічні пристрої; наземні тренажери для льотного складу, їх частини; III) судна, човни та інші плавучі засоби: судна круїзні, екскурсійні, пороми, вантажні судна, баржі та інші плавучі засоби, призначені для перевезення людей або вантажів; судна риболовні; плавучі бази та інші судна для переробки та консервування рибних продуктів; яхти та інші плавучі засоби для дозвілля або спорту; гребні човни та каное; буксири та судна-штовхачі; маяки плавучі, пожежні судна, земснаряди, плавучі крани та інші судна, для яких судноплавні якості є лише другорядними порівняно з їх основними функціями; плавучі доки; плавучі або підводні бурильні чи експлуатаційні платформи; інші судна; інші плавучі засоби (наприклад плоти, плавучі баки, кесони тощо); судна та інші плавучі засоби, призначені на злам [16].

Підсумовуючи аналіз об’єктів рухомого майна, що визначаються законодавцем як об’єкти оподаткування податку на доходи фізичних осіб, отриманих внаслідок отримання спадщини/дарунку, зазначимо, що для їх визначення законодавець використовує терміни, що не мають тлумачення в податковому законодавстві та мають неоднозначне визначення в іншому законодавстві України (антикваріат, витвори мистецтва, транспортні засоби тощо).

Закріплюючи у статті 174 ПК України об’єкти рухомого майна з метою оподаткування доходу, отриманого в результаті прийняття їх у спадщину чи дарунок, законодавець не дає вичерпний перелік майна, що оподатковується, зазначаючи, що можуть бути й інші види рухомого майна, що відноситимуться до зазначених об’єктів. З

цього приводу В.О. Рядінська зазначає, що подібний підхід створює на практиці певні проблеми, оскільки згідно із п. 2 ст. 181 ЦК України рухомими речами (майном) є речі (майно), які можна вільно переміщувати у просторі, а отже, всі речі спадкодавця, що залишилися від нього, можна вважати об'єктами оподаткування (включаючи предмети домашнього побуту, старий мотлох тощо) [17, с. 294]. Авторка вказує, що немає необхідності в детальному визначенні при оподаткуванні всього рухомого майна, що переходить у спадщину, достатньо визначити найбільш вагомі, значні види такого майна, які віднести до об'єктів податку на спадщину і дарування, не встановлюючи їх невичерпного переліку [17, с. 294], і ми підтримуємо її думку.

Підходячи до наступного об'єкта оподаткування при спадкуванні та даруванні, необхідно зосередити увагу на тому, що законодавець у пункті «в» статті 174 ПКУ застосовує неіснуючий термін – «об'єкти комерційної власності», а потім без надання його визначення переходить до переліку об'єктів, які, на його думку, входять у вищевказану категорію. Так, до зазначених об'єктів належать: цінні папери (крім депозитного (ощадного), іпотечного сертифікату), корпоративне право, власність на об'єкт бізнесу як такий, тобто власність на цілісний майновий комплекс, інтелектуальна (промислова) власність або право на отримання доходу від неї, майнові та немайнові права. Розглянемо кожен з них більш детально.

Поняття цінних паперів надається у статті 163 Господарського кодексу України [18], статті 194 ЦК України та статті 3 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок» № 3480-IV від 23 лютого 2006 року [19], згідно яких цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його випустила (видала), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що випливають з цього документа, іншим особам. Класифікація цінних паперів міститься у статті 3 вищевказаного закону, згідно якого вони поділяються на: 1) пайові цінні папери – цінні папери, які посвідчують участь їх власника у статутному капіталі (крім інвестиційних сертифікатів та сертифікатів фондів операцій з нерухомістю), надають власнику право на участь в управлінні емітентом (крім сертифікатів фондів операцій з нерухомістю) і отримання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна у разі ліквідації емітента (крім сертифікатів фондів операцій з нерухомістю), до яких відносяться: а) акції; б) інвестиційні сертифікати; в)

сертифікати фондів операцій з нерухомістю; 2) боргові цінні папери – цінні папери, що посвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений строк кошти, передати товари або надати послуги відповідно до зобов’язання, до яких відносяться: а) облігації підприємств; б) державні облігації України; в) облігації місцевих позик; г) казначейські зобов’язання України; ґ) ощадні (депозитні) сертифікати; д) векселі; 3) іпотечні цінні папери – цінні папери, випуск яких забезпечено іпотечним покриттям (іпотечним пулом) та які посвідчують право власників на отримання від емітента належних їм коштів, до яких відносяться: а) іпотечні облігації; б) іпотечні сертифікати; в) заставні; 4) приватизаційні цінні папери – цінні папери, які посвідчують право власника на безоплатне одержання у процесі приватизації частки майна державних підприємств, державного житлового фонду, земельного фонду; 5) похідні цінні папери – цінні папери, механізм випуску та обігу яких пов’язаний з правом на придбання чи продаж протягом строку, встановленого договором, цінних паперів, інших фінансових та/або товарних ресурсів; 6) товаророзпорядчі цінні папери – цінні папери, які надають їхньому держателю право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах [18; 19]. Проте незрозуміло, навіщо законодавець виключає з цього переліку депозитні (ощадні), іпотечні сертифікати, якщо в пункті «г» статті 174 ПК України вони вказані як предмети оподаткування.

Далі зупинимося на корпоративних правах, що також визначаються законодавцем як об’єкти оподаткування податку на доходи фізичних осіб, отриманих внаслідок отримання спадщини/дарунку. Відповідно до ч. 1 ст. 167 Господарського кодексу України, корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами [18]. Що ж стосується власності на об’єкт бізнесу як такий, тобто на цілісний майновий комплекс, який також виокремлюється як предмет оподаткування при спадкуванні та даруванні, то треба вказати недосконаліть подібного формулювання. Поняття цілісний майновий комплекс у законодавстві України немає. У статті 191 ЦК України використовується термін підприємство як єдиний майновий комплекс, можливо саме це мав на увазі законодавець, визначаючи у статті 174 ПК України поняття «об’єкт бізнесу». Проте

відповідно до ст. 191 ЦК України, підприємство як єдиний майновий комплекс відноситься до об'єктів нерухомості, та вказали, що при спадкуванні до спадкоємця переходить саме право власності (на речі та права).

Підходячи до визначення інтелектуальної (промислової) власності або права на отримання доходу від неї, слід вказати, що поняття цього терміну розкривається як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений ЦК України чи іншим законом, в яке входять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності (стаття 418 ЦК України) [2]. Згідно зі статтею 422 ЦК України до особистих немайнових прав інтелектуальної власності належать: право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності [2]. Проте, як підкреслює С.О. Бутнік-Сіверський, не всі немайнові права підлягають успадкуванню [20, с. 35]. Так, аналіз статті 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 2627-III від 11 липня 2001 року дає підстави стверджувати, що спадкуванню не підлягають права: 1) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі та його примірниках та за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо; 2) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом; 3) вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі та його примірниках і під час будь-якого його публічного використання; 4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора [21]. Водночас, спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора (стаття 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [21]). Отже, до спадкоємців переходять особисті немайнові права на захист від порушення зі сторони третіх осіб права авторства на твір і право протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора, проте серед

цих прав не можна виокремити предметів оподаткування при спадкуванні та даруванні, бо ніякого прибутку спадкоємці при їх спадкуванні чи даруванні не отримують.

Інша річ – майнові права інтелектуальної власності, до яких, відповідно до статті 424 ЦК України відносяться: право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання та інші [2]. Перелік об'єктів права інтелектуальної власності надається у статті 420 ЦК України і включає: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці [2]. При визначенні предметів оподаткування/дарування у пункті «в» стаття 174.1 ПК України, законодавець вказує майнові та немайнові права. На нашу думку, таке визначення є недосконалим. Немайновими правами фізичної особи відповідно до статті 270 ЦК України та Конституції України є право на охорону здоров'я, на безпечне для життя і здоров'я довкілля, на свободу та особисту недоторканність, на недоторканність особистого і сімейного життя, на повагу до гідності та честі, на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на недоторканність житла, право на вільний вибір місця проживання та на свободу пересування, право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості [2]. Частина 1 статті 269 ЦК України передбачає, що немайнові права фізичної особи не мають економічного змісту, а отже оцінити їх вартість для визначення бази оподаткування є неможливим, тому немайнові права не можуть входити до предметів оподаткування при спадкування та даруванні. Пункт «г» статті 174 ПК України містить два об'єкти оподаткування спадщини – сума страхового відшкодування (страхових виплат) за страховим договором і сума, що зберігається відповідно на пенсійному депозитному рахунку, накопичувальному пенсійному рахунку, індивідуальному пенсійному рахунку спадкодавця – учасника накопичувальної системи пенсійного забезпечення. Зупинимося, в першу чергу, на сумі страхового відшкодування. Поняття страхового відшкодування надається у статті 9

Закону України «Про страхування» № 85/96-ВР від 7 березня 1996 року як страхової виплати, яка здійснюється страховиком у межах страхової суми за договорами майнового страхування і страхування відповідальності при настанні страхового випадку [22].

Підходячи до визначення «сума, що зберігається відповідно на пенсійному депозитному рахунку, накопичувальному пенсійному рахунку, індивідуальному пенсійному рахунку спадкодавця – учасника накопичувальної системи пенсійного забезпечення» вважаємо, що законодавець мав на увазі поняття «пенсійний внесок» та «пенсійний вклад, оскільки саме такі терміни використовуються у статті 14 ПК України: «пенсійний внесок – кошти, внесені до недержавного пенсійного фонду, страхової організації або на пенсійний депозитний рахунок до банківської установи у межах недержавного пенсійного забезпечення чи сплачені до Накопичувального пенсійного фонду загальнообов'язкового державного пенсійного страхування відповідно до закону» (стаття 14.1.160 ПК України), «пенсійний вклад – кошти, внесені на пенсійний депозитний рахунок, відкритий у банківській установі згідно з договором пенсійного вкладу відповідно до закону (стаття 14.1.161 ПК України) [1].

Таким чином, юридична конструкція норм, що закріплює перелік майна та майнових прав, перехід права власності на які підпадає під оподаткування, містить певні недоліки – для визначення об'єктів рухомого майна як об'єктів оподаткування використовуються терміни, що не мають тлумачення в податковому законодавстві та мають неоднозначне визначення в іншому законодавстві України (наприклад, антикваріат, витвори мистецтва, транспортні засоби, об'єкти комерційної власності, об'єкт бізнесу тощо); об'єкт оподаткування включає немайнові права, які фактично не мають економічного змісту і не можуть бути оцінені; перелік рухомого майна, що є об'єктом оподаткування, є невичерпним і т.ін.

Список використаних джерел:

1. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

3. Савченко С. В. Правові проблеми визначення об'єктів оподаткування доходів, отриманих в результаті прийняття спадщини та дарунків. Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 12–13 квітня 2012 року). у 4-х томах. Харків: ГО «Асоціація аспірантів - юристів», 2012. Т. 2. С. 93–94.

4. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України : Закон України від 28.12.2014 № 71-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 7–8, № 9. Ст. 55.

5. Энциклопедический словарь, составленный русскими учеными и литераторами : в IV т./ под. ред. П. Л. Лавров. Санкт-Петербург: Тип. И. И. Глазунова и Комп., 1862. С. 518.

6. Рыбак И. Г. Антиквариат : История, основы атрибуции и экспертизы : Образовательная программа по истории, основам атрибуции и экспертизы антиквариата, предметов искусства, коллекционирования и старины. Москва: ИПЦ Художник и книга, 2003. 120 с.

7. Правила торгівлі антикварними речами : Наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України та Міністерства культури і мистецтв України від 29.12.2001 № 322/795. Офіційний вісник України. 2002. № 5. Ст. 204.

8. Основи цивільного законодавства СРСР та республік : Закон УССР від 31.05.1991 № 2211-I. URL: http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1076.263.0 (дата звернення: 20.11.2017).

9. Митний кодекс України : Закон України від 11.07.2002 № 92-IV. Офіційний вісник України. 2002. № 31. Ст. 1444.

10. Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей Закону України від 21.09.1999 № 1068-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 48. Ст. 405.

11. Татарінцева К. В. Експертна оцінка художніх різьблених виробів із коштовного каміння : автореф. дис. ... канд. соціол. наук : 05.19.08. Київ, 2005. 22 с.

12. Про державне регулювання видобутку, виробництва й використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними : Закон України від 18.11.1997 № 637/9-ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/anot/637/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 01.11.2017).

13. Правила дорожнього руху : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2001 № 1306. Офіційний вісник України. 2001. № 41. Ст. 1852.

14. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : Закон України від 01.07.2004 № 1961-IV. Офіційний вісник України. 2004. № 30. Ст. 2000.

15. Про автомобільний транспорт : Закон України від 05.04.2001 № 2344-III. Офіційний вісник України. 2001. № 17. Ст. 719.

16. Український класифікатор товарів зовнішньоекономічної діяльності. URL: http://www.mdoffice.com.ua/pls/MDOffice/UktVED.GetTNVCodeUAS?p_form=3 (дата звернення: 17.10.2017).

17. Рядінська В. О. Правове забезпечення становлення та розвитку системи оподаткування доходів фізичних осіб в України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / ДНДІ МВС України. Київ, 2015. 569 с.

18. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 462.

19. Про цінні папери і фондовий ринок : Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 31. Ст. 268.

20. Бутнік-Сіверський С. О. Спадкування авторських прав в Україні. Вестник патентного поверенного. 2008. № 4. С. 35–38.

21. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 11.07.2001 № 2627-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 43. Ст. 214.

22. Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 85/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 18. Ст. 78.

УДК: 347.73(477)

Томчук О.В.,
аспірантка
Інституту законодавства
Верховної Ради України

МИТНА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Томчук О. В. Митна безпека України: стан та перспективи правового забезпечення.

У статті здійснено теоретико-правовий аналіз митної безпеки. Зроблено аналіз дефінітивних визначень категорії «митна безпека» та запропоновано авторське визначення цієї категорії. Автором систематизовано основні митні інтереси держави, а також досліджено ключові загрози у цій сфері. Окрема увага надана перспективним напрямам підвищення рівня митної безпеки в України, зокрема запропоновані конкретні форми та методи діяльності.

Ключові слова*: зовнішньоекономічна діяльність, зовнішні та внутрішні загрози, митні інтереси, митна безпека, правове забезпечення, фінансова безпека.*

Томчук О. В. Таможенная безопасность Украины: состояние и перспективы правового обеспечения.

В статье осуществлен теоретико-правовой анализ таможенной безопасности. Сделан анализ дефинитивных определений категории «таможенная безопасность» и предложено авторское определение этой категории. Автором систематизированы основные таможенные интересы государства, а также исследованы ключевые угрозы в этой сфере. Отдельное внимание уделено перспективным направлениям повышения уровня таможенной безопасности в Украине, в частности предложены конкретные формы и методы деятельности.

Ключевые слова: *внешнеэкономическая деятельность, внешние и внутренние угрозы, таможенные интересы, таможенная безопасность, правовое обеспечение, финансовая безопасность.*

Tomchuk O. V. Customs security of Ukraine: the state and prospects of legal provision.

The article deals with theoretical and legal analysis of customs security. An analysis of the definitions of the "customs security" category and the proposed author's definition of this category is made. The author systematized the main customs interests of the state, and also investigated key threats in this area. Particular attention is paid to promising directions of increasing the level of customs security in Ukraine, in particular, the concrete forms and methods of activity proposed.

Key words*: foreign economic activity, external and internal threats, customs interests, customs safety, legal support, financial security.*

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями. Нестабільність державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, яка пов'язана зі збройним конфліктом на Сході країни,

вже зараз негативно впливає на митну справу в цілому. Враховуючи той факт, що остання є одним з основних джерел поповнення доходної частини Державного бюджету України, слід зазначити, що питання митної безпеки набуває особливого значення в системі національної безпеки України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. В сучасній юридичній науці аналізом категорії «митна безпека» займались А І. Г. Бережнюк, М. М. Левко, К. І. Новікова, І. В. Новосад, П. В. Пашко, А. М. Стельмащук, В. П. Мартинюк, М. М. Разумей та інші вчені. Однак, у сучасних соціально-політичних умовах, з'явились нові загрози та виклики, що обумовлює потребу оновлення теоретичних уявлень про означену категорію.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. Неконтрольованість частини митного кордону України становить не аби яку проблему для влади країни, адже мова йде не тільки про незаконне ввезення на територію ОРДЛО нерозмитненої продукції з держави-агресора, а й про безконтрольне переміщення між двома державами зброї, промислового обладнання, наркотичних речовин, підакцизних товарів, торгівлю людьми. Також існує багато проблем на лінії розмежування, зокрема контрабанда на окуповані території продуктів харчування, побутової техніки, одягу тощо. Усе вищенаведене, актуалізує проблему забезпечення митної безпеки, надаючи їй загальнонаціонального значення. У таких умовах, виникає потреба детального наукового аналізу категорії «митна безпека», що свідчить про актуальність обраної тематики дослідження.

Формулювання цілей статті. Мета статті полягає у детальному аналізі правової та суспільної природи митної безпеки, окреслення існуючих загроз та інтересів, а також визначення перспективних шляхів її правового забезпечення.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Аналіз джерел свідчить, що у наукових колах склалися два основні підходи до визначення поняття «митна безпека». Представники першого, визначають її як певний стан захищеності митних інтересів, в свою чергу, представники другого підходу визначають митну безпеку, як комплекс заходів. Останнім часом, з'являються наукові праці, у яких висловлюється альтернативна думка з приводу поняття «митна безпека», зокрема вона визначається через категорію «явище», що суттєво відрізняється від

загальноприйнятих підходів. У якості прикладу наведемо декілька наукових визначень поняття «митна безпека», в яких розкриваються вищевказані підходи:

– митна безпека, як складова частина системи економічної безпеки представляє собою стан захищеності національних економічних інтересів в зовнішньоекономічній сфері (І. В. Новосад) [1, с. 21];

– митна безпека – це комплекс (система) ефективних економічних, правових, політичних та інших заходів держави, суспільства й людей із захисту інтересів (у тому числі інтересів власності) народу та держави в зовнішньоекономічній сфері і, зокрема, у митній сфері (П. В. Пашко, І. Г. Бережнюк) [2, с. 48];

– під митною безпекою слід розуміти явище, яке полягає у захищеності митних інтересів суб'єктів господарювання, держави та міжнародної спільноти, за якої забезпечуються сталий розвиток, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у митній сфері та інших сферах державного управління при виникненні негативних тенденцій до створення потенційних або реальних загроз національним інтересам, нейтралізація яких входить у компетенцію митних органів (М. М. Левко) [3, с. 17].

На думку відомого теоретика митного права П. В. Пашка, сутність митної безпеки полягає у здатності забезпечити: переміщення через митний кордон товарів і транспортних засобів; здійснення митного регулювання, пов'язаного з установленням та справлянням податків і зборів; застосування процедур митного контролю та митного оформлення із використанням заходів із митно-тарифного й нетарифного регулювання; проведення боротьби з контрабандою та порушеннями митних правил, а також виконання інших покладених на митні органи завдань через ефективну реалізацію митної справи [4, с. 63].

Конкретизуючи вказану думку, А. М. Стельмащук наголошує, що «митна безпека включає в себе забезпечення безпеки торговельного ланцюга постачання та безпеку, що забезпечується боротьбою з контрабандою та порушеннями митних правил та тісно пов'язана з зовнішньоторговельною безпекою, яка характеризує стан митних інтересів у сфері експорту та імпорту» [5, с. 281]. Поряд з цим, митна безпека посідає доволі важливе місце в структурі національної безпеки держави, адже діяльність влади щодо гарантування митної безпеки покликана забезпечити захист важливих національних

інтересів, а саме лібералізації зовнішньої торгівлі і недопущення випадків контрабанди та порушення митних правил.

У ч. 1 ст. 6 Митного кодексу України, митні інтереси визначені як національні інтереси України, забезпечення та реалізація яких досягається шляхом здійснення державної митної справи [6]. У цій дефініції, зміст поняття митні інтереси розкривається досить загально, до того ж, у нормативно-правовому акті не наводиться перелік таких інтересів, що робить цю категорію абстрактною, тобто, з одного боку вона формалізована, а з іншого, не розкрита.

Достатньо вичерпний перелік митних інтересів України надає у своїй роботі В. П. Мартинюк, зокрема, науковець відносить до їх числа: створення сприятливих умов для полегшення торгівлі; прискорення товарообігу й пасажиропотоку через митний кордон; своєчасне й повне справляння митних платежів; ефективну організацію боротьби з контрабандою й порушеннями митних правил та ефективного запобігання їм (у тому числі попередження та відвернення правопорушень); наближення митного законодавства України до світових вимог, розвиток міжнародного співробітництва в галузі митної справи; забезпечення конфіденційності інформації щодо суб'єктів ЗЕД; збільшення транзитної привабливості країни; недопущення ввезення на територію держави неякісних товарів, використання й споживання яких становить небезпеку для здоров'я населення; недопущення ввезення продукції низького морально-етичного змісту, зокрема такої, що пропагує міжнаціональні конфлікти, сепаратизм тощо [7, с. 214].

Не дивлячись на змістовність цього переліку, його слід доповнити декількома пунктами, зокрема до числа митних інтересів держави також слід віднести: встановлення контролю над ділянками митного кордону, які на сьогодні залишаються неконтрольованими; подолання корупції в митних органах та запровадження прозорої системи митного регулювання; оптимізація апарату митних органів та запровадження інноваційних технологій митного контролю, митного оформлення, а також інших митних процедур.

Важливе місце в системі митної безпеки посідає категорія «загрози», яка визначає спрямованість засобів державного регулювання митної справи та характеризує напрями розвитку митного законодавства. Ця категорія, відображає противагу стану безпеки, а саме небезпеку, як потенційну, так і реальну. На підтвердження цієї думки зазначимо, що загрозами є ті деструктивні чинники, що створюють небезпеку як окремим суб’єктам, так

і суспільству в цілому, відповідно митними загрозами є такі чинники, що створюють небезпеку у сфері митної діяльності [8, с. 20].

Полеміка навколо загроз митній безпеці триває доволі активно, про що свідчить плюралізм думок щодо переліку таких загроз. Наприклад, К. І. Новікова вважає, що до числа таких загроз слід віднести: надзвичайні ситуації, стихійні лиха; світові економічні кризи, які здійснюють негативний вплив на національну економіку; протекціоністські заходи торговельних партнерів; високий ступінь залежності від стану міжнародних ринків певних ресурсів або від домінуючого торговельного партнера [9, с. 176].

Доволі слушною є теза П. В. Пашка, який стверджує, що «джерелами загроз митній безпеці можуть бути: випадковість (наприклад, як чинник суб'єктивного неналежного здійснення митних процедур) зіткнення суперечливих інтересів (від воєн до конкуренції між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності); імовірнісний характер науково-технічного прогресу з його впливом на сучасні технічні засоби митного контролю; неможливість однозначного пізнання об'єкта, неповнота й недостовірність інформації про нього (явище, актуальне для митних органів, які не мають права на провадження оперативно-розшукової діяльності, а інформацію про суб'єкта ЗЕД отримують від самого суб'єкта); незбалансованість основних компонентів господарського та управлінського механізмів митної служби, що підтверджується частими реорганізаціями системи» [10, с. 117].

На нашу думку, до вже згаданих загроз слід додати наступні: терористична діяльність на Сході країни, внаслідок якої частина митного кордону України залишається тимчасово неконтрольованою; корумпованість посадових осіб та працівників митних органів, яка створює умови для подальшої тінізації економіки та сприяє легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом; митна злочинність (порушення митних правил, тобто порушення вимог митного законодавства).

Якщо говорити про потенційні загрози митній безпеці, то слід зазначити про політизацію сфери митного регулювання. Враховуючи те, що митна справа є одним з основних джерел поповнення доходної частини Державного бюджету України та приймаючи до уваги фінансово-економічну кризу в Україні, митні органи можуть стати жертвою надмірних вимог щодо митних надходжень з боку держави. Це призведе до зайвого фінансового навантаження на суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, яке зрештою призведе до зниження показників зовнішньої торгівлі, падіння інвестиційної

привабливості держави та поглиблення існуючої кризової ситуації. Насправді, у тій чи іншій мірі це стосується й інших складових фінансової безпеки, які вже сьогодні політизовані (податкова та бюджетна безпека).

На нашу думку, перспективним напрямом підвищення митної безпеки є активізація взаємодії митних органів з правоохоронними органами та іншими суб'єктами національної безпеки. Це надасть можливість координувати діяльність в окремих сферах фінансової безпеки, зокрема і митної складової. Реалізація вказаної пропозиції потребує прийняття підзаконних актів про порядок взаємодії митних органів з кожним окремим суб'єктом. Такі акти мають розроблятись з урахуванням декількох основних правил: узгодження напрямів взаємодії з окремими законами, які визначають статус кожного окремого суб'єкта (це необхідно для деталізації їх повноважень та вирішення питання про відповідність механізмів взаємодії чинному законодавству); аналіз компетенційної складової (для уникнення випадків втручання у сфери, що не належать до безпекового виміру); врахування антикорупційної складової (не можна допустити, щоб взаємодія стала спільним засобом для побудови системи корупційних зв'язків між суб'єктами, які зведуть нанівець усю користь від взаємодії).

До числа перспективних напрямів митної безпеки також слід віднести запровадження мотиваційних механізмів щодо посадових та службових осіб митних органів, які повинні гарантувати підвищення рівня їх правової культури та правосвідомості, морально-етичних та професійних якостей. Фактично, мова йде про людський чинник, який нажаль відіграє не аби яке значення у формуванні митної безпеки. Передусім, це має вплинути на корупцію у митних органах, яка нажаль сьогодні залишається однією з основних загроз митній безпеці. У цьому контексті, потрібно діяти одночасно у трьох напрямках: правоосвітньому (проведення семінарів, тренінгів та інших просвітницьких заходів з питань попередження і протидії корупції у митних органах); мотиваційному (встановлення винагороди на кшталт тієї, що виплачується органам і особам, що здійснюють примусове виконання рішень, за результатами показників діяльності митниці); організаційно-технологічному (використання технологій для мінімізації впливу людського чиннику).

Доволі перспективним напрямом підвищення рівня митної безпеки, є запровадження комплексної системи контролю та фіксації випадків незаконного переміщення транспортних засобів (зокрема тих, що переміщують комерційні та

гуманітарні вантажі) через неконтрольовану ділянку митного кордону на Сход країни. Наразі, це одна з основних загроз митній безпеці України, яка не тільки дестабілізує ситуацію у державі, а й завдає не аби яких збитків у вигляді недоотриманих надходжень від митних органів. Попри загальноприйняту думку, що вирішення цієї проблеми знаходиться в політичній площині, потрібно діяти вже зараз не гаючи часу. Слід запровадити комплексну систему фіксації випадків переміщення вантажів через неконтрольовану ділянку митного кордону (зокрема, за допомогою супутників та інших новітніх технологій).

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Реалізація вказаних пропозицій у комплексі з розробкою концепції митної безпеки, дозволить ефективно протистояти внутрішнім і зовнішнім загрозам митної безпеки ще на етапі їх виникнення. Тобто, основою митної безпеки має стати система запобігання потенційних загроз, а не практика боротьби з наслідками їх впливу на митну систему України. Вивчення природи ризиків і загроз митній безпеці, дозволить вийти на розуміння механізмів уникнення їх дії, локалізації наслідків та управління ризиками. Концептуальний рівень дозволить вписати вказані загрози в превентивні механізми, що повинні використовуватися у митному регулюванні. Внаслідок цього, належний стан захищеності митних інтересів стане цілком реальною річчю, а митна безпека – не абстрактним явищем, а конкретним правовим механізмом, який матиме відповідні критерії оцінювання. При цьому перспективним напрямом наукового пошуку у сфері митної безпеки, залишається питання попередження виникнення загроз (внутрішніх і зовнішніх), зокрема впровадження превентивних правових форм та методів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Новосад І. В. Роль митної безпеки в захисті національних інтересів держави. *Наук. вісник Східноєвропейського нац. ун-ту ім. Лесі Українки*. 2014. № 14. С. 20–25.

2. Митна політика та митна безпека України: монографія. / за заг. ред. П. В. Пашка, І. Г. Бережнюка. Хмельницький: Мельник А. А.. 2013. 338 с.

3. Левко М. М. Системний підхід до визначення ролі та місця митної безпеки у забезпеченні економічної безпеки держави. *Наук. вісник Херсонського держ. ун-ту*. 2015. № 15. С. 16–20.

4. Пашко П. В. Понятійний апарат системи забезпечення митної безпекоспроможності. *Економіка та управління національним господарством*. 2009. № 11. С. 62–68.

5. Стельмащук А. М. Підвищення ролі митної політики в системі захисту внутрішнього ринку. *Всеукраїнський науково-виробничий журнал «Інноваційна економіка»*. 2011. № 6. С. 279–286.

6. Митний кодекс України: Закон України від 1 червня 2012 р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 48. стор. 1858. Ст. 590.

7. Мартинюк В. П. Аналіз стану митної складової фінансової безпеки України. *Економічний аналіз*. 2014. № 1. С. 212–219.

8. Разумей М. М. Зовнішньоторговельна безпека держави: управлінський аспект. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2010. № 2 (5). С. 18–26.

9. Новікова К. І. Глобалізаційні виклики митній безпеці держави. *Вісник Запорізького нац. ун-ту*. 2012. № 4 (16). С. 174–180.

10. Пашко П. В. Митна безпека: монографія. Одеса: АТ «Пласке». 2009. 628 с.

ЕВОЛЮЦІЯ КАТЕГОРІЇ «БІЖЕНЕЦЬ» В УКРАЇНІ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ПІДХІД

Гурін Д.М.,
аспірант Київського міжнародного університету

Анотація. *В статті розглядається еволюція категорії «біженець» в національному праві. Досліджується міжнародно-правові акти, в яких надається визначення цієї категорії відповідно до норм міжнародного права, визначаються основні аспекти, притаманні категорії «біженець». Проаналізовано еволюцію визначення поняття «біженець» в національному законодавстві України, вплив закріплених у Законах України «Про біженців» від 24.12.1993 № 3818-XII та від 21.06.2001 № 2557-III, а також у Законі України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 08.07.2011 №3671-VI визначень категорії «біженець» на правовідносини у цій сфері. Зроблено висновок про відповідність категорії «біженець», закріпленому у сучасному національному законодавстві, міжнародному законодавству.*

Ключові слова: *біженці, права людини, країна громадянської належності, обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань.*

Аннотация. *В статье рассматривается эволюция категории «беженец» в национальном праве. Исследуется международно-правовые акты, в которых дается определение этой категории в соответствии с нормами международного права, определяются основные аспекты, присущие категории «беженец». Проанализирована эволюция определение понятия «беженец» в национальном законодательстве Украины, влияние закрепленных в законах Украины «О беженцах» от 24.12.1993 № 3818-XII и от 21.06.2001 № 2557-III, а также в Законе Украины «О беженцах и лицах, нуждающихся в дополнительной или временной защите» от 08.07.2011 №3671-VI определений категории «беженец» на правоотношения в этой сфере. Сделан вывод о соответствии категории «беженец», закрепленному в современном национальном законодательстве, международному законодательству.*

Ключевые слова: *беженцы, права человека, страна гражданской принадлежности, обоснованные опасения стать жертвой преследований.*

Abstract. *The article examines the evolution of the refugee category in national law. It examines the international legal acts that define this category in accordance with international law, identifies the main aspects inherent in the category of "refugee". The evolution of the definition of the term "refugee" in the national legislation of Ukraine is analyzed, the influence enshrined in the Laws of Ukraine "On Refugees" of 24.12.1993 No. 3818-XII and 21.06.2001 No. 2557-III, as well as in the Law of Ukraine "On Refugees and Persons, needing additional or temporary protection "from 08.07.2011 №3671-VI of the definitions of the category" refugee "for legal relations in this area. The conclusion is made about the correspondence of the category of "refugee", enshrined in the current national legislation, international law.*

Keywords: *refugees, human rights, country of citizenship, well-founded fear of being victimized.*

Постановка проблеми. Україна на сучасному етапі прагне спрямувати діяльність держави на забезпечення прав людини, визнання її життя, здоров'я, честі та гідності найвищою соціальною цінністю. Серед напрямів державної політки у цій сфері є

забезпечення прав та законних інтересів такої категорії осіб, як біженці. Досягнення цього напряму можливо шляхом ефективного розроблення та закріплення у національному законодавстві понятійного апарату, зокрема, визначення категорії «біженці» відповідно до міжнародних та європейських стандартів.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання визначення правового статусу біженців в Україні досліджували у своїх роботах О.І. Безпалова [1], Г.С. Тимчук [2, с. 82–84], П.М. Синявський [3, с. 30–54], Л.Р. Біла-Тіунова [4, с. 194–205], О.В. Пушкіна, Т.С. Чебикіна [5, с. 35–38], А.П. Максименко [6, с. 123–129], С.О. Магда [7, с. 93–96] та інші науковці, проте аналізу еволюції категорії «біженець» в національному праві з урахуванням підходу до цієї категорії в міжнародному праві приділено недостатньо уваги, в той час як на сучасному етапі він набуває особливої актуальності.

Виклад основного матеріалу. В міжнародному праві категорія «біженець» і підходи до її визначення має глибоке історичне коріння. Вперше цей термін з'явився після Першої світової війни, проте нормативну регламентація він отримав лише в 1948 р., коли був прийнятий Устав Міжнародної організації у справах біженців, в якому біженцями визнавалися жертви нацистського або фашистських режимів, або режимів, що брали участь в Другій світовій війні на боці фашистських режимів, або жертви квазлинговських або подібних до них режимів, що допомагають фашистським режимам у боротьбі проти певної категорії населення, незалежно від того, користуються вони міжнародним статусом як біженці чи ні; іспанські республіканці й інші жертви фалангістського режиму в Іспанії; особи, які розглядалися як біженці до початку Другої світової війни із причин расового, релігійного або національного характеру чи внаслідок їхніх політичних переконань [8]. В 1949 р. було прийнято Конвенцію про захист цивільного населення під час війни, де категорія «біженець» використовувалася в контексті, закріпленому в вищевказаному Уставі і зазначалося, що держава, яка затримує, не повинна вороже поводитися з біженцями, які фактично не перебувають під захистом жодного уряду, лише на підставі їхньої юридичної належності до держави-супротивниці [9].

В Конвенції Організації об'єднаних націй про статус біженців (1951 р.), яка насьогодні є універсальним і основними міжнародним документом, що закріплює визначення поняття «біженець» на наднаціональному рівні, термін «біженець» означає особу, яка: 1) вважалася біженцем згідно з угодами від 12 травня 1926 р. і 30 червня 1928

р. або згідно з конвенціями від 28 жовтня 1933 р. і 10 лютого 1938 р., Протоколом від 14 вересня 1939 р. або згідно зі Статутом Міжнародної організації у справах біженців; постанови про відмову в праві вважатися біженцями, ухвалені Міжнародною організацією у справах біженців у період її діяльності, не перешкоджають тому, щоб статус біженця надавався особам, які задовольняють умовам, викладеним у пункті 2 цього розділу; 2) внаслідок подій, які відбулися до 1 січня 1951 р., і через обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів знаходиться за межами країни своєї національної належності і не в змозі користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань; або, не маючи визначеного громадянства і знаходячись за межами країни свого колишнього місця проживання в результаті подібних подій, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок таких побоювань [10]. При цьому, у вищевказаній Конвенції існувало два обмеження щодо визначення біженців – не вважалися біженцями особи, що стали такими внаслідок подій, які виникли після 1 січня 1951 р. або події, які відбулися в Європі або в інших місцях до 1 січня 1961 р., а також внаслідок подій, які відбулися в Європі до 1 січня 1951 р. або в інших місцях до 1 січня 1951 р. [10].

В 1959 р. було прийнято Угоду про скасування віз для біженців, згідно норм якої, біженці, які законно проживають на території однієї з держав – учасниць Угоди, за певних умов (наявність дійсних проїзних документів та їх перебування на території держави не більше 3 місяців) звільняються від зобов'язань щодо набуття візи для в'їзду на територію чи виїзду з території іншої держави через будь-який кордон [11].

Протоколом щодо статусу біженців (1966 р.) поняття «біженець» було деталізовано і термін «біженець» означає будь-яку особу, яка підпадає під визначення статті 1 Конвенції Організації об'єднаних націй про статус біженців (1951 р.), з вилученням слів «в результаті подій, які сталися до 1 січня 1951 року ...» та слів «... внаслідок таких подій» у статті 1 А (2) [12].

В Україні категорія «біженці» вперше була застосована в 1992 році, з прийняттям постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Тимчасового положення про порядок визначення статусу біженців з Республіки Молдова і надання їм допомоги» від 08.07.1992 № 378, де біженцями визнавалися особи, які вимушено залишили місця свого постійного проживання в районах бойових дій у Республіці Молдова внаслідок загрози

для свого життя і здоров'я та прибули на територію України з метою тимчасового перебування [13].

В 1993 році було прийнято Закон України «Про біженців» від 24.12.1993 № 3818-XII, де поняття «біженець» український законодавець визначав як «…іноземець (іноземний громадянин чи особа без громадянства), який внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками расової, національної незалежності, ставлення до релігії, громадянства, належності до повної соціальної групи або політичних переконань вимущений залишити територію держави, громадянином якої він є (або території свого постійного проживання), і не може або не бажає користуватися захистом цієї держави внаслідок зазначених побоювань та щодо якого в порядку та за умов, визначених цих законом, прийнято рішення про надання йому статусу біженця [14]. Незважаючи на прогресивність прийнятого на той час закону, його норми були розроблені таким чином, що вимагали роз'яснення порядку застосування його положень у підзаконних актах. Одним з перших підзаконних актів, прийнятих для виконання положень зазначеного закону, було «Положення про порядок оформлення надання статусу біженця», затверджене наказом Міністра України у справах національностей, міграції та культів» № 20 від 21.06.1995 [15]. В червні 1995 постановою Кабінету міністрів України було затверджене посвідчення біженця [16], яке потім було перезатверджене Постановою Уряду «Про затвердження Положення про посвідчення біженця» [17].

З 1993 року підіймалося питання щодо приєднання до Конвенції Організації об'єднаних націй про статус біженців (1951 р.), проте об'єктивні причини (відсутність досвіду, потреба у розробці нормативно-правових актів та створенні відповідних структур, обмежені фінансові можливості і т.ін.), які не дозволяли створити умови для забезпечення належних умов дотримання прав біженців, призвели до того, що підписання Україною Конвенції відклалося до 2002 року.

Проте проблеми та правові прогалини, притаманні Закону України «Про біженців» від 24.12.1993 № 3818-XII (відсутність механізмів запобігання зловживанню процедурою надання статусу з боку мігрантів, які не потребували міжнародної допомоги, непередбачення порядку роботи з повторними зверненнями, поданими до іншого або того самого органу міграційної служби, якщо умови в країні походження шукача притулку не змінилися, не врегулювання питань визначення правового статусу дітини-біженця тощо),

призвели до реформування правовідносин у сфері визначення правового статусу біженців і прийняття Закону України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців». З прийняттям цього Закону, поняття «біженець» в національному законодавстві набуло визначення як «…особа, яка не є громадянином України і внаслідок цілком обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань, перебуває за межами країни своєї громадянської незалежності та не може користуватися захистом внаслідок таких побоювань, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань» [18]. При прийнятті цього закону, Україною ще не було ратифіковано норми міжнародних конвенцій щодо визначення та врегулювання статусу біженців, проте, як зазначає П.П. Синявський, норми українського законодавства певною мірою відповідали положенням зазначених конвенцій [3, с. 36]. Дійсно, принциповою зміною, що вносилася у визначення поняття «біженець» Законом України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців» було те, що згідно положень нового Закону біженцем визнавалися не ті, особи, що офіційно набували такого статусу в Україні, а особи, що відповідали певним критеріям, які повністю відповідали критеріям, закріпленим у Конвенції Організації об’єднаних націй про статус біженців (1951 р.) – знаходження поза межами країни своєї громадянської незалежності внаслідок цілком обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань.

Прийняття Закону України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців» створило необхідні правові та організаційні умови для підписання Україною Конвенції Організації об’єднаних націй про статус біженців (1951 р.), яку було ратифіковано Законом № 2942-III від 10.01.2002 [19]. За визначенням П.М. Синявського, приєднання до визнаних міжнародно-правових документів для України мало вагоме значення, оскільки демонструвало повагу до норм і принципів міжнародного права у галузі прав людини, підтверджувало її орієнтацію на поглиблення міжнародного співробітництва та інтеграції до європейського співтовариства [3, с. 39].

Незважаючи на загальну прогресивну спрямованість Закону України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців», ряд аспектів залишались неврегульовані ним. Так, питання

щодо визначення правового статусу осіб, які залишили свою країну внаслідок війни, зворушень, масового порушення прав людини залишалося відкритим, а положення таких осіб в Україні – майже нелегальним. Проблеми у цій сфері залишалися не врегульованими законодавцем протягом десятиріччя, і лише в 2011 році Закон України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців» втратив свою чинність і на заміну йому було розроблено Закон України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 08.07.2011 №3671-VI, де визначення категорії «біженець» було закріплено таким чином: «це особа, яка не є громадянином України і внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань перебуває за межами країни своєї громадянської належності та не може користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися цим захистом внаслідок таких побоювань, або, не маючи громадянства (підданства) і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не може чи не бажає повернутися до неї внаслідок зазначених побоювань» [20].

Висновки. Таким чином, на сучасному етапі визначення поняття «біженець» в нормативних актів Україні повністю відповідає нормам міжнародного законодавства - Конвенції Організації об’єднаних націй про статус біженців (1951 р.) та Протоколу щодо статусу біженців (1966 р.).

Список використаних джерел:

1. Безпалова О.І. Особливості визначення прав біженців у міжнародному законодавстві. URL. file:///C:/Users/admin/Downloads/ry6jswCEDN2zcVrGk5K_2pS6EXaU8V0M%20(1).pdf

2. Тимчук Г.С. Адміністративно-правовий статус іноземних громадян та біженців в Україні: порівняльно-правовий аналіз. Юридичний науковий електронний журнал. 2014. № 2. С. 82–84.

3. Синявський П.М. Еволюція законодавства України у сфері надання притулку. Журнал європейського і порівняльного права. 2017. Вип. 3. С. 30–54.

4. Біла-Тіунова Л.Р. Правове регулювання статусу біженця в Україні: стан і перспективи реформування. Наукові праці НУ ОЮА. 2016. № 7. С. 194–205.

5. Пушкіна О.В., Чебикіна Т.С. Правовий аналіз статусу біженців та іноземних громадян в Україні. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. Т. 1. № 2. С. 35–38.

6. Максименко А. Особливості системи міжнародного захисту шукачів притулку, біженців та осіб, які потребують додаткового захисту в Україні. URL. http://vjhr.sk/archive/2016_6/part_1/20.pdf

7. Магда С.О. Правовий статус біженців та осіб, які потребують додаткового захисту в умовах дії надзвичайних адміністративно-правових режимів. Вісник Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна. Серія «право». 2016. Вип. 22. С. 93 – 96.

8. Устав Міжнародної організації у справах біженців 1948 р. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_277

9. Конвенція про захист цивільного населення під час війни 1949 р. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154

10. Конвенція про статус біженців 1951 р. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011

11. Угода про скасування віз для біженців 1959 р. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_311

12. Протокол щодо статусу біженців 1967 року. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011

13. Про затвердження Тимчасового положення про порядок визначення статусу біженців з Республіки Молдова і надання їм допомоги. Постанова Кабінету Міністрів України від 08.07.1992 № 378. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/378-92-%D0%BF

14. Про біженців. Закон України від 24.12.1993 № 3818-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 16. Ст. 90.

15. Положення про порядок оформлення надання статусу біженця. Наказ Міністра України у справах національностей, міграції та культів від 21.06.1995 № 20. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0187-95

16. Про затвердження Положення про посвідчення біженця. URL.https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/153-98-%D0%BF/conv

18. Про біженців. Закон України від 21.06.2001 № 2557-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 47. Ст. 150.

19. Про підписання Україною Конвенції Організації об’єднаних націй про статус біженців. Законом України № 2942-III від 10.01.2002. URL.https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011

20. Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту. Закон України від 08.07.2011 № 3671-VI. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3671-17

УДК: 347.73

Максименко В.М.,
здобувач Хмельницького університету управління та права

ОБ'ЄКТ ОПОДАТКУВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Максименко В.М. Об'єкт оподаткування як елемент об'єктного складу податкових правовідносин.

У статті досліджується сутність та природа об'єкта оподаткування, як окремого елемента об'єктного складу податкових правовідносин. На підставі аналізу чинного законодавства, автор надає визначення поняття «об'єкт оподаткування» та обґрунтовує необхідність внесення відповідних змін до Податкового кодексу України. Крім цього, у статті аналізується суспільна та правова природа об'єкта оподаткування, а також розглядаються окремі питання його об'єктоздатності.

***Ключові слова**: об'єкт, податкові правовідносини, оподаткування, правова та суспільна природа, податкове законодавство.*

Максименко В.М. Объект налогообложения как элемент объектного состава налоговых правоотношений.

В статье исследуется сущность и природа объекта налогообложения, как отдельного элемента объектного состава налоговых правоотношений. На основе анализа действующего законодательства, автор даёт определение понятия «объект налогообложения» и обосновывает необходимость внесения соответствующих изменений в Налоговый кодекс Украины. Кроме этого, в статье анализируется общественная и правовая природа объекта налогообложения, а также рассматриваются отдельные вопросы его объектоспособности.

***Ключевые слова**: объект, налоговые правоотношение, налогообложение, правовая и общественная природа, налоговое законодательство.*

Мксименко В.М. The Object of taxation as an element of the object of tax legal relations.

In the article the essence and the nature of the object of taxation, as a separate element of the composition object of tax legal relations. Based on the analysis of the current legislation, the author gives the definition of "taxable item" and justifies the need to make the appropriate changes to the Tax Code of Ukraine. In addition, the article analyzes social and legal nature of object of the taxation.

***Keywords**: the object of tax legal relations, tax, legal and public nature, tax legislation.*

Постановка проблеми. Дослідження окремих об'єктів податкових правовідносин, дозволяє узагальнити уяву про сутність та мету правового регулювання в зазначеній сфері. Нажаль на сьогодні, це питання залишається поза увагою науковців, оскільки вони здебільшого звертають увагу на порядок справляння окремих податків та особливості правового становища платника податків. У таких умовах, об'єктний склад податкових правовідносин, залишається пріоритетною сферою наукових пошуків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. В сучасній юридичній науці аналізом категорії «об’єкт податкових правовідносин» займались В.В. Борисенко, С.А. Данієлян, М.П. Кучерявенко, В.С. Лісовська, І.О. Пасічна, О.В. Покатаєва, В.І. Теремецький, С.Д. Ципкін, А.В. Чуркін та інші вчені. Однак, спеціального дослідження особливостей суспільної та правової природи об’єкта оподаткування не проводилося, що також підтверджує актуальність теми даного дослідження.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. Відсутність у чинному Податковому кодексі України (далі – ПК України) формального визначення поняття «об’єкт оподаткування», не дозволяє повноцінно оцінити цю правову категорію та обумовлює виникнення багатьох спірних питань щодо конкретних матеріальних та нематеріальних благ, які підлягають оподаткуванню. Зрештою, цей недолік негативно позначається на розвитку податкових правовідносин в цілому, адже порушується принцип визначеності та конкретики вітчизняної податкової системи.

Мета статті полягає у встановленні та детальному аналізі об’єктоздатності, а також суспільної та правової природи об’єкта оподаткування, як окремого елемента об’єктного складу податкових правовідносин.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. М.П. Кучерявенко зазначає, що «податкові правовідносини як різновид фінансових є особливим видом суспільних відносин – фінансових відносин, урегульованих фінансово-правовою нормою». Доволі цікавою, з точки зору спільності природи, є наступна думка науковця: «природа фінансових правовідносин визначається тим, що вони виступають як владномайнові відносини, у яких відносини влади не можна відокремити від майнових, де вони діють у сукупності, при чому, владномайновий характер податкових правовідносин визначає юридичне положення суб’єктів у конкретному податковому правовідношенні» [1, с. 10].

Логіку віднесення податкових правовідносин до числа фінансових, доволі чітко окреслює М.І. Дамірчиєв зазначаючи, що «з відносин оподаткування починається послідовний рух усіх стадій публічної фінансової діяльності. Для того, щоб щось розподілити та використовувати, треба сформувати відповідний фонд, щось мати за рахунок зібраних доходів. Саме на відносинах оподаткування ґрунтуються всі

розподільчі та видаткові відносини, які складають природу наступних стадій фінансової діяльності. Саме тому відносини оподаткування як вихідну базу можливості та об'єктивності фінансової діяльності в цілому важко переоцінити» [2, с. 29].

На думку В.І. Теремецького, «об'єкт податкових правовідносин – це сукупність матеріальних та (або) нематеріальних благ, рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів податкових правовідносин, а також результати їх діяльності у сфері оподаткування, спрямовані на забезпечення поповнення бюджетів усіх рівнів для досягнення економічного та соціального ефекту» [3, с. 45].

Заслуговує на увагу позиція І.О. Пасічної, яка пропонує під об'єктом податкових правовідносин розуміти «матеріальні (грошові кошти у формі податків і зборів) та нематеріальні блага (результати дій, податкова інформація), із приводу яких виникає правовий зв'язок між суб'єктами податкових правовідносин, детермінований публічними інтересами» [4, с. 80]. При чому науковець наголошує на тому, що «податкові правовідносини є видом фінансових, тому й об'єкт податкових правовідносин становить частину об'єкта фінансових правовідносин. Якщо об'єктом фінансових правовідносин є фонди грошових коштів чи фінансові ресурси держави і місцевих утворень, то об'єктом податкових правовідносин є частина грошових коштів у формі податків, зборів, внесків, плат, мита, які формують публічні фонди грошових коштів» [4, с. 69]. Фактично, своєю тезою авторка пов'язує структурні елементи податкових правовідносин та встановлює зв'язок між їх об'єктом, суб'єктом та матеріальним змістом. Одночасно з цим, вказана теза конкретизує уяву про місце об'єктного складу податкових правовідносин у системі об'єктів фінансових правовідносин.

Фахівець з податкового права М.П. Кучерявенко визначає об'єкт податкових правовідносин, як «гроші, з приводу яких між суб'єктами податкових правовідносин формується правовий зв'язок. При цьому важливо розмежовувати об'єкт податкових правовідносин і об'єкт оподаткування» [5, с. 44]. Слід зосередити увагу на розподілі об'єктів податкових правовідносин на об'єкти оподаткування та об'єкти податкових правовідносин. Висловлюючи власну думку з приводу такого розподілу О.В. Покатаєва наголошує, що «слід погодитися з таким розподілом, оскільки специфіка податкових правовідносин полягає в обов'язковій присутності однієї зі сторін держави (в особі органів влади, що встановлюють і регулюють механізм оподаткування) і виникають вони

саме з приводу мобілізації, розподілу та використання грошових коштів держави та місцевих бюджетів» [6, с. 53].

У своїй роботі С.Г. Пепеляєв зазначає, що «об'єкт оподаткування – це юридичні факти, які зумовлюють обов'язок сплати податків» [7, с. 100]. Досліджуючи об'єкти оподаткування, В.С. Лісовська наголошує, що «ПК України не містить вичерпного переліку видів об'єктів оподаткування – відносить до них майно, товари, дохід (прибуток), обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів, інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку» [8, с. 48]. Слід припустити, що об'єкт оподаткування, як окрема складова об'єктного складу податкових правовідносин, включає в себе як матеріальні (гроші, товари, майно тощо), так і нематеріальні блага (послуги, роботи та інше), які обумовлюють виникнення податкового обов'язку у сторін правовідносин.

Слід зауважити, що логічним зв'язком між об'єктом оподаткування та податковим обов'язком, є встановлені чинним законодавством податки та збори, які доповнюють об'єктний склад податкових правовідносин та формують його цілісність. Міркуючи над сутністю податків та зборів, В.В. Борисенко зазначає, що «відповідно до чинного законодавства сплата податків відбувається в грошовій формі, що обумовлено самим змістом податку. Слід зауважити, що у разі виникнення податкового боргу може застосовуватися стягнення на майно платника податків. Але при цьому податок все одно вноситься до бюджету в грошовій формі після реалізації майна боржника» [9, с. 45]. Щодо природи зборів, науковець наголошує, що податкам та зборам притаманні спільні ознаки, основними з яких, є наявність однакової форми стягнення, спрямованість до відповідних бюджетів та обов'язковий характер сплати [9, с. 46].

Згідно зі ст. 7 ПК України, об'єкт оподаткування розглядається у якості елемента, який обов'язково визначається під час встановлення податку [10]. Подальший аналіз статей ПК України свідчить, що термінологічно поняття «об'єкт оподаткування» залишається не визначеним, оскільки законодавець вважає за необхідне регламентувати лише перелік благ, які логічно віднесені до об'єктів оподаткування. Зокрема, ст. 22 ПК України регламентує наступний перелік об'єктів оподаткування: майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством,

з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку [10]. Аналізуючи вказану статтю, необхідно зазначити про наступне:

- відсутність формального визначення поняття «об’єкт оподаткування» негативно впливає на відповідні правовідносини, адже за таких умов важко встановити вичерпний перелік благ, які можуть виступати у цій ролі. Навіть якщо враховувати розвиток суспільних відносин, завдяки якому постійно з’являються нові об’єкти оподаткування, які не можливо постійно додавати до ПК України, формальне визначення надало б можливість певним чином окреслити властивості та якості тих благ, які можуть виступати у ролі об’єкта оподаткування;

- при відсутності регламентації поняття «об’єкт оподаткування» в податковому законодавстві, цілком ймовірно виникнення безоб’єктних правовідносин, тобто відносин, у яких буде встановлено податок на об’єкт оподаткування який не має під собою реального правового підґрунтя. Існування таких правовідносин не припустимо, оскільки воно сприяє неправомірному економічному тиску на платників податків та зборів, який призведе до соціально-економічної кризи та використання податкової системи у якості важеля суспільного впливу.

Для формування пропозицій щодо визначення поняття «об’єкт оподаткування», важливо проаналізувати думку науковців з приводу означеного питання. Окрім зазначеної вище позиції С.Г. Пепеляєва, думки щодо нематеріальної природи об’єкта оподаткування дотримується низка російських юристів. Зокрема, А.В. Чуркін стверджує, що «об’єктом оподаткування визнаються визначені в законодавстві про податки і збори обставини соціально-господарського життя, пов’язані з впливом на предмет оподаткування, які зумовлюють або передбачають появу у платника економічних благ і виступають в якості юридичної підстави виникнення обов’язку сплати податку чи збору» [11, с. 64]. Прихильником даної думки, є представники радянської школи фінансового права, наприклад, С.Д. Ципкін який у своїх роботах зазначав, що «підставою справляння податку (фактичною обставиною) може бути одержання певного доходу, прибутку, володіння будовою тощо, тобто наявність об'єкта оподаткування» [12, с. 60]. Очевидно, що вказані науковці представляють моністичну доктрину об’єкта правовідносин, яка розглядає у цій якості поведінку суб’єкта та її юридичні наслідки.

Вітчизняні науковці не поділяють такої думки та рухаються у напряму плюралізму суспільних відносин, який передбачає, що об’єктом правовідносин можуть виступати як

матеріальні, так і нематеріальні блага. Так, з приводу означеного питання С.А. Данієлян наголошує, що «недоречно ототожнювати об’єкт оподаткування та юридичний факт як підставу виникнення обов’язку зі сплати єдиного податку, адже об'єкт оподаткування – це те, на що спрямовано оподаткування, це предмет матеріального світу, що обкладається податком, в той час як юридичний факт виступає підставою виникнення податкових правовідносин» [13, с. 176]. На користь плюралістичної теорії свідчить і думка А.С. Дубоносової, яка стверджує, що «юридичні факти (як правоутворюючі, так і правозміняючі, правоприпиняючі) можуть бути пов'язані з об'єктом оподаткування, але сам по собі об'єкт оподаткування як елемент правового механізму податку не є правоутворюючим юридичним фактом. Крім того, об'єкт оподаткування як економічно обґрунтована категорія, що має матеріальний зміст, не може існувати у вигляді події або стану. Юридичний факт не може мати вартісної, фізичної або кількісної характеристики (це властиво базі та масштабу оподаткування), а значить, не може бути виражений в одиницях оподаткування» [14, с. 50].

На наш погляд, думка вітчизняних вчених є більш прогресивною, оскільки об’єктом оподаткування дійсно виступають певні матеріальні та нематеріальні факти, але вони повинні розглядатися не в контексті юридичного факту, а виключно через призму їх суспільної та правової природи, з якою законодавець пов’язує необхідність сплати податку. З урахуванням цього, пропонуємо під об’єктом оподаткування розуміти сукупність матеріальних та нематеріальних благ, які існують в рамках об’єктивної реальності, мають певні фізичні, вартісні та кількісні характеристики, з наявністю яких законодавець пов’язує виникнення у платника податку обов’язку сплати податків. Пропонуємо закріпити таке визначення у ст. 22 ПК України та викласти її у наступній редакції:

«Стаття 22. Об'єкт оподаткування

22.1. Об’єктом оподаткування є усі матеріальні та нематеріальні блага, які існують в рамках об’єктивної реальності, мають певні фізичні, вартісні та кількісні характеристики, з наявністю яких законодавець передбачає виникнення у платника податку обов’язку сплати податків.

22.2. Об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів

(робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку».

Слід звернути увагу на наступні статті ПК України, які встановлюють деякі категорії податкового законодавства:

- база оподаткування – конкретні вартісні, фізичні або інші характеристики певного об’єкта оподаткування (ст. 23 ПК України);

- одиниця виміру бази оподаткування – конкретна вартісна, фізична або інша характеристика бази оподаткування або її частини, щодо якої застосовується ставка податку (ст. 24 ПК України) [10].

Вважаємо, що база оподаткування та одиниця виміру бази оподаткування, належать до досліджуваної групи об’єктів податкових правовідносин та повинні розглядатися у якості самостійних благ, оскільки кожен з передбачених податків має власну базу оподаткування. Наприклад, відповідно до ст. 242 ПК України, базою оподаткування екологічного податку є: обсяги та види забруднюючих речовин, які викидаються в атмосферне повітря стаціонарними джерелами; обсяги та види забруднюючих речовин, які скидаються безпосередньо у водні об'єкти; обсяги та види (класи) розміщених відходів, крім обсягів та видів (класів) відходів як вторинної сировини, що розміщуються на власних територіях (об'єктах) суб'єктів господарювання; обсяги та категорія радіоактивних відходів, що утворюються внаслідок діяльності суб'єктів господарювання та/або тимчасово зберігаються їх виробниками понад установлений особливими умовами ліцензії строк; обсяги електричної енергії, виробленої експлуатуючими організаціями ядерних установок [10].

З огляду на усе вищенаведене вбачається, що специфічною властивістю об’єктів даної групи, є багатокомпонентність їх суспільної та правової природи, яка полягає у наступному:

- суспільна природа об’єктів оподаткування передбачає цілісність окремих компонентів (вартісні, кількісні, фізичні та інші характеристики), які у своїй сукупності позиціонують конкретне благо в рамках об’єктивної реальності;

- правова природа об’єкта оподаткування також передбачає наявність означених вище компонентів, які у подальшому визначають базу оподаткування, одиницю її виміру та зрештою – ставку податку.

Висновки. Об'єкти оподаткування являють собою сукупність матеріальних та нематеріальних благ, суспільна та правова природа яких характеризується багатокомпонентністю. Враховуючи рівні оподаткування (загальнодержавний та місцевий), об'єктам даної групи також притаманна наявність загального та локального характеру, а також строковість існування в рамках об'єктивної реальності. До речі необхідно зауважити, що ці блага, характеризуються перевагою правової природи над суспільною, особливо це стосується бази оподаткування та одиниці її виміру. Вважаємо, що дана група об'єктів відіграє достатньо принципове значення у податкових правовідносинах, оскільки саме вона формує матеріальну основу оподаткування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Податкове право України : навч. посіб. / за заг. ред. М.П. Кучерявенка. – Х. : Право, 2010. – 256 с.

2. Дамірчиєв М.І. Регулювання вихідних засад оподаткування в Азербайджанській республіці щодо забезпечення формування публічних доходів / М.І. Дамірчиєв // Теорія і практика правознавства. – 2015. – № 1 (7). – С. 1-11.

3. Теремецький В.І. Адміністративно-правове регулювання податкових відносин в Україні : дис. … д-ра. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Владислав Іванович Теремецький. – Харків : Нац. ун-т внут. справ, 2012. – 505 с.

4. Пасічна І.О. Податкові правовідносини в Україні: стан та перспективи розвитку : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ірина Олександрівна Пасічна. – Запоріжжя : Класичний приватний ун-т, 2014. – 211 с.

5. Податкове право : навч. посіб. / Г.В. Бех, О.О. Дмитрик, Д.П. Кобалик та ін.: за ред. проф. М.П. Кучерявенка. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 400 с.

6. Покатаєва О.В. Правова природа загальнодержавних податків та зборів в Україні: стан, протиріччя та перспективи реформування : дис… д-ра. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ольга Вікторівна Покатаєва. – Харків : Нац. університет внут. справ, 2011. – 434 с.

7. Налоговое право : учеб. / под ред. С.Г. Пепеляева. – М. : Юристь, 2004. – 591 с.

8. Лісовська В.С. Адміністративно-правове регулювання оподаткування в Україні : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Валентина Сергіївна Лісовська. – Ірпінь : Нац. ун-т держ. податкової служби України, 2012. – 226 с.

9. Борисенко В.В. Правові основи адміністрування місцевих податків та зборів в Україні : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Володимир Володимирович Борисенко. – Харків : Нац. ун-т внут. справ, 2015. – 222 с.

10. Податковий кодекс України від 02 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-17. – Ст. 112.

11. Чуркин А.В. Объект налогообложения: правовые характеристики : учеб. пособ. / А.В. Чуркин. – М. : Юристь, 2003. – 119 с.

12. Цыпкин С.Д. Доходы государственного бюджета СССР / С.Д. Цыпкин. – М. : Юрид. лит., 1973. – 222 с.

13. Данієлян С.А. Правове регулювання єдиного податку : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Сергій Ашотович Данієлян. – Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого, 2014. – 201 с.

14. Дубоносова А.С. Правове регулювання об’єкта оподаткування : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Анастасія Сергіївна Дубоносова. – Харків : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. – 184 с.

Синишин О.Р.,
аспірант Хмельницького університету управління і права

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ: ПРОБЛЕМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В статті висвітлено основні проблеми адміністративно-правового регулювання процедури притягнення працівників прокуратури до дисциплінарної відповідальності в сучасних умовах. Досліджено відповідність даної процедури фундаментальному принципу незалежності органів прокуратури та міжнародним стандартам, як необхідної умови проведення правоохоронної реформи в Україні. Приділено увагу вивченню правового статусу Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів та деяким аспектам організації її діяльності.

***Ключові слова**: правоохоронна реформа в Україні, прокурор, процедура, дисциплінарна відповідальність, Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів, незалежність органів прокуратури.*

В статье освещены основные проблемы административно-правового регулирования процедуры привлечения работников прокуратуры к дисциплинарной ответственности в современных условиях. Исследовано соответствие данной процедуры фундаментальному принципу независимости органов и международным стандартам, как необходимого условия проведения правоохранительной реформы в Украине. Уделено внимание изучению правового статуса квалификационно-дисциплинарной комиссии прокуроров и некоторым аспектам организации ее деятельности.

***Ключевые слова:** правоохранительная реформа в Украине, прокурор, процедура, дисциплинарная ответственность, квалификационно-дисциплинарная комиссия прокуроров, независимость органов прокуратуры.*

The article highlights the main problems of administrative and legal regulation of the procedure of bringing prosecutors to disciplinary responsibility in the current conditions. The conformity of this procedure with the fundamental principle of the independence of the prosecuting authorities and international standards as a necessary condition for law enforcement reform in Ukraine has been investigated. Attention is paid to studying the legal status of the Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors and some aspects of the organization of its activity.

***Keywords**: law enforcement reform in Ukraine, prosecutor, procedure, disciplinary responsibility, Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors, independence of prosecuting authorities.*

Забезпечення ефективної та якісної системи функціонування правоохоронних органів є пріоритетним завданням будь-якої правової держави, яка визнає захист прав та законних інтересів людини і громадянина найвищою соціальною цінністю.

Актуальність проведеного дослідження обумовлена тим, що одним із суб'єктів, конституційно уповноважених вживати дієвих заходів щодо охорони та захисту прав і свобод громадян України, є органи прокуратури. Разом з тим, сучасний стан діяльності органів прокуратури, на жаль, характеризується зниженням загального рівня суспільної

довіри, корупцією, порушеннями гарантій діяльності органів прокуратури та іншими, в тому числі суб'єктивними, соціальними та політичними факторами. Таким чином, з метою вдосконалення правового статусу, функцій і повноважень прокуратури України та приведення їх у відповідність до міжнародних стандартів, було проведено ряд реформ, результатом яких стало прийняття Верховною Радою України Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII [1].

Аналіз вищезазначеного нормативно-правового акту дав підстави для пересічних висновків, що його положення направлені на забезпечення першочергової потреби України в переосмисленні ролі прокуратури у захисті інтересів держави та суспільства шляхом позбавлення прокуратури надмірних повноважень щодо здійснення «загального нагляду» за додержанням законів та запровадження правових механізмів, які дозволять підвищити ефективність її діяльності та зосередити увагу на питаннях, пов'язаних із кримінальним судочинством. При цьому, встановлено, що серед основних правових механізмів, направлених на підвищення ефективності діяльності органів прокуратури, суттєвих змін зазнала процедура притягнення працівників прокуратури до відповідальності.

Таким чином, метою даної статті стало дослідження деяких теоретичних аспектів процедури притягнення працівників прокуратури до відповідальності, в тому числі на відповідність фундаментальному принципу незалежності органів прокуратури та міжнародним стандартам, як необхідної умови проведення правоохоронної реформи в Україні.

Організація та діяльність прокуратури України, статус прокурорів визначаються Конституцією України, Законом України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII (далі – Закон; Закон України «Про прокуратуру»), чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Так, відповідно до Закону, прокуратура України становить єдину систему, яка з метою захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави, здійснює такі функції: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у передбачених законодавством випадках; 3) нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні

інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

З огляду на вищевикладене, цілком логічно, що у випадку невиконання або неналежного виконання посадовою особою органів прокуратури покладених законодавством функцій, останній буде нести негативну юридичну відповідальність, з огляду на наступне.

Як вбачається з загальної теорії права, негативна юридична відповідальність – це особливий вид юридичної відповідальності, що являє собою відповідну реакцію суспільства та держави на здійснене особою винне протиправне діяння в формі застосування до неї заходів державного примусу, серед яких виділяють: 1) особистого характеру (позбавлення волі); 2) майнового характеру (штраф); організаційного характеру звільнення) [2, с. 32]. Відповідно до теорії держави і права ознаками цього виду юридичної відповідальності є: 1) юридична відповідальність визначається державою в правових нормах; 2) спирається на державний примус; 3) застосовується спеціально уповноваженими державними органами; 4) пов'язана з покладанням повного додаткового обов'язку; 5) виражається у негативних наслідках особистого, майнового та організаційного характеру; 6) виступає формою реалізації санкції правової норми в конкретному випадку та застосовується до конкретної особи; 7) здійснюється в процесуальній формі: 8) настає тільки за скоєне правопорушення [3, с. 125].

Отже, як зазначає Н.М. Оніщенко, фактичною підставою негативної юридичної відповідальності є правопорушення, яке характеризує сукупність ознак, що утворюють його склад, а юридичною підставою – норма права та відповідний правозастосовний акт, в якому компетентний орган встановлює конкретний обсяг та форму примусових заходів до конкретного правопорушника. Таким правозастосовним актом може бути наказ, адміністративний вирок, рішення суду тощо [2, с. 32].

Так, з урахуванням вищенаведеного, та виходячи зі змісту ст.ст. 36 та 37 Кримінального процесуального кодексу України, що встановлюють правовий статус прокурора, як учасника кримінального провадження, вбачається, що особа, яка обіймає посаду передбачену статтею 17 Закону України «Про прокуратуру», та діє в межах своїх повноважень, як суб'єкт кримінальної процесуальної діяльності, у випадку вчинення правопорушення, може бути притягнута до негативної юридичної відповідальності, а саме кримінальної процесуальної. При цьому, з наведених ознак негативної

відповідальності вбачається, що матеріальною підставою кримінальної процесуальної відповідальності прокурора, як учасника кримінального провадження, можливо вважати вчинення кримінального процесуального правопорушення, тобто винного діяння, наслідком якого стало невиконання або неналежне виконання приписів кримінального процесуального законодавства.

Так, в своєму дослідженні А.В. Мурзановська встановила, що основними ознаками кримінальної процесуальної відповідальності учасників кримінального провадження, є не лише наявність причинного зв'язку між винним протиправним діянням суб'єкта та його наслідками, а й обов'язкова наявність нормативно визначеної підстави застосування кримінальної процесуальної відповідальності, яка вказує саме на порушення норм кримінального процесуального законодавства [4, с. 12].

Розділяючи думку вченої щодо визначення обов'язкових ознак кримінальної процесуальної відповідальності, ми приходимо до висновку, що діючий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) фактично не регламентує підстав притягнення прокурора до даного виду негативної юридичної відповідальності під час здійснення державного обвинувачення в суді, або інших функцій, передбачених Законом України «Про прокуратуру».

Таким чином, невиконання або неналежне виконання прокурором своїх функцій, як суб'єкта кримінального провадження, не є підставою притягнення останнього до кримінальної процесуальної відповідальності та застосуванню заходів кримінального процесуального примусу. При цьому, в даному контексті, вважаємо, що відсутність у діючому законодавстві України нормативно визначених підстав застосування до прокурора кримінальної процесуальної відповідальності, обумовлена як особливим статусом прокурора, так і принципом незалежності судової влади. Тому, наприклад, у випадку невиконання розпорядження головуючого прокурором, в силу ст. 330 Кримінального процесуального кодексу України, суддя не застосовує до порушника кримінальні процесуальні санкції, а лише роз'яснює, що його може бути притягнуто до відповідальності, встановленої законом [5].

Крім того, вартою наукової уваги, є позиція, що невиконання або неналежне виконання прокурором своїх функцій під час здійснення державного обвинувачення у суді, не завжди є наслідком винної дії (бездіяльності) та пов'язаним з порушенням приписів норм кримінального процесуального закону[6, с. 83]. Так, наприклад,

порушення, допущені прокурором під час застосування матеріальних норм кримінального права, або порушення правил тактики під час судового розгляду, не мають прямого зв'язку з порушенням норм кримінального процесуального закону. Тобто, ми не розділяємо думки деяких вчених, які пропонують визнавати помилки прокурорів при застосуванні матеріальних норм кримінального права, як підставу притягнення до кримінальної процесуальної відповідальності, мотивуючи тим, що таке порушення вчиняється в процесі кримінального судочинства[4, с. 15]. На нашу думку, даний науковий підхід цікавий з теоретичної точки зору, проте застосувати його на практиці достатньо складно, оскільки він потребує певного поділу порушень кримінального закону на ті, що утворюють склад злочину, і ті, що його не утворюють.

Підсумовуючи вищевикладене, ми приходимо до пересічних висновків, що прокурор під час виконання своїх функцій, передбачених Законом України «Про прокуратуру», як суб'єкт кримінального провадження, не може бути притягнутий до кримінальної процесуальної відповідальності, і до нього не можуть бути застосовані заходи кримінального процесуального примусу.

Даний висновок узгоджується з вимогами ст. 43 Закону України «Про прокуратуру», згідно з якими у випадку допущення прийняття прокурором неправомірних рішень, дій або бездіяльності в межах кримінального процесу, такі рішення, дії або бездіяльність останнього, як суб'єкта кримінального провадження, можуть бути оскаржені виключно шляхом подання відповідної скарги (апеляційної, касаційної тощо) в порядку, визначеному КПК. Водночас, повертаючись до правової природи негативної юридичної відповідальності, законодавець регламентує, що «при вставленні фактів порушення прокурором прав осіб або вимог закону, за результатами розгляду відповідної скарги на його рішення, дії чи бездіяльність, таке рішення може бути підставою для дисциплінарного провадження» [1].

Відповідно до Закону України «Про прокуратуру» дисциплінарне провадження – це процедура розгляду Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів дисциплінарної скарги, в якій містяться відомості про вчинення прокурором дисциплінарного проступку.

Як вбачається зі спеціальної наукової літератури, дисциплінарний проступок є різновидом трудового правопорушення, за вчинення якого, до винного суб'єкта застосовується дисциплінарна відповідальність в порядку, визначеному Кодексом законів

про працю України або законодавством, статутами і положеннями – для окремих категорій працівників [7, с. 125]. Таким чином, виходячи з наведених на початку статті ознак негативної юридичної відповідальності, вбачається, що відповідно до даного визначення дисциплінарна відповідальність співпадає за своїми ознаками з негативною юридичної відповідальністю, що дозволяє віднести її до видів останньої.

Досліджуючи правову природу дисциплінарної відповідальності Г.С. Іванова зазначила, що дисциплінарна відповідальність, зазвичай, поділяється на два види: загальну дисциплінарну відповідальність та спеціальну дисциплінарну відповідальність [8, с. 124].

Оскільки, порядок притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності регулюється не Кодексом законів про працю України, а спеціальним Законом України «Про прокуратуру», ми приєднуємося до позиції вченого А.В. Пшонки, який зазначив, «що досциплінарна відповідальність прокурорів - це спеціальний вид дисциплінарної відповідальності, яка, у свою чергу, є видом юридичної відповідальності. Її сутність полягає в застосуванні до порушника службової дисципліни несприятливих позбавлень морального, матеріального та організаційного характеру [9, с. 12].

Так, Законом України «Про прокуратуру» чітко визначено вичерпний перелік підстав притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження, тобто такі види дисциплінарних проступків: 1) невиконання чи неналежне виконання службових обов’язків; 2) необґрунтоване зволікання з розглядом звернення; 3) розголошення таємниці, що охороняється законом, яка стала відомою прокуророві під час виконання повноважень; 4) порушення встановленого законом порядку подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов’язання фінансового характеру; 5) вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об’єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури; 6) систематичне (два і більше разів протягом одного року) або одноразове грубе порушення правил прокурорської етики; 7) порушення правил внутрішнього службового розпорядку; 8) втручання чи будь-який інший вплив прокурора у випадках чи порядку, не передбачених законодавством, у службову діяльність іншого прокурора, службових, посадових осіб чи суддів, у тому числі шляхом публічних висловлювань стосовно їх рішень, дій чи бездіяльності, за

відсутності при цьому ознак адміністративного чи кримінального правопорушення; 9) публічне висловлювання, яке є порушенням презумпції невинуватості.

У випадку вчинення прокурором дисциплінарного проступку, визначеного ст. 43 Закону, кожен, кому стали відомі такі факти, має право на звернення до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів (далі – КДКП) із дисциплінарною скаргою, рекомендований зразок якої розміщений на веб-сайті КДКП [1].

Відповідно до ст. 73 Закону до складу КДКП входять одинадцять членів, які є громадянами України, мають вищу юридичну освіту та стаж роботи в галузі права не менше десяти років, з яких: 1) п’ять прокурорів призначає всеукраїнська конференція прокурорів; 2) дві особи (вчених) призначає з’їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ; 3) одну особу (адвоката) призначає з’їзд адвокатів України; 4) три особи призначає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини за погодженням з комітетом Верховної Ради України, до предмету відання якого належить організація та діяльність органів прокуратури.

На підставі поданої, з дотриманням вимог Закону дисциплінарної скарги, КДКП приймає рішення про відкриття дисциплінарного провадження. За результатами розгляду дисциплінарного провадження стосовно прокурора КДКП на підставі висновку про наявність чи відсутність дисциплінарного проступку прокурора більшістю від свого складу приймає рішення про накладення на прокурора дисциплінарного стягнення або рішення про неможливість подальшого перебування особи на посаді прокурора (крім Генерального прокурора) [1].

Види дисциплінарних стягнень встановлені статтею 49 Закону, а саме: 1) догана; 2) заборона на строк до одного року на переведення до органу прокуратури вищого рівня чи на призначення на вищу посаду в органі прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду (крім Генерального прокурора); 3) звільнення з посади в органах прокуратури.

Варто також відзначити, що Закон України «Про прокуратуру» передбачив і можливість оскарження рішення, прийнятого за результатами дисциплінарного провадження. Так, відповідно ст. 50 Закону прокурор може оскаржити рішення, прийняте за результатами дисциплінарного провадження, до адміністративного суду або до Вищої ради правосуддя протягом одного місяця з дня вручення йому чи отримання ним поштою копії рішення.

Проведений аналіз норм діючого законодавства, які регулюють процедуру притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності, дає підстави для пересічних висновків, що вона відповідає сучасним вимогам реформування правоохоронної системи, яка в першу чергу направлена на забезпечення сучасних гарантій «сумлінного» притягнення порушника до юридичної відповідальності шляхом прийняття відповідного рішення висококваліфікованими судовими органами або спеціалізованими кваліфікаційними комісіями, а не адміністративними органами та керівниками. Так, Рекомендаціями Р (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи про місце прокуратури в системі кримінальної юстиції, прийнятими 06.10.2000, акцентовано увагу на тому, що діяльність прокурора повинна піддаватися постійному внутрішньому контролю. Крім того, зазначені міжнародні стандарти рекомендують державам запроваджувати прозору, законодавчо врегульовану, процедуру притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності, безпосередньо як гарантію справедливої та об'єктивної оцінки, за результатом якої може бути прийняте незалежне та неупереджене рішення.

Таким чином, з огляду на вищевикладене, спираючись на аналіз міжнародних стандартів, фактично доведено, що інститут дисциплінарної відповідальності прокурорів, регламентований проаналізованими нормами Закону, з одного боку відповідає міжнародним стандартам, а з іншого боку не позбавлений недоліків.

Як вбачається зі статистичних даних, кількість дисциплінарних скарг, зареєстрованих в КДКП за 2018 рік, в порівнянні з 2017 роком, збільшилась в два рази: за 2017 рік – 1137 скарг; за перше півріччя 2018 року – 909 скарг. За результатами розгляду дисциплінарних скарг за період з квітня 2017 по липень 2018 рр. КДКП прийняла рішення щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності та застосування санкцій до 132 прокурорів, з них було призначено найтяжчий вид санкцій – звільнення з посади в органах прокуратури – для 35 працівників. Разом з тим, відповідно до аналогічної статистики за 2011 – 2015 рр. (до моменту проведеної реформи та запровадження КДКП, як колегіального органу, що здійснює дисциплінарне провадження) кількість застосованих санкцій у виді звільнення з посади в органах прокуратури перевищували в десятки разів: 2011 р. – звільнено 762 прокурори; 2012 р. – 551; 2013 р. – 479; 2014 р. – 453; 2015 р. – 381.

З наведених показників, можливо зробити висновки як про невисокий рівень ефективності функціонування КДКП, так і про недосконаліть матеріальних норм

діючого законодавства, зокрема, в частині визначення підстав застосування дисциплінарної відповідальності прокурорів.

Так, за 2017 – 2018 рр. 80 % від загальної кількості дисциплінарних скарг було зареєстровано з підстав, визначених п.п. 1, 3 ч. 1 ст. 43 Закону України, а саме: невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків та вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури.

На нашу думку, притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності за вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури, є достатньо важливою новелою Закону. Зазначена підстава дисциплінарної відповідальності, в першу чергу, відповідає міжнародним стандартам, оскільки характеризує підвищені вимоги до працівників прокуратури, як сторони незалежної та транспарентної системи правосуддя. Таким чином, законодавець регламентував, що наслідком порушення прокурором моральних та етичних норм є дисциплінарна відповідальність. Разом з тим, ми вважаємо, що відсутність в діючому вітчизняному законодавстві визначення «дій, що порочать звання прокурора», знижує ефективність притягнення працівників до відповідальності, або взагалі унеможливлює її застосування, оскільки має місце суб'єктивне, оціночне, поняття, що її підтверджується статистичними даними.

Наступним недоліком, який впливає на зниження рівня ефективності діяльності КДКП, на нашу думку, є питання вибору виду дисциплінарної санкції, в залежності від тяжкості та специфічності кожного конкретного випадку вчинення дисциплінарного проступку. Крім того, в даному контексті, слід зауважити, що звільнення з посади в органах прокуратури безумовно являється найтяжчим видом дисциплінарних санкцій. Разом з тим, відповідно до норм Положення про організацію кадрової роботи в органах прокуратури, затвердженого наказом Генеральної прокуратури України № 351 від 18.12.2017, та Положення про класні чини працівників органів прокуратури, затвердженого постановою Верховної Ради України N 1795-XII від 06.11.1991 року, при звільнення працівника прокуратури у випадку вчинення дисциплінарного проступку, до останнього може бути застосована додаткова санкція у виді пониження класного чину. Однак, зазначені нормативно-правові акти, в тому числі Закон України «Про

прокуратуру», які регулюють порядок проходження служби в прокуратурі, не визначають механізм застосування даного додаткового виду дисциплінарних санкцій. Таким чином, вважаємо за доцільне удосконалити положення діючого законодавства в частині застосування додаткового виду дисциплінарного стягнення шляхом пониження класного чину при звільненні працівника з органів прокуратури.

Отже, варто визнати, що не дивлячись на позитивні зміни, проведені в національній правоохоронній системі, ріст публічності, демократичність та гласність судочинства, існуюча процедура притягнення працівників прокуратури до дисциплінарної відповідальності, на перший погляд, відповідає міжнародним стандартам, але все ж таки не позбавлена недоліків, а тому потребує, з урахуванням зарубіжного досвіду, подальшого вдосконалення, як на законодавчому, так і теоретичному рівнях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 року № 1697-VII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 2-3. Ст. 12.
2. Оніщенко Н.М. Юридична відповідальність: теоретико-правовий аналіз природи та сутності. Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац.. ун-ту імені Тараса Шевченка. / за ред.. проф. І. Безклубого. К., 2010. Час. V. С. 32-33.
3. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах/ Отв. Ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. И доп. М. норма, 2007. С. 635.
4. Мурзановська А.В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України : автореф. дис ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. В. Мурзановська; Нац. ун-т "Одеська юрид. акад.". – Одеса, 2017 . – 20 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.
6. Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальные правонарушения. Воронеж: Изд-вл ВГУ, 1984. 190 с.
7. Трудове право України: Підручник / За ред. Н.Б. Болотіна, Г.І. Чанишева. К.: Т-во «Знання», 2000. 564 с.
8. Іванова Г.С. Актуальні питання застосування дисциплінарної відповідальності до працівників прокуратури. Право та інновації. 2015. № 2. С. 122-126.
9. Пшонка А. В. Дисциплінарна відповідальність прокурорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / А. В. Пшонка ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2006.–22 с.

УДК 343.415:342.924

Бакал ВП.,
начальник відділу розроблення та вдосконалення форми одягу науково-дослідної лабораторії спеціального транспорту та форменого одягу Державного науково-дослідного інституту МВС України, к.ю.н.

Будзинський М.П.,
завідувач науково-дослідної лабораторії спеціального транспорту та форменого одягу Державного науково-дослідного інституту МВС України, к.ю.н.

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ «ПОДАРУНОК» ТА «НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА»

У статті досліджується співвідношення категорій «подарунку», як нової категорії антикорупційного законодавства, та «неправомірної вигоди», як категорії кримінального права. На підставі аналізу наукових аргументів та судової практики визначається нетотожність категорій, що аналізуються та їх межування в окремих аспектах. Виокремелено види подарунків, зазначено, що «заборонені» подарунки, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із використанням наданої йому влади чи службового становища (яка надається їм для виконання функцій держави або місцевого самоврядування) є неправомірною вигодою.

Ключові слова: *подарунок, неправомірна вигода, корупція.*

В статье исследуется соотношение категорий «подарок», как новой категории антикоррупционного законодательства, и «неправомерной выгоды», как категории уголовного права. На основании анализа научных аргументов и судебной практики определяется тождественность категорий, анализируются и их межевания в отдельных аспектах. Выденено виды подарков, указано, что «запрещенные» подарки, которые специальный субъект непосредственно или через других лиц требует, просит, получает для себя или близких лиц от юридических или физических лиц в связи с использованием предоставленной ему власти или служебного положения (которая предоставляется им для выполнения функций государства или местного самоуправления) является неправомерной выгодой.

Ключевые слова: *подарок, неправомерная выгода, коррупция.*

The article explores the correlation between the categories of "gift", as a new category of anti-corruption legislation, and "undue benefits", as a category of criminal law. Based on the analysis of scientific arguments and case law, the identity of the categories being analyzed and their boundaries in individual aspects are identified. The types of gifts are distinguished, it is stated that "forbidden" gifts that a special subject directly or through other persons requires, requests, receives for himself or a close person from legal or natural persons in connection with the use of the authority or official position (which is given to them to perform the functions of the state or local government) is an undue benefit.

Keywords: *gift, undue gain, corruption.*

Аналіз наукових публікацій останніх років переконує, що особливу увагу практиків та наукової спільноти привертає питання співвідношення категорій «подарунку», як нової категорії антикорупційного законодавства, та «неправомірної вигоди», як категорії кримінального права, яка, з одного боку, має тривалу історію становлення (ще як хабар), а з іншого – зазнає суттєвої трансформації у сучасному праві завдяки активним змінам національного законодавства, обумовленим, в першу чергу, активним розвитком та впровадженням антикорупційного законодавства.

Поняття неправомірної вигоди закріплюється у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII (надалі – Закон № 1700-VII) як «…грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав» [1]. У такому ж визначенні поняття неправомірної вигоди закріплюється і у примітці до ст. 364-1 КК України [2]. Визначення подарунку надається у ч. 1 ст. 1 Закон № 1700-VII) таким чином: «… грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають (одержують) безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової [1]. Не можна не відзначити, що закріплені у законодавстві визначення можуть викликати неоднозначні тлумачення щодо співвідношення зазначених категорій, оскільки вони текстуально майже співпадають і відрізняються лише підставами отримання – неправомірна вигода отримується без законних на те підстав, а подарунок – безоплатно чи за ціною, нижчою мінімальної ринкової. Але ж певне благо (грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи), які може отримати спеціальний суб’єкт, що виглядатиме як подарунок (наданий безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової), цілком може виявитися неправомірною вигодою, за умови, якщо його обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Аналіз практики притягнення до кримінальної та адміністративної відповідальності за отримання подарунків спеціальними суб’єктами, визначеними у ст. 3 Закону № 1700-VII (надалі – спеціальні суб’єкти) переконує, що і в правоохоронних органів, і у судів відсутнє чітке уявлення про співвідношення вищевказаних категорій та єдність у їх застосуванні. Отже, питання щодо співвідношення категорій «подарунок» та «неправомірна вигода» на сучасному етапі набуває особливої актуальності, оскільки від вірного їх тлумачення залежить кваліфікація дій спеціальних суб’єктів та вирішення

питання щодо виду відповідальності, до якої вони притягуватимуться – до адміністративної чи кримінальної.

Аналіз наукових підходів свідчить, що до питання співвідношення категорій «подарунок» та «неправомірна вигода» сформувалося декілька підходів щодо його вирішення:

- «подарунок» та «неправомірна вигода» є різними категоріями, які відрізняються між собою за змістом, характером на способом учинення (В.М. Киричко [3, с. 125], Т.С. Курило [4, с.123] та ін.);

- подарунок та неправомірна вигода співвідносяться як частина з цілим (певні види подарунків є неправомірною вигодою (Н.Я. Ярмиш [5, с. 52]) або подарунок є одним з видів неправомірної вигоди (О.А. Лупало [6] та ін.).

Метою нашого дослідження є аналіз співвідношення категорій «подарунок» та «неправомірна вигода» та формулювання авторського погляду на окреслену проблему.

Розглянемо аргументи прихильників підходу до визначення абсолютної нетотожності «подарунку» та «неправомірної вигоди». Так, обґрунтовуючи позицію щодо суцільної відмінності між подарунками та неправомірною вигодою, В.М. Киричко зазначає, що особа, яка пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту, якщо щодо неї було вимагання, завжди діє з метою схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ним можливостей, таким чином особа прагне в такий спосіб задовольнити свій незаконний інтерес; у таких випадках обидві сторони підлягають кримінальній відповідальності. При наданні подарунку спеціальному суб'єкту ці ознаки корупції відсутні за визначенням, що означає, що той, хто надає подарунок, діє не з метою схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з цим можливостей; відсутність такої мети й незаконного інтересу вказує на відсутність суспільної небезпечності в діях обох сторін і підстави для кримінальної відповідальності [3, с. 125]. Фактично, науковець пропонує розрізняти «подарунок» та «неправомірну вигоду» по суб'єктивній стороні – наявності умислу у того, хто надає певне благо спеціальному суб'єкту: якщо його дії спрямовані на схилення такого суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з цим можливостей, то це неправомірна вигода; якщо ж дії того, хто надає певне благо спеціальному суб'єкту не мають такого умислу, то мова йде про подарунок.

Проте зазначений аргумент не витримує критики. В уявленні особи, що надає певне благо спеціальному суб'єкту, може бути думка, що вона «обдаровує» такого суб'єкта, проте це не означає, що її дії не є наданням неправомірної вигоди. Розглянемо таку ситуацію: особа, відчуваючи вдячність спеціальному суб'єкту за те, що він якісно зробив свою роботу, і при цьому не лише не вимагав, а взагалі не висловлював ніяких прохань і не робив ніяких натяків щодо винагороди, приносить йому «подарунок», при цьому робить це «від щирого серця». У даному випадку дії цілком підпадають під ознаки одержання та надання неправомірної вигоди (ст. 368 та 369 КК України), суспільна небезпечність яких, як зазначає М.Й. Коржанський, полягає в тому, що в результаті таких дій підривається авторитет демократичних інститутів держави, дезорганізується нормальна робота органів влади та управління, а також вони негативно впливають на моральний стан суспільства) [7, с. 125].

Прихильники абсолютної тотожності категорій «подарунку» та «неправомірної вигоди» не враховують концепції видів хабара (як відомо, на сучасному етапі у законодавстві України термін «хабар» було замінено на термін «неправомірна вигода»): хабаря–підкупу та хабаря–винагороди (подяки), яка полягає в тому, що надання та одержання певного блага як подяки за вже виконані й заздалегідь не обумовлені цією подякою дії є злочином, предметом якої є неправомірні дії [5, с. 52]. Ця позиція відображається і в судовій практиці [8]. Так, відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 5 (яка і досі залишається теоретичним підґрунтям для вирішення складних теоретичних питань щодо корупційних злочинів) об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 368 КК України, полягає в одержання хабара у будь-якому вигляді. Оскільки виконання чи невиконання службовою особою відповідних дій перебуває за межами об'єктивної сторони даного злочину, відповідальність настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він обумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася, чи не збиралася вона це робити [8]. Отже, незважаючи на те, чи мала намір особа, що здійснює «подарунок» (фактично– надає певне благо), метою схилення спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з цим можливостей, чи не мала такої мети, для кваліфікації її дій це не має значення. Саме тому критерій суб'єктивного сприйняття особою, яка надає певне благо спеціальному суб'єкту, на спрямованість цього блага (як

на винагороду за виконання певних, наперед обумовлених дій чи як на надання цього блага як подяки за вже виконані й заздалегідь не обумовлені цією подякою дії) не може бути застосований для визначення співвідношення термінів «неправомірна вигода» та «подарунок» як нетотожних категорій.

Наступним аргументом, що висувається науковцями для обґрунтування позиції про нетотожність неправомірної вигоди та подарунку є те, що порушення обмежень щодо одержання подарунків, як діяння, які пов'язані з корупцією, на відміну від корупційних діянь не заподіюють і не можуть заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Встановлення адміністративної відповідальності за їх вчинення обумовлено прагненням законодавця у такий спосіб запобігти можливому виникненню конфлікту інтересів, тобто йдеться про запобігання можливості того, що в особи після одержання подарунка виникне суперечність між особистими інтересами та службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність та неупередженість прийняття рішень або вчинення діянь стосовно особи, яка надала подарунок [3, с. 125]. Отже, як критерій відмежування неправомірної вигоди та подарунку висуваються те, що за порушення обмежень щодо одержання подарунків встановлюється адміністративна відповідальність, а за отримання/надання неправомірної вигоди – кримінальна.

Приділимо більш детальну увагу аналізу об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ст. 172-5 КУпАП. Так, ч. 1 цієї норми закріплює, що відповідальність передбачена за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунку [9]. Ключовим словом тут є слово «обмежень». Ще донедавна ст. 172-5 КУпАП передбачала відповідальність не тільки за порушення обмежень, але й за порушення заборон («…порушення встановлених законом заборон щодо одержання подарунку») [9], при цьому визначення заборон та обмежень були ідентичними (оскільки закріплювалися у нормах Закону № 1700-VII), проте законодавець вчасно виявив і усунув цей недолік правових норм, залишивши адміністративну відповідальність лише за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунку. Отже, на сучасному етапі за вимагання, просьбу, одержання спеціальними суб'єктами для себе або близьких їм осіб подарунків у зв'язку із здійсненням такими суб'єктами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, спеціальні суб'єкти до адміністративної відповідальності не притягуються, оскільки подібні дії відносяться не до обмежень, а до заборон щодо одержання подарунків.

Водночас, не можна говорити про безкарність подібних дій – за їх скоєння передбачається кримінальна відповідальність. Якщо поглянути на диспозицію ст. 368 КК України, то побачимо, що за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди (певного блага, отриманого без законних підстав), а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища [2]. Отже, фактично за вимагання, просьбу, одержання спеціальними суб'єктами для себе або близьких їм осіб подарунків у зв'язку із здійсненням такими суб'єктами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, тобто за дії, що відносяться нормами антикорупційного законодавства стосовно обмежень щодо одержання подарунків до заборонених, передбачається кримінальна відповідальність. Таким чином, за порушення норм антикорупційного законодавства стосовно обмежень щодо подарунків передбачається як адміністративна відповідальність, так і кримінальна, а тому аргумент розмежування категорій «неправомірна вигода» та «подарунок» залежно від відповідальності (за порушення обмежень щодо одержання подарунків встановлюється адміністративна відповідальність, а за отримання/надання неправомірної вигоди – кримінальна), не витримує критики.

З огляду на це, привертає увагу інший підхід до питання співвідношення категорій «неправомірна вигода» та «подарунок», згідно якого певні види подарунків є неправомірною вигодою. Перш, ніж перейти до аналізу аргументів, якими обґрунтовується зазначений підхід, необхідно визначити, які ж види подарунків закріплює антикорупційне законодавство.

Законодавець у нормах Закону №1700-VII безпосередньо не визначає видів подарунків. Проте, виходячи з аналізу їх змісту, констатуємо, що спеціальні суб'єкти можуть отримувати певні подарунки, які можна назвати дозволеними. Дозволені подарунки – це подарунки, які спеціальні суб'єкти можуть приймати без ризику бути притягнутими до адміністративної чи кримінальної відповідальності. До «дозволених» подарунків відносяться подарунки: що одержуються як дарунки від близьких осіб; що одержуються як загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси (ч. 2 ст. 23 Закону №1700-VII) [1]. Крім цього, виходячи з змісту ст.

23 Закону №1700-VII, можна виділити «заборонені» подарунки, до яких відносяться: подарунки, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; подарунки, які спеціальний суб'єкт отримує від осіб, які перебувають у підпорядкуванні такої особи [1]. Щодо таких подарунків існує дискусія в праві – в певних публікаціях вони називаються «обмеженими», оскільки їх отримання тягне адміністративну відповідальність за ст. 172-5 КУпАП, де передбачена відповідальність за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків [9]. Як аргумент наводиться те, що в такій редакції ст. 172-5 КУпАП була викладена лише після прийняття Закону № 1700-VII, а до того ця стаття передбачала адміністративне стягнення за порушення встановленої законом заборони щодо одержання дарунка (пожертви), при цьому забороненими оголошувалися дарунки, одержані особами у зв'язку зі здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, а також якщо особа, яка дарує, перебуває у підпорядкуванні такої особи, тобто за змістом були ідентичними нинішнім «обмеженим» подарункам.

Не можемо погодитися з цією позицією, оскільки вважаємо, що законодавець не даремно виключив вказівку на «заборонені» подарунки з КУпАП. В цьому питанні нам імпонує позиція Н.М. Ярмиш, яка зазначає, що заборона на отримання подарунків, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб може вимагати, просити, одержувати для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування та подарунків, які спеціальний суб'єкт може отримувати від осіб, які перебувають у підпорядкуванні такого суб'єкта, означає, що цього не можна робити ніколи, за жодних умов [5, с. 53]. Проте існують й інші подарунки, які спеціальні суб'єкти можуть отримувати, проте з певними обмеженнями – подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, якщо вартість таких подарунків не перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки [5, с. 53]. Саме ці подарунки і відносяться до обмежених.

Таким чином, можна констатувати, що антикорупційне законодавство закріпляє такі види подарунків: 1) дозволені подарунки: подарунки, що одержуються як дарунки від близьких осіб; подарунки, що одержуються як загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси); 2) обмежені подарунки: подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність та подарунки, якщо вартість яких не перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки; 3) заборонені подарунки: подарунки, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; подарунки, які спеціальний суб'єкт може отримувати від осіб, які перебувають у його підпорядкуванні.

Повертаючись до співвідношення категорій «неправомірна вигода» та «подарунок» зосередимо увагу на співвідношенні неправомірної вигоди та «заборонених» і «обмежених» подарунків, оскільки «дозволені» подарунки не є неправомірною вигодою.

До «заборонених» подарунків, як зазначалося раніше, відносяться подарунки, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону № 1700-VII) та подарунки, які спеціальний суб'єкт може отримувати від осіб, які перебувають у його підпорядкуванні (п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону № 1700-VII).

Зосередимо увагу спочатку на подарунках, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Як зазначалося вище, за такі дії передбачається кримінальна відповідальність. Так, якщо порівняти норми ч. 1 ст. 23 Закону № 1700-VII та ч. 1 ст. 368 КК України, побачимо наступне:

1) норми антикорупційного законодавства забороняють (не визначаючи, яка відповідальність наступить про порушенні таких заборон) спеціальним суб'єктам

безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, а у ст. 368 КК України передбачається відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища (див. табл. 1). Використати владу чи службове становище спеціальний суб'єкт може виключно в результаті здійснення ним діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Табл. 1

ч. 1 ст. 23 Закону № 1700-VII	**Ч. 1 ст. 368 КК України**
Особам, зазначеним у п. 1, 2 частини першої статті 3 цього Закону, забороняється: 1) безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування	Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища

2) зміст диспозиції ч. 1 ст. 368 КК України не передбачає обов'язкове вчинення спеціальним суб'єктом відповідних дій, відповідальність настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано неправомірну вигоду, була чи ні вона обумовлена до їх вчинення, виконав чи не виконав спеціальний суб'єкт обумовлене, збирався чи ні він це робити, отже «вдячність», «подарунок», «винагорода» (яким би чином не називали це особи) за діяльність спеціального суб'єкта, пов'язану із використанням наданої йому

влади чи службового становища (яка надається їм для виконання функцій держави або місцевого самоврядування) є неправомірною вигодою;

З) подарунком, як зазначалося раніше, є грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають (одержують) безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової, а неправомірна вигода – грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав, отже предмет подарунку та неправомірної вигоди може співпадати;

З) отримання неправомірної вигоди завжди відбувається за незаконних підстав, а порушення встановленої законом заборони на отримання подарунку – відноситься до таких підстав.

Таким чином, такі «заборонені» подарунки як подарунки, що спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із використанням наданої йому влади чи службового становища (яка надається їм для виконання функцій держави або місцевого самоврядування) є неправомірною вигодою.

Переходячи до розгляду подарунків, які спеціальний суб'єкт може отримувати від осіб, що перебувають у його підпорядкуванні, зазначимо, що хоч такі подарунки і відносяться до заборонених, проте безпосередньо неправомірною вигодою вони не будуть, незважаючи на те, що можна припустити, що «подарунок» начальнику робиться не від щирого серця, а для задоволення власних інтересів (створення поблажливого до себе відношення, просування по службі). До неправомірної вигоди такі подарунки можна віднести лише у випадку, якщо вони передаються як винагорода за вирішення питань на їх користь чи користь третіх осіб з використанням керівником наданої йому влади чи службового становища (які надаються для виконання функцій держави або місцевого самоврядування) (у такому випадку підлеглий виступає або надавачем або посередником у переданні неправомірної вигоди).

Зосереджуючи увагу на розгляді співвідношення «обмежених» подарунків з неправомірною вигодою, нагадаємо, що відповідно у ч. 2 ст. 23 Закону № 1700-VII передбачається, що спеціальні суб'єкти можуть приймати подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, крім випадків, передбачених частиною першою цієї статті, якщо вартість таких подарунків не перевищує один прожитковий

мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки [1]. У ч. 1 цієї статті зазначається заборона щодо отримання подарунків спеціальними суб'єктами у зв'язку із здійсненням ними діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування [1]. Виходячи з цього, подарунки, які навіть підпадають під ознаки гостинності, але які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, є забороненими, а їх вимагання, просьба, одержання для себе чи близьких осіб буде неправомірною вигодою.

Виходячи з вищевказаного, констатуємо:

1) категорії «неправомірна вигода» та «подарунки» - не тотожні категорії, це категорії, які межують між собою в окремому аспекті, а саме деякі «заборонені» подарунки можуть бути неправомірною вигодою;

2) до «заборонених» подарунків, які можуть бути визнані неправомірною вигодою, відносяться:

- подарунки, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із використанням наданої йому влади чи службового становища (яка надається їм для виконання функцій держави або місцевого самоврядування);

- подарунки, які спеціальний суб'єкт може отримувати від осіб, що перебувають у його підпорядкуванні, у випадку, якщо вони передаються як винагорода за вирішення питань на їх користь чи користь третіх осіб з використанням спеціальним суб'єктом наданої йому влади чи службового становища, що надаються йому для виконання функцій держави або місцевого самоврядування (у такому випадку підлеглий виступає або надавачем або посередником у переданні неправомірної вигоди);

- подарунки, навіть якщо вони відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, які спеціальний суб'єкт безпосередньо або через інших осіб вимагає, просить, одержує для себе чи близьких осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із

здійсненням таким суб'єктом діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування;

3) за одержання вищевказаних «заборонених» подарунків передбачається кримінальна відповідальність (недаремно зі ст. 172-5 КУпАП законодавець виключив вказівку на «заборонений» подарунок).

Список використаних джерел:

1. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

2. Кримінальний кодекс України. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20170101#n1070

3. Киричко В.М. Проблема розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за порушення заборон одержання неправомірної вигоди й подарунків, шляхи її вирішення. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 138. С. 122–127.

4. Курило Т.С. «Подарунок» як предмет адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-5 КУПАП, вчиненого нотаріусом. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2017.Вип. 2. Т. 3. С. 120–126.

5. Ярмиш Н. Про співвідношення одержання неправомірної вигоди з одержанням забороненого подарунку. Вісник прокуратури. 2016. С. 52–59.

6. Лупало О.А. Деякі проблеми застосування обмеження щодо одержання подарунків в антикорупційному законодавстві. URL. http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/13833/1/%D0%86%D0%9C%D0%9F%D0%9B%D0%95%D0%9C%D0%95%D0%9D%D0%A2%D0%90%D0%A6%D0%86%D0%AF%20%D0%84%D0%92%D0%A0%D0%9E%D0%9F%D0%95%D0%99%D0%A1%D0%AC%D0%9A%D0%98%D0%A5%20%D0%A1%D0%A2%D0%90%D0%9D%D0%94%D0%90%D0%A0%D0%A2%D0%86%D0%92_p077-083.pdf

7. Коржанський М.Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України. К.: Атіка-Академія-Ельга-Н, 2005. 555 с.

8. Про судову практику у справах про хабарництво. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 5. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02

9. Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10

УДК 341:33

Іляшов А.,
студент 2 курсу магістратури
Навчально-наукового юридичного інституту КиМУ
Науковий керівник:
директор Навчально-наукового юридичного інституту КиМУ
к.ю.н., доц., **Панфілова Ю.М.**

ОРГАНИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

У статті визначаються органи, які наділені повноваженнями у галузі забезпечення національної безпеки України, аналізується компетенція відповідних органів держави, досліджуються їх права і обов'язки, аналізується розподіл повноважень органів держави і посадових осіб у галузі забезпечення національної безпеки України.

Ключові слова: *національна безпека, органи державної влади, державне управлінні сектором національної безпеки держави.*

Иляшов А. ОРГАНЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ УКРАИНЫ

В статье определяются органы, которые наделены полномочиями в области обеспечения национальной безопасности Украины, анализируется компетенция соответствующих органов государства, исследуются их права и обязанности, анализируется распределение полномочий органов и должностных лиц в области обеспечения национальной безопасности Украины.

Ключевые слова: национальная безопасность, органы государственной власти, государственного управления сектором национальной безопасности государства.

Ilyashov A. BODIES OF NATIONAL SECURITY OF UKRAINE

The author identifies the bodies that are empowered in the field of national security of Ukraine, analyzes the competence of the relevant state bodies, examines their rights and responsibilities, analyzes the distribution of powers of state bodies and officials in the field of national security of Ukraine.

Keywords: national security, public authorities, public administration of the national security sector of the state.

Постановка проблеми. Питання забезпечення національної безпеки держави є одним із основних завдань на будь-якому етапі її існування. В Україні відбувається перманентна реформа забезпечення сектору національної безпеки у зв'язку з новими викликами, які постають перед державою в умовах переоцінки ролі держави у сучасному світі і верховенства прав і свобод людини. Поряд з викликами XXI століття, такими як розвиток інформаційних та військових технологій, торгових воєн, діяльності кримінальних та терористичних організацій Україна зіткнулася з воєнною загрозою внаслідок російської агресії.

Метою статті є визначення системи органів. уповноважених на забезпечення завдань і функцій держави у галузі національної безпеки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам національної безпеки присвячені роботи В. Горбуліна, О. Бєлова, О. Власюка, В. Ліпкана, Е. Лисицина, М. Безрукова, А. Возженникова, А. Качинського, Г. Ситніка.

Виклад основного матеріалу. Термін «національна безпека» відносно молодий. Він з'являться в результаті усвідомлення таких понять, як «державна безпека», «обороноздатність», «військова безпека» тощо. Вперше він був використаний в США разом з прийняттям в 1947 році закону про національну безпеку. Характеризуючи поняття національної безпеки в офіційних документах, що є основою концепції національної безпеки Сполучених Штатів Америки, як одна з головних цілей подається саме самозбереження нації, як особливої культурноісторичної, політичної спільноти, що передбачало захист державного устрою, національних ідеалів, традицій, способу життя [4, с. 162].

Національна безпека України відповідно до Закону України про національну безпеку – захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз [9].

Основу системи забезпечення національної безпеки України складають органи, методи та засоби забезпечення національної безпеки, які використовують систему теоретико-методологічних, нормативно-правових, інформаційно-аналітичних, організаційно-управлінських, розвідувальних, контррозвідувальних, оперативно-розшукових, кадрових, науково-технічних, ресурсних та інших заходів, спрямованих на забезпечення процесу управління загрозами та небезпеками, за якого державними і недержавними інституціями гарантується прогресивний розвиток українських національних інтересів, джерел духовного і внутрішнього добробуту народу України, ефективне функціонування самої системи національної безпеки України [6, с. 58].

Відповідно до Закону про національну безпеку [9], сектор безпеки і оборони – це система органів державної влади, Збройних Сил України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, правоохоронних та розвідувальних органів, державних органів спеціального призначення з правоохоронними функціями, сил цивільного захисту, оборонно-промислового комплексу України, діяльність яких

перебуває під демократичним цивільним контролем і відповідно до Конституції та законів України за функціональним призначенням спрямована на захист національних інтересів України від загроз, а також громадяни та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки України [9]. Як бачимо, закон зосереджений саме на військовій безпеці України, яка має забезпечуватися силовими органами – військовими і правоохоронними. Звичайно, на нинішньому етапі для України протидія воєнній агресії є визначальною, але варто пам'ятати, що не менш важливими питаннями є протидія і іншим загрозам – економічній, енергетичній, екологічній та іншим.

Стаття 12 Закону про національну безпеку визначає, що сектор безпеки і оборони України складається з чотирьох взаємопов'язаних складових: сили безпеки; сили оборони; оборонно-промисловий комплекс; громадяни та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки [9].

До сектору безпеки і оборони законом відносяться такі суб'єкти, як Міністерство оборони України, Збройні Сили України, Державна спеціальна служба транспорту, Міністерство внутрішніх справ України, Національна гвардія України, Національна поліція України, Державна прикордонна служба України, Державна міграційна служба України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, Служба безпеки України, Управління державної охорони України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Апарат Ради національної безпеки і оборони України, розвідувальні органи України, центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну військово-промислову політику [9].

Відповідно до статті 13 закону про національну безпеку [9] керівництво у сферах національної безпеки і оборони відповідно до Конституції України здійснює Президент України.

Саме Президент забезпечує державну незалежність та національну безпеку. Він є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України, очолює Раду національної безпеки і оборони України, має низку повноважень щодо призначення вищих посадових осіб у галузі національної безпеки і оборони, зокрема:

1. вносить до Верховної Ради України подання про призначення Міністра оборони України;

2. вносить до Верховної Ради України подання про призначення на посаду та звільнення з посади Голови Служби безпеки України;

3. призначає на посади та звільняє з посад Секретаря Ради національної безпеки і оборони України та його заступників;

4. призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України за поданням Міністра оборони України, а також вище командування інших військових формувань за поданням керівників органів центральної виконавчої влади, яким підпорядковуються відповідні військові формування;

5. здійснює загальне керівництво розвідувальними органами України.

Президент уповноважений видавати укази і розпорядження з питань національної безпеки і оборони, зокрема указами Президента України затверджуються Стратегія національної безпеки України, Стратегія воєнної безпеки України, інші стратегії, доктрини, концепції, якими визначаються актуальні загрози національній безпеці, основні напрями і завдання державної політики у сферах національної безпеки і оборони, розвитку сектору безпеки і оборони; звертається з посланнями до народу та із щорічними і позачерговими посланнями до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України; реалізує право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України щодо законодавчого врегулювання питань національної безпеки і оборони.

До повноважень президента належить внесення до Верховної Ради України подання про оголошення надзвичайних станів, зокрема стану війни, у разі збройної агресії проти України приймає рішення про застосування Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань; приймає рішення про загальну або часткову мобілізацію.

Як бачимо, повноваження президента у галузі забезпечення національної безпеки є доволі широкими, і перелік, зазначений у законі про національну безпеку, не є вичерпним.

Особливе місце у системі забезпечення національної безпеки посідає Рада національної безпеки і оборони України (далі – РНБО), яку було створено Указом Президента України від 30 серпня 1996 року N 772 відповідно до статті 107 Конституції України. РНБО – це постійно діючий конституційний орган, який відповідно до статті 107 Конституції України [5] та Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» [10], статті 14. закону про національну безпеку [9] здійснює координацію у

сферах національної безпеки і оборони. В умовах воєнного або надзвичайного стану, в особливий період, а також у разі виникнення кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці України, Рада національної безпеки і оборони України координує діяльність органів виконавчої влади, розглядає пропозиції щодо застосування відповідно до закону спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів.

Головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику з питань національної безпеки у воєнній сфері, сферах оборони і військового будівництва у мирний час та особливий період є Міністерство оборони України [9].

До повноважень Міністерства оборони України належать організація в силах оборони заходів оборонного планування, визначення засад воєнної, військової кадрової та військово-технічної політики у сфері оборони, здійснення в установленому порядку координації діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування щодо підготовки держави до оборони.

Міністерство оборони України є центральним органом виконавчої влади та військового управління, у підпорядкуванні якого перебувають Збройні Сили України та Державна спеціальна служба транспорту.

Міністр оборони України за посадою входить до складу Ради національної безпеки і оборони України і відповідає за формування державної політики у сфері оборони, оборонне планування, програмний та ресурсний менеджмент, військову кадрову політику, ефективне та належне використання оборонних ресурсів, всебічне забезпечення життєдіяльності, функціонування, розвиток та застосування Збройних Сил України [9].

Міністр оборони України здійснює керівництво Міністерством оборони України, військово-політичне і адміністративне керівництво Збройними Силами України безпосередньо та через першого заступника Міністра оборони України, заступників Міністра оборони України, а також через Головнокомандувача Збройних Сил України.

Збройні Сили України є військовим формуванням, на яке відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності.

Збройні Сили України забезпечують стримування та відсіч збройної агресії проти України, охорону повітряного простору держави та підводного простору у межах

територіального моря України. Особливо слід звернути увагу, що у випадках, визначених законом, ЗСУ беруть участь у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом [9].

Генеральний штаб Збройних Сил України є головним органом військового управління з планування оборони держави, стратегічного планування застосування Збройних Сил України та визначених сил і засобів інших складових сил оборони, координації і контролю за виконанням завдань у сфері оборони органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та силами оборони у межах, визначених законами України, актами Президента України та Кабінету Міністрів України. Генеральний штаб Збройних Сил України в особливий період виконує функції стратегічного керівництва Збройними Силами України, іншими складовими сил оборони. Генеральний штаб Збройних Сил України з урахуванням пропозицій Командувача об'єднаних сил здійснює планування, координацію та контроль за підготовкою всіх складових сил оборони з метою набуття ними необхідних об'єднаних спроможностей [9].

Збройні Сили України складаються з видів та окремих родів військ (сил). Органом управління міжвидовими та міжвідомчими угрупованнями військ (сил) є Об'єднаний оперативний штаб Збройних Сил України.

Об'єднаний оперативний штаб Збройних Сил України підпорядковується Командувачу об'єднаних сил, який призначається на посаду і звільняється з посади Президентом України за поданням Міністра оборони України. Президент України може призначати командувача (командувачів) об'єднаних сил для здійснення управління операціями на окремих напрямах [9].

Командувач об'єднаних сил підпорядковується Головнокомандувачу Збройних Сил України та здійснює через Об'єднаний оперативний штаб Збройних Сил України оперативний контроль за набуттям ними оперативних (бойових) спроможностей, планування застосування та безпосереднє управління об'єднаними силами і засобами Збройних Сил України, інших складових сил оборони, які передані у його підпорядкування, а також національним контингентом і національним персоналом, які беруть участь у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки [9].

Командувач об'єднаних сил за погодженням з Міністром оборони України і Головнокомандувачем Збройних Сил України має право доповідати безпосередньо Президентові України про готовність та хід виконання завдань об'єднаними силами.

Замисел застосування об'єднаних сил в операціях затверджується Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України [9].

Державна спеціальна служба транспорту є спеціалізованим військовим формуванням, що входить до системи Міністерства оборони України, призначеним для забезпечення стійкого функціонування транспорту в мирний час та в особливий період, зокрема виконання завдань з технічного прикриття, відбудови, встановлення загороджень на об'єктах національної транспортної системи України з метою забезпечення діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України.

Із введенням воєнного стану Державна спеціальна служба транспорту приводиться в готовність до виконання завдань за призначенням в умовах дії правового режиму воєнного стану і підпорядковується Головнокомандувачу Збройних Сил України, про що зазначається в указі Президента України про введення воєнного стану, який затверджується Верховною Радою України.

Важливе місце у системі забезпечення національної безпеки займає Міністерство внутрішніх справ України, яке є центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах забезпечення охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, протидії злочинності, підтримання громадської безпеки і правопорядку, а також надання поліцейських послуг; захисту державного кордону України та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні; цивільного захисту, захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій та запобігання їх виникненню, ліквідації надзвичайних ситуацій, рятувальної справи, гасіння пожеж, пожежної та техногенної безпеки, діяльності аварійно-рятувальних служб, а також гідрометеорологічної діяльності; міграції (імміграції та еміграції), зокрема протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, зокрема біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів [9].

Міністр внутрішніх справ України за посадою входить до складу Ради національної безпеки і оборони України і відповідає за формування державної політики у сферах, що належать до компетенції Міністерства внутрішніх справ України, здійснює повноваження, визначені законодавством України.

Через Міністра внутрішніх справ України спрямовується і координується діяльність Національної поліції України, Національної гвардії України, Державної прикордонної служби України, Державної служби України з надзвичайних ситуацій та Державної міграційної служби України .

Національна поліція України є центральним органом виконавчої влади, що забезпечує громадську безпеку і порядок, охорону прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, протидію злочинності, а також надає визначені законом послуги з допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги.

Національна гвардія України є військовим формуванням з правоохоронними функціями, призначеним для виконання завдань із захисту та охорони життя, прав, свобод і законних інтересів громадян, суспільства і держави від злочинних та інших протиправних посягань, охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки, а також у взаємодії з іншими органами - із забезпечення державної безпеки і захисту державного кордону України, припинення терористичної діяльності, діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань, організованих злочинних груп та організацій [9].

У мирний час Національна гвардія України входить до складу сил безпеки і виконує правоохоронні функції, а також розвиває спроможності, необхідні для виконання завдань у складі сил оборони.

Державна прикордонна служба України є правоохоронним органом спеціального призначення, що реалізує державну політику у сфері безпеки державного кордону України та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні.

Державна служба України з надзвичайних ситуацій є центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах цивільного захисту, захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій, запобігання їх виникненню, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, проведення аварійно-рятувальних робіт, пожежогасіння, пожежної та техногенної безпеки, роботи рятувальних служб під час аварій, а також гідрометеорологічної діяльності [9].

Державна міграційна служба України є центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), зокрема протидії

нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, зокрема біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів.

Служба безпеки України є державним органом спеціального призначення з правоохоронними функціями, що забезпечує державну безпеку, здійснюючи з неухильним дотриманням прав і свобод людини і громадянина протидію розвідувально-підривній діяльності проти України; боротьбу з тероризмом; контр розвідувальний захист державного суверенітету, конституційного ладу і територіальної цілісності, оборонного і науково-технічного потенціалу, кібербезпеки, економічної та інформаційної безпеки держави, об'єктів критичної інфраструктури; охорону державної таємниці. Голова Служби безпеки України за посадою входить до складу Ради національної безпеки і оборони України [9].

Стаття 20. Закону України про національну безпеку [9] також виокремлюються як окремі суб'єкти розвідувальні органи України – державні органи або структурні підрозділи у їх складі, уповноважені законом здійснювати розвідувальну діяльність з метою захисту національних інтересів України від зовнішніх загроз.

Також до органів забезпечення національної безпеки належать Управління державної охорони України і Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України. Управління державної охорони України відповідно до закону здійснює державну охорону органів державної влади України, забезпечення безпеки посадових осіб та охорони об'єктів, визначених законом. Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України є державним органом, призначеним для забезпечення функціонування і розвитку державної системи урядового зв'язку, Національної системи конфіденційного зв'язку, формування та реалізації державної політики у сферах кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, криптографічного та технічного захисту інформації, телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, поштового зв'язку спеціального призначення, урядового фельд'єгерського зв'язку, а також інших завдань відповідно до закону.

Стаття 23. Закону про національну безпеку [9] передбачає існування Центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну військово-промислову політику, який разом з іншими органами сектору безпеки і оборони визначає пріоритетні напрями розвитку оборонно-промислового комплексу, забезпечує

нормативно-правове регулювання у цій сфері, аналізує стан та тенденції розвитку оборонно-промислового комплексу України, розробляє та організовує виконання державних програм розвитку оборонно-промислового комплексу.

Постановою Кабінету Міністрів України від 24 квітня 2019 р. № 355 [8] затверджено зміни до Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі в частині процедурного закріплення повноважень Міністерства із забезпечення формування та реалізації державної військово-промислової політики. Документом також передбачено відповідне кадрове забезпечення реалізації таких повноважень.

Висновки. Як бачимо, повноваження більшості органів національної безпеки спрямовані саме на забезпечення оборонної сфери, і це обґрунтовано в умовах російської агресії проти України, але це не означає, що інші виклики національній безпеці, наприклад інформаційна, екологічна чи економічна безпека не вимагають особливої уваги держави, тим більше, що в умовах гібридної війни атакам комплексно піддаються усі сфери суспільного життя і державного регулювання відповідно.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Власюк О. С. Національна безпека України: еволюція проблем внутрішньої політики : Вибр. наук. праці. Київ : НІСД, 2016. 528 с.
2. Голубь В.В. Ефективна держава та інституційна стійкість як імператив національної безпеки. *Інституціоналізація публічного управління в Україні в умовах євроінтеграційних та глобалізаційних викликів : матеріали щоріч. Всеукр. наук.-практ. конф. за міжнар. участю* (Київ, 24 трав. 2019 р.) : у 5 т. / за заг. ред. А. П. Савкова, М. М. Білинської, О. М. Петроє. Київ : НАДУ, 2019. Т. 3. С. 9 – 11.
3. Коваль К. Оборонно-промисловий комплекс України. Як контролювати те, чого не існує? URL: https://blogs.korrespondent.net/blog/politics/4010087/
4. Ковальов В.Г. Розвиток терміну національна безпека та становлення категорії транспортна безпека. *Наукові розвідки з державного та муніципального управління*, 2013, № 1. С. 161 – 172.
5. Конституція України. Документ 254к/96-ВРя. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр
6. Ліпкан В.А. Поняття системи забезпечення національної безпеки України. *Право і безпека. 2003/2-4. С. 57 – 60.*
7. Питання Міністерства економічного розвитку і торгівлі. Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 № 459
8. Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2014 р. № 85 і від 20 серпня 2014 р. № 459. Постанова Кабінету Міністрів України від 24 квітня 2019 р. № 355 URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-tanov-kabinetu-ministriv-ukrayini-vid-5-kvitnya-2014-r-85-i-vid-20-serpnya-2014-r-459
9. Про національну безпеку України. Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2018, № 31, ст.241.
10. Про Раду національної безпеки і оборони України. Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1998, № 35, ст.237

11. Смолянюк В. Ф. Системні засади національної безпеки України. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* № 2 (37) 2018, С. 107 – 126.

REFERENCIES:

1. Vlasyuk O. S. Natsional′na bezpeka Ukrayiny: evolyutsiya problem vnutrishn′oyi polityky : Vybr. nauk. pratsi. Kyyiv : NISD, 2016. 528 s.

2. Holub′ V.V. Efektyvna derzhava ta instytutsiyna stiykist′ yak imperatyv natsional′noyi bezpeky. Instytutsionalizatsiya publichnoho upravlinnya v Ukrayini v umovakh yevrointehratsiynykh ta hlobalizatsiynykh vyklykiv : materialy shchorich. Vseukr. nauk.-prakt. konf. za mizhnar. uchastyu (Kyyiv, 24 trav. 2019 r.) : u 5 t. / za zah. red. A. P. Savkova, M. M. Bilyns′koyi, O. M. Petroye. Kyyiv : NADU, 2019. T. 3. S. 9 – 11.

3. Koval′ K. Oboronno-promyslovyy kompleks Ukrayiny. Yak kontrolyuvaty te, choho ne isnuye?. URL: https://blogs.korrespondent.net/blog/politics/4010087/

4. Koval′ov V.H. Rozvytok terminu natsional′na bezpeka ta stanovlennya katehoriyi transportna bezpeka. Naukovi rozvidky z derzhavnoho ta munitsypal′noho upravlinnya, 2013, № 1. S. 161 – 172.

5. Konstytutsiya Ukrayiny. Dokument 254k/96-VRya. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr

6. LIPKAN V.A. Ponyattya systemy zabezpechennya natsional′noyi bezpeky Ukrayiny. Pravo i bezpeka. 2003/2-4. S. 57 – 60.

7. Pytannya Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli. Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 20 serpnya 2014 № 459

8. Pro vnesennya zmin do postanov Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 5 kvitnya 2014 r. № 85 i vid 20 serpnya 2014 r. № 459. Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 24 kvitnya 2019 r. № 355 URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-tanov-kabinetu-ministriv-ukrayini-vid-5-kvitnya-2014-r-85-i-vid-20-serpnya-2014-r-459

9. Pro natsional′nu bezpeku Ukrayiny. Zakon Ukrayiny. Vidomosti Verkhovnoyi Rady (VVR), 2018, № 31, st.241.

10. Pro Radu natsional′noyi bezpeky i oborony Ukrayiny. Zakon Ukrayiny. Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny (VVR), 1998, № 35, st.237

11. Smolyanyuk V. F. Systemni zasady natsional′noyi bezpeky Ukrayiny. Visnyk Natsional′noho universytetu «Yurydychna akademiya Ukrayiny imeni Yaroslava Mudroho» № 2 (37) 2018, S. 107 – 126.

SUMMARY:

The crisis periods of the state development requires an audit of the activities of all state institutions, clarification of strategic priorities of the state development, change of the system of management principles, revision of the system of state priorities, formation of a new paradigm, which envisages the development of social and political institutions, a combination of public and private interests, providing a mechanism to guarantee the realization of human rights and freedoms. The term "national security" is relatively new. It emerged because of awareness of such concepts as "state security", "defense capability", "military security" and others. First time it was used in the United States in the National Security Act of 1947. Analyzing the concept of national security in official documents, which is the basis of the concept of national security of the United States, one of the main goals is the self-preservation of the nation as a special cultural, historical and political community, providing protection to the state system, national ideals, customs, way of life. National Security of Ukraine in accordance with the Law of Ukraine on National Security means protection of state sovereignty, territorial integrity, democratic constitutional order and other national interests of Ukraine against real and potential threats.

Article 12 of the Law on National Security states that the security and defense sector of Ukraine consists of four interconnected components: security forces; defense forces; defense-industrial complex; citizens and civil associations voluntarily involved in national security.

УДК 342.6(477)

Пальчик М.,
студент 2 курсу магістратури,
Юридичного інституту
Київського міжнародного університету

Науковий керівник:
директор Навчально-наукового
юридичного інституту
Київського міжнародного університету,
к.ю.н., доц., ***Панфілова Ю.М.***

ІНСТИТУТ ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ СЛУЖБИ, ЯК РІЗНОВИД ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ, В ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ

У статті досліджуються правовий статус парламентів в деяких зарубіжних державах; загальні засади та особливості функціонування парламенсткьої служби в деяких європейських державах. Автор доходить висновку, що парламентська служба у більшості зарубіжних країн є різновидом державної служби і не регулюється спеціальним законодавством. Доводиться, що організаційна структура парламентської служби у кожній державі має свою специфіку. Вбачається, що в процесі реформування державної служби, Україна має враховувати досвід зарубіжних держав, зокрема, європейських, в цій сфері.

Ключові слова*: державна служба, парламентська служба, парламент, апарат парламенту тощо.*

Пальчик М. Институт парламентской службы, как разновидность государственной службы, в некоторых зарубежных странах

В статье исследуются правовой статус парламентов в некоторых зарубежных государствах; общие принципы и особенности функционирования парламенсткой службы в некоторых европейских государствах. Автор приходит к выводу, что парламентская служба в большинстве зарубежных стран является разновидностью государственной службы и не регулируется специальным законодательством. Доказывается, что организационная структура парламентской службы в каждом государстве имеет свою специфику. Представляется, что в процессе реформирования государственной службы, Украина должна учитывать опыт зарубежных государств, в частности, европейских, в этой сфере.

Ключевые слова*: государственная служба, парламентская служба, парламент, аппарат парламента и тому подобное.*

Palchyk M. INSTITUTE OF PARLIAMENTARY SERVICE AS A KIND OF CIVIL SERVICE IN SOME FOREIGN COUNTRIES

The author examines the legal status of parliaments in some foreign countries; general principles and features of the functioning of the parliamentary service in some European

countries. The author concludes that parliamentary service in most foreign countries is a kind of civil service and is not regulated by special legislation. It is proved that the organizational structure of the parliamentary service in each state has its own peculiarities. It is seen that in the process of reforming the civil service Ukraine should take into account the experience of foreign countries, in particular European ones, in this area.

***Key words**: civil service, parliamentary service, parliament, parliamentary apparatus, etc.*

Постановка проблеми. Державною службою в Україні визнається професійна діяльність осіб, які обіймають посади в державних органах та їхньому апараті та на яких покладено практичне виконання завдань і функцій держави. Завдання державної служби обумовлюються функціями держави і полягають у забезпеченні внутрішньої і зовнішньої безпеки, ефективного функціонування інфраструктури економіки, тощо. На державну службу покладено відповідальність щодо забезпечення законності політичних рішень, цілісності держави як інституту, збереження стабільності та принципів правової держави, якісний рівень реалізації конституційних гарантій громадян шляхом стабільного і безперервного надання їм публічних послуг. Отже, проблема ефективної системи державної служби набуває наразі особливої актуальності. Важливою запорукою ефективного виконання покладених на державну службу завдань і функцій є закріплені в Конституції України та в Законі України «Про державну службу» основні принципи, що лежать в її основі (служіння народові України; демократизм і законність; гуманізм і соціальна справедливість; пріоритет прав людини й громадянина; професіоналізм, компетентність, ініціативність, чесність, відданість справі; персональна відповідальність за виконання службових обов'язків і дисципліни; дотримання прав і законних інтересів органів місцевого й регіонального самоврядування; дотримання прав підприємств, установ та організацій, об'єднань громадян).

Разом з тим, стан та проблеми чинної системи законодавства обумовлюють важливість реформування цього суспільного інституту, приведення його у відповідність із європейськими стандартами. У цьому зв’язку видається корисним дослідити особливості функціонування парламентської служби, як різновиду державної служби, в деяких європейських державах.

Метою статті є дослідити особливості функціонування інституту парламентської служби в деяких зарубіжних державах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти сучасного стану та перспектив розвитку державної служби, в тому числі, і парламентської служби, є предметом дослідження таких вітчизняних вчених, як: В.Б.Авер'янов, О.Ю.Амосов,

Г.В.Атаманчук, В.Д.Бакуменко, В.А.Гошовська, С.Д.Дубенко, В.М.Князєв, В.І.Луговий, В.Я.Малиновський, Т.В.Мотренко, Н.Р.Нижник, О.Ю.Оболенський, Г.С.Одінцова, В.М.Олуйко, Л.А.Пашко, І.В.Розпутенко, В.М.Сороко, Ю.П.Сурмін, О.І.Турчинов, інші вчені.

Виклад основного матеріалу. Насамперед, проаналізуємо статус апаратів парламентів зарубіжних країн [4, с. 9-10]. Статус апаратів парламентів зарубіжних країн переважно визначається на трьох рівнях: 1) конституційному (Австрія, Греція, Іспанія, ФРН, Норвегія); 2) законодавчому (США, Швеція, Великобританія, Канада); 3) регламентному (Франція, Італія, Польща, Фінляндія). Моделі організації парламентського апарату характеризуються досить значним розмаїттям, що залежить від багатьох чинників історичного, політичного, економічного, культурного характеру. Однак визначальними серед них є форма правління, тип і структура парламенту, обсяг фінансування законодавчого органу.

Класифікація типів апаратів парламентів: 1) за структурою[3]: складні, з досить розгалуженою структурою та прості; 2) за рівнем управління: а) з горизонтальною (галузевою) і вертикальною (ієрархічною) структурою; б) на рівні підкомітетів, комітетів (комісій), палат і парламенту; 3) за компетенцією: загальної (універсальної) компетенції; спеціальної компетенції; 4) за суб’єктом обслуговування: адміністративний апарат; особистий апарат депутатів; апарат депутатських об’єднань у парламенті; апарат комітетів; 5) за типом управління: централізований, переважно централізований, частково централізований, децентралізований; 6) за характером служби в апараті: з автономною і неавтономною службою персоналу; 7) за типом персоналу: а) адміністративний апарат, особистий апарат парламентаря і позаштатний апарат; б) за належністю до політичної партії: партійний і позапартійний; в) за здійсненням функцій: по виконанню організаційних, аналітичних, матеріально-технічних та інших функцій.

Отже, парламентська служба (parliamentary service) – службовий апарат парламенту або окрема його частина (дослідницько-аналітична), що виконує функції адміністрування законодавчого процесу; забезпечення ефективного функціонування парламенту; підготовки аналітичних документів, фінансових звітів, управління документообігом та архівацією; надання бібліотечних та інформаційно-комунікаційних послуг. У розвинутих

[3] Апарати парламентів світу мають досить різноманітну структуру. Це зумовлено практичними потребами парламентів, їх структурою (одно- чи двопалатні), кількістю обраних депутатів, обсягами роботи і, звичайно ж, формою держави, її державного устрою та політичного режиму.

демократіях парламентська служба також може виконувати функції управління спадщиною, матеріально-технічного забезпечення парламенту та створення безпеки на території парламенту [1].

Аналіз законодавства зарубіжних країн дозволяє вести мову про те, що в деяких країнах статус більшості апаратів та секретарів парламентів закріплений нормами Конституції (Норвегія, Молдова, США, Азербайджан, Фінляндія, Німеччина). Існують окремі нормативно-правові акти, які регулюють діяльність та структурні особливості Апаратів. Наприклад, у Польщі діяльність Канцелярії Сейму визначається відповідно до Статуту Канцелярії Сейму від 21 березня 2002 року, а структура управління і компетенція структурних підрозділів Канцелярії Парламенту Естонії (Рийгікогу) встановлюються Положенням про Канцелярію Рийгікогу[4], які затверджуються правлінням Рийгікогу.

Загальний підхід до законодавчого закріплення діяльності Апаратів парламентів світу:

1. Конституційно закріплені як парламентські органи.
2. Діяльність регламентована Положеннями, Статутами, Регламентами, введеними в дію відповідно до наказів та розпоряджень глав держав та/або затвердженими парламентами [2].

Парламентська служба у більшості зарубіжних країн є різновидом державної служби і не регулюється спеціальним законодавством. Із розглянутих країн лише в *Австралії* та *Новій Зеландії* діє спеціальне законодавство щодо діяльності парламентської служби. Організаційна структура парламентської служби у кожній із розглянутих країн має свою специфіку. Наприклад, у *Австрії* департаменти апарату організовані відповідно до двох напрямків — законодавчого та адміністративного. У *Австралії* ключовими є департаменти Сенату та Палати представників [3].

Парламентська служба має на меті забезпечити ефективну роботу депутата та допомагає у здійсненні всього законодавчого процесу та дотичної діяльності. Відомо, що за браком часу депутати не в змозі глибинно дослідити всі питання, що розглядаються парламентом, та підготувати якісні закони в усіх сферах суспільного життя, саме тут на допомогу приходять парламентські служби, які швидко та якісно проводять дослідження з окремих тем.

[4] Постановою Рийгікогу від 5 жовтня 1992 року при Рийгікозі створено Канцелярію Рийгікогу.

Парламентські служби зазвичай надають різноманітні інформаційні та аналітичні послуги. Серед них: бібліографічний пошук; матеріали про законодавчу діяльність окремих органів; тлумачення міжнародного законодавства; аналітика соціально-політичних подій в країні та за кордоном; надання різноманітної статистичної інформації [1].

Відносно структурної організації парламентських служб зазвичай дотримуються такого розподілу: керівний орган, аналітичні групи з окремих питань (політика, право, економіка, європейські дослідження тощо) і сервісний апарат, що займається документацією та архівацією. Також окремо можна виділити прес-службу, службу безпеки, ІТ-відділ, відділ кадрів, департамент фінансів та бухгалтерії (внутрішній аудит). Усі структурні одиниці Апарату можна поділити на три види, відповідно до функціонального призначення: 1) політичні (секретаріати керівництва парламенту, комітетів та депутатських фракцій, особисті помічники парламентарів); 2) експертно-аналітичні (дослідницькі служби, бібліотека, видавництво, правовий відділ); 3) матеріально-технічні (господарська частина, документальний та кадровий відділи, комп'ютерне забезпечення). Інформаційно-дослідницькі служби парламентів випускають наступні продукти: інформаційні матеріали (інформаційні документи про сформовані практики в окремій галузі); аналітичні звіти (аналіз конкретної проблеми); матеріали про світові практики (порівняльний аналіз законодавства і політичних практик в окремій країні або групі країн); аналітична інформація (узагальнена інформація у вигляді огляду з поточних питань, що регулярно оновлюється); документи (пошук окремих документів або витягів з них); експертні матеріали (експертна аналітика з окремих питань); матеріали симпозіумів, конференцій, семінарів та публічних лекцій; огляди (огляд довідкових матеріалів та публікацій на певну тему); тренінги, семінари, навчальні матеріали (навчальні посібники, курси з інформаційної грамотності та історії) [1].

При цьому інформаційно-дослідницькі центри парламентів не зобов'язані: надавати освітні або академічні послуги (підготовка наукових статей, досліджень на здобуття наукового ступеня); надавати особисті, фінансові, медичні або юридичні поради у приватних справах, що не стосуються парламентської діяльності; готувати законопроекти і проекти резолюцій; здійснювати переклади на вимогу депутатів та комітетів; писати виступи депутатам; збирати інформацію про партії і депутатів; готувати інформацію для проведення політичних кампаній [1].

Основні вимоги до експертів, які працюють в парламентських дослідницьких службах: репутація у своїй науковій галузі знань; наявність міждисциплінарних кваліфікацій, що дозволяє працювати більш ніж в одній галузі досліджень; мережа контактів серед експертів у міністерствах, університетах та інших академічних підрозділах та дослідницьких службах; знання не менше двох іноземних мов.

Висновки та пропозиції. Реформування Апарату Верховної Ради України видається невід'ємною частиною парламентської реформи і складовою процесу її здійснення. Водночас, реалії такого реформування упродовж останніх років, вказують на обраний неоптимальний вектор її здійснення, який у цілому не спирається на довгострокову продуману, суспільно прийнятну та зрозумілу для працівників самого Апарату Верховної Ради України стратегію змін.

Насамперед, таке реформування здійснюється Верховної Ради України та її керівництвом багато в чому за «залишковим» принципом, відзначається непослідовністю і несистемністю, за відсутності чіткого стратегічного бачення плану реформи та конкретних послідовних заходів з її реалізації.

Попри комплексний характер реформування Апарату Верховної Ради України, парламентом досі не ухвалено жодного стратегічного нормативно-правового акта, який би визначав основні напрями реформування парламентського Апарату в довгостроковій перспективі, на основі поєднання структурного та функціонального підходів.

Окремі заходи з реформування Апарату Верховної Ради України мають незавершений характер, оскільки досі не визначеною залишається нова композиція структури Апарату Верховної Ради України, яка має бути цілковито осучаснена з урахуванням нової концепції публічної служби.

Низка важливих актів парламенту з приводу реформування Апарату Верховної Ради України не прийнята, що, певною мірою, компенсується (та/чи підміняється) одноособовими нормативними актами Голови Верховної Ради України та Керівника Апарату. Проте ці акти і в суто юридичному, і в організаційному аспектах мають обмежену сферу дії та порівняно нижчий ступінь суспільної легітимності. При цьому перевага у реформуванні віддається здебільшого секторам протидії корупції, зміцненню інформаційно-комунікаційної складової діяльності Апарату Верховної Ради України, забезпеченню його відкритості тощо. Важливі самі по собі, ці напрями реформування, втім, неспроможні дати потрібний кумулятивний ефект у відриві від загальної стратегії

реформування Апарату Верховної Ради України, яка дотепер на парламентському рівні відсутня. Тому вони (напрями) не маючи самостійного характеру, відіграють здебільшого формальну роль у загальній композиції реформування Апарату Верховної Ради України.

Водночас, об'єктивно назрілі завдання з протидії явищу «законодавчого спаму» не можуть обмежуватися суто парламентською складовою, а мають передбачати зміцнення правового статусу окремих структурних підрозділів Апарату парламенту в законодавчому процесі, зокрема Головного науково-експертного та Головного юридичного управлінь, секретаріатів комітетів Верховної Ради України, відділу реєстрації та обліку проходження законопроектів, а також Редакційного управління Головного управління документального забезпечення Апарату Верховної Ради України.

Юридично невизначеним залишається і питання щодо змісту створення, у довгостроковій перспективі, відокремленої парламентської державної служби. Очевидно, що повного відмежування від системи державної служби не може бути досягнуто з огляду на сумнівність одержаного організаційного ефекту. Водночас, будь-яка модель інституалізації парламентської державної служби, обрана законодавцем, потребуватиме внесення відповідних системних змін до Закону України «Про державну службу», вектор яких, проте, натепер залишається нез'ясованим.

Список використаних джерел та літератури:

1. А як у них? Міжнародний досвід організації управління парламентської служби. Матеріал підготовлено в рамках Програми USAID «РАДА: підзвітність, відповідальність, демократичне парламентське представництво», що виконується Фондом Східна Європа та партнерами. URL: https://rada.oporaua.org/analityka/a-iak-u-nykh/13929-a-iak-u-nykh-mizhnarodnyi-dosvid-orhanizatsii-upravlinnia-parlamentskoi-sluzhby
2. Законотворчість. Програма сприяння Парламенту України. Організація апарату парламентів. Світовий досвід. URL: http://pdp.org.ua/files/Zakonotv_Organizatsia%20Aparatu_October%202007.pdf
3. Парламентська служба у країнах ЄС та Австралії. Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит Комітету Верховної Ради України. URL: http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29343.pdf
4. Погребняк Н. С. Конституційно-правовий статус Апарату Верховної Ради України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Н. С. Погребняк ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2014. 23 с. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/7013

УДК 347.6(477)-053.2

Мамульчик А.М.,
здобувач Державного науково-дослідного інституту
МВС України

Mamulchyk Andrii
Postgraduate State Research Institute
of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ ДИТИНИ, РОЗЛУЧЕНОЇ З СІМ'ЄЮ, В УКРАЇНІ

LEGAL REGULATION OF THE STATUS OF A CHILD SEPARATED FROM A FAMILY IN UKRAINE

У статті досліджено правовий статус дитини, розлученої з сім'єю, в Україні. Проаналізовано законодавче та нормативно-правове забезпечення надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, та її додаткового захисту. Окреслені особливості нормативно-правового забезпечення надання статусу дитини, розлученої з сім'єю, в Україні та визначені критерії класифікації норм адміністративного законодавства, що врегульовують надання дитині спеціального статусу. Класифіковані норми законодавства, які врегульовують надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю.

Ключові слова: *дитина, розлучена з сім'єю, правовий статус, опіка, спеціальний статус, додатковий захист.*

В статье исследован правовой статус ребенка, разлученного с семьей в Украине. Проанализированы законодательное и нормативно-правовое обеспечение предоставления специального статуса ребенку, разлученного с семьей, и его дополнительной защиты. Выделены особенности нормативно-правового обеспечения предоставления статуса ребенка, разлученного с семьей, в Украине и определены критерии классификации норм административного законодательства, регулирующие предоставление ребенку специального статуса. Классифицированы нормы законодательства, регулирующие предоставление специального статуса ребенку, разлученному с семьей.

Ключевые слова: *ребенок, разлученный с семьей, правовой статус, опека, специальный статус, дополнительная защита.*

The article examines the legal status of a child separated from a family in Ukraine. Legislative and regulatory support for granting special status to a child separated from a family and its additional protection is analyzed. The peculiarities of regulatory and legal provision of granting the status of a child separated from a family in Ukraine are outlined and the criteria of classification of rules of administrative legislation regulating granting special status to a child are determined. The classification of legislative rules governing the granting of special status to a child separated from a family is carried out.

Key words*: child separated from a family, legal status, guardianship, special status, additional protection.*

Нормативно-правове регулювання статусу дитини, розлученої з сім'єю, в Україні має нетривалу історію, оскільки вперше в правовому полі нашої країни категорія

«дитина, розлучена з сім'єю» з'явилася лише в 2001 році, з прийняттям Закону України від 21.06.2001 № 2557-III «Про біженців» [1], де було надано поняття дитини, розлученої із сім'єю як особи віком до вісімнадцяти років, яка прибуває чи прибула на територію України без супроводу батьків чи одного з них, діда чи баби, повнолітніх брата чи сестри, опікуна чи піклувальника, призначених відповідно до законодавства країни походження, або інших повнолітніх осіб, які до прибуття в Україну добровільно чи в силу звичаю країни походження взяли на себе відповідальність за виховання дитини [1]. У п. 2 ст. 1 Закону України від 08.07.2011 № 3671-VI «Про біженців та осіб, які потребують додаткового захисту» (надалі – Закон № 3671-VI) [2], який було прийнято після Закону № 2557-III, зазначене визначення було відтворено без змін. В такому ж значенні поняття дитини, розлученої з сім'ю, було надано в Законі України від 26.04.2001 № 2402-III «Про охорону дитинства» [3] в редакції 2012 року [4].

Натепер категорія «дитина, розлучена з сім'єю» широко використовується у національному законодавстві, яким визначений порядок надання їй спеціального статусу, захисту прав, забезпечення інтересів тощо. Особливу увагу привертає питання нормативно-правового регулювання статусу дитини, розлученої з сім'єю.

Статус дитини, розлученої з сім'єю, включає такі аспекти: 1) визнання особи, дитиною, розлученої з сім'єю; 2) надання їй статусу «дитина, позбавлена батьківського піклування»; 3) можливе надання статусу «дитина-біженець» або «дитина, що потребує додаткового захисту», оскільки будь-яка особа, визнана дитиною, розлученою з сім'єю, визнається дитиною, позбавленою батьківського піклування і може звернутися за отриманням притулку в Україні. Отже, нормативно-правове регулювання статусу дитини, розлученої з сім'єю, включає норми адміністративного законодавства, які врегульовують виявлення дитини, розлученої з сім'єю, надання їй статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту.

Не можна не відмітити, що питанням нормативно-правового регулювання статусу дитини, розлученої з сім'єю, науковцями не приділено достатньої уваги. Окремим аспектам нормативно-правового регулювання надання статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, приділяли увагу Л. Балим [5, с. 65-68], В. Воднік [6, с. 113-127], Л. Кривачук [7], О. Ноздріна [8, с. 262-271] тощо, а на нормативно-правовому регулюванні надання статусу біженця зосереджували увагу Д. Гурін [9, с. 60-63], Н. Грабар [10, с. 1-226, Г. Тимчик [11, с. 82-84], Л. Біла-Тіунова [12, с. 194-205], М. Магда

[13, с. 93-96], І. Ковалишин [14, с. 1-20], в той час як нормативно-правове регулювання статусу дитини, розлученої з сім'єю, що включає нормативно-правове регулювання визнання особи дитиною, розлученою з сім'єю, надання такій дитині статусу дитини, позбавленої батьківського піклування та дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту, не було предметом самостійного дослідження, в той час як воно має важливе значення у сучасному світі, де діти складають третину всього потоку біженців [15, с. 183-186].

Метою дослідження є аналіз норм законодавства, що спрямовані на врегулювання спеціального статусу дитини, розлученої з сім'єю, їх класифікація та визначення особливостей.

В першу чергу приділимо увагу нормам законодавства, що спрямовані на врегулювання процесу виявлення дитини, розлученої з сім'єю. До таких актів відноситься Порядок взаємодії державних органів та органів місцевого самоврядування під час виявлення розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 № 832, в якому визначається механізм взаємодії державних органів та органів місцевого самоврядування під час роботи з розлученими із сім'єю дітьми, які є іноземцями або особами без громадянства та виявили бажання особисто чи через інших осіб набути статус біженця або особи, яка потребує додаткового захисту, відповідно до Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» [16]. Не можна не відмітити, що нормативно-правове регулювання виявлення дітей, розлучених із сім'єю, та визнання їх такими, представлене підзаконним актом, в якому аспекту виявлення і механізму визнання їх дітьми, розлученими з сім'єю, приділяється лише один розділ.

Повертаючись до аналізу норм законодавства, що спрямовані на надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, зосередимо увагу на нормах адміністративного законодавства, спрямованих на надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу дитини, позбавленої батьківського піклування. До таких норм, відносяться розділ IV Сімейного кодексу України [17], Закони України від 26.04.2001 № 2402-III «Про охорону дитинства», де закріплюється порядок визнання дитини, розлученої з сім'єю, дитиною, позбавленою батьківського піклування [3]; від 13.01.2005 № 2342-IV «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», в якому закріплюється правовий механізм

надання дитині, розлученій з сім'єю, правового статусу дитини, позбавленої батьківського піклування [18]; постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 № 832 «Про особливості соціального захисту розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України», якою затверджується Порядок взаємодії державних органів та органів місцевого самоврядування під час виявлення розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України [16] тощо. Слід звернути увагу на наповненість та належне нормативне врегулювання надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу дитини, позбавленої батьківського піклування. Таке становище пов'язане з тим, що законодавець не робить відмежувань у наданні статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, для дітей – громадян України та для дітей – іноземців, якими є діти, розлучені з сім'єю, а правове регулювання надання статусу дитини, позбавленої батьківського піклування для дітей – громадян України, пройшло тривалий шлях і натепер цілком ефективно врегульовує процес надання статусу дитини, позбавленої батьківського піклування.

Повертаючись до аналізу норм адміністративного законодавства, що спрямовані на надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, зосередимо увагу на нормах адміністративного законодавства, спрямованих на надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту. До таких норм, насамперед, відноситься Закон № 3671-VI, в якому закріплюються процедура надання особам (в тому числі дітям, розлученим з сім'єю) статусу біженця та особи, що потребує додаткового захисту [2]; Правила розгляду заяв та оформлення документів, необхідних для вирішення питання про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, втрату і позбавлення статусу біженця та додаткового захисту і скасування рішення про визнання особи біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, затверджені наказом МВС України від 07.09.2011 № 649, де закріплюється процедура розгляду в Україні заяв та оформлення документів, необхідних для вирішення питання про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту (в тому числі дитини, розлученої з сім'єю) [19] тощо. Спеціального підзаконного акту, який би закріплював процедуру надання дитині статусу дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту, не розроблено, надання таких статусів дитині здійснюється відповідно до загального порядку надання статусу біженця чи особи, що потребує додаткового захисту, закріпленого у нормативно-правових актах.

Продовжуючи розгляд норм законодавства, які врегульовують надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, в Україні (визнання її дитиною, розлученою з сім'єю, надання статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту) зазначимо, що доцільним буде вдатися до їх класифікації.

До критеріїв, за якими можна класифікувати норми адміністративного законодавства, що врегульовують надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, можна віднести юридичну силу нормативних актів, за яким їх поділяють на закони та підзаконні акти. До законів, які врегульовують надання особі спеціального статусу дитини, розлученої з сім'єю, відноситься Закон № 3671-VI, в якому визначено порядок надання дитині, розлученої з сім'єю, статусу біженця чи особи, що потребує додаткового захисту [2], Закон України від 26.04.2001 № 2402-III «Про охорону дитинства», де закріплюється порядок визнання дитини, розлученої з сім'єю, дитиною, позбавленою батьківського піклування [3] тощо, а до підзаконних актів – Порядок взаємодії державних органів та органів місцевого самоврядування під час виявлення розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 № 832 [16] тощо.

Наступним критерієм, що може бути застосований до класифікації норм адміністративного законодавства, що врегульовують надання дитині спеціального статусу (дитини, розлученої з сім'єю, дитини, позбавленої батьківського піклування, дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту) можна віднести суб'єктний критерій. До суб'єктів адміністративно-правового забезпечення надання спеціального статусу дитини, розлученої з сім'єю, нами віднесено суб'єкти публічного адміністрування, діяльність яких спрямована на виявлення дітей, розлучених з сім'єю, діяльність яких включає забезпечення надання дітям, розлученим з сім'єю, статусу дитини, позбавленої батьківського піклування та статусу дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту. Виходячи з цього, норми адміністративного законодавства, що врегульовують надання особі спеціального статусу дитини, розлученої з сім'єю, за суб'єктами можна класифікувати на:

1) норми адміністративного законодавства, спрямовані на врегулювання діяльності суб'єктів публічного адміністрування, діяльність яких спрямована на виявлення дітей, розлучених з сім'єю, до яких можна віднести Порядок взаємодії державних органів та

органів місцевого самоврядування під час виявлення розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 № 832 [16];

2) норми адміністративного законодавства, спрямовані на врегулювання діяльності суб'єктів публічного адміністрування з забезпечення надання дітям, розлученим з сім'єю, статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, до яких можна віднести Закони України від 26.04.2001 № 2402-III «Про охорону дитинства» [3], від 24.01.1995 № 20/95-ВР «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» [20], постанову Кабінету Міністрів України від 24.09.2088 № 866 «Питання діяльності органів опіку та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» [21] тощо;

2) норми адміністративного законодавства, спрямовані на врегулювання діяльності суб'єктів публічного адміністрування з забезпечення надання дітям, розлученим з сім'єю, статусу біженця чи особи, що потребує додаткового захисту, до яких відносяться: Закон № 3671-VI [2], Положення про Державну міграційну службу України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 № 360 [22].

Підсумовуючи зазначене, констатуємо, що нормативно-правове забезпечення надання статусу дитини, розлученої з сім'єю, в Україні має такі особливості: 1) нормативно-правове регулювання виявлення дітей, розлучених із сім'єю, та визнання їх такими, представлене підзаконним актом; 2) нормативно-правове регулювання надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу дитини, позбавленої батьківського піклування є цілком ефективним, оскільки відсутні відмежування у наданні статусу дитини, позбавленої батьківського піклування, для дітей – громадян України та для дітей – іноземців, якими є діти, розлучені з сім'єю; 3) спеціального підзаконного акту, який би закріплював процедуру надання дитині статусу дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту, не розроблено, надання таких статусів дитині здійснюється відповідно до загального порядку надання статусу біженця чи особи, що потребує додаткового захисту, закріпленого у нормативно-правових актах.

Класифікувати норми законодавства, які врегульовують надання спеціального статусу дитині, розлученій з сім'єю, можна: 1) за юридичною силою: а) закони; б) підзаконні акти; 2) за суб'єктами: а) що врегульовують діяльність суб'єктів публічного адміністрування з виявлення дітей, розлучених з сім'єю; б) що врегульовують діяльність суб'єктів публічного адміністрування з надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу

дитини, позбавленої батьківського піклування; в) що врегульовують діяльність суб'єктів публічного адміністрування з надання дитині, розлученій з сім'єю, статусу дитини-біженця чи дитини, що потребує додаткового захисту; 3) за аспектом врегулювання надання дитині, розлученій з сім'єю, спеціального статусу: а) спрямовані на виявлення дітей, розлучених з сім'єю, і визнання їх такими; б) спрямовані на надання статусу дитини, позбавленої батьківського піклування; в) спрямовані на надання статусу дитини-біженця чи дитини, розлученої з сім'єю.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про біженців: Закон України від 21.06.2001 № 2557-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2557-14#Text
2. Про біженців та осіб, які потребують додаткового захисту: Закон України від 08.07.2011 № 3671-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3671-17#Text
3. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: Закон України від 18.09.2012 № 5290-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5290-17#n30
5. Балим Л. Юридичний статус дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. *Соціальна робота в Україні: теорія та практика*. 2005. № 1. С. 65-68.
6. Воднік В. Д. Проблеми профілактики безпритульності дітей в умовах побудови громадянського суспільства в Україні. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».* Серія: Політологія / редкол. : А. П. Гетьман та ін. Харків: Право, 2016. № 2(29). С. 113-127
7. Кривачук Л. Удосконалення нормативно-правового механізму соціально-правового захисту дітей сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування: установлення юридичного статусу. URL: file:///C:/Users/admin/Downloads/apdy_2011_2_33%20(1).pdf
8. Ноздріна О. Система державних органів соціального захисту прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. *Держава і право*. 2006. Вип. 33. С. 262-271.
9. Гурін Д. М. Генезис поняття «біженець» в міжнародному законодавстві. *Наука та правоохорона*. 2017. № 3. Ч. 2. С. 35–39.
10. Грабар Н. М. Адміністративно-правове забезпечення статусу біженця : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07. Л., 2007. 226 с.
11. Тимчик Г. С. Адміністративно-правовий статус іноземних громадян та біженців в Україні: порівняльно-правовий аналіз. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2014. № 2. С. 82–84.
12. Біла-Тіунова Л. Р. Правове регулювання статусу біженця в Україні: стан і перспективи реформування. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2016. № 7. С. 194–205.
13. Магда С. О. Правовий статус біженців та осіб, які потребують додаткового захисту в умовах дії надзвичайних адміністративно-правових режимів. *Вісник Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна.* 2016. Серія «Право». Вип. 22. С. 93–96.
14. Ковалишин І. Г. Правовий статус біженців в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. К., 2005. 20 с.
15. Котляр О. І. Міжнародне регулювання захисту прав дітей, які вимушено залишили свою країну. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2016. Вип. 36. Т. 2. С. 183–186.
16. Про особливості соціального захисту розлучених із сім'єю дітей, які не є громадянами України: постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2016 № 832. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/832-2016-%D0%BF#Text
17. Сімейний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text
18. Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: Закон України від 13.01.2005 № 2342-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2342-15#Text
19. Правила розгляду заяв та оформлення документів, необхідних для вирішення питання про

визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, втрату і позбавлення статусу біженця та додаткового захисту і скасування рішення про визнання особи біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту: наказ МВС України від 07.09.2011 № 649. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1146-11#Text

20. Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей: Закон України від 24.01.1995 № 20/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/20/95-%D0%B2%D1%80#Text

21. Питання діяльності органів опіку та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини: постанова Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 № 866. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/162000518.

22. Про затвердження Положення про Державну міграційну службу України: постанова Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 № 360. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/360-2014-%D0%BF#Text

УДК 347.73:336.74

Гончаренко С.Ю.,
аспірант Київського міжнародного університету

Goncharenko Svitlana,
postgraduate Kyiv International University

СУТНІСТЬ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

ESSENCE AND FEATURES OF VIRTUAL CURRENCIES

У статті досліджено сутність та особливості віртуальних валют. Розглянуто історію виникнення віртуальних валют та ґенезу роботи платіжних систем, які використовують віртуальні валюти. Автором охарактеризовано сутнісні особливості сучасних віртуальних валют. Окреслені причини, які обумовили розвиток віртуальних валют у світі. Проаналізовано ставлення різних держав до використання віртуальних валют. Визначено відмінності та схожі риси віртуальних та національних валют. Встановлені формальні та сутнісні особливості віртуальних валют.

Ключові слова: *віртуальна валюта, електронні гроші, розподілені реєстри, трансакції, національна валюта, обмінний курс.*

В статье исследована сущность и особенности виртуальных валют. Рассмотрена история возникновения виртуальных валют и генеза работы платежных систем, использующих виртуальные валюты. Автором охарактеризованы сущностные особенности современных виртуальных валют. Указанные причины, обусловившие развитие виртуальных валют в мире. Проанализировано отношение разных стран к использованию виртуальных валют. Определены различия и сходные черты виртуальных и национальных валют. Установленные формальные и сущностные особенности виртуальных валют.

Ключевые слова*: виртуальная валюта, электронные деньги, распределены реестры, сделки, национальная валюта, обменный курс.*

The article examines the essence and features of virtual currencies. The history of the emergence of virtual currencies and the genesis of payment systems that use virtual currencies are considered. The author describes the essential features of modern virtual currencies. The reasons that led to the development of virtual currencies in the world are outlined. The attitude of different countries to the use of virtual currencies is analyzed. Differences and similar features of virtual and national currencies are identified. Formal and essential features of virtual currencies are established.

Key words: *virtual currency, electronic money, distributed registers, transactions, national currency, exchange rate.*

Протягом останнього десятиріччя спостерігається стрімке зростання інновацій в сфері роздрібних платежів, пов'язане з появою в 1990 роки технології електронної готівки, розвитком в 2000 роки платежів електронними грошима і мобільних платежів і, нарешті, використанням віртуальних валют в 2010 роки , яке можна назвати найбільш недооціненою технологічною інновацією, що виникла поза рамками сучасного

банківського сектора і розвивається поза пруденційного нагляду з боку грошово-кредитних регуляторів.

Вперше криптографію для захисту конфіденційних платежів стали використовувати ще в 1990 роках в системі GigiCash Девіда Чома (англ. David Chaum) [1]. Ця система була централізованою, але вона проіснувала нетривалий час, оскільки компанія збанкрутувала. Перші віртуальні валюти з'явилися в 2008 році, коли анонім (програміст чи група програмістів, особи яких до сьогодні залишаються невідомими) під псевдонімом Сатоси Накамото вперше описав принцип роботи платіжної системи у вигляді однорангової мережі. Цей принцип в 2009 році був представлений ним же у вигляді відкритого коду програми-клієнта – Bitcoin в Інтернеті [2]. Також ним створено спеціальну пропозицію – гаманець для спеціальних комп'ютерів, що містив криптовалюту Bitcoin [3]. На офіційному сайті Bitcoin має назву «open source P2P digital currency» – «вільна пірінгова цифрова валюта». Монети в системі Bitcoin (BTC) є криптографічними (математичними) хеш-кодами, кожен з яких є унікальним і не може використовуватися двічі. Наприклад, якщо вартість золота та срібла базувалась на їх фізичних властивостях, то використання BTC базується на математичних. BTC створюється шляхом майнінгу (англ. mining – видобуток в шахті), тобто вирішення певного криптозавдання шляхом повного перебору заданого алгоритму за допомогою апаратних ресурсів комп'ютера для підтвердження транзакцій та забезпечення безпеки мережі Bitcoin. Процес майнингу BTC децентралізований й регулюється простою програмною архітектурою, яку спочатку можна було здійснювати як шляхом самостійного «видобутку» на персональному комп'ютері, так і шляхом купівлі Bitcoin в тих, хто їх «видобув». Первинна вартість Bitcoin – вартість витраченої електроенергії, вторинну – визначає попит на цю криптовалюту. На сучасному етапі, крім Bitcoin, з'явилися й інші криптовалюти – Lifecoin, Peercoin, Primecoin, Freicoin, Namecoin, Quark, WebMoney, Ripples, Stellar Nxt, Dogocoin, PPCoin тощо (на сьогодні їх більше 700), частина з яких є надзвичайно перспективним платіжним засобом в рамках віртуальних спільнот і мережевих груп [4].

Розвиток віртуальних валют обумовлено рядом причин: по-перше, широким використанням Інтернету і виникненням віртуальних спільнот, що, в свою чергу, сприяє зростанню електронної комерції і викликає необхідність здійснювати анонімні і дешеві електронні платежі в мережевому просторі; по-друге, значними досягненнями в області

криптографії, а також швидким зростанням обчислювальної потужності комп'ютерів і їх здешевленням, різноманітністю мобільних телекомунікаційних пристроїв і засобів доступу, що сприяє впровадженню і застосуванню нових платіжних методів і платіжних інструментів.

У той же час теоретичні та прикладні питання про місце і роль віртуальних валют в сучасній грошовій і платіжній системах недостатньо досліджені в економічній та правовій науці. Незважаючи на те, що дослідженню окремих аспектів віртуальних валют присвячували свої роботи А. Н. Бегер, Н. П. Варфоломєєва, Д. С. Вахрушев, О. Г. Волевіз, О. І. Зайцева, О. В. Железов, А. В. Квітка, Д. П. Купріянов, В. А.Кутирін, Д. О. Ломовцев, Д. Н. Лскавян, Е. Мак, К. В. Нікітін, Е. Сейтим Айганім, К. В. Сомік, А. В. Федоров Д. Б. Фролов, О. П. Чунарев тощо, проте більшість питань, пов'язаних з природою походження віртуальних валют і особливостями їх використання, залишаються в даний час невирішеними.

Мета статті полягає в спробі охарактеризувати сутнісні особливості сучасних віртуальних валют.

В україномовній версії Wikipedia віртуальні валюти визначаються як вид цифрових валют, емісія і облік яких базуються на асиметричному шифруванні та застосуванні різноманітних криптографічних методів захисту, таких як Proof-of-work та Proof-of-stake [5]. У Канаді та Нідерландах до криптовалют ставляться як до електронних грошей [6, с. 4], у США прецедентна практика сформувала позицію, що віртуальні валюти є «…валютою, або ж іншою формою грошей» [7]. У Німеччині віртуальні валюти визначаються як «приватні кошти», які можуть використовуватися в якості оплати і замінювати традиційну валюту в цивільно-правових договорах [8]. У Швейцарії віртуальні валюти визнаються спеціальним видом валют – цифровою валютою, яка має такий самий правовий статус, що й національна валюта цієї країни (швейцарський франк) [9]. На наш погляд, віртуальну валюту можна уявити як цифрове вираження вартості (грошової суми), яка може купуватися і продаватися в цифровій формі і функціонувати в якості: 1) коштів обміну; 2) рахункової одиниці; 3) засобу збереження вартості.

Віртуальні валюти не мають законного статусу в будь-якій юрисдикції, тобто не є з нормативної точки зору законним засобом платежу на національному рівні. У той же час віртуальну валюту можна інтерпретувати як цифровий вираз вартості (грошової суми), яка випускається не традиційними емітентами сучасних форм грошей (Національним

банком, кредитними інститутами або спеціалізованими емітентами електронних грошових коштів), але при цьому може обмежено використовуватися в якості альтернативи загальновизнаним формам грошей при розрахунках в електронних мережах. Зазвичай існування віртуальної валюти має на увазі наявність певної схеми, яка описує процес створення і передачі вартості.

Появу віртуальних валют можна вважати новим етапом розвитку електронних грошей в широкому сенсі. Ще на початку 1990 років в дослідженнях, присвячених появі технології електронної готівки, передбачалася можливість емісії електронних грошей, номінованих в новій валютній одиниці, як одне з найважливіших вимог споживачів і умов для досягнення критичної маси користувачів.

Пізніше різні системи електронних грошей, в яких передбачалася емісія електронних грошей, номінованих в нових валютних одиницях, досліджувалися на теоретичному рівні більш поглиблено. Так, Д. С. Вахрушев, О. В. Железов вказують, що віртуальним валютам як новому економічному інструменту притаманні такі ознаки: 1) децентралізований характер, оскільки в процесі утворення нових одиниць криптовалют (наприклад Bitcoin) задіяні сили мільйонів учасників, об'єднаних в піринговій мережі, де немає центрального серверу (кожен комп'ютер у цій мережі і є сервером), весь обсяг роботи з обліку та зберігання історії транзакцій розподіляється між усіма учасниками; 2) анонімність платників, так як ідентифікація власників та фіксація факту їх зміни ґрунтуються на сучасних засобах криптографічного захисту, які неможливо «зламати» чи «обійти» сучасними технічними засобами; 3) технічно криптовалюти є зашифрованим спеціальною програмою кодом, який фіксується, зберігається на електронному носії та приймається як засіб платежу [10, с. 5]. При цьому науковці дійшли висновку, що фактично криптовалюти являють собою специфічний вид електронних грошей, оскільки електронними грошима в широкому розумінні є грошові зобов'язання емітента в електронному вигляді, що знаходяться у розпорядженні користувача, які повинні відповідати таким критеріям: фіксуватися і зберігатися на електронному носії; випускатися емітентом при отриманні від інших осіб грошових коштів в обсязі, не меншому, ніж емітована грошова вартість; прийматися як засіб платежу іншими (крім емітенту) особами [10, с. 6]. Виходячи з цього, Д. С. Вахрушев, О. В. Железов стверджують, що криптовалюти відповідають всім ознакам електронних грошей в їх широкому розумінні, а отже, є специфічним видом електронних грошей [10, с. 6].

А. Т. Хідзєв до ознак віртуальних валют також відносить децентралізованість та анонімність, але доповнює їх ще відсутністю гарантованого забезпечення [11, с. 11]. На думку науковця, будь-яка віртуальна валюта не має централізованого органу управління, емісії, контролю тощо, оскільки фізично віртуальна валюта – шифр, який розраховується за специфічним алгоритмом, що здійснюється групою обчислювальних потужностей (наприклад, працюючими в одній мережі комп'ютерами – «майнінговими фермами») [11, с. 11]. Крім того, користувач електронного гаманця може розрахуватися віртуальною валютою за будь-яку послугу або товар, в тому числі незаконні, безкарність чого забезпечується саме анонімністю цих операцій [11, с. 12].

Однак на практиці сучасні законодавчі норми і політика щодо грошово-кредитного регулювання фактично обмежують можливість емісії електронних грошей тільки національними валютами.

У сучасних дослідженнях, присвячених платіжним системам, можна зустріти також термін «цифрова валюта». Цифрова валюта може означати цифровий вираз у віртуальній валюті (номінованій у нових розрахункових одиницях) або у електронних грошах у вузькому сенсі (номінованих в законодавчо встановленій грошовій одиниці). Тому обидва терміни можуть асоціюватися з терміном «віртуальна валюта».

Віртуальні валюти відрізняються від загальновизнаних національних фідуціарних грошей (так званих «реальних валют» або «національних валют») - банкнот і монет, що випускаються державними грошово-кредитними владою, - за певними формальними ознаками. По-перше, віртуальна валюта випускається в цифровій формі (у формі криптографічних записів), в той час як національна валюта - у фізичній формі (у формі знаків вартості). По-друге, емітентами віртуальної валюти є виключно приватні фінансові установи або компанії, а національної валюти - тільки державні грошово-кредитні регулятори на монопольній основі. По-третє, віртуальна валюта не емітується і не гарантується будь-якою юрисдикцією. Вона виконує основні фінансові функції виключно за згодою сторін тільки в рамках мережевої спільноти користувачів віртуальної валюти.

Разом з тим, віртуальні валюти відрізняються і від електронних грошей. По-перше, віртуальні валюти, у порівнянні з традиційними формами електронних грошей, являють собою електронну вартість, номіновану в новій валютній одиниці, а не в національній валюті, яка виступає законним засобом платежу. По-друге, віртуальні валюти не є

зобов'язаннями кредитної організації, спеціалізованого емітента або будь-якої іншої юридичної особи.

Незважаючи на ряд відмінностей, віртуальні валюти мають і схожі риси з національними валютами. В основі купівельної спроможності віртуальної валюти лежить все та ж довірча вартість, яка становить основу купівельної спроможності сучасних національних валют. Саме через довіри до національних валют, а також з причини їх широкого визнання господарюючими суб'єктами в якості зручного засобу обміну і, в меншій мірі, в зв'язку з державною регламентацією їх прийому – національні валюти приймаються повсюдно. У віртуальній валюті проявляється природа сучасних грошей - не матеріальна і не речова, а абсолютно умовна, заснована на визнаному усіма учасниками розрахунків механізмі обліку обопільних розрахункових зобов'язань, що виникають в результаті господарської діяльності.

Крім формальних, можна позначити і ряд сутнісних особливостей віртуальних валют.

По-перше, в більшості випадків сучасні віртуальні валюти є активами, вартість яких визначається попитом і пропозицією. В основі їх вартості лежить схожа концепція з таким товаром, як золото. Однак, на відміну від товарів, вони мають нульову внутрішню вартість. Тому їх вартість ґрунтується тільки на вірі в те, що вони можуть бути обміняні на інші товари або послуги, або певну кількість національної валюти пізніше. Створення нових одиниць віртуальної валюти (тобто управління загальним обсягом пропозиції віртуальної валюти) зазвичай визначається комп'ютерним протоколом. В такому випадку жодна організація не може керувати пропозицією віртуальної валюти в часі, навпаки, цей процес часто визначається закладеним в схемі віртуальної валюти алгоритмом.

По-друге, характерною рисою схем віртуальних валют є спосіб передачі електронної вартості від платника до одержувача. До недавнього часу при прямому товарному обміні (person-to-person) між сторонами без участі посередників в розрахунках можна було використовувати тільки готівкові гроші. Ключове нововведення схем віртуальної валюти – використання розподілених реєстрів (distributed ledgers) або децентралізованої системи обліку даних щодо трансакцій (blockchain), яка забезпечує проведення віддаленого прямого обміну електронною вартістю при відсутності довіри між сторонами і без участі посередників. Як правило, платник зберігає в віртуальному гаманці свої криптографічні ключі, які дають йому доступ до електронної вартості.

Платник використовує ці ключі, щоб ініціювати трансакцію з перекладу певної суми одержувачу. В результаті підтвердження такої трансакції інформація про неї додається в єдину систему обліку даних, з якої копії поширюються через пірінгові мережі. Процес підтвердження для схем віртуальної валюти може відрізнятися як по швидкості та ефективності, так і за безпекою. По суті, в схемах віртуальної валюти реплицирується процес прямого безпосереднього обміну вартістю як у випадку з готівкою, але на віддаленій основі - через Інтернет.

По-третє, відмінною рисою схем віртуальних валют є їх інституційний механізм. У традиційних системах електронних грошей існує кілька провайдерів послуг, участь яких є необхідною умовою для виконання операцій в системі електронних грошей: а) емітенти електронних грошей; б) мережеві оператори; в) постачальники спеціалізованого обладнання та програмного забезпечення; г) еквайєри електронних грошей; д) клірингові організації. Навпаки, більшість схем віртуальних валют не функціонують за допомогою будь-якої певної особи або установи. Це відрізняє їх від традиційних систем електронних грошей, які мають одного або більше емітентів вартості, що несуть на собі зобов'язання по відшкодуванню електронних грошей. Крім того, децентралізований характер деяких схем віртуальних валют передбачає відсутність будь-яких ідентифікованих операторів схем, в якості яких зазвичай виступають фінансові інститути або інші установи, що спеціалізуються на клірінзі як у випадках використання електронних грошей. Існує ряд посередників, проте вони представляють різні сервісні послуги. Ці посередники можуть забезпечити послуги з розміщення та зберігання електронного гаманця, за допомогою якого можна здійснити переклад віртуальної валюти або запропонувати послуги з обміну одиниць віртуальної валюти на одиниці національної валюти або на іншу віртуальну валюту.

Віртуальні валюти на даний момент не в повній мірі виконують три основні функції грошей: а) засіб обміну; б) засіб збереження вартості; в) лічильна одиниця. Більшість віртуальних валют лише в обмеженій мірі реалізують функцію засобу обміну, оскільки вони мають дуже низький рівень обігу серед торгових і сервісних точок. Крім того, висока волатильність обмінних курсів віртуальних валют на національні валюти робить віртуальні валюти малопридатними як засіб збереження вартості для короткочасних цілей (в плані поточного придбання товарів і послуг), але ці валюти є більш придатними для цілей довгострокового заощадження.

В результаті низький рівень обігу і висока волатильність валютного курсу (відсутність у віртуальних валют стабільної купівельної спроможності) визначають віртуальні валюти малопридатними для використання їх як рахункової одиниці. Проте не можна виключати ситуацію, при якій в процесі розвитку з'являться більш стабільні з точки зору купівельної спроможності віртуальні валюти, що будуть використовуватися широкою групою користувачів.

Список використаних джерел:

1. Electronic money institutions. Current trends, regulatory issues and future prospects. Legal working paper series, ESB. July, 2008.

2. Официальный сайт Bitcoin: URL: http://bitcoin.org

3. Nakamoto S. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. NY, 2008.16 p.

4.Обзор цифровых валют. URL: http://www. prostobank.ua/internet_banking/stati/obzor_tsifrovyh_kriptovalyut

5. Wikipedia, the free encyclopedia. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/%CA%F0%E8%EF%F2%EE%E2%E0%EB%FE%F2%E 0

6. Court officially declares Bitcoin a real currency. URL: http://rt.com/usa/bitcoin-sec-shavers-texas-231/

7. Демидов О.П. Связанные одним блокчейном: обзор международного опыта регулирования криптовалют. *Индекс безопасности*. 2014. № 2. С. 41–56.

8. Германия признала Bitcoin URL: http://www.vestifinance.ru/articles/31342

9. Биткоин в Швейцарии – криптовалютный рай? URL: http://www.coinfox.ru/faq/4071-bitkoin-v-shvejtsarii

10. Вахрушев Д.С. Железов О.В. Криптовалюта як феномен современной информационной экономики: проблемы теоретического осмысления. *Науковедение*. 2014. Вып. 5. С. 4–15.

11. Хидзев А.Т. Криптовалюта: правовые подходы к формированию. *Право и современные государства.* 2014. № 4. С. 10–15.

УДК 347.73

Кобильнік Дмитро Анатолійович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Кобыльник Дмитрий Анатольевич,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры финансового права Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Kobylnik Dmytro Anatoliiovych, *Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Financial Law, Yaroslav Mudryi National Law University*

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ФУНКЦІЇ ПОДАТКОВОГО ПРАВА

THEORETICAL FOUNDATIONS OF TAX LAW FUNCTION

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ФУНКЦИЙ НАЛОГОВОГО ПРАВА

В статті розглянуто теоретичні основи функції податкового права. Автором підтримано позицію, щодо соціального призначення права, яке визначається потребами суспільного розвитку, відповідно до яких створюються закони, спрямовані на закріплення певних відносин, їх регулювання чи охорону. Акцентовано, що поняття «функції податкового права» залежить від актуального розуміння права в даний період державотворення. Встановлено, що функції податкового права зумовлені його соціальним призначенням та спрямовані на правове регулювання відносин у сфері оподаткування.

Ключові слова: *функції, податкове право, суспільний розвиток, державотворення, відносини у сфері оподаткування.*

В статье рассмотрены теоретические основы функции налогового права. Автором поддержана позиция о социальном назначения права, которая определяется потребностями общественного развития, согласно которым создаются законы, направленные на закрепление определенных отношений, их регулирование или охрану. Акцентировано, что понятие «функции налогового права» зависит от актуального понимания права в государстве в данный период времени. Установлено, что функции налогового права обусловлены его социальным назначением и направлены на правовое регулирование отношений в сфере налогообложения.

Ключевые слова: *функции, налоговое право, общественное развитие, государство, отношения в сфере налогообложения.*

The article deals with the theoretical foundations of the function of tax law. The author supports the position of the social purpose of law determined by the needs of social development, and according to which laws are created aimed at strengthening certain relations, their regulation, or protection. It is determined by the necessities of social development, according to which laws are created. They are aimed at consolidating certain relationships as well as their regulation, or protection. It is emphasized that the concept of "tax law function" depends on the current understanding of law in this period of state formation. It is established that the functions of tax law are conditioned by its social purpose and are aimed at legal regulation of relations in the field of taxation.

Keywords: *functions, tax law, social development, state formation, relations in the field of taxation*

Аналіз наукових здобутків вчених засвідчує підвищення зацікавленості проблемами визначення як функцій права загалом, так і функцій податкового права. Така тенденція є цілком закономірною, оскільки «проблема функцій права – у кінцевому рахунку – це проблема про напрями його впливу на суспільні відносини» [1, с. 65]. При цьому, як слушно вказується вченими, «вона є ширшою за проблему механізму правового регулювання, оскільки відбиває не лише здатність права регулювати суспільні відносини, а й характеризує його економічну, ідеологічну й політичну роль» [1, с. 65]. Дійсно, оскільки функції податкового права відображають його сутність і призначення, їх дослідження віднесено до фундаментальних проблем податково-правової науки, що безумовно має вагоме методологічне значення. Незважаючи на те, що є ґрунтовні напрацювання в позначеній тематиці (зокрема, це праці С. С. Алексєєва, О. С. Ємельянова, В. С. Ковальського, М. П. Кучерявенка, Т. М. Радька, Ю. Л. Смирнікової, В. І. Щербини тощо), в теорії податкового права розгляду його функцій приділялося недостатньо уваги.

Метою статті є позначення теоретичних основ визначення функцій податкового права.

Показово, що науковці по різному підходять до визначення поняття як «функції права», так і «функції податкового права». Відсутність одностайності у поглядах має своїм підґрунтям неоднозначність розуміння терміну «функція» та використанням його у різних сферах (математиці, біології, кібернетиці, соціології, філософії, праві). Поряд із тим, науковці підкреслюють, що найширше значення має поняття функції у філософії, коли воно трактується як поняття, в якому фіксується стійкий спосіб активного взаємовідношення речей. Зміна в одних речах супроводжується змінами в інших. У функції реалізуються потенції сутності речі в залежності від умов існування. Характер функції визначається природою її елементів та їхніми структурними взаємозв’язками. Від типу структури залежить тип функції [2, с. 34; 3, с. 75]. Так, поняття «функція» за змістом є різнобарвним, адже воно охоплює філософсько-правові, загально-правові та галузеві трактування. При акцентуванні на філософське трактування поняття «функції права» зазвичай спираються на опосередкування цього поняття категоріями узагальнюючого змісту, якими є світоглядні, ідейні, соціологічні категорії («сенс права», «справедливість права», «примусове право», «регулятивне право», «моральність права», «образ права») тощо.

Показово, що на позначені нами аспекти звертають увагу майже всі дослідники, що підходять до вивчення функцій як права в цілому, так і функцій відповідних галузей права. Наприклад, В. І. Щербина, вдаючись до розгляду функцій трудового права, перш за все, звертається до певних тлумачних словників, і відмічає існуюче розмаїття у підходах: (1) як явище, що залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін; (2) як робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось; обов'язок, повинність, місія; (3) як завдання, обов'язки, зв'язані з діяльністю, посадою людини [4, с. 47]. Визнаючи таке розмаїття, І. М. Ситар, для адекватного розуміння категорії «функція», пропонує застосовувати системний підхід, який вимагає розкриття внутрішньої взаємодії в об'єктах і взаємодії об'єктів між собою як систем, що складаються із елементів, що мають структуру і виконують певні функції. Успіхи біології, кібернетики, соціальної науки у дослідженні своїх об'єктів як складних систем, що самокеруються, зумовлюють розвиток системно-структурного підходу, в межах якого будь-який об'єкт розглядається як складна система, кожна частинка якого чітко виконує певну роль у загальному функціонуванні системи [2, с. 34].

Як бачимо, розтлумачити поняття «функції», і відповідно, «функції права», «функції податкового права» доречно із використанням декількох підходів: (1) етимологічного – через з'ясування походження змісту слова; (2) історичного – шляхом темпорального огляду тематики; (3) практичної значущості – коли аналізується практичне значення, спрямованість, мета, перспективи розвитку. Такий методологічний підхід є найоптимальнішим, адже дозволяє звернути увагу на різні сторони поняття «функція», що є полісемантичним, виявити оригінальні інтерпретації, комплексно використати наведені підходи для цілісного з'ясування його змісту. Водночас тенденція розрізненості у поглядах щодо визначення поняття «функція» переходить й у площину права, і впливає не лише на розмаїття поглядів авторів, а й відбивається у тому, що вчені, виражаючи власне бачення щодо функцій права, по різному їх розкривають у своїх численних працях.

Як приклад можна послатися на міркування С. С. Алексєєва. Характеризуючи функції права, правник дає такі їх визначення: (1) юридичне призначення для тих або інших суспільних відносин, яке виражається головним чином у результатах правового регулювання [5, с. 63]; (2) роль як регулятора суспільних відносин [6, с. 23]; (3) напрями правового впливу, що виражають роль права в організації (упорядкуванні) суспільних

відносин [7, с. 131]. Як бачимо, з плином часу змінювався і підхід С. С. Алексєєва до розглядуваного явища як «призначення», «регулятора», «напряму впливу, що виражає роль».

А. І. Абрамов при визначенні поняття «функції права» використовує методологічний підхід, за якого воно характеризується як явище, що внутрішньо властиве праву та обумовлене роллю (призначенням) права в суспільстві, яке являє собою основний (головний) напрям його впливу на об'єктивну реальність і виражає зв'язок права з іншими явищами соціальної дійсності [8, с. 71]. Як бачимо, правник для означення сутності розглядуваного поняття акцентує увагу на: 1) призначенні права; 2) напрямі впливу; 3) і взаємозв'язку із іншими явищами соціальної дійсності.

Дещо по-іншому підходить до цього аспекту М. Й. Байтін. Він пише: функції права безпосередньо пов'язані із дією права, з практичною реалізацією його властивостей офіційно-владного регулятора відносин між людьми, його роллю та місцем у структурі правової системи суспільства. У підсумку він резюмує, що функції права – це найбільш суттєві напрями та сторони його впливу на суспільні відносини, в яких розкривається загальнолюдська й класова природа, а також соціальне призначення права [9, с. 167-168]. Схожу думку мають й інші науковці, коли вказують, що сутність і соціальне значення права виявляється в його функціях, які відображають основні напрямки впливу права на суспільні відносини та поведінку людей і дозволяють мати узагальнюючу характеристику дії юридичних норм [10, с. 241]. Тож окрім акценту на тому, що функції відбивають соціальне призначення і напрями впливу права, в наведених думках справедливо підкреслюється динамічна властивість функції, адже саме через неї відбувається безпосередня дія права.

Водночас низка правників зосереджує увагу лише на якійсь одній властивості, що розкриває сутність функцій права. Наприклад, В. Г. Смирнов зазначає, що поняття «функція права» у своїй єдності виражає соціальне призначення правового регулювання, оскільки відображає у сукупності предмет, завдання і метод регулювання [11, с. 9]. З точки зору Д. А. Керімова функції права – це суворо цілеспрямований вплив на суспільні відносини [12, с. 191].

Можна знайти й інші погляди. Так, В. М. Горшеньов пропонує розглядати функції права в широкому і вузькому сенсі. У широкому сенсі, із його точки зору, функції права розкривають узагальнену характеристику правової дії на громадські стосунки, при якій

регулювання є лише одним із способів вираження службової ролі права. Функції права, у вузькому сенсі, розкривають можливості власне правової регулятивної дії, показують, як проявляється соціальне призначення права – регулювати суспільні відносини залежно від характеру і значення для соціального розвитку [13, с. 36]. Нам імпонує такий підхід, адже при його використанні можливо чітко прослідкувати зв'язок соціального призначення як права в цілому, так і податкового права, а також виявити широкий спектр дії права (податкового права) на численні відносини, що виникають у суспільстві і піддаються правовому впливу. А також, зробити наголос на його регулятивній властивості.

Водночас, у наведеному міркуванні залишено вкрай важливий аспект. Йдеться про те, що сутність функції як наукової категорії, незважаючи на використовувану сферу, полягає в тому, що вона завжди виражає певне відношення одного предмета (явища) до іншого предмета (явища), вказує на залежність між ними. Зважаючи на це, А. І. Абрамов справедливо підкреслює, що немає потреби у доведенні того факту, що в об'єктивній реальності всі явища і процеси, так чи інакше, пов'язані між собою – десь цей зв'язок прямий, і проявляється з найбільшою очевидністю, десь він прихований від безпосереднього спостереження, але тим не менше він існує і певним чином проявляється у зовнішньому світі. Саме через використання функцій такі відносини між предметами, явищами і процесами знаходять своє вираження в об'єктивній реальності [14, с. 13-14]. Тож вважаємо, що цей методологічний підхід має бути враховано при визначенні поняття «функції податкового права».

Позначимо ще декілька міркувань. Так, В. М. Зінченко та Л. І. Заморська пишуть, що в юридичній науці поняття «функція» характеризує соціальну роль держави і права. Майже віковий досвід активного використання поняття «функція права» сьогодні не дає змоги констатувати наявність єдиного погляду на цю проблему. Якщо синтезувати багаточисленні точки зору, то можна зробити висновок, що під функцією права розуміють або соціальне призначення права, або його напрями правового впливу на суспільні відносини, або і те та інше разом [15, с. 45-47; 16, с. 3-9]. Тому науковці акцентують увагу на недоцільності ототожнення або протиставлення напрямів правового впливу соціальному призначенню права, і навпаки. Таке твердження вони обґрунтовують тим, що, розкриваючи зміст будь-якої функції права, необхідно постійно мати на увазі зв'язок призначення права з напрямами його впливу, і навпаки, – визначеність останніх призначенням права. І далі науковці задаються питанням: що ж слід розуміти під

соціальним призначенням права і правовим впливом. Їх відповідь така: соціальне призначення права визначається потребами суспільного розвитку, відповідно до яких створюються закони, спрямовані на закріплення певних відносин, їх регулювання чи охорону. Напрям впливу – найбільш суттєвий компонент функції права, він є свого роду відповіддю на потреби суспільного розвитку, результатом законодавчої політики, що концентрує ці потреби і трансформує їх у позитивне право. Правовий вплив – категорія, що характеризує шляхи, форми і способи впливу права на суспільні відносини. Це реалізація правових принципів, настанов, заборон, інших приписів і норм у суспільному житті, діяльності держави, її органів, громадянських об'єднань та громадян. Правовий вплив – це не тільки нормативний, а й психологічний, ідеологічний вплив права на почуття, свідомість та дії людей [15, с. 45-47; 16, с. 3-9]. Ми вважаємо такий підхід в цілому конструктивним. Водночас зробимо декілька доповнень.

По-перше, очевидною є здатність права, і податкового права зокрема, впливати на різні процеси, пов'язані із існуванням суспільства, державотворенням. Невипадково науковці зазначають, що під функціями розуміється здатність того чи іншого соціального явища (інституту) виконувати певну роль у системі суспільних відносин і впливати на ті чи інші соціальні процеси, сприяючи їхньому нормальному існуванню, розвитку чи, навпаки, обумовлюючи їх стагнацію. Функціональний підхід завжди орієнтує дослідника на вивчення залежності, яка спостерігається між різними сторонами чи компонентами одного й того ж єдиного соціального процесу (явища), або між декількома явищами (об'єктами), та необхідності встановлення (за кількісними або якісними показниками) міри зміни однієї частини системи залежно (похідно) від змін в іншій частині. При цьому функціональний підхід завжди має відповідати на запитання «для чого?», «яке призначення?», «яким чином?», «яка роль та значення?» того чи іншого явища чи інституту в системі інших явищ чи інститутів, що дає підстави зробити висновок про роль і значимість кожного із елементів наукового дослідження [17, с. 15; 18, с. 620].

По-друге, можна виокремити ті властивості, які позначають саме сутнісній момент функцій права і податкового права. Ними є за справедливою думкою А. І. Абрамова ставлення, зв'язок, залежність [14, с. 14]. Дійсно, всі визначення функції в будь-якій галузі знань (будь то гуманітарні або технічні науки) засновані на зазначених елементах. Навіть коли функція розглядається з чисто соціологічних позицій – як роль (призначення) явища в суспільстві, сутність функції в вищевказаному сенсі залишається незмінною і

чітко простежується. Роль, яку виконує явище в суспільстві, є не що інше, як вираз відносин, зв'язку цього явища з іншими явищами соціальної дійсності. Явище не може реалізувати свого соціального призначення, не перебуваючи у взаємозв’язку з іншими суспільними явищами; в іншому випадку воно просто не зможе на них впливати, тобто спричиняти певні зміни у зовнішньому світі [14, с. 14]. Тож обов’язковим при визначенні змісту функцій податкового права вважаємо вказівку на роль, яку право відіграє, а також його зв'язок з іншими правовими поняттями, категоріями, явищами (приміром, функціями держави, функціями податків, правотворчістю, податково-правовими нормами, принципами податкового законодавства, податковими правовідносинами тощо).

По-третє, поняття «функції податкового права» буде також залежати від того, яким чином розуміється право в даний період державотворення. Тож необхідно погодитися з С. І. Максимовим у тому, що в будь-якому підході є як сильні, так і слабкі сторони, як можливості, так і межі в загальному розумінні права. Він досить чітко, на нашу думку, розкриває складність і рухливість розуміння реальності права: (1) це правовий позитивізм, який акцентується на зовнішньому боці правової реальності, сукупності правових норм, забезпечених примусовою силою держави; (2) це правовий об’єктивізм, що базується на соціальній обумовленості права, його вкоріненості у соціальне життя; (3) це правовий суб’єктивізм, в якому дістає вияв ідеалістично-моральна інтерпретація права, що розкриває активну роль суб’єкта права. По-четверте, це правова інтерсуб’єктність, яка базується на змістовому значенні права, його незмінних силі та авторитеті в процесі взаємодії суб’єктів права, їх комунікації, та узгодженні власної позиції з позицією іншої сторони або сторін [19, с. 17; 72-99].

Відмінною від вищенаведених є позиція І. М. Ситар. Він, пише: зміст функцій позитивного права повинен полягати не стільки у впливі чи регулюванні, скільки в орієнтації на підтримку існуючих стихійних правовідносин. Вихідним пунктом тут повинні слугувати рівні (ступені) правової культури різних верств населення та соціальних груп. Оскільки ці рівні (ступені) завжди будуть різними, тому функції права повинні бути спрямовані передусім на піднесення рівнів правової культури у громадян, а потім на диференційне їх дотримання. Адже коли йдеться про вплив чи регулювання, то значною мірою здійснюється нехтування правовою культурою, зрівнюються, ступені у громадян з різною правовою свідомістю. Тоді позитивне право не виконує свої функції регулятора, а виступає «залякуючим мечем, орієнтується на страх перед покаранням» [2,

с. 51-52]. Слідуючи таким міркуванням правник вважає перспективною думку В. Синюкова про соціокультурний вимір функцій права, тобто розгляд функцій права як характеристики соціокультурної реальності суспільства та окремих його компонентів. При цьому науковець зазначає, що в результаті взаємодії права із зовнішніми умовами «середовища», з процесами, які відбуваються у суспільному менталітеті, перетворюються, видозмінюються самі функції права, адаптуючи правову систему до нових умов. Поряд із тим, він впевнений, що питання про функції права як динамічний аспект правового регулювання дає теоретичний інструментарій визначення негативних для правового регулювання областей суспільних відносин. Особливість права, як явища культури полягає в тому, що його вплив випробовують багато моральних відносин. Проте далеко не всі відносини право може і повинно регулювати, включаючи їх у свої функціональні зв'язки з суспільством. Надмірне втручання держави і права (навіть з найкращими намірами) в суспільне життя паралізує його власні саморегулятивні механізми [2, с. 52; 20, с. 155]. В наведених позиціях є як конструктивні аспекти, так і ті, з якими ми не можемо погодитися. Навряд чи право, у тому числі й податкове, спрямовано на «підтримку існуючих стихійних правовідносин».

По-перше, автор не називає, що собою становить «підтримка», тоді як в теорії права використовуються такі поняття, як правове регулювання і правовий вплив. При цьому, навіть при застосуванні у нормативно-правових актах слова «підтримка», йдеться про закріплення певних стимулів, що впливають на розвиток відповідних відносин (наприклад, Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні»). По-друге, «стихійними» можуть бути лише суспільні відносини, тоді як правовідносини – це ті зв'язки, які вже зазнали правового регулювання і, звідси, є упорядковуючими, а не стихійними. По-третє, правова культура, скоріш за все, є похідною категорією від поняття «право», яке виконує відповідні функції. Тож реалізація останніх, що вимірюється, приміром через ефективність правового регулювання, безумовно впливає на піднесення рівнів правової культури у громадян, але не навпаки. По-четверте, дійсно, право не може, та й не повинно регулювати абсолютно всі без виключення суспільні відносини, що виникають на певному історичному етапі розвитку суспільства. Більше того, ми переходимо у ту епоху, коли з'являються нові явища, які здатні виконати роль упорядковуючого інструменту (способу) взаємних відносин між певними суб'єктами і об'єктами. Таким чином вважаємо, що не самі

функції права чи податкового права, а їх зміст і форми їх реалізації віддзеркалюють історичний розвиток суспільства, його менталітет, тенденції, традиції, особливості, що дозволяє виявити відповідні закономірності з метою формування орієнтирів для розвитку права в цілому, так і податкового права.

Таким чином, сьогодні серед науковців наявні різні погляди щодо визначення понять «функції права», що відбивається й на тому, яким чином визначаються функції податкового права. Водночас, сутність функції як наукової категорії, незважаючи на використовувану сферу, полягає в тому, що вона завжди виражає певну належність одного предмета (явища) до іншого предмета (явища), вказує на залежність між ними та взаємозв'язок. Функції податкового права є зумовленими його соціальним призначенням, спрямуванням правового регулювання на відносини у сфері оподаткування, метою та роллю властивим податковому праву.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Радько Т. Н. Методологические вопросы познания функций права: материалы к лекциям / Т.Н. Радько. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1974. –С. 65. 152 с.;
2. Ситар І. М. онтологічні функції права: дис. канд. юрид наук. Львів, 2008. С. 34 (209 с.);
3. Петрушенко В. Л. Філософія знання: онтологія, епістемологія, аксіологія: монографія . Львів: Ахілл, 2005. 320 с. С. 75;
4. Щербина В. І. Функції трудового права: дис. д-ра юрид. наук. 47 с.;
5. Алексеев С. С. Общая теория социалистического права (курс лекций): учеб. пособие / С. С. Алексеев. – Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1964. 226 с. С. 63;
6. Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит, 1989. 286 с. С. 23;
7. Алексеев С. С. Общая теория права: учебник. М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2008. 576 с. С. 131;
8. Абрамов А. И. Понятие функции права. *Журнал Российского права.* 2006. № 2. С. 71–83;
9. Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) м.: ООО ИД «Право и гос-во», 2005. 544 с. С. 167-168;
10. Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский и др.; под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: НОРМА – ИНФРА, 1998. 570 с.;
11. Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права / В. Г. Смирнов. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1965. 188 с.;
12. Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. – М.: Мысль, 1972. – 472 с.;
13. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. 187 с.;
14. Абрамов А. И. Проблемы реализации регулятивной функции права: дис. канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 13-14;

15. Зінченко В. М. До питання про сутність і значення охоронної функції права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 45-47. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_3/44.pdf;

16. Заморська Л. І. Функції права: змістовно-теоретичний аналіз. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2015. № 6. С. 3-9. URL: file:///C:/Users/user/Downloads/apvu_2015_6_3.pdf;

17. Панов М. І. Функціональний підхід – необхідна складова методології наукових досліджень кримінального права. Право України. 2017. № 2. С. 15;

18. Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 750;

19. Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003—2010). Х. : Право, 2010. 318 с.;

20. Общая теория государства и права. Академический курс : в 2-х т. Т. 2 : Теория права; отв. ред. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. 656 с. С. 155.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347.2/3

Гуйван П.Д.,
докторант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних. наук,
Заслужений юрист України

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ

Дана наукова стаття присвячена дослідженню реальної сутності основоположного права людини на повагу до її приватного життя. Розкрито зміст даного права, доказано, що він не може бути звуженим, навпаки приватне життя охоплює найрізноманітніші сфери людської та соціальної діяльності. Вивчене міжнародне законодавство у даній царині, проаналізовано рішення Європейського суду з прав людини, які є обов'язковими, у тому числі, для України. Констатовано неналежний захист права на приватність у національній правовій системі, надані конкретні рекомендації щодо подальшого прогресу у цій сфері.

***Ключові слова**: право на приватність, недоторканість приватного життя.*

Данная научная статья посвящена исследованию реальной сущности основополагающего права человека на уважение его частной жизни. Раскрыто содержание этого права, доказано, что оно не может быть суженным, наоборот частную жизнь охватывает различные сферы человеческой и социальной деятельности. Изучено международное законодательство в данной области, проанализированы решения Европейского суда по правам человека, которые являются обязательными, в том числе, для Украины. Констатировано ненадлежащую защиту права на приватность в национальной правовой системе, даны конкретные рекомендации по дальнейшему прогрессу в этой сфере.

***Ключевые слова:** право на приватность, неприкосновенность частной жизни.*

This scientific article is devoted to the study of the real essence of the fundamental human right to respect for his private life. The content of this right is disclosed, it is proved that it can not be narrowed, on the contrary, private life covers various spheres of human and social activity. The international legislation in this field has been studied, the decisions of the European Court of Human Rights have been analyzed, which are mandatory, including for Ukraine. The inadequate protection of the right to privacy in the national legal system was stated, specific recommendations were given for further progress in this area.

***Key words:** the right to privacy, inviolability of private life.*

Постановка проблеми. Право на приватність («right to privacy») є однією із складових комплексу фундаментальних прав і свобод. Із розвитком суспільних відносин протягом тривалого періоду людство та політичні еліти поступово все більше

усвідомлювали необхідність формування правового інституту приватності як засобу здійснення людиною своїх можливостей щодо недоторканості її персонального простору. Дійсно, забезпечення конфіденційності є одним із якісних показників захищеності права на приватність. Це дозволяє гарантувати дієвість та ефективність основоположного права людини на охорону її приватної сфери та інформації про неї, що відповідає прагненням та інтересам кожної особистості. Адже постійно зростаюча інтенсивність та складність життя зробили необхідним набуття певного притулку від цього світу, а людина під впливом культури, стала більш чутливою до гласності. Через це усамітнення і приватність життя стали ще більш необхідними для індивіда [1, p. 1].

Разом з тим, маємо відмітити, що у сучасному суспільстві нерідко трапляються випадки, коли конфіденційність приватної сфери не забезпечується, обмежується недоторканість особистого простору особи. Це особливо показово в контексті значного поширення автоматизованої комп'ютерної обробки інформації про фізичних осіб, їхній спосіб життя, характер відносин з іншими людьми тощо. Власне, дана проблематика має, як загально-філософські, так і юридичні аспекти. Її прискіпливе дослідження почалося із бурхливим розвитком фотографії та друку, коли у 1890 році у журналі «Harvard Law Review» була опублікована стаття «Право на недоторканість приватного життя». Її автори Самуель Д. Воррен та Луї Д. Брандейс жорстко розкритикували нав'язливу діяльність журналістів. Автори вперше запровадили поняття «право бути залишеним у спокої», яке базується на принципі недоторканості особистості [2], і яке при подальшій розбудові відповідного європейського законодавства набуло формулювання «право бути забутим» [3, п. 65, 66]. Відтак, дуже актуальними постають питання правового забезпечення реалізації права особи на недоторканість приватного життя, особисту і сімейну таємницю.

Міжнародне співтовариство вже давно переймається питаннями захисту права на приватність, наданню йому реального дієвого змісту. Вперше таке право особи було позначене у Загальній декларації прав людини, що була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. У ній, зокрема, вказується, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність житла, таємницю кореспонденції або на честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань (ст. 12). В подальшому питання недоторканості приватного життя також були закріплені у Європейській Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 1950

року. У першій частині статті 8 даного міжнародного акту, який також ратифікований і Україною, гарантується право на захист приватної сфери життя людини. Дана декларація була забезпечена правовим механізмом її реалізації. По-перше, з огляду на серйозність вимог країни - учасники Конвенції мусять переглянути своє внутрішнє законодавство та розробити реальні правові механізми для практичного гарантування ефективної охорони коментованого права людини. При цьому слід мати на увазі, що, попри можливості досить широкого розсуду, національні законодавства не вправі відступати від проголошених Конвенцією загальних засад. Заміна статті 8 або зменшення її обсягу принципово не можливі, тож внутрішні правові приписи мають відповідати загально проголошеним стандартам [4, п. 23]. По друге, Конвенція запровадила нову інституцію - Європейський суд з прав людини, який на рівні своїх прецедентних рішень проводить правове застосування правила ч. 1 ст. 8 і у такий спосіб оцінює правомірність тих чи інших діянь, вчинених у сфері недоторканості приватного життя. При цьому важливо, що рішення ЄСПЛ у конкретній справі має вирішальне значення не лише для учасників спору, а й для всіх держав-підписантів саме в силу його прецедентного характеру.

Отже, хоча Конвенція у ст. 8 не дає чіткого визначення поняттю «право на повагу приватного життя», і воно носить декларативний характер, це не заважає контрольним органам в силу наданої компетенції під час розгляду справ про порушення права на приватність конкретизувати та деталізувати зміст даної правової норми. В одному із подібних рішень було, зокрема, вказано, що для багатьох англосаксонських та французьких авторів, право на повагу до приватного життя це право на конфіденційність, право жити так як людина бажає, бути захищеним від розголосу. Але, право на повагу не обмежується цим. Воно містить також, до визначеного рівня, право встановлювати та розвивати стосунки з іншими людьми, особливо у емоційній сфері, для розвитку та реалізації людиною своєї особистості [5, с. 10].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі здійснені численні спроби класифікації права на недоторканість приватного життя. Зокрема, пропонується розглядати його у трьох аспектах. По-перше, як право на вільне конструювання свого життя та на адекватні дії щодо самого себе. У цьому сенсі воно безпосередньо пов'язане з індивідуальними проявами життєдіяльності конкретної людини та засобами захисту від втручання всіх інших осіб. По-друге, як право на недоторканість приватного життя у вигляді самостійного явища, що передбачає неприпустимість втручання в особисту сферу

особи з боку держави, організацій, юридичних і фізичних осіб. Нарешті, по-третє, як право, суміжне з іншими правами, такими як право на недоторканість сімейного життя, житла, кореспонденції. При цьому, перелічені наразі права у певних конкретних ситуаціях можуть набувати значення, як елементів загального, задекларованого у ст. 8 Конвенції, так і самостійних. У будь-якому разі недоторканість приватного життя особи означає заборону державі, її органам та посадовим особам незаконно або свавільно втручатися у приватне життя громадян [6, с. 102].

Питанням дослідження належного та дієвого правового механізму гарантування невід'ємного права людини на приватність присвятили свої праці такі науковці, як П.Андрушко, М.Бем, І.Садікова, Н.Бєляєва, В.Тертишник, І.Бачило, А.Марущак, І.Городиський, В.Кацалов, Н.Малеін, Г.Романовский та інші. Дані вчені здійснили дослідження національного та міжнародного законодавства у цій сфері та запропонували низку заходів, аби адаптувати національні нормативні акти до європейських і світових вимог у даній сфері. Однак, як відомо, визначальне значення щодо встановлення законності чи незаконності певних дій органів держави, публічних та приватних осіб стосовно дотримання права людини на приватність оцінюють в практичній площині саме на рівні судового правозастосування. Так, українські суди покликані визначати, чи було в конкретній ситуації дотримане правило ст. 32 Основного Закону про те, що ніхто не може зазнавати втручання в своє особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Проблематика належного правозастосування у даній царині не набула необхідного аналізу у сучасній цивілістичній доктрині. Відтак, **метою даної статті** є комплексне вивчення європейських підходів у цій площині і порівняння їх із існуючою практикою на теренах національного правового поля.

Виклад основного матеріалу. Приватне життя може бути визначене як сукупність специфічних сфер життєдіяльності, які людина не бажає розголошувати. То можуть бути відношення сімейні та побутові, спілкування з оточуючими, релігійні вподобання, позаслужбові заняття, особисті взаємини, відпочинок тощо [7, с. 42]. У деяких аналітичних публікаціях пропонується розмежувати сфери реалізації особистої активності людини. За даного підходу вдасться розділити загальну проблему захисту приватності людини на окремі частини, що дозволить здійснити роздільне їхнє дослідження та напрацювати окреме законодавче врегулювання. Виходячи з цієї тези, приватність поділяється на такі види: - інформаційна приватність, якою охоплюються правила

стосовно збору і обробки інформації про людину (персональних даних); - тілесна (фізична) приватність, яка стосується захисту фізичної недоторканності людини від примусових процедур, таких як наркологічне тестування та ін.;- комунікаційна приватність, яка охоплює безпеку і конфіденційність поштових відправлень, телефонних розмов, електронної кореспонденції та інших форм зв'язку; - територіальна приватність, яка стосується встановлення правових рамок для захисту від втручання в сімейну сферу, інше оточення, скажімо на робочому місці або в транспортному засобі [8, p. 3]. Ми не заперечуємо проти роздільної юридичної регламентації окремих аспектів права на приватне життя фізичної особи. Це може сприяти більшій розробленості та конкретності відповідного правового інструментарію. Але в силу своєї багатоаспектності, неодноманітності та, завдячуючи можливості по-різному суб'єктивно оцінювати певні фактори впливу, усі права на повагу приватного і сімейного життя можуть набувати визначеності та конкретного змісту лише на підставі усталеної та детально напрацьованої судової практики. У цьому відношенні значення, яке важко переоцінити, надається судовому розсуду і, зокрема, розширеному тлумаченню припису ст. 8 Конвенції, здійснюваному Європейським судом з прав людини.

Отже, основний принцип, що має враховуватися при забезпеченні поваги до приватного життя, викладений у ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Наразі як дуже важливе постає питання про забезпечення реальної дієвості даного основоположного принципу. Безумовно, права, гарантовані цією нормою, відносяться до особистого життя людини, що дозволяє відділити механізм її реалізації від схожих актів, наприклад, тих, які призначені для захисту честі і гідності особи. Також є певні відмінності у правовому регулюванні захисту приватного життя як загального явища та захисту персональних даних як його елементу. Попри те, що охорона та захист персональних даних набагато більше у юридичному сенсі розроблені, охоронно-правові процеси у цій сфері далеко не охоплюють усіх загроз приватному життю особи і не гарантують його всебічний захист. Різним є і механізм задіяння правового інструментарію при опосередкуванні охоронних відносин щодо захисту особистого життя особи і її персональних даних. Право на недоторканість приватності передбачає захист відомостей про особисте життя, тоді як захист персональних даних полягає у забезпеченні належної та законної обробки їх у різних галузях використання. При охороні приватного життя об'єктом захисту є саме воно, а у разі захисту персональних даних – то будь-яка

інформація, яка містить відомості про особисте життя певної фізичної особи. І, хоча вона має безпосереднє відношення до приватності людини, персональні відомості повинні бути зафіксовані на матеріальному носієві, а інформація, що становить таємницю приватного життя особи, не потребує подібної фіксації [9, с. 217-218].

Втім, як ми вже вказували, право особи на персональні дані, як і інші подібного штибу відносини щодо недоторканості сімейних зв'язків, житла, спілкування охоплюється правовим режимом приватності. Відтак, європейський орган, покликаний здійснювати тлумачення та правозастосування в сфері захисту відповідних прав людини вказує, що поняття «приватне життя» не може тлумачитися в обмежувальному значенні, йому неможливо дати вичерпне визначення. Зокрема, повага до приватного життя передбачає право на особистісний розвиток, встановлення і розвиток стосунків з іншими людьми та зовнішнім світом [10, п. 45]. Крім того, немає принципових підстав вважати, що поняття «приватне життя» не може охоплювати діяльність професійного чи ділового характеру, оскільки в кінці кінців упродовж їхнього професійного життя більшість людей мають значну, якщо не найбільшу, можливість розвивати відносини з зовнішнім світом. Цю точку зору підтверджує той факт, що не завжди можна чітко розрізняти, які види діяльності особи становлять частину її професійного або ділового життя, а які ні. Отже, особливо у випадку особи, що здійснює ліберальну професію, робота в цьому контексті може скласти невід'ємну частину життя настільки, що стає неможливо знати, в якій мірі вона діє на певний момент часу [11, п. 29]. Поняття приватного життя включає в себе і елементи, які стосуються права людини на своє зображення [12, п. 29].

Суд також нагадує, що приватне життя охоплює фізичну та психологічну недоторканність особи. Зокрема, підкреслюється, що тіло людини стосується найбільш інтимного аспекту приватного життя. Таким чином, обов'язкове медичне втручання, навіть якщо воно має незначне значення, є втручанням у це право [13, п. 33]. Втім ЄСПЛ іноді робить певні застереження щодо можливості абсолютизування права на здійснення приватного життя. То, приміром, стосується здатності вести своє життя власним способом і на свій вибір, що може включати можливість проводити заходи, які будуть фізично або морально шкідливими чи небезпечними для зацікавленої особи (наприклад, щодо права на евтаназію). Якою мірою держава може використовувати обов'язкові повноваження або кримінальне право, щоб захистити людей від наслідків їх обраного способу життя, вже давно є темою моральної та юриспруденційної дискусії, і той факт, що втручання часто

розглядають як проникнення до приватної та особистої сфери, лише доповнює енергію дебатів. Однак, там де подібна поведінка становить небезпеку для здоров'я і де це є життєво важливо, прецедентна практика Суду перебуває на тій позиції, що накладання державою обов'язкових або кримінальних заходів, що зачіпають приватне життя заявника у значенні статті 8 Конвенції, може бути виправданим з точки зору другого абзацу цієї норми [14, п. 62].

Право на приватність також може включати в себе різні аспекти фізичної та соціальної самоідентифікації особи. Адже поняття «сімейного життя» в конвенційній статті 8 не обмежується виняткова тим, що стосуються шлюбу, а може охоплювати і іншу де-факто «сім'ю», де є достатня сталість зв’язків. Приватне життя, на думку Суду, включає в себе фізичну та психологічну цілісність людини і іноді може охоплювати аспекти фізичної та соціальної ідентичності особистості. «Приватне життя» до певної міри складає також право встановлювати відносини з іншими людськими істотами. Приміром, виникає принципове питання, чому поняття «приватного життя» має виключити визначення юридичної сили відносин між дитиною, яка народилася поза шлюбом, та її природного батька. Суд визнав, що повага до приватного життя передбачає можливість встановити подробиці своєї ідентичності як окремої людини, і така інформація, на яку особа має право, є дуже важливою для формування особистості [15, п. 51, 53-54].

Право на приватність охоплює і такі елементи як, наприклад, прираховування себе до певної статі, а також сексуальна орієнтація та статеве життя тощо. Вони теж відносяться до приватної сфери, яка охороняється статтею 8 Конвенції [16, п. 57]. Окрім загальних відомостей, таких як ім'я людини, адреса проживання тощо, приватне та сімейне життя може включати в себе інші засоби самоідентифікації особистості та підтримки зв’язків з сім’єю. Скажімо, той факт, що може існувати громадський інтерес у регулюванні використання імен, недостатній для видалення питання про ім'я людини з сфери приватного та сімейного життя, яка тлумачиться як така, що в тій чи іншій мірі включає право встановлювати відносини з іншими людьми [17, п. 42]. Важливою складовою змісту приватного життя також є інформація про стан здоров’я людини [18, п. 71].

Крім визначення певних критеріїв, за якими має кваліфікуватися зміст порушення права на приватність, та способів його захисту, важливим надбанням Суду є роз'яснення

тих обов'язків, які держави-учасники повинні взяти на себе при регулюванні вказаних відносин. Хоча стаття 8 Конвенції має за мету захист особи від свавільного втручання державних органів у приватне та сімейне життя, вона не просто зобов'язує державу утримуватися від такого втручання. На додаток до основного негативного обв'язку також запроваджується позитивні зобов'язання, невід'ємні від істинної поваги до особистого і сімейного життя. Для того, щоб визначити, чи існує подібне позитивне зобов'язання, Суд приймає до уваги справедливий баланс, який має бути досягнуто між інтересами суспільства в цілому та такими, що їм протистоять, інтересами відповідної особистості [19, п. 98].

Отже, ЄСПЛ під час розгляду конкретних справ враховує, що поняття «повага» є недостатньо чітким, особливо стосовно вказаних позитивних обов'язків, які є невід'ємними від нього; ці права є різними у залежності від конкретних ситуації та практики держав-учасників. При визначенні, існує чи ні позитивне зобов'язання, слід враховувати справедливий баланс між інтересами, вказаними вище [20, п. 52]. Суд також напрацював спеціальні підходи охорони приватного життя у різних сферах суспільних відносин. Зокрема, у царині охорони права на освіту та прав батьків щодо виховання Суд вказує, що норма, яка міститься у ч. 1 ст. 8 сама по собі не гарантує цих прав. Разом з тим, не виключено, що заходи, які застосовуються у сфері освіти, можуть торкатися права на повагу особистого та сімейного життя або посягати на нього; справа так само буде складатися, наприклад, коли вони матимуть такі наслідки порушення особистого чи сімейного життя, як відділення дітей від батьків. Приватне життя, на думку Суду, включає в себе фізичну та психологічну цілісність людини, відтак гарантії, що надаються статтею 8 Конвенції, спрямовані на забезпечення розвитку особистості кожної людини без зовнішнього втручання у відносини з іншими людьми [21, п. 32].

Порушення права особи на приватність має особливо чутливий характер, коли подібні дії вчиняються в межах кримінального провадження. В цьому сенсі важливим видається правило про необхідність належного відшкодування, коли втручання відбулося свавільно, що також охоплюється принципом поваги до приватного життя. Подібні приклади уваги Європейського суду з прав людини в значній мірі притаманні для справ проти України**.** Скажімо, у справі «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України» заявники пред'явили позов до місцевого суду Запорізької області до відділу міліції, прокуратури Запорізької області та Головного управління Державного

казначейства України в Запорізькій області, вимагаючи визнання обшуку у їхній квартирі безпідставним та незаконним. Заявниця додатково вимагала відшкодування моральної шкоди, завданої такими незаконними діями. Суд першої інстанції розглянув позовні вимоги заявників і встановив, що обшук квартири було проведено через два місяці після вчинення злочину та що не було вагомих підстав вважати, що в квартирі заявника могли бути знайдені докази. Відповідно суд задовольнив позовні вимоги заявника та постановив, що обшук був безпідставним та незаконним. Що стосується вимог про відшкодування, суд відзначив, що, оскільки обшук було проведено лише у зв'язку з підозрою стосовно заявника, тому заявниця не має права вимагати відшкодування шкоди, завданої процесуальними діями, що стосувалися іншої особи. За цих підстав суд відхилив вимоги заявниці. В подальшому суди апеляційної та касаційної інстанцій скасували рішення місцевого суду в позитивній для заявників частині, а щодо відмови у відшкодуванні моральної шкоди залишили його без змін, з огляду на відсутність у заявниці права вимагати відшкодування шкоди, оскільки обшук стосувався лише заявника, який був підозрюваним в межах кримінального провадження. Розглядаючи відповідну справу, ЄСПЛ зазначив, зокрема, що, як слідує із наданих матеріалів, обшук проводився в присутності заявниці і гостей, запрошених на святкування дня народження сина заявників. І, хоча національні органи визнали обшук незаконним і притягли працівників міліції до дисциплінарної відповідальності, вони не запропонували заявниці жодного відшкодування. Тому Суд вважає, що, оскільки заявниці не було присуджено відшкодування шкоди, вона може вважатися жертвою порушення статті 8 Конвенції, позаяк зазначене втручання не відповідало вимозі законності. З цього випливає, що мало місце порушення конвенційного положення [22, п.46-48].

В іншій справі – «Фельдман проти України» (№ 2) розглядалась заява особи про незаконність відмови слідчого у етапуванні засудженого заявника у м. Дніпропетровськ, щоб він міг взяти участь у похороні свого батька. 11 серпня 2000 року слідчий відмовив у задоволенні клопотання на тій підставі, що національне законодавство не передбачає супроводження підозрюваних для таких цілей. При розгляді даної скарги Суд застосував свою усталену позицію, згідно з якою будь-яке втручання у право особи на повагу до її приватного та сімейного життя становитиме порушення статті 8 Конвенції, якщо воно не здійснювалося згідно із законом, не переслідувало легітимну ціль та було необхідним у демократичному суспільстві у тому сенсі, що воно було пропорційним цілям, які мали

бути досягнуті. Згідно з практикою Суду, стаття 8 Конвенції не гарантує особі, яка тримається під вартою, безумовне право на отримання дозволу відвідати похорони родича. У той же час, Суд наголошує на тому, що навіть якщо природа становища особи, яка тримається під вартою, передбачає застосування різноманітних обмежень прав і свобод, кожне з таких обмежень, тим не менш, повинно бути виправдане як необхідне у демократичному суспільстві. Держава може відмовити особі у праві взяти участь у похороні її батьків, тільки якщо для цього існують вагомі підстави та, якщо неможливо знайти альтернативне рішення. У цій справі особисте становище заявника взагалі не оцінювалося національними органами, і він був позбавлений права взяти участь у похороні свого батька тільки на тій підставі, що національне законодавство не передбачало такої можливості. На думку Суду, така не обмежена будь-якими умовами відмова заявникові у тимчасовому звільненні за сімейними обставинами та відсутність будь-якого іншого рішення, яке б надало йому змогу відвідати похорон його батька, не відповідає обов'язку держави оцінити кожне окреме клопотання по суті та довести, що обмеження права особи на відвідання похорону родича було «необхідним у демократичному суспільстві». У світлі вищезазначеного Суд дійшов висновку, що мало місце порушення статті 8 Конвенції [23, п. 33-36].

Отже, як бачимо, Європейський суд з прав людини як інституція, покликана надавати визначеність припису ст. 8 Конвенції шляхом його конкретизації та тлумачення у окремих прецедентних рішеннях, напрацював стабільні та однозначні підходи у своїй практиці. При цьому всебічно оцінюється, як важливість та значення приватного життя особи з точки зору її особистого та суспільного інтересу, так і принципи та правові можливості втручання у дане право. Показовим у контексті комплексного правозастосування може бути рішення ЄСПЛ у справі "Шимоволос проти Росії" [24]. При її розгляді Суд, зокрема, підкреслив, що приватне життя – це широке поняття, яке не підлягає вичерпному визначенню. Стаття 8 не обмежується захистом лише «внутрішнього кола», в якому особа може жити своїм приватним життям на свій розсуд, повністю виключаючи зовнішній світ, що не входить в це коло. Вона також захищає право налагоджувати і розвивати стосунки з іншими людьми і зовнішнім світом. Відповідно, існує сфера взаємодії людини з іншими людьми, навіть у публічному контексті, яка може підпадати під поняття «приватного життя» (п. 64). Згідно з обставинами цієї справи, прізвище заявника було внесено до бази даних «Сторожовий

контроль», за допомогою якої збиралася інформація про його переміщення на потязі або літаком в межах Росії. Виходячи із своєї прецедентної практики, Суд доходить висновку, що збір і зберігання даних становило втручанням в приватне життя, що захищається частиною 1 статті 8 Конвенції. В обгрунтування такого висновку він зазначає, що створення і ведення бази даних «Сторожовий контроль» та процедура її функціонування регламентовані наказом міністра № 47. Цей наказ не опублікований і недоступний для ознайомлення громадян. Таким чином, підстави для внесення прізвища особи до бази даних, органи, які мають право надати розпорядження про таке внесення, тривалість застосування такого заходу, точний характер даних, що збираються, процедури зберігання і використання зібраних даних та існуючий контроль і гарантії проти зловживань недоступні до відома публіки і ознайомлення нею. З вищенаведених причин Суд не вважає, що національне законодавство передбачає з достатньою чіткістю межі та спосіб реалізації розгляду дискреційних повноважень, наданих національним органам влади, щодо збору та зберігання в базі даних «Сторожовий контроль» інформації про приватне життя людей. Зокрема, у формі, доступній публіці, немає жодної вказівки на мінімальні гарантії проти зловживань, чого вимагає практика Суду. Тому втручання в права заявника, гарантовані статтею 8, не було здійснене «згідно із законом» (п. 69, 70).

Мусимо констатувати, що подібні однозначні та конкретні оцінки не набули втілення у національній правовій системі. На жаль, матеріальне право не містить згадки щодо реального застосування принципу пропорційності при здійсненні втручання у невід'ємне право людини на приватність. В свою чергу, українська судова практика у даному спрямуванні перебуває на рівні позавчорашнього дня, абсолютно не використовуючи європейський досвід. Достатньо вказати на справу №553/3599/15-ц [25], у якій національні суди розглядали питання стосовно законності тривалого моніторингу роботодавця за переміщенням та місцем телефонного спілкування як самого працівника, так і його комунікаційних партнерів. В результаті розгляду всі судові інстанції визнали втручання законним, при цьому не здійснивши жодного дослідження його законності, вчинення з легітимною метою та необхідності у демократичному суспільстві. Подібне нехтування міжнародними правовими приписами (це при тому, що, вже починаючи від 2006 року рішення Європейського суду з прав людини за нашим законодавством є обов'язковими для національного правосуддя) не додає авторитету українській судовій системі.

З викладеного можемо зробити **висновки**. Право на приватне життя є одним із визначальних прав людини та охороняється статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. В Україні поки що детальній регламентації правил охорони та захисту даної особистої і суспільної цінності приділяється вкрай недостатньо уваги. Не розроблені конкретні правові механізми реалізації даного права його носієм, а також запобіжники для стримування за допомогою юридичного інструментарію незаконного та свавільного втручання в нього. Поняття "приватне життя" переважно використовується законодавцем і правозастосовними органами у дуже звуженому розумінні, тоді як воно за своєю сутністю охоплює і сімейні, і професійні, і значною мірою особистісні відносини особи. Для подальшого розвитку держави Україна у напрямку руху демократичних суспільств у даній сфері слід скористатися важливими напрацюваннями, здійсненими європейськими законодавцями та ЄСПЛ. Має обов'язково бути розроблена судова практика стосовно визначеності понять "легітимні цілі" та "необхідність у демократичному суспільстві". Лише за такого поступу стане можливим обмеження незаконного та свавільного втручання у право людини на приватність.

Список використаних джерел:

1. Wacks Raymond Protection of Privacy. Modern Legal Studies– London.: Sweet & Maxwell, 1980. – 205 p.

2. Warren, Samuel D . , Louis D. Brandeis, The Right to Privacy. Harvard Law Review. 1890 . Vol. 4. № 5 . P. 193-220.

3. Положення (ЄС) 2016/679 Європейського Парламенту та Ради від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб стосовно обробки персональних даних та щодо вільного переміщення таких даних та скасування Директиви 95/46 / ЄС (Загальні положення про захист даних) URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN.

4. Рішення ЄСПЛ від 22 лютого 1994 р. у справі «Бургхартц проти Швейцарії» (Burghartz v. Switzerland), § 24, заява № 16213/90. URL: http://ww3.lawschool.cornell.edu/AvonResources/Burghartz.PDF .

5. Пазюк А.В. Захист прав людини стосовно обробки персональних даних: міжнародні стандарти. МГО Прайвесі Юкрейн - К.: Інтертехнодрук, 2000. 69 с.

6. Беляева Н. Г. Право на неприкосновенность частной жизни и доступ к персональным данным. Правоведение. 2001. № 1. С. 101 – 114.

7. Лушникова М.В., Лушников А.М. Право на информацию субъектов трудового права. Государство и право. - 2004. - № 6. - С. 42-48.

8. Privacy and Human Rights 1998: An International Survey of Privacy Laws and Developments. – EPIC. – 1998. – P. 3.

9. Садикова И.С. Защита персональных данных в аспекте обеспечения неприкосновенности частной жизни. Вестник экономики, права и социологии, 2012, № 3 Серия право. С. 217-219.

10. Рішення ЄСПЛ від 31 січня 1995 року у справі «Фрідль проти Австрії» (Friedl v. Austria), заява № 15225/89. URL: http://echr.ketse.com/doc/15225.89-en-19950131/

11. Рішення ЄСПЛ від 16 грудня 1992 року у справі «Німец проти Німеччини» (Niemietz v. Germany), заява № 13710/88. URL: http://www.refworld.org/cases,ECHR,3f32560b4.html

12. Рішення ЄСПЛ від 11 січня 2005 року у справі «Шакка проти Італії» (Sciacca v. Italy), заява №50774/99, URL: https://swarb.co.uk/sciacca-v-italy-echr-11-jan-2005/

13. Рішення ЄСПЛ від 22 липня 2003 року (остаточне від 22 жовтня 2003 року) у справі «Y.F. проти Туреччини» (Y.F. v. Turkey), заява № 24209/94, URL: https:// www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Y.F.%20v.%20TURKEY_en.asp

14. Рішення ЄСПЛ від 29 квітня 2002 року (остаточне від 29 липня 2002 року) у справі «Притті проти Сполученого Королівства» (Pretty v. the United Kingdom), заява №2346/02. URL: http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Pretty%20v%20UK.pdf.

15. Рішення ЄСПЛ від 7 лютого 2002 року (остаточне від 4 вересня 2002 року) у справі «Микулич проти Хорватії» (Mikulić v. Croatia), заява № 53176/99, URL: http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_MIKULIC_v._CROATIA.pdf

16. Рішення ЄСПЛ від 28 січня 2003 року (остаточне від 28 квітня 2003 року) у справі «Пек проти Сполученого Королівства» (Peck v. the United Kingdom), заява № 44647/98, URL: http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Peck-v-UK-ECHR-28-Jan-03.pdf

17. Рішення ЄСПЛ від 16 листопада 2004 року (остаточне від 16 лютого 2005 року) у справі «Юнал Текелі проти Туреччини» (Ünal Tekeli v. Turkey), заява № 29865/96, URL: https://www.legal-tools.org/doc/92e48d/pdf/

18. Рішення ЄСПЛ від 25 лютого 1997 р. у справі «Z. проти Фінляндії» (Z. v. Finland), заява 22009/93. URL: http://www.staff.uni-mainz.de/kebert/Entscheidungen/EGMR%20Z%20v%20Finland.pdf.

19. Рішення ЄСПЛ від 9 січня 1998 року у справі «МакГінлі та Еган проти Сполученого Королівства» *(*McGinley et Egan v. The United Kingdom), заяви № 23414/94, 21825/93 , URL: https://www.legal-tools.org/doc/a294cb/pdf/

20. Рішення ЄСПЛ від 30 липня 1998 року у справі «Шефілд і Хоршим проти Сполученого Королвіства» *(Sheffield et Horsham* v. the United Kingdom), заяви № 22985/93, 23390/94

URL: http://www.pfc.org.uk/caselaw/Full%20text%20of%20the%20Courts%20judgment.pdf

21. Рішення ЄСПЛ від 24 лютого 1998 року у справі «Ботта проти Італії» (Botta **v** Italy), заява № 21438/93 URL: http://www.cascaidr.org.uk/2017/03/21/botta-v-italy-1998-26-ehrr-241-ecthr/

22. Рішення ЄСПЛ від 30 вересня 2010 року (остаточне від 21 лютого 2011 року) у справі «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України» (Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine), заява № 12451/04. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_822

23. Рішення ЄСПЛ від 12 січня 2012 року (остаточне від 12 квітня 2012 року) у справі «Фельдман проти України» (№ 2) (Feldman v. Ukraine (no. 2), заява № 42921/09. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_787

24. Рішення ЄСПЛ від 21 червня 2011 року у справі "Шимоволос проти Росії», заява № 30194/09. URL: http://hrlibrary.umn.edu/russian/euro/Rshimovoloscase.html

25. Справа №553/3599/15-ц. Архів Ленінського районного суду м. Полтави за 2015 рік.

УДК 347. 63 (477)

Шелудько Є.А.,
студентка 8 групи 3 курсу
Інституту прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

Стаття присвячена дослідженню проблем правового регулювання сурогатного материнства в Україні. Крім того, в статті досліджується досвід деяких зарубіжних держав в цій сфері, зокрема США. Обґрунтовується теза про необхідність прийняття спеціального закону щодо врегулювання суспільних відносин у сфері сурогатного материнства.

Ключові слова: *сурогатне материнство, договір сурогатного материнства, генетичні батьки, репродуктивні технології.*

Статья посвящена исследованию проблем правового регулирования суррогатного материнства в Украине. Кроме того, в статье исследуется опыт некоторых зарубежных государств в этой сфере, в частности США. Обосновывается тезис о необходимости принятия специального закона по урегулированию общественных отношений в сфере суррогатного материнства.

Ключевые слова: *суррогатное материнство, договор суррогатного материнства, генетические родители, репродуктивные технологии.*

The article is devoted to research of problems of legal regulation of surrogate motherhood in Ukraine. In addition, the article examines the experience of some foreign countries in this area, in particular the United States. The thesis is based on the necessity of adopting a special law on the regulation of social relations in the field of surrogacy.

Key words: *surrogate motherhood, agreement about surrogate motherhood, genetic parents, reproductive technology.*

Постановка проблеми. У нашій країні сурогатне материнство має вже більш ніж п’ятнадцятирічну історію, проте ні в Сімейному кодексі України, ні в інших нормативно-правових актах немає чіткого закріплення даного питання. Відсутній і комплексний науковий аналіз питань правового регулювання сурогатного материнства, саме тому необхідно розкрити його сутність та дослідити шляхи вирішення основних проблем, що виникають і можуть виникнути в процесі використання допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство.

Аналіз основних наукових досліджень. Питання сурогатного материнства вивчали І.Я. Верес, В.В. Вустенко, Н.В. Кукайло, С.Г. Стеценко, Т.А. Юзько, В. А. Ватрас, І. В. Венедиктова, Р. А. Майданик, А. В. Майфат, Р. О. Стефанчук, С. Г. Стеценко та ін.

Метою статті є дослідити поняття, сутність та значення сурогатного материнства в сучасних умовах, а також особливості договірних відносин в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Зі стрімким розвитком науково-технічного прогресу прискорюється ритм життя людини. Намагаючись встигнути за новаціями, ми перестаємо відчувати жагу до життя. Динаміку світового розвитку можемо простежити шляхом аналізу становища жінки протягом багатьох століть. Якщо раніше побут жінки концентрувався на сім'ї та сімейних цінностях, то зараз спостерігаємо тенденцію до концентрації уваги на роботі та матеріальних цінностях, створення достатку для родини. Такий спосіб життя, несприятливі умови праці, ненормоване харчування, психологічні фактори, екологічні чинники певним чином можуть впливати на здоров'я, що знижує можливість мати дитину. А тому, все частіше подружжя вирішує звернутися до послуг сурогатної матері, уклавши з нею договір про виношування.

Реалізація особистих немайнових прав подружжя, а саме використання репродуктивних технологій, зокрема, сурогатного материнства в Україні є законним. Однак, єдиного законодавчого регулювання даних відносин немає. Вони здійснюються на основі низки нормативно-правових актів: Сімейним кодексом (ч.2 ст.123, ст.139), Цивільним кодексом (ст.281), ЗУ «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992р. №2801-XII, ЗУ «Про громадянство України» від 2235-14, Наказ МОЗ «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013р.№787, Наказ Міністерства юстиції України від 18.10.2000р. № 52/5, № 719/4940 «Про затвердження Правил реєстрації актів громадського стану в Україні». Крім нормативних актів, які були зазначені вище, порядок і умови застосування репродуктивних технологій, а також відносини між пацієнтами та закладами охорони здоров'я сурогатного материнства визначає Наказ МОЗ від 09.09.2013 № 787«Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні»

Відсутність єдиного закону, який би регулював процедуру сурогатного материнства в Україні, змушує шукати відповіді на питання в різних за змістом та силою нормативно-правових актах. Так, наприклад, визначення сурогатного материнства можна визначити, проаналізувавши наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про

затвердження Інструкції про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій». Наказ відносить сурогатне материнство до одного з методів терапії безпліддя, за якого окремі або всі етапи підготовки репродуктивних клітин, процес зачаття і раннього розвитку ембріона відбуваються поза організмом.

Своєю чергою, ч. 2 ст. 123 СК України регламентує, що у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя. Тобто, під сурогатним материнством слід розуміти запліднення генетично сторонньої жінки (без використання її біологічного матеріалу) шляхом імплантації або трансплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу чоловіка та жінки, які перебувають у шлюбі, з метою виношування і народження дитини, яка надалі буде визнана такою, що походить від подружжя, на підставі відповідного договору між подружжям та сурогатною матір'ю. [1, с. 360-361]

У разі невиконання або неналежного виконання умов договору подружжям сурогатна мати має право вимагати від нього відшкодування понесених нею збитків у вигляді витрат на медичні огляди, посилене харчування, лікарські засоби, зайняття спортом тощо.

Українське законодавство, встановлюючи у СК України інститут сурогатного материнства, виходить з презумпції пріоритетності біологічного зв'язку батьків та дитини. Це закріплено в ч. 2 ст. 123 СК України: у разі імплантації в організм іншої жінки зародка, зачатого подружжям, батьками дитини є подружжя. Виходячи із вказаної норми, в разі відмови сурогатної матері від передачі дитини подружжю, суд має вирішити вказаний спір на користь подружжя. Отже, у разі відмови сурогатної матері передати дитину, яка народилася, подружжю, котре є її біологічними батьками, питання має вирішуватися в судовому порядку. Слід зважити, що може виникнути й інша ситуація: подружжя може відмовитися з тих чи інших причин забрати дитину, народжену сурогатною матір'ю. Ця та подібні ситуації, на жаль, не врегульовані законодавством.

Таким чином, договір сурогатного материнства, хоч і має спільні риси з договором про надання послуг, однак потребує самостійного врегулювання. Зважаючи на це, одним із шляхів вирішення спірних питань, пов'язаних із договором сурогатного материнства, є його законодавче закріплення як окремого договору шляхом внесення відповідних змін до Цивільного кодексу України [1, с. 366-367]

Також у договорі слід зазначити і форс-мажорні обставини, тобто ті, на які сторони не можуть вплинути під час виконання умов угоди. До таких обставин можна віднести, наприклад, переривання вагітності з незалежних від жінки причин, коли всі вказівки лікаря було виконано, – тоді подружжя немає права вимагати від неї відшкодування збитків. Важливим є те, що третьою стороною виступатиме медичний заклад, де має проводитися процедура запліднення та народження дитини. І хоча на сьогодні для приватних медичних закладів не передбачено обов'язку на укладення договорів між ними й пацієнтами, підписання такої угоди допоможе сторонам захистити свої права та законні інтереси в майбутньому. Тому медичний заклад доцільно було б вносити в договір у якості третьої сторони, тобто угода буде тристоронньою, або ж укладати договір з медичним закладом кожній стороні окремо з чітко зазначеними умовами проведення такої операції. [2, с. 25]

Відповідно до статті 139 Сімейного кодексу України передбачено можливість оспорювання материнства, жінка, яка вважає себе матір'ю дитини, має право пред'явити позов до жінки, яка записана матір'ю дитини, про визнання свого материнства. Проте не допускається оспорювання материнства у випадку застосування програми сурогатного материнства. Таким чином, сімейне законодавство України не допускає можливості оспорювання материнства жінкою, яка виконувала функції сурогатної матері, та не зберігає за нею права залишити дитину. У такому разі, права біологічної матері захищені законом, та перш за все, захищено права та інтереси дитини, враховуючи її генетичну й біологічну спорідненість з матір'ю. Сурогатна мати після передачі дитини його батькам втрачає усі права на цю дитину [3, с. 68]

Як зазначає І. В. Венедиктова, за відсутності згоди сурогатної матері передати народжену нею в результаті імплантації ембріона дитину подружжю, що уклало з нею договір, а також за відсутності згоди сурогатної матері на запис цього подружжя батьками дитини право материнства залишається за сурогатною матір'ю. При цьому сурогатна мати зобов'язана відшкодувати всі майнові витрати, що здійснило подружжя відповідно до договору про сурогатне материнство. З іншого боку, подружжя, що дало згоду в письмовій формі на імплантацію ембріона іншій жінці з метою його виношування, не вправі відмовитися від дитини до моменту її реєстрації на своє ім'я в книзі записів актів цивільного стану. [3, с. 68-69]

На думку С. Антонова, жодна із сторін немає права в односторонньому порядку розірвати договір після настання вагітності. Навіть у випадку розлучення (розставання) потенційних батьків, їх домовленості з сурогатною матір'ю будуть залишатися в силі. Тільки у випадку смерті потенційних батьків до народження дитини, сурогатна мама першою має право обирати: залишити дитину собі, або віддати його на усиновлення. [3, с. 69]

Цікавим є досвід США в правовому регулюванні сурогатного материнства. Про морально-етичні та юридичні ускладнення, що виникають, свідчить судова справа, що мала місце в 1987-1988 рр. Незважаючи на укладений контракт, сурогатна мати Мері Уайтхед відмовилася віддати дитину подружжю Стернам (яйцеклітина належала Елизабет Стерн, а сперма – її чоловіку Вільяму Стерну).

Перша судова інстанція позбавила М. Уайтхед материнства і передала батьківські права Стернам. Однак після 10 місяців Верховний суд штату Нью-Джерсі вирішив цю справу по-іншому: зберіг права Стернів на опікунство і наділив М. Уайтхед правами матері-візитера. Аналізуючи цей приклад із судової практики США, вважаємо, що М. Уайтхед не мала права оспорювати материнство, оскільки добровільно погодилась взяти участь у програмі сурогатного материнства і допомогти подружжю Стернів народити дитину. Укладаючи контракт, М. Уайтхед повинна була чітко усвідомлювати значення своїх дій та розуміти, що після народження дитину необхідно буде передати потенційним батькам, тобто подружжю Стернів, які, до того ж, є і генетичними батьками дитини [3, с. 69]

Виходячи зі складності питання сурогатного материнства, необхідно виділити такі права і обов'язки як сурогатної матері, так і генетичних батьків.

Сурогатна мати наділяється такими правами як право на винагороду та компенсацію всіх витрат, які були понесені у зв'язку із запліднення, виношуванням та народжуванням дитини; на визначення походження дитини. Сурогатна матір записується матір'ю дитини, якщо генетичні батьки не будуть заперечувати проти цього; на оспорення материнства генетичної матері у випадку доведення в судовому порядку, що генетичні батьки зачали дитину з метою, яка суперечить інтересам дитини (продаж дитини чи її органів тощо).

Обов'язками сурогатної матері є надати послугу особисто; дотримуватися всіх вимог лікаря, що спрямовані на народження здорової дитини; дбати про своє здоров'я

протягом усього періоду вагітності; віддати дитину після її народження генетичним батькам та виконати інші дії узгоджені договором.

Генетичні батьки мають право на інформацію про процедуру штучного запліднення, а також медичні і правові аспекти її наслідків; на передання дитини, народженої сурогатною матір'ю згідно умов договору про сурогатне материнство.

Генетичні батьки наділяються такими обов'язками як: оплатити надану їм послугу в розмірі, у строки та в порядку, встановлених договором; компенсувати витрати на медичне обслуговування, втрати заробітної плати сурогатної матері та інші дії встановлені договором; у випадку народження неповноцінної дитини, виконати обов'язки відповідно до умов договору; у випадку народження двох та більше дітей сума винагороди збільшується за домовленістю сторін.

Щодо форми договору, то очевидно, що правовідносини щодо сурогатного материнства повинні посвідчуватися у нотаріальному порядку та складатися у трьох примірниках – один з них залишається у відповідного нотаріуса, а інші два віддаються подружжю та сурогатній матері.

Договір сурогатного материнства припиняється з наступних умов: виконання умов договору належним чином; смерть сурогатної матері; перинатальна смерть плоду; внаслідок розірвання договору; форс-мажорні обставини.

У разі неможливості виконання договору через форс-мажорні обставини, наприклад, що виникла не з вини сурогатної матері (втрата дитини внаслідок радіоактивних викидів), генетичні батьки зобов'язані сплатити сурогатній матері фактичні затрати, яких вона зазнала до моменту настання зазначених обставин. [4, с. 31]

Висновки та пропозиції. Таким чином, можна зробити висновок, що законодавство України щодо процедурою сурогатного материнства, потребує вдосконалення. Передусім, необхідно прийняти закон, розроблений фахівцями у сфері медицини та права, що надавав би визначення такого методу допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство саме з правової точки зору. На нашу думку, слід внести зміни до Сімейного кодексу України з метою врегулювання питання стосовно суб'єктного складу цієї процедури; чітко визначити роль держави в цьому процесі та налагодити чіткий і зрозумілий механізм реалізації програми сурогатного материнства, як одного з основних методів боротьби з безпліддям у світі.

Вбачається, що такі заходи сприятимуть удосконаленню захисту прав та свобод біологічних батьків, сурогатної матері і, насамперед, дитини.

Список використаних джерел:

1. Актуальні проблеми сурогатного материнства в законодавстві україни /Ю. Ю. Таланов // Вісник ХНУВС. 2012. № 1 (56). – с. 360-368.

2. Нормативно - правове забезпечення сурогатного материнства в Україні / С.М. Євдокимов, І.І. Цанько, В.С. Копков // [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://health-ua.com/pics/pdf/ZU_2013_Akusher_2/25.pdf

3. Правовий статус сурогатної матері / А. П. Головащук // .[Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: bmju_2013_7_11.pdf

4. Деякі аспекти правового регулювання договірних відносин сурогатного материнства / Риженко І.М., Айвазян Л.С. // [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу : http://lj.kherson.ua/pravo%2001/Ryzhenko.pdf

УДК 347.2

**12.00.03 - цивільне право та цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право**

ФІЛОНОВА Ю.М.,
аспірантка кафедри Цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна;
e-mail: filonovaj1992@gmail.com;
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5250-5455

ЗАХИСТ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена комплексному дослідженню інститут сервітуту та механізмів його захисту. Особливу увагу автором приділено аналізу позитивної закордонної практики. Проаналізована підходи різних вчених до класифікації правових засобів захисту сервітутного права в Україні. Звертається увага на те, що при обранні способів захисту сервітутного права, необхідно враховувати, що не всі речові-правові засоби захисту можна використовувати як спосіб захисту сервітутного права.

Ключові слова: *сервітут, захист сервітутного права, речові права, речові права на чуже майно, механізм захисту речових прав на чуже майно.*

Статья посвящена комплексному исследованию института сервитута и механизмов его защиты.

Особое внимание автором уделено анализу положительной зарубежной практики. Проанализированы подходы различных ученых классификации правових способов защиты сервитутного права в Украине. Обращается внимание на то, что при выборе способов защиты сервитутного права, необходимо учитывать, что не все вещно-правовые способы защиты можно использовать для защиты сервитутного права.

Ключевые слова: *сервитут, защита сервитутного права, вещные права, вещные права на чужое имущество, механизм защиты прав на чужое имущество.*

The article is devoted to a comprehensive study of the institution of easement and the mechanisms of their protection. Special attention is paid to the analysis of positive foreign experience. The different scientists approaches to classification of easement law legal protection in Ukraine were analyzed. Attention is paid to the fact that when choosing methods of easement law protection, it should be taken into account that not all substantive legal remedies can be used as a way of protecting easement law.

Key words: *easement, protection of easement, property right, limited property rights, mechanism of protection of special property.*

Постановка проблеми. Сучасна цивілістика чітко розподіляє всі права на речові і зобов'язальні. Окрім права власності, виокремлюють й інші права, серед яких чільне місце обіймають сервітутні. Цивілістична наука протягом усього періоду свого розвитку приділяла значну увагу речовим правам. Водночас, питання захисту речових прав на чуже майно отримують особливу актуальність для сучасної юридичної науки, зокрема

цивільного, сімейного, житлового права. У цьому контексті потребує конкретизації не тільки сучасний механізм захисту, а й об'єкт, до якого він застосовується.

Вищезазначеними положеннями обумовлюється актуальність обраної проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми сервітутних прав в науці цивільного права досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як А. В. Калінічев, Г.І. Ковалик, О. В. Копилов, О. В. Люшня, Д.А. Монахов, І. В. Спасибо-Фатєєва, К. І. Скловський, О.Г. Остапенко, Ю. В. Тимонина, Ж. Я. Резнік та інші.

Мета статті є проведення комплексного дослідження існуючих підходів стосовно розуміння сутності інституту сервітуту для віднайдення його найбільш чітко виражених ознак та особливостей захисту.

Виклад основного матеріалу. Сервітутне право позначається глибинним історичним корінням, яке бере свій початок з часів Стародавнього Риму. Поступово трансформуючись та обґрунтовуючись практикою відповідних правовідносин, воно отримало подальшу рецепцію у законодавстві країн континентальної Європи, й надалі поступово сервітутне право було апробоване на теренах інших національних правових систем. Необхідно звернути увагу на те, що римським правом не було сформовано дефініцію поняття «сервітут», лише закріплено поодинокі складники його тлумачення, які б надали можливість сформулювати необхідне визначення.

Необхідно підкреслити, що більшості держав відомі сервітутні права, які розглядаються у якості самостійних речових прав, розрізняючи натуральні, законні й добровільні сервітути (закріплення отримало у нормативно-правових актах Молдови, Люксембургу, Румунії, Уругваю, Чилі, Еквадору та ін.) або тільки законні й добровільні сервітути (легалізовано у цивільних кодексах Бельгії, Іспанії, Португалії та ін.). Відзначимо, що цивільне законодавство Франції передбачає систему обмежених речових прав, до яких віднесені: узуфрукт; право вживання («droit d'usage»); право проживання («droit d'habitation»); сервітути й земельні повинності [1]. Водночас, аналіз нормативно-правових актів різних держав показав, що наразі все ще існують поодинокі випадки мінімальної правової регламентації сервітутних правовідносин. Здебільшого таке явище властиве державам з нерозвиненими або недостатньо розвиненими відносинами приватної власності на землю (Алжир, В'єтнам, Китай, Монголія).

Звертаючись до правових основ, якими регламентовано особливості сервітуту на теренах нашої держави, варто підкреслити, що у частині 1 статті 404 ЦК України та у статті 99 Земельного кодексу України законодавцем було здійснено спробу надати перелік найбільш розповсюджених способів користування чужою земельною ділянкою або іншим нерухомим майном. Аналіз вищезазначених норм свідчить про відкритий перелік видів сервітутів. Крім того, у статті 98 Земельного кодексу України закріплено, що право земельного сервітуту – це право власника або землекористувача земельної ділянки чи іншої заінтересованої особи на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками). Таким чином, законодавець розширив суб'єктивний склад осіб, в інтересах яких встановлюється сервітут. Також необхідно зауважити, що з 1 січня 2019 року набуває чинності Закон України від 10.07.2018 р. № 2498-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні» (далі – Закон № 2498-VIII)[2]. Зокрема, вказаним нормативно-правовим актом внесено зміни до частини 2 статті 98 Земельного кодексу України, визначивши темпоральні рамки сервітуту та позбавивши його ознаки безстроковості. Зазначена норма закріплює, що строк дії земельного сервітуту, який встановлюється договором між особою, яка вимагає його встановлення, та землекористувачем, не може перевищувати строк користування землекористувача. Таким чином, можна констатувати, що сервітут має аналогічний із орендою ділянки строк дії.

Також необхідно додати, що до вже існуючих видів земельних сервітутів законодавцем, шляхом доповнення ст.99 Земельного кодексу України п. $г^{1}$, закріплено новий вид сервітутного права на землю, а саме: право розміщення (переміщення, пересування) об'єктів інженерної інфраструктури меліоративних систем. Можна констатувати, що встановлення відкритого переліку речових прав на чуже майно, у тому числі й земельних сервітутів, позбавило б законодавця від необхідності постійного легалізованого розширення кількості пойменованих видів сервітутів, який безумовно, у контексті реалій сучасних цивільних правовідносин, буде розширюватися й надалі. Проаналізувавши законодавчі положення, варто також зупинитися на юридичній природі сервітуту, яка була неодноразово обговорена та обґрунтована представниками доктрини, й саме тому має вагоме значення для формування якісних результатів дослідження. Так,

Г. В. Сосніна, досліджуючи інститут сервітуту, до його ознак відносить: 1) обмежене користування майном; 2) неподільність; 3) обтяжене майно повинно бути чужим та індивідуально визначеним; 4) сервітут повинен бути необхідністю, без якої сторона, зацікавлена в встановленні сервітуту, не зможе повною мірою користуватися своїм майном (виняток становлять деякі особисті сервітути); 5) сервітут повинен бути встановлений найменш обтяжливим способом щодо власника обслуговуючої нерухомості й лише за наявності особливих підстав; 6) абсолютний захист суб'єктивного сервітутного права; 7) сервітутам характерний принцип «слідування»; 8) сервітут не підлягає відчуженню [3, с.129]. У цілому, погоджуючись із сформульованими науковцем ознаками сервітуту, доречним було б виокремлення додаткової ознаки, а саме – тривалий характер користування чужим майном.

Сервітут, як різновид речового права на чуже майно, має свої особливості цивільно-правового захисту. Зокрема, за захистом може звертатися як сервітуарій, так і сервітутодавець. Особливість захисту сервітутних прав зумовлена, перш за все, юридичною природою сервітутів. Так, відповідно до положень чинного законодавства України, сервітут є речовим правом на чуже майно, який може встановлюватися за договором, законом, заповітом або за рішенням суду, відтак, його захист може здійснюватися як речово-правовим, так і зобов'язальним способами. Відзначимо, що сервітутні правовідносини у вітчизняному праві врегульовані не тільки нормами ЦК України (глава 32, статті 401–406), а й Земельним кодексом України (статті 98–102), Житловим кодексом УРСР України (статті 156–157), Лісовим кодексом України (стаття 23) та Законами України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів», «Про державно-приватне партнерство», «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності». Разом із тим, аналіз чинного ЦК України свідчить про відсутність у ньому спеціальних положень, присвячених питанням захисту сервітуту, відтак, й про відсутність спеціальних способів його захисту.

Необхідно підкреслити, що ЦК України містить лише норму загального характеру, яка поширює свою дію на всі, врегульовані цивільним законодавством, речові права на чуже майно, включаючи й сервітут. Відповідно до ст. 396 ЦК України особа, яка має речове право на чуже майно, зокрема сервітут, має право на захист цього права, у тому

числі, й від власника майна. Такі правомочності регламентовані главою 29 ЦК України, яка присвячена захисту права власності. Наведене дає підстави зробити висновок, що сервітут, як суб'єктивне цивільне право на обмежене користування чужим майном у певних чітко визначених межах та способах, підлягає цивільно-правовому захисту за аналогією із правом власності. Водночас, поширення на сервітут механізму захисту права власності породжує проблеми теоретичного та практичного характеру.

Так, у юридичній науці загальновизнано те, що речово-правовими способами захисту права власності є позови про: витребування речі з чужого незаконного володіння (віндикаційний позов); про усунення перешкод, не пов'язаних із позбавленням володіння (негаторний позов); про визнання права власності. Спираючись на науково обґрунтовані позиції, досить слушним було б доповнення наведеного переліку таким допоміжним, позбавленим ознак самостійності, способом захисту як звільнення майна з опису. Звернемося до легалізованих дефініцій вказаних способів захисту. Під віндикаційним позовом розуміють позов про витребування майна з чужого незаконного володіння (стаття 387 ЦК України). Негаторний позов – це позов про усунення перешкод у здійсненні власником права користування та розпорядження своїм майном (стаття 391 ЦК України). Позивачем за вказаними позовами може бути власник майна або титульний володілець. У останнього майно перебуває у володінні на законних підставах або на підставі договору. Обидва наведені способи захисту безпосередньо пов'язані з категорією «володіння», що призводить до деяких труднощів на практиці застосування таких способів захисту до сервітутних правовідносин. Зокрема, постає вирішальне питання: «Чи наділений сервітуарій правомочністю володіння?», адже саме від неї залежить можливість пред'явлення віндикаційного і негаторного позовів. Окреслена проблематика в цивілістиці не є новою й вже багато років виступає предметом жвавих дискусій серед науковців.

Так, О. В. Копилов пропонує розв'язати зазначену проблему шляхом визнання можливості володіння сервітутами [4, с.72]. Правник підкреслює, що суб'єкт приватного сервітуту наділений «corpuspossessionis», хоча й в усіченому вигляді, маючи можливість своєю владою довгостроково й стабільно здійснювати фізичний вплив на річ й господарське панування над нею чітко визначеним способом . Підтримуючи наявність володіння у сервітуарія у некласичному його розумінні, професор І. В. Спасибо-Фатєєва зауважує, що, на відміну від інших речових прав на чужі речі, сервітут не «надає»

володіння у традиційному його розумінні фізичного панування над річчю у всіх відношеннях. Однак, не можна категорично стверджувати, що володіння нерухомим майном, хоча й обмежене, не належить сервітуарію, оскільки воно є необхідним для здійснення сервітуту. На думку правника таке володіння носить тимчасовий (прокладення підземного газопроводу) або опосередкований характер (під час відведення води із земельної ділянки сервітуарія на сусідню земельну ділянку). Таким чином, володіння чужим нерухомим майном суб'єктом сервітуту може носити обмежений та тимчасовий або опосередкований характер [5, с. 578].

Російський юрист К. І. Скловський дотримується іншої точки зору, зазначаючи, що сервітут позбавлений будь-яких зв'язків із здійсненням володіння. Навіть, коли сервітут полягає у прокладанні труб або комунікацій, володіння усією ділянкою продовжує здійснювати власник ділянки [6,с.341]. Його позицію поділяють Ю. В. Тимонина [7], А. В. Калінічев[8], Ж. Я. Резнік [9], О. В. Люшня[10], які наполягають, що такою правомочністю як володіння сервітуарій не наділений.

Проведений аналіз такої великої кількості підходів науковців до трактування можливостей застосування віндикаційного та (чи) негаторного позовів можливо пояснити неспроможністю сучасної цивільно-правової доктрини виробити єдиний підхід до питання про зв'язок правоможності володіння із сервітутними правовідносинами. Відтак, наявні варіативні підходи призводять до утворення плюралістичних пропозицій у сфері захисту сервітуарієм речово-правовими способами своїх прав. Російський правник А. Г. Ананьєв пропонує вирішити окреслене питання не шляхом встановлення окремого способу захисту безпосередньо для самого сервітутного права, а, спираючись на його забезпечувальну функцію захисту права власності панівної ділянки. Інакше кажучи, особа, яка є носієм сервітутного права, може вільно, без будь-яких обмежень, пред'являти негаторні позови до будь-якої сторонньої особи або навіть до власника, де правовою підставою виступатиме те, що позивач є власник пануючого майна, а не порушення сервітутних правовідносин. У даному випадку ми можемо спостерігати трансмісію права, що захищається, адже власність та сервітут, у рамках відносин суб'єкт-панівне майно, є нерозривними та не підлягають поділу. Відтак, внесення дисбалансу у цей зв'язок з боку сервітуту, породжує можливість речово-правового захисту того права, на забезпечення реалізації якого він встановлений. У чистому вигляді сервітут, поза зв'язком із правом власності, не є недостатнім для запуску речово-правового механізму захисту[11, с.166-

167]. Іншу точку зору висловлю Д. А. Монахов, наголошуючи, що сервітут можливо захищати тільки віндикацією. Правник підкреслює, що віндикація сервітуту спрямована на відновлення порушеного правового становища, а не фактичного стану, таким чином, віндикаційний позов є позовом про присудження, виконавчим позовом. Використання негаторного позову для захисту приватного права припускає непорушність володіння об'єктом права (правом), чого немає при позіханні на сервітут. Володіння сервітутом полягає у фактичному здійсненні наданих ним правомочностей. Якщо сервітуарієві чиняться перешкоди в здійсненні сервітуту, то сфера дії його майнової влади виявляється насильно звуженою, й він не за власною волею позбавляється можливості здійснювати належне йому право, тобто володіти своїм сервітутом [12,с.22].

А. Г. Остапенко пропонує застосовувати судовий захист для вирішення спору про умови сервітуту, й за змістом закону саме він дозволяє тільки встановити окремі моменти взаємовідносин сторін [13]. З ним справедливо не погоджується Г. В. Сосніна, підкреслюючи, що за умов, коли сервітутодавець не відкидає права сервітуарія на сервітут, а лише заперечує проти суми оплати за нього або строків його встановлення тощо, підстави для включення до предмета позову інших вимог, окрім встановлення умов договору про сервітут – відсутні. За таких умов «встановлення прав та обов’язків за договором про сервітут» слід відмежовувати від «спонукання до укладення договору» й «встановлення сервітуту», та правильно визначати предмет позову. У першому випадку завданням суду є пошук тих умов, які взагалі мають бути впроваджені до тексту договору, їх необхідного формулювання, яке визначає обсяг прав та обов’язків кожної сторони [3]. Далі автор у своєму дослідженні взагалі робить висновок, що серед способів речового захисту порушеного права сервітуарій не може використовувати ані визнання права власності, ані віндикаційний позов, оскільки він не є власником обтяженого майна. Використання негаторного позову сервітуарієм також не є коректним, оскільки він позбавлений фактичного володіння діями власника службового майна [3]. Правник пропонує єдиний можливий спосіб захисту порушеного права сервітуарія – застосування спеціального конфесорного позову, який наразі невідомий вітчизняному законодавству та доктрині. Необхідно зауважити, що конфесорний позов відомий з римського приватного права та використовується деякими сучасними правовими системами. Так, у Аргентині конфесорний позов застосовується проти будь-кого, хто перешкоджає реалізації сервітутних прав (стаття 2797 Цивільного кодексу Аргентини). Сервітуарій може в

судовому порядку вимагати визнання існування його права з боку осіб, які його заперечують, припинення перешкоджанню користуванню службовцям ділянкою з боку його власника або третіх осіб (стаття 1460 Цивільного кодексу Болівії). Особа може також вимагати, щоб було зруйновано те, що було зроблено проти сервітуту, й отримати відшкодування шкоди. Інший законодавчий підхід міститься у нормативно-правових актах Азербайджану й Туркменістану. Розширивши сферу застосування негаторного позову, стаття 259 Цивільного кодексу Азербайджану передбачає, що, у випадку виникнення у власника перешкод під час реалізації сервітутних прав, він має аналогічні права для їх усунення, що й сумлінний власник. Такий підхід знайшов своє закріплення й у статті 256 Цивільного кодексу Туркменістану. Водночас, на наш погляд, впровадження окремого (конфесорного) способу захисту в вітчизняне цивільне законодавство доцільно визнати необґрунтовано радикальним.

Така поліваріантність підходів свідчить про наслідки часткової рецепції існуючих норм з римського права. Г. І. Ковалик, досліджуючи сервітути у римському праві та їх рецепцію в Україні, зазначає, що сервітути у римському праві захищалися як позовами, так і інтердиктами. Сервітуарію надавався позов «actio confessoria», власнику обслуговуючої речі – «actio negatoria». Володінню сервітутами надавався захист преторськими інтердиктами. Для захисту володіння особистими сервітутами надавалися аналогічні інтердикти, що застосовувалися для захисту володіння річчю, оскільки володіння особистими сервітутами також вимагало «detentio» речі, як і при звичайному володінні нею. Такими, зокрема, були «interdictum uti possidetis», «de vi (unde vi)», «utrubi та de precario». Для захисту сільських предіальних сервітутів римським правом було створено цілий ряд інтердиктів: «interdictum de initere actuque privato», «interdictum de aqua cottidiana et aestiva», «захисту володіння річчю, оскільки володіння особистими сервітутами також вимтum de rivis», «interdictum de fonte», «interdictum de cloacis». Позитивні міські предіальні сервітути захищалися інтердиктом «uti possidetis». Натомість, під час захисту негативних міських предіальних сервітутів допускалося «operis novi nuntiatio» та «interdictum quod vi aut clam», що не були посесорними інтердиктами [14, с. 179]. Згодом ці способи були видозмінені або скасовані. Правник стає на підтримку позиції Є. О. Харитонова, який вказує, що у разіпорушень, не пов’язаних із втратою володіння, захист необхідно здійснювати засобом, що є подібним до негаторного позову,

у разі створення реальної загрози такого порушення у майбутньому – засобами, подібними прогібіторному позову (частина 2 статті385 ЦК України) [15, с.397]

Можливість використання негаторного позову сервітуарієм повинна визначатися з точки зору усунення перешкод у користуванні ним належним йому майном, яке неможливе без обтяження чужої нерухомості, а захист сервітутних відносин віндикаційним позовом вбачається необґрунтованим. Такий підхід є більш перспективним у порівнянні з використанням позову про визнання права або конфесорного позову. Більш того, вітчизняна прецедентна практика вирішення спорів, пов'язаних із захистом сервітуту, визнає можливість захисту сервітуту негаторним позовом [15,17]. Окреслений підхід судової влади ґрунтується на тому, що сервітут є абсолютним саме за характером захисту права користування чужою річчю, й саме тому захищатися він має за аналогією із правом власності. Так, у ст. 416 Глави 31 «Сервітут» проекту Цивільного кодексу (редакція від 25 серпня 1996 року) закріплювалося положення про те, що механізм захисту права власності (ст. 385-395 цього кодексу) поширюються також на сервітутні права. Суб'єкт сервітутного права міг захищати своє право також від посягань власника майна, обмеженого сервітутом [18, с.149]. Глава 32 чинного Цивільного кодексу України таку норму не містить. Водночас, відповідно до ст. 396 ЦК України особа, яка має речове право на чуже майно, а сервітут законодавець відносить до речових прав на чуже майно (що випливає з п. 2 частини 1 ст. 395 ЦК України), має право на захист такого права, у тому числі й від власника майна, відповідно до положень глави 29 ЦК України.

Необхідно у якості прикладу навести зразкове рішення вітчизняного суду. Так, позивачка звернулася до суду з вимогою до відповідача про усунення перешкод у користуванні земельною ділянкою, посилаючись на те, що на земельній ділянці, яка належить відповідачу та є суміжною із земельною ділянкою позивача, встановлено постійний сервітут на право проїзду транспортного засобу для вивозу нечистот із септика, розміщеного на території її будинковолодіння. Бережанський районний суд Тернопільської області вимоги позивачки щодо усунення перешкод у користуванні земельною ділянкою задовольнив частково. Відповідача було зобов'язано усунути перешкоди в користуванні земельним сервітутом, встановленим рішенням Бережанського районного суду Тернопільської області від 19.06.2006 року, шляхом звільнення заїзду від самовільного навезення землі та повернути ділянку заїзду у попередній стан, що

забезпечує повноцінне її використання за призначенням [19]. Відтак, можна констатувати, що особа має можливість захищати своє речове право на чуже майно (сервітут) шляхом пред'явлення негаторного позову (про усунення перешкод, не пов'язаних із позбавленням володіння). Водночас, простеживши за рухом цієї справи, ми можемо спостерігати іншу проблему. Так, вбачається цілком логічною можливість захисту речових прав особи на чуже майно шляхом речово-правових або зобов'язально-правових способів захисту в залежності від способу встановлення сервітуту. Однак, аналіз вітчизняної судової практики свідчить про наявність проблеми захисту сервітутних прав у випадку, коли сервітут ще не встановлений [20], позов про встановлення сервітуту. У цьому контексті потребують уваги умови задоволення такого позову. Вітчизняне нормативно-правове підґрунтя, яким врегульовано вирішення даного спору, констатує, що вимога встановлення сервітуту буде задоволена виключно у випадку, якщо не було досягнення згоди щодо його встановлення або не виражено згоду з усіма відповідними умовам такого встановлення. Якщо звернутися до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ч.1 ст. 1 Першого протоколу Конвенції встановлює, кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства й на умовах, передбачених законом та загальними принципами міжнародного права. У практиці Європейського суду з прав людини (далі за текстом – ЄСПЛ) (зокрема прецеденти у справах «Спорронґ і Льоннрот проти Швеції» від 23 вересня 1982 року, «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 року, «Щокін проти України» від 14 жовтня 2010 року, «Сєрков проти України» від 07 липня 2011 року, «Колишній король Греції та інші проти Греції» від 23 листопада 2000 року, «Булвес» АД проти Болгарії» від 22 січня 2009 року, «Трегубенко проти України» від 02 листопада 2004 року, «East/West Alliance Limited» проти України» від 23 січня 2014 року) напрацьовано три критерії, які необхідно оцінювати на предмет сумісності заходу втручання у право особи на мирне володіння майном із гарантіями статті 1 Першого протоколу, а саме:

1. Чи є втручання законним;

2. Чи переслідує воно «суспільний», «публічний» інтерес;

3. Чи є такий захід (втручання у право на мирне володіння майном) пропорційним визначеним цілям.

ЄСПЛ констатує порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, навіть якщо хоча б одного критерію не буде додержано. У свою чергу, положення ст. 401 ЦК України надають право власнику сусідньої земельної ділянки використовувати земельну ділянку іншого власника для забезпечення реалізації власних прав на користування земельною ділянкою. Відтак, втручання у право на мирне володіння особою належною їй на праві власності земельною ділянкою повинно здійснюватися судами з дотриманням справедливого балансу між інтересами позивача та відповідача, а також інших співвласників прилеглих земельних ділянок.

Підсумовуючи вищевикладене вбачається можливим виокремити умови встановлення сервітуту у судовому порядку, які зводяться до наступних:

1) недосягнення згоди щодо встановлення сервітуту та про досягнення згоди з усіма умовами його встановлення;

2) фактична неможливість задовольнити потреби власника та/або землекористувача в інший законний спосіб.

За наявності зазначених умов обов’язок доказування того факту, що нормальне функціонування господарства чи задоволення інтересів позивача під час використання власного майна є неможливим без встановлення сервітуту, покладається на позивача. Крім того, обов’язково мають бути враховані три вищенаведені критерії, сформовані прецедентною практикою Європейського суду з прав людини. Відтак, практика встановлення сервітуту у судовому порядку є реальної, однак, досить тривалим та складним завданням для позивачів та судових установ. Необхідно підкреслити, що для задоволення позовних вимог щодо встановлення сервітуту позивачу (потенційному сервітуарію) необхідно в обґрунтуванні своїх вимог довести:

1) неможливість повноцінного використання власного нерухомого майна за відсутності сервітуту по відношенню до чужого нерухомого майна;

2) неможливість задоволення потреб потенційного сервітуарія у інший спосіб;

3) те, що здійснення сервітуту буде способом найменш обтяжливим для власника обтяженого нерухомого майна. При цьому оцінка ступеня обтяження має визначатися у кожному конкретному випадку з урахуванням конкретних обставин.

Відзначимо, що, окрім речово-правових способів захисту, суб’єкти сервітутних правовідносин мають право використовувати й зобов’язально-правові способи.

Специфіка останніх полягає у тому, що вимоги сторін сервітутних відносин засновані на положеннях договору, який укладений між власником та сервітуарієм й не можуть бути адресовані третім особам. Таким чином, підстави для застосування зобов'язально-правових способів захисту сервітутних відносин обумовлені можливістю укладати договори про встановлення сервітуту (частина 1 статті 402 ЦК України).

На думку А. В. Копилова, зобов'язальні позови можуть застосовуватися й у більш широкому аспекті під час захисту сервітутних прав. Так, від порушень з боку третіх осіб сервітуарій здатний захищатися не тільки за допомогою негаторного позову. Зокрема, якщо такі порушення спричинили виникнення у нього збитків, він може пред’явити зобов'язальний позов про відшкодування заподіяної шкоди [4, с.72]. Можна констатувати, що у випадку відсутності договірних правовідносин не тільки власник, а й сервітуарій може пред’явити позов про відшкодування збитків. Водночас, доцільно зауважити, що законодавцем зафіксоване нерівне становище сервітуарія та власника обслуговуючої ділянки. Так, власник, землекористувач земельної ділянки, щодо якої встановлений земельний сервітут, має право вимагати від осіб, в інтересах яких встановлено земельний сервітут, плату за його встановлення, якщо інше не передбачено законом (частина 3 статті 101 Земельного кодексу України), й має право на відшкодування збитків, завданих встановленням земельного сервітуту (частина 4 статті 101 Земельного кодексу України). У Цивільному кодексі України міститься згадка виключно про власника (володільця). Так, збитки, завдані власникові (володільцеві) земельної ділянки або іншого нерухомого майна, особою, яка користується сервітутом, підлягають відшкодуванню на загальних підставах (частина 7 статті 403 ЦК України). Відтак, можна зробити висновок, що особа, в інтересах якої встановлений земельний сервітут, повинна сплачувати не тільки плату за користування чужою земельною ділянкою, а й за сам факт встановлення земельного сервітуту (відшкодування збитків таким встановленням). Разом із тим, можливість відшкодування збитків користувачеві сервітуту власником у чинному законодавстві не закріплена.

Враховуючи наведену обставину, видається досить обґрунтованим, з метою досягнення рівноваги між сервітуарієм та власником (землекористувачем), доповнити статтю 403 Цивільного кодексу України наступним змістом: «збитки, завдані особі, яка користується сервітутом, власником (володільцем) земельної ділянки або іншого нерухомого майна, підлягають відшкодуванню на загальних підставах». Таким чином,

захист прав сервітуарія здійснюється за допомогою цілого ряду позовів, що мають зобов'язальну природу.

Висновки та пропозиції. Проведене дослідження дає підстави для висновку, що право учасників сервітутних правовідносин на захист являє собою передбачену законом можливість реалізувати заходи правоохоронного та правопоновлюваного характеру з метою усунення перешкод у здійсненні правомочностей сервітуарія. Захист сервітутних прав в Україні полягає у забезпеченні відновлення можливості здійснення правомочностей без покладення на правопорушника додаткових обов'язків. Змістом конкретного права на захист є той обсяг можливостей захисту, який надається законодавством і визначається правовою природою сервітуту як речового права на чуже майно, характером їх порушень.

Таким чином, правовий захист сервітутних прав являє собою сукупність передбачених цивільним законодавством речово-правових та зобов'язально-правових способів захисту цивільних прав та інтересів, спрямованих на відновлення й захист порушених або оспорюваних прав сервітуарія.

Виходячи з норм цивільного права, сервітуарій, який має підстави передбачити можливість порушення свого речового права на чуже майно власником, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення певних дій, які можуть порушувати його право, або з вимогою про вчинення певних дій з метою запобігання такого порушення.

З урахуванням проведеного компаративного аналізу встановлено, що впровадження окремого (конфесорного) способу захисту доцільно визнати надмірно радикальним. Можливість використання негаторного позову сервітуарієм повинна визначатися з точки зору усунення перешкод у користуванні ним належним йому майном, яке неможливе без обтяження чужої нерухомості, а захист сервітутних відносин віндикаційним позовом вбачається необґрунтованим. Таким чином, порушені у статті питання повинні стати предметом додаткових науково-правових досліджень інституту сервітуту та механізму його захисту.

Список використаної літератури:

1. Французский Гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий. М.: Проспект, 2008. С. 266-318.

2. Закон України від 10.07.2018 р. № 2498-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні». URL http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2498-19

3. Правове регулювання сервітутів в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Сосніна Ганна Валеріївна ; Міжнар. гуманітар. ун-т. Одеса, 2015. 222 с.

4. Копылов А.В. Вещные права на землю.М.: Статут. 2000.С. 255.

5. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар:пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців. За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФО-П Лисяк Л. С., 2011. Т. 5 : Право власності та інші речові права. 624 с.

6. К.И. Скловский Монография. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010. 893 с.

7. Тимонина Ю.В. Категория ограниченных вещных прав в доктрине и законодательстве (Общиеположения). *Актуальные проблемы гражданского права. Вып.2*.Под ред. М.И. Брагинского. М., 2000. С.69-70.

8. Калиничев А. В. Земельныйсервитут в российском законодательстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2007. 25 с.

9. Резник Ж. Я. Публичный земельный сервитут по российскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2007. 18 с.

10. Люшня А. В. Проблема применимости негаторного иска для защиты сервитутов в российском праве. *Законодательство*. 2006. № 1. С. 17-20. с.17-18

11.Ананьев А. Г. Сервитутное правоотношение: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Рязань, 2005. 200 с.

12. Монахов Д. А. Сервитуты и их судебна язащита : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03; 12.00.15 .СПб.: Изд-во С.-Петербург. гос. ун-та, 2010. 25 с.

13. Остапенко А. Г. Вопросы судебной защиты сервитутных прав. *Науч. журн*. КубГАУ. 2010. № 62 (08). URL http://ej.kubagro.ru/2010/08/pdf/16.pdf

14. Ковалик, Г. І. Сервітути у римському праві та їх рецепція у праві України : дис... канд. юрид. наук, спец.: 12.00.01 - теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Львівський нац. ун-т ім. І. Франка, 2016. 237 с.

15. Цивільний кодекс України : із змінами та доповненнями станом на 1 січня 2008 р.: науково практичний коментар. Є.О. Харитонов та ін.; заг.ред.Є.О.Харитонов та ін. К.: «Правова єдність», всеукраїнська асоціація випускників 2008.739 с.

16. Рішення Новоград - Волинського міськрайонного суд Житомирської області по справі по справі № 285/4642/14-ц. URLhttp://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42993975

17.Постанова Вищого господарського суду України у складі колегії суддів: по справі №04/1008. URL http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1309271.html

18. *Проект Цивільного кодексу України від 25.08.1996 . Українське право. 1996. № 2* (*спецвипуск*) С. 432

19. Рішення Бережанський районний суд Тернопільської області по справа № 2/593/435/2016 URL http://reyestr.court.gov.ua/Review/63134777

20. Рішення Колегії суддів палати з розгляду цивільних справ апеляційного суду Закарпатської області по справі № 309/1144/14ц. URLhttp://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55144752

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО. ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.548

Сидоренко Д.О.,
студент 8 групи 3 курсу
Інституту прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГІВЛІ ЛІКАРСЬКИМИ ЗАСОБАМИ В УКРАЇНІ

Проаналізовано особливості правового регулювання торговельної діяльності лікарськими засобами в Україні та сформульовано пропозиції щодо усунення недоліків чинного законодавства України в цій сфері.
Ключові слова: *лікарські засоби, правове регулювання, ліцензування.*

Проанализированы особенности правового регулирования торговой деятельности лекарственными средствами в Украине и сформулированы предложения по устранению недостатков в действующем законодательстве Украины в этой сфере.
Ключевые слова: *лекарственные средства, правовое регулирование, лицензирование*

It was analyzed the peculiarities of legal regulation of trade activity by medicinal products in Ukraine and made proposals regarding elimination of shortcomings of the current legislation of Ukraine in this area.
Key words: *medicinal facilities, legal regulation, licensing.*

Постановка проблеми. Здоров’я людини визнається однією з найвищих соціальних цінностей в Україні. Кожен має право на охорону здоров’я, медичну допомогу та медичне страхування. Дотримання фармацевтичними організаціями ліцензійних умов провадження діяльності у сфері обігу лікарських засобів є одним із головних завдань держави у сфері охорони здоров’я, яке зокрема реалізується шляхом введення ефективного правового регулювання торгівлі лікарськими засобами. Саме тому, правовідносини в цій сфері потребують постійного аналізу з боку науковців і законодавчого вдосконалення з боку суб’єктів правотворчої діяльності.

Аналіз останніх досліджень. Питання правового регулювання торговельної діяльності лікарськими засобами досліджували в своїх працях Л.І. Кущ, А.В. Бєліченко, С.В. Васильєв, В.М. Пашков та інші.

Метою статті є аналіз особливостей правового регулювання торговельної діяльності лікарськими засобами в Україні та надання пропозицій щодо усунення недоліків чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Законодавчу основу торгівельної діяльності лікарськими засобами складають Закон України «Про лікарські засоби» від 15 червня 2006 р. [1], Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 02 березня 2015 р. [2] тощо.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», в сфері охорони здоров'я ліцензуванню підлягають такі види господарської діяльності, як, зокрема, виробництво лікарських засобів, оптова та роздрібна торгівля лікарськими засобами, імпорт лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) – з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про лікарські засоби» [2].

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби» лікарські засоби допускаються до застосування в Україні після їх державної реєстрації, крім випадків, передбачених законодавством.

На зареєстрований лікарський засіб заявнику видається посвідчення, в якому зазначається строк дії, протягом якого лікарський засіб дозволяється до застосування в Україні (5 років). За бажанням особи, яка подала заяву про державну реєстрацію лікарського засобу, зазначений термін за рішенням реєструючого органу може бути скорочено. Після закінчення встановленого терміну та за умови перереєстрації, строк застосування в Україні лікарського засобу не обмежується.

Закон України «Про лікарські засоби» містить окремий Розділ VI, який стосується реалізації лікарських засобів. Виходячи зі змісту ст. 19 цього Закону оптова, роздрібна торгівля лікарськими засобами на території України здійснюється підприємствами, установами, організаціями та фізичними особами - підприємцями на підставі ліцензії, яка видається за наявності матеріально-технічної бази та кваліфікованого персоналу. Суб'єкт господарювання може здійснювати оптову, роздрібну торгівлю лікарськими засобами за умови відповідності ліцензійним умовам провадження певного виду діяльності [1].

Відповідно до положень ст. 20 Закону України «Про лікарські засоби» за загальним правилом на території України можуть реалізовуватись лише зареєстровані лікарські засоби та лише за наявності сертифіката їх якості. Реалізація (відпуск) лікарських засобів громадянам відбувається за рецептами або без рецептів лікарів (ст. 21 Закону). При цьому

забороняється реалізація громадянам неякісних лікарських засобів або таких, термін придатності яких минув або на які відсутній сертифікат якості, що видається виробником.

Згідно зі ст. 23 Закон України «Про лікарські засоби» неякісні лікарські засоби, включаючи ті, термін придатності яких закінчився, підлягають утилізації та знищенню [1].

Загальні засади забезпечення громадян лікарськими засобами закріплені, зокрема, в ст. 54 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 р., відповідно до якої громадяни забезпечуються лікарськими засобами через заклади охорони здоров'я, які мають право на це відповідно до закону. Такі заклади охорони здоров'я можуть відпускати лише лікарські засоби, дозволені для застосування центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, і несуть відповідальність за забезпечення належного режиму їх зберігання та реалізації, а також за підтримання обов'язкового асортименту лікарських засобів, у тому числі необхідного запасу на випадок епідемічних захворювань, стихійного лиха та катастроф [3].

Важливим підзаконним актом, який регулює правовідносини у цій сфері, є Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібної торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів), затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 929, які встановлюють вичерпний перелік вимог, обов'язкових для виконання ліцензіатом, та вичерпний перелік документів, що додаються до заяви про отримання ліцензії для провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової, роздрібної торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) [4].

Застосовуючи термін «ліцензування» лише до діяльності з обігу лікарських засобів і враховуючи вимоги законодавства України щодо обігу лікарських засобів, Пашков В.М. наголошує на існуванні таких типів правового регулювання: а) позитивне зобов'язання – покладення на суб'єктів господарювання, які здійснюють обіг лікарських засобів, обов'язків до активної поведінки, тобто реєстрації лікарських засобів, отримання спеціального дозволу (ліцензії) на провадження окремого виду виробничої діяльності, дотримання норм стандартизації та сертифікації, покликаних забезпечити якість лікарських засобів; б) дозвільну систему – надання суб'єктам господарювання права на

власні активні дії після отримання спеціального дозволу (ліцензії) в межах цього дозволу, тобто дії, пов'язані з виробництвом, ввезенням, оптовою або роздрібною реалізацією лікарських засобів; в) систему нагляду та заборони – покладення на суб'єктів господарювання обов'язків утримуватися від вчинення дій під наглядом державних органів контролю за обігом лікарських засобів [6, с. 49].

С. В. Васильєв, погоджуючись з пропозиціями науковців щодо внесення змін до чинної нормативно-правової бази, яка регулює правовідносини у сфері реалізації лікарських засобів, пропонує в разі прийняття закону про фармацевтичну діяльність закріпити окремий розділ, присвячений оптовій і роздрібній торгівлі лікарськими засобами. Такий розділ, на думку науковця, міг би містити: визначення основних понять, умови укладення господарських договорів у даній сфері, права споживачів та гарантії їх дотримання, особливості реалізації рецептурних і безрецептурних лікарських засобів, вимоги до площі та обладнання торгівельних приміщень [5, с. 43].

Висновки. Враховуючи чинні нормативно-правові акти в сфері регулювання торговельної діяльності лікарськими засобами, дане питання досить детально врегульоване на національному рівні. Разом з цим, процедура правової легітимації лікарських засобів в Україні, зважаючи на необхідність їх державної реєстрації та отримання сертифіката якості виробника, є складною і недосконалою у правовому значенні, а тому потребує спрощення.

Список використаних джерел:

1. Про лікарські засоби: Закон України від 04 квітня 1996 р. (Редакція від 19.06.2016). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/123/96-%D0%B2%D1%80.
2. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від від 02.03.2015 № 222-VIII (Редакція від 28.09.2017). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/222-19.
3. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII (Редакція від 10.03.2018). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2801-12.
4. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібної торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів), затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 929. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/929-2016-%D0%BF.
5. Васильєв С.В. Нормативно-правове регулювання роздрібної торгівлі лікарськими засобами / С.В. Васильєв // Підприємництво, господарство і право. – 2018. – №3. – С. 41-44.
6. Пашков В.М. Дозвільний тип правового регулювання у сфері охорони здоров'я / В.М. Пашков // Медичне право. – 2017. – № 1. – С. 47-54.

УДК 346.7

Кулик О.І.
аспірант кафедри господарського права юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ВИРОБНИЦТВО ЕНЕРГІЇ З ВИКОРИСТАННЯМ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЯК ОБ'ЄКТ СТИМУЛЮВАННЯ

Статтю присвячено дослідженню виробництва енергії з використанням альтернативних джерел як об'єкту стимулювання; проаналізовано підходи до розуміння поняття «альтернативні джерела енергії» у науці та у законодавстві, проаналізовано положення чинного законодавства України щодо виробництва енергії з використанням альтернативних джерел. На основі проведеного аналізу аргументовано, що виробництву енергії з використанням альтернативних джерел властиві ознаки, притаманні господарській діяльності в цілому, які мають особливий прояв, обумовлений сферою діяльності. З урахуванням цих особливостей визначено поняття виробництва енергії з використанням альтернативних джерел як об'єкта стимулювання такого виробництва.

Ключові слова: *альтернативні джерела енергії, виробництво енергії, електрична енергія, теплова енергія, механічна енергія, господарська діяльність, об'єкт стимулювання.*

Статья посвящена понятию производства энергии с использованием альтернативных источников как объекта стимулирования. В статье проанализированы подходы к пониманию понятия «альтернативный источник энергии» в науке и законодательстве, проанализированы положения действующего законодательства Украины относительно производства энергии с использованием альтернативных источников. На основе проведенного анализа сделан вывод о том, что деятельности производителей энергии присущи признаки хозяйственной деятельности, которые имеют специфическое проявление, обусловленное сферой осуществления деятельности. С учетом этих особенностей определено понятие производства энергии с использованием альтернативных источников как объекта стимулирования.

Ключевые слова: *альтернативные источники энергии, производство энергии, электрическая энергия, тепловая энергия, механическая энергия, хозяйственная деятельность, объект стимулирования.*

The article is devoted to the concept of energy production using alternative sources as an object of stimulation. The article analyzes approaches to understanding the concept of "alternative energy source" in science and legislation, analyzes the provisions of the current legislation of Ukraine regarding energy production using alternative sources. Based on the analysis, it was concluded that the activities of energy producers are characterized by signs of economic activity that have a specific manifestation due to the scope of the activity. With these features in mind, the concept of energy production using alternative sources as an object of stimulation is defined.

Key words*: alternative energy sources, energy production, electric energy, thermal energy, mechanical energy, economic activity, stimulation object.*

Постановка проблеми. Виробництво енергії з використанням альтернативних джерел виступає одним з вирішальних чинників у розбудові «зеленої» економіки та

забезпеченні сталого розвитку. Попри свої переваги, як-то: екологічність та можливість генерування енергії в умовах дефіциту горючих корисних копалин, використання альтернативних джерел у виробництві енергії часто є економічно більш витратним, аніж використання традиційних джерел. Наведене обумовлює необхідність та доцільність стимулювання виробництва енергії з використанням альтернативних джерел. Передумовою здійснення відповідного стимулювання виступає ідентифікація виробництва енергії з використанням альтернативних джерел як певного правового явища. У зв'язку з цим нагальною є потреба визначення поняття виробництва енергії з використанням альтернативних джерел в контексті стимулювання такого виробництва.

Законодавче регулювання виробництва енергії з використанням альтернативних джерел здійснюється нормами Законів України: «Про альтернативні джерела енергії», «Про ринок електричної енергії», «Про теплопостачання» та інших нормативно-правових актів. Між тим, у законодавстві відсутнє визначення поняття виробництва енергії з використанням альтернативних джерел, а положення Закону України «Про альтернативні джерела енергії» не дозволяють однозначно визнати таке виробництво різновидом господарської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В юридичній науці певні аспекти виробництва енергії з використанням альтернативних джерел досліджувалися багатьма вченими, у тому числі С.Д. Білоцьким, Г.Д. Джумагельдієвою, Е.Ю. Рибніковою та ін., однак додатково дослідження потребує визначення поняття виробництва енергії з використанням альтернативних джерел як об'єкту стимулювання такого виробництва.

Викладене підтверджує актуальність обраної теми.

Метою статті є визначення поняття виробництва енергії з використанням альтернативних джерел як об'єкта стимулювання господарсько-правовими засобами.

Виклад основного матеріалу. Різноманіття форм існування енергії, властивість їх взаємоперетворення дозволяє використовувати для виробництва енергії різні енергоресурси та енергоносії [1, с. 12], у тому числі альтернативні джерела енергії. У промисловості в якості джерел енергії використовуються переважно горючі корисні копалини, які вважаються традиційними. Ті джерела, які не відносяться до горючих корисних копалин, тобто до традиційних джерел енергії прийнято називати альтернативними.

Важливим для розроблення визначення виробництва енергії з використання альтернативних джерел, виступає розуміння самих альтернативних джерел енергії.

Як зазначає С. Білоцький: « … сам термін «альтернативна енергетика» є багато в чому штучним, і в міжнародному праві і праві Європейського Союзу фактично не використовується. Ми використовуємо його як збірне технічне поняття, що включає відновлювані джерела енергії (сонячну, вітрову, припливну), біоенергетику, енергоефективність та науково-технічне співробітництво з розробки нових джерел енергії» [2, с. 87].

Є. Шкурідін під альтернативними джерелами енергії пропонує розуміти поновлювальні, постійно існуючі або такі, що періодично виникають у довкіллі джерела енергії, які є альтернативою (замінником) відповідним традиційним (невідновлювальним) джерелам енергії [3, с. 43]. Схожої думки притримується і Г. Калетнік, який у свою чергу, альтернативні джерела енергії визначає як джерела, які здатні регенеруватися природним чином, зберігаючи при цьому природні баланси, мають практично необмежені обсяги та не завдають шкоди навколишньому середовищу [4, с. 9]. Проте, такі підходи фактично звужують розуміння альтернативних джерел енергії, залишаючи поза увагою вторинні енергетичні ресурси, які відповідно до законодавства України є складовою альтернативних джерел.

Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії» альтернативні джерела енергії – відновлювані джерела енергії, до яких належать енергія сонячна, вітрова, геотермальна, гідротермальна, аеротермальна, енергія хвиль та припливів, гідроенергія, енергія біомаси, газу з органічних відходів, газу каналізаційно-очисних станцій, біогазів, та вторинні енергетичні ресурси, до яких належать доменний та коксівний гази, газ метан дегазації вугільних родовищ, перетворення скидного енергопотенціалу технологічних процесів. Разом з тим, Закон України «Про альтернативні джерела енергії» не містить визначення виробництва енергії з використанням альтернативних джерел енергії.

З аналізу положень законодавчих актів, можна припускати, що виробництво енергії з використанням альтернативних джерел має ознаки господарської діяльності, під якою у ГК України розуміється діяльність суб’єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи

надання послуг вартісного характеру, що мають цінову вираженість (ч. 1 ст. 3 ГК України).

У науковій літературі виділяють ознаки господарської діяльності. Зокрема, В. Щербина до таких ознак відносить наступні:

– особливий суб'єктний склад (господарську діяльність здійснюють суб'єкти господарювання);

– особлива сфера здійснення господарської діяльності — сфера суспільного виробництва;

– вартісний характер результатів господарської діяльності, що мають цінову визначеність [5, с. 14].

У підручнику за загальною редакцією Г. Смолина, у свою чергу, ознаки господарської діяльності формулюються ширше та до них відносять:

– здійснення господарської діяльності суб'єктами господарювання, зареєстрованими в установленому порядку;

– виробництво продукції, виконання робіт, надання послуг відбувається не так для власних, як для задоволення суспільних потреб;

– виконання господарської діяльності на професійних засадах;

– результати господарської діяльності набувають форми товару, мають цінову визначеність і реалізуються за плату, тобто функціонують у сфері товарно-грошових відносин;

– поєднання в ній приватних інтересів виробника і публічних інтересів держави, суспільства та значних прошарків населення [6, с. 13-14].

Визнаючи притаманність виробництву енергії з використанням альтернативних джерел вищеназваних ознак господарської діяльності, зокрема, особливого суб'єктного складу, особливої сфери здійснення, спрямованості на виробництво продуккції та інших, слід зазначити, що деякі з ознак господарської діяльності мають особливий прояв, обумовлений сферою здійснення діяльності, що розглядається.

Так, ознака вартісного характеру результатів господарської діяльності господарської діяльності виявляється у тому, що вироблена енергія виступає товаром, тобто призначена для задоволення потреб інших учасників відносин, має вартісний характер та може бути оцінена у грошовому виразі. Так, з альтернативних джерел може вироблятись електрична, теплова та механічна енергія, яка використовується з метою

забезпечення власних потреб виробника енергії, або виступає товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу (ст. 1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії»). Однак, у контексті стимулювання виробництва енергії з використанням альтернативних джерел, наведена ознака потребує додаткового розкриття, а відтак, потрібно звернути увагу на згадані види енергії окремо.

Виробництво електричної енергії – діяльність, пов'язана з перетворенням енергії з енергетичних ресурсів будь-якого походження в електричну енергію за допомогою технічних засобів (п. 11 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про ринок електричної енергії»). При цьому, виробником електричної енергії визначено суб'єктів господарювання, які здійснюють виробництво електричної енергії (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про ринок електричної енергії»).

Класифікатором видів економічної діяльності ДК 009:2010 як окремий вид економічної діяльності визначено постачання електроенергії, газу, пари і кондиційованого повітря. До видів діяльності у енергетичній сфері включено виробництво, передачу, розподілення та торгівлю електроенергією. Діяльність з виробництва енергії з альтернативних джерел є різновидом виробництва електроенергії, яка за Класифікацією видів економічної діяльності відноситься до класу 35.11 [7].

Попри те, що законом виробника електричної енергії визначено як суб'єкта господарювання, окрім останніх електричну енергію можуть виробляти і певні споживачі енергії, визначені Законом України «Про альтернативні джерела енергії». До таких споживачів електричної енергії віднесено енергетичні кооперативи та приватні домогосподарства (генеруючі установки яких виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії та для яких встановлено «зелений» тариф). Цим же Законом названих споживачів віднесено до суб'єктів стимулювання виробництва енергії з використанням альтернативних джерел та, фактично, поставлено у один ряд із суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з альтернативних джерел.

Виробництво теплової енергії на основі ст. 1 Закону України «Про теплопостачання» визначено як господарську діяльність, пов'язану з перетворенням енергетичних ресурсів будь-якого походження, у тому числі альтернативних джерел енергії, на теплову енергію за допомогою технічних засобів з метою її продажу на підставі договору.

З урахуванням наведеного можна стверджувати, що діяльність виробників електричної та теплової енергії з використанням альтернативних джерел енергії є господарською діяльністю. При цьому виробництво електричної енергії споживачами фактично за своєю суттю також має ознаки господарської діяльності.

В продовження дослідження варто проаналізувати виробництво механічної енергії. Слід зазначити, що зміст Закону України «Про альтернативні джерела енергії» не дає чіткого уявлення, що мається на увазі під виробництвом механічної енергієї, оскільки у статтях цього Закону термін «механічна енергія» згадується лише як вид енергії у переліку поряд із електричною та тепловою. Визначення механічної енергії у законодавстві взагалі відсутнє.

Безумовно, механічна енергія може бути вироблена з альтернативних джерел енергії, проте постає питання про доцільність її виробництва без подальшого перетворення. Видається, що включаючи механічну енергію до видів енергії, яка може бути вироблена з альтернативних джерел законодавець керувався виключно технічними аспектами, маючи на увазі виробництво механічної енергії з альтернативного джерела на такому об’єктів, де за допомогою механічної енергії певне обладнання приводитиметься в рух, ймовірно з метою подальшого перетворення механічної енергії у електричну чи теплову енергію.

Закріплення механічної енергії у переліку разом з електричною і тепловою у такому контексті є недоречним, оскільки після генерування енергії, механічна енергія буде перетворена у електричну або теплову, яка може бути передана чи продана. Такої ж думки дотримуються і науковці, що досліджували технічні аспекти виробництва енергії, зазначаючи, що енергетика – галузь народного господарства, що охоплює виробництво, перетворення і використання різних форм енергії, а основними видами продукції енергетичної галузі є електрична і теплова енергія [1, с. 12-16].

З огляду на наведене виробництво механічної енергії як самостійний об’єкт стимулювання виробництва енергії з використанням альтернативних джерел розглядати не можна. У світлі цього видається доцільним не розглядати механічну енергію у переліку видів енергії, виробники якої можуть претендувати на застосування господарсько-правових засобів стимулювання.

Наступною ознакою виробництва енергії з використанням альтернативних джерел те, що генерування енергії з використанням альтернативних джерел здійснюється у сфері суспільного виробництва.

Як ще одну ознаку виробництва енергії з використанням альтернативних джерел варто виділити поєднання приватних та публічних інтересів, оскільки вироблена енергія є суспільним благом.

Крім того, виробництву енергії з використанням альтернативних джерел властиві спеціальні суб'єкти здійснення такого виду господарської діяльності. Щодо виробництва електричної та теплової енергії, то ними є суб'єкти господарювання, які виробляють електричну енергію з альтернативних джерел, та споживачі електричної енергії (енергетичні кооперативи та приватні домогосподарства). Не всі виробники електричної енергії виступають суб'єктами господарювання у розумінні ст. 55 ГКУ, проте в іншому їх діяльність з виробництва електроенергії з використанням альтернативних джерел має ознаки господарської діяльності.

Як об'єкт стимулювання, виробництво електричної та теплової енергії з використанням альтернативних джерел здійснюється за дотримання вимог щодо використання спеціального обладнання – об'єкта альтернативної енергетики, що дозволяє виокремити ще одну ознаку: енергія має генеруватись із використанням об'єкту альтернативної енергетики.

Підсумовуючі, можна виділити такі основні ознаки господарської діяльності з виробництва енергії з використанням альтернативних джерел:

1) електрична та теплова енергія виробляється як товарна продукція;

2) діяльність здійснюється у сфері суспільного виробництва;

3) поєднує приватні та публічні інтереси;

4) спеціальні суб'єкти здійснення такого виду господарської діяльності (виробники механічної та теплової енергії; визначені законом споживачі електричної енергії, що виробляють електричну енергію);

5) генерування енергії здійснюється з використанням об'єкта альтернативної енергетики.

Тому, з урахуванням цього, виробництво енергії з використанням альтернативних джерел в контексті застосування господарсько-правових засобів стимулювання, можна визначити як господарську діяльність з генерування енергії з альтернативних джерел на

електричну або теплову енергію на об’єктах альтернативної енергетики з метою її реалізації.

Висновки. На підставі проведеного аналізу визначено виробництво енергії з використанням альтернативних джерел як об’єкта стимулювання, а саме: це господарська діяльність з генерування енергії з альтернативних джерел на електричну або теплову енергію на об’єктах альтернативної енергетики з метою її реалізації.

Перспективним напрямом для подальших досліджень може бути уніфікація термінології, якою позначаються альтернативні джерела енергії.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Варламов Г. Б., Любчик Г. М., Маляренко В. А. Теплоенергетичні установки та екологічні аспекти виробництва енергії: Підручник. Київ: ІВЦ «Видавництво «Політехніка», 2003. 232 с.: іл.

2. Білоцький С. Д. Еволюція правового регулювання альтернативних (відновлюваних) джерел енергії в праві ЄС. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2015. № 6. С. 87-93.

3. Шкурідін Є. Є. Поняття альтернативних джерел енергії. *Молодий вчений*. 2014. № 4(07)(2). С. 42-44.

4. Калетнік Г. М. Поняття альтернативних джерел енергії та їх місце в реалізації політики енергоефективності України. *Економіка. Фінанси. Менеджмент: актуальні питання науки і практики.* 2016. № 8. С. 7-18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/efmapnp_2016_8_3.

5. Щербина В.С. Господарське право: підручник. 6-те вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 640 с.

6. Г. В. Смолин, О. А. Туркот, Л. В. Хомко Господарське право України. Загальна частина: підручник / за заг. ред. Г. В. Смолина. Львів: ЛьвДУВС, 2017. 484 с.

7. Класифікатор видів економічної діяльності ДК 009:2010, Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016-2010. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/rada/show/vb457609-10].

УДК 346.7:620.91

Леміш О.В.,
студентка 5 курсу факультету міжнародних відносин,
групи МЮР-58, спеціальності «Право»
Київського національного університету культури і мистецтв
Київ, Україна
lemishks96@gmail.com

СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТОК ЕНЕРГЕТИЧНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ (НА ПРИКЛАДІ АТОМНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ)

У статті висвітлено історію зародження та становлення енергетичного права в Україні до 2000-х років. Проаналізовано тогочасний сучасний стан дослідження енергетичного права України на прикладі атомної енергетики. Констатовано, що за часів СРСР питання енергетичного права на прикладі атомної енергетики піднімалося насамперед у контексті ядерної безпеки самого СРСР та було пронизане ідеологічним підґрунтям. З іншого боку, у СРСР була технологічна необхідність у будівництві АЕС – вони будувалися в основному у районах із дефіцитом ресурсів іншого палива. У літературі початку 1990-х років в Україні праці про АЕС виходили у контексті еколого-правових проблем. Відзначено негативний вплив встановлення без'ядерного статусу України відповідно до Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, підписаного у Будапешті 5 грудня 1994 року, на подальшу історію України.

Ключові слова: *енергетичне право, ядерне право, атомна енергетика, АЕС, ядерна енергія, радіаційна безпека, Чорнобильська катастрофа, без'ядерний статус України.*

Леміш О.В. СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ЭНЕРГЕТИЧЕСКОГО ПРАВА В УКРАИНЕ (НА ПРИМЕРЕ АТОМНОЙ ЭНЕРГЕТИКИ)

В статье отражена история зарождения и становления энергетического права в Украине до 2000-х годов. Проанализировано тогдашнее современное состояние исследования энергетического права Украины на примере атомной энергетики. Констатировано, что во времена СССР вопрос энергетического права на примере атомной энергетики поднимался, прежде всего, в контексте ядерной безопасности самого СССР и было пронизано идеологической основой. С другой стороны, в СССР была технологическая необходимость в строительстве АЭС - они строились в основном в районах с дефицитом ресурсов другого топлива. В литературе начала 1990-х годов в Украине труда об АЭС выходили в контексте эколого-правовых проблем. Отмечено негативное влияние установления безъядерного статуса Украины в соответствии с Меморандумом о гарантиях безопасности в связи с присоединением Украины к Договору о нераспространении ядерного оружия, подписанного в Будапеште 5 декабря 1994, на дальнейшую историю Украины.

Ключевые слова: *энергетическое право, ядерное право, атомная энергетика, АЭС, ядерная энергия, радиационная безопасность, Чернобыльская катастрофа, безъядерный статус Украины.*

Lemish O.V. ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT OF ENERGY LAW IN UKRAINE (AT THE CASE OF ATOMIC ENERGY)

The article covers the history of the origin and formation of energy law in Ukraine until the 2000s. The current state of the study of the energy law of Ukraine on the example of nuclear energy is analyzed. It is stated that during the USSR the issue of energy law in the example of nuclear power was raised first of all in the context of nuclear security of the USSR itself and was riddled with ideological grounds. On the other hand, in the USSR there was a technological need for the construction of nuclear power plants - they were built mainly in areas with scarcity of other fuel resources. In the literature of

the early 1990s, the work on nuclear power plants in Ukraine came out in the context of environmental and legal problems. The negative impact of establishing Ukraine's non-nuclear status under the Memorandum of Security on the accession of Ukraine to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, signed in Budapest on December 5, 1994, has been noted in the further history of Ukraine.
Keywords: *energy law, nuclear law, nuclear power, nuclear power, nuclear energy, radiation safety, Chornobyl disaster, nuclear-free status of Ukraine.*

Постановка проблеми. Сучасна атомна енергетика – це своєрідний показник спроможності держави розробляти та безпечно експлуатувати новітні технології, використовувати атомні ресурси їх для подальшого розвитку, стабілізації економіки країни, покращення добробуту громадян. На сьогодні досить гостро стоять завдання, пов’язані із майбутнім атомної енергетики України, її матеріального та технічного забезпечення, нового фінансування проектів, законодавчого забезпечення та подальшого поступального розвитку.

Однією із головних складових енергетичної безпеки України є побудова розгалуженої та ефективної електромережі, здатної забезпечити електроенергією як промислові підприємства, так і населення. За кількістю ядерних реакторів наша країна посідає дев’яте місце у світі й п’яте в Європі. А частка АЕС від загального виробництва електроенергії в Україні становить від 49 % до 70 % (у зимовий час).

Важливою проблемою сучасності є і розуміння країнами, які володіють атомною енергетикою, ядерним потенціалом, є також своєї відповідальності перед своєю нацією та міжнародною спільнотою. Так, після Чорнобильської катастрофи в Україні, аварії після землетрусу у Японії на АЕС «Фукусіма» знову почали виникати сумніви щодо безпеки атомної енергетики. Тому українська атомна енергетика повинна функціонувати у міжнародному законодавчому полі, одне із вимог якого – чітке та безумовне виконання зобов’язань перед світовим співтовариством з дотримання міжнародних стандартів ядерної й радіаційної безпеки. Проте проблеми ядерної й радіаційної безпеки завжди повинні бути у пріоритеті досліджень.

Усі вищезгадані чинники свідчать про важливість дослідження становлення енергетичного права на прикладі атомної енергетики і, відповідно, про актуальність обраної теми роботи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність та необхідність дослідження становлення енергетичного права на прикладі атомної енергетики викликана також і певною неповною розробленістю цієї проблеми у теоретичній літературі. Проблемним й дискусійним питанням розвитку становлення енергетичного права на

прикладі атомної енергетики у вітчизняній та зарубіжній літературі присвячено порівняно невелику кількість праць.

Проблеми розвитку ядерних програм, перспективи міжнародної співпраці у тому чи іншому аспекті досліджувалися в працях таких вчених як А. О. Баклицький, С. Д. Білоцький, Ю. М. Бондар, О. В. Івін, Н. М. Мамедова, І. Н. Панкратенко, В. І. Сажин, В. М. Юрченко та інших.

Серед дослідників, які досліджували цю проблематику у 1990-х роках, варто назвати праці таких як Н. В. Барбашова, Ю. М. Крупка, В. Д. Лісовий, С. Г. Плачкова. Особливо варто відзначити у цій сфері праці Г. І. Балюк.

Проблеми безпеки атомної енергетики вивчали Н. С. Бабаєв, В. Ф. Дьомін та І. І. Кузьмін [3], Л. А. Ільїн та А. П. Александров та ін. [48]. Особливо варто згадати праці А. І. Іойриша[17-24].

Дослідження впливу атомної енергетики на екологію до Чорнобильської катастрофи були нечисленними, проте все ж були окремі дослідження [48].

Щодо праць зарубіжних вчених, то в СРСР публікувались дослідження таких як Х. Арндт та Г. Іффлендер [2]. У 1970 р. навіть вийшла друком брошура «Чи варті вигоди від розвитку ядерної енергетики пов’язаного з цим ризику» [42].

Серед українських дослідників, що займались цими питаннями, варто виділити таких фахівців як В. М. Вишньов, М. В. Капируля, О. А. Коппель, Р. К. Петюр, В. В. Пилипенко, П. А. Сіновець та інших.

В сучасних умовах відповідні дослідження активізувались також і у зв’язку із політичною ситуацією в Україні у останні роки, зокрема, проголошенням певними колами курсів щодо відновлення ядерного статусу нашої країни.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми. Наразі важливим є доля подальшого функціонування галузі атомної енергетики взагалі та розвитку енергетичного права на прикладі атомної енергетики зокрема. Законодавством повинні бути встановлені пріоритети безпеки людини, навколишнього середовища у сфері використання атомної енергії, повинні чітко бути врегульовані відносини та діяльність, пов’язані із будівництвом та використанням АЕС, ядерних установок, джерел іонізуючого випромінювання, інших частин, повинні бути встановлені правові основи міжнародних зобов’язань України по використанню ядерної енергії та відповідальність за їх порушення.

Формулювання цілей статті. Мета статті полягає в проведенні комплексного аналізу особливостей розвитку та становлення енергетичного права на прикладі атомної енергетики.

Відповідно до мети було сформульовано наступні завдання: висвітлити історію зародження та становлення енергетичного права в Україні; визначити стан дослідження енергетичного права України на прикладі атомної енергетики у 1990-х роках – на початку 2000-х років.

Виклад основного матеріалу. Для вітчизняної юридичної науки дослідження проблем становлення енергетичного права на прикладі атомної енергетики наразі досить важливе. Інтерес до цієї проблематики зростає, хоча поки можна говорити про дослідження лише окремих проблем із розглядуваної тематики. З іншої сторони, вказана проблема, безумовно, не є новою для вчених. Дослідження стану наукової проблеми енергетичного права на прикладі атомної енергетики розпочався із функціонуванням самої галузі атомної енергетики.

За часів СРСР питання енергетичного права на прикладі атомної енергетики піднімалося насамперед у контексті ядерної безпеки самого СРСР та було пронизане ідеологічним підґрунтям. З іншого боку, у СРСР була технологічна необхідність у будівництві АЕС – вони будувалися переважно у районах із дефіцитом ресурсів іншого палива.

Центральні відомства СРСР тривалий час вважали Україну за потужну територіальну базу для спорудження нових АЕС. Радянськими науково-дослідними та науково-проектними інститутами було попередньо затверджено десятки перспективних майданчиків для будівництва АЕС в УРСР. Проте при визначенні не враховувалися територіальна концентрація виробництва, густота населення, рівень економічного розвитку, якість земель, наявність паливо-енергетичних бази тощо. Ці та інші чинники призвели до Чорнобильської катастрофи.

Як зазначено у преамбулі Закону України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», який, правда, було видано пізніше – 27 лютого 1991 року, Чорнобильська катастрофа створила на значній території України надзвичайно небезпечну для здоров’я людей і навколишнього природного середовища радіаційну обстановку. Україну оголошено зоною екологічної катастрофи. Усунення наслідків цієї катастрофи залежить від

законодавчого визначення правового режиму різних за ступенем радіоактивного забруднення територій і заходів щодо його забезпечення [40].

Після Чорнобильської катастрофи (хоч і не зразу) почали зароджуватися сумніви щодо подальшого розвитку галузі. Чорнобильська катастрофа призвела до радіоактивного забруднення 23 % території Білорусії, 5,2 % території України, 0,6 % території Росії.

Поступово з'ясувалося, що майже всі АЕС споруджувалися без належного геологічного, гідрогеологічного обґрунтування, без урахування сейсмічності території, з можливим утворенням просідань ґрунтів, порушення гідроізоляції водонесучих мереж та споруд, потрапляння технічної води з АЕС у ґрунти. Часто АЕС споруджувалися без належного технологічного обґрунтування, пришвидшувались строки будівництва під тиском партійних органів.

Однак, було очевидно, що атомна енергетика в УРСР і надалі повинна була розвиватися. Це пов'язано із дефіцитом електроенергії у цій ділянці правобережній частині республіки.

Після Чорнобиля питання енергетичного права взагалі та атомної енергетики зокрема почали вивчати більш ґрунтовно, що зрозуміло. Тому подальший розвиток саме «права атомної енергетики» у зв'язку із аварією на Чорнобильській АЕС значно пришвидшився.

Виходили друком публікації таких авторів як В. П. Антонов [1], А. І. Іойриш та А. Н. Мостовець [24], Ж. О. Медведєв [33], К. Муздибаєв [35], А. К. Гуськової, В. В. Харитонова, А. В. Барабанової та інших [32], зарубіжних дослідників М. Харуела та Т. Хатчінсона [46]. У 1988 р. було перекладено з англійської мови посібник «Радіація: Дози, ефекти, ризик» [41].

На початку 1990-х років у незалежній Україні статті про АЕС виходили на зразок «АЕС – це тягар чи надбання для держави» [15] у контексті еколого-правових проблем. Так, В. О. Поярков аналізував «за і проти» ядерної енергетики [39].

Це було зрозуміло, адже цензура на публікації про небезпечність АЕС та потенційну катастрофічність наслідків аварій у галузі атомної енергетики була знята.

З іншої сторони, вчені серйозно почали аналізувати перспективи енергетичного права на прикладі атомної енергетики. Більш ґрунтовно було опрацьовано масив міжнародних та зарубіжних нормативно-правових актів, які визначають основи регулювання енергетичного права.

Так, особливо варто відзначити у цій сфері праці Г. І. Балюк, присвячені проблемам аварії на ЧАЕС, правового регулювання радіаційної безпеки [4; 9; 11], здійснення атомного нагляду [10], ядерного ризику [13], проблеми страхування ядерної шкоди [7] та ін. Г. І. Балюк видала також і монографічні дослідження, присвячені стану і перспективам розвитку ядерного права України [12], подальшим правовим аспектам забезпечення ядерної та радіаційної (радіоекологічної) безпеки в Україні [8].

Серед інших дослідників, які працювали у 1990-х роках, варто назвати праці авторів, які працювали у інших сферах енергетичного права України.

Так, Н. В. Барбашовою був зроблений аналіз забезпечення екологічної безпеки при використанні у господарській діяльності ядерної енергії [14].

У Ю. М. Крупки виходили друком праці з таких проблем як розвиток ядерного законодавства України [29], цивільно-правова відповідальність за ядерну шкоду [30], встановлення причинного зв'язку між ядерною шкодою і ядерним інцидентом [28].

В. Д. Лісовий наголошував на необхідності створення ядерного законодавства в Україні [31]. В. Петрина аналізує правові моменти забезпечення радіаційної безпеки в Україні після Чорнобильської катастрофи [37], С. Г. Плачкова – концепцію розвитку та формування ядерного законодавства в Україні [38], І. З. Штейн – взаємозв'язок та взаємовплив ядерної енергетики, людини та навколишнього середовища [47], М. М. Мухоїд – захист конституційних прав людини в умовах використання ядерної енергії [36].

Було видано також фотоальбом «Йменння зорі Чорнобиль» (редактор-укладач М. Лябах; тексти й коментарі – К. Воловик, П. Галич, М. Гоменюк та ін.) [16] про ліквідацію аварії на ЧАЕС.

Також у 1998 р. було систематизовано та видано збірник нормативно-правових актів «Ядерне законодавство» під загальною редакцією Ю. С. Шемшученка [49].

Окремо варто згадати про встановлення без'ядерного статусу України відповідно до Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, підписаного у Будапешті 5 грудня 1994 року. Тоді Україною, Російською Федерацією, Сполученим Королівством Великої Британії та Північної Ірландії і Сполученими Штатами Америки був підписаний вказаний Меморандум. Згідно з цим Меморандумом РФ, Великобританія та США підтверджують Україні їх зобов'язання згідно з принципами Заключного акта НБСЄ поважати

незалежність і суверенітет та існуючі кордони України, підтверджують їх зобов'язання утримуватися від загрози силою чи її використання проти територіальної цілісності чи політичної незалежності України, і що ніяка їхня зброя ніколи не буде використовуватися проти України, крім цілей самооборони або будь-яким іншим чином згідно зі Статутом ООН. Меморандум передбачав також інші гарантії для України зі сторони вказаних ядерних держав [34].

Проте, як з'ясувалося уже в наші дні, Меморандум про гарантії безпеки не завадив 18 березня 2014 року самопроголошеному уряду АРК підписали договір про приєднання Криму до складу РФ. 20 березня 2014 року відбулось голосування в Держдумі РФ щодо ратифікації Договору про анексію АРК, який був підписаний 18 березня 2014 року Президентом РФ В. Путіним та представниками самопроголошеної Республіки Крим. Єдиним із 450 депутатів Держдуми РФ, що проголосував проти анексії, виявився депутат Держдуми РФ І. Пономарьов. Депутат мотивував свій вчинок саме тим, що Україна, відмовившись від ядерної зброї, згідно з Меморандумом про гарантії безпеки, дотрималась свого слова, а РФ, анексувавши АРК – ні (одразу ж у І. Пономарьова почалися проблеми, які змусили його у серпні 2014 року залишити РФ).

Отже, Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, як міжнародний документ, залишився формальним.

Сучасний стан дослідження енергетичного права України на прикладі атомної енергетики можна періодизувати з початку 2000-х років. У цей час продовжує свою працю над формуванням атомного (ядерного) права України Г. І. Балюк. Виходять статті автора щодо визначення системи ядерного права України [6], щодо юридичної відповідальності в сфері використання ядерної енергії та забезпечення радіоекологічної безпеки [5].

Виходять друком дослідження Ю. М. Крупки про поняття ядерного страхування [27], про визначення поняття ядерної шкоди [25], про місце правових норм щодо відшкодування ядерної шкоди в системі права України [26] та ін.

М. О. Фроловим було вивчено правове регулювання об'єктів атомної енергетики як джерел підвищеної небезпеки [44; 45].

У контексті європейської та євроатлантичної інтеграції вийшла друком праця «Удосконалення державної політики України у сфері запобігання та реагування на

надзвичайні ситуації техногенного і природного характеру та акти ядерного тероризму в контексті європейської і євроатлантичної інтеграції» за редакцією В. П. Горбуліна, де було розглянуто процеси та тенденції щодо загроз природного, техногенного та терористичного характеру для глобальної та національної безпеки, проаналізовано міжнародні документи щодо забезпечення запобігання надзвичайним ситуаціям техногенного і природного характеру, вітчизняну нормативно-правову базу з даної проблеми, існуючу інфраструктуру та стан ресурсного забезпечення у сфері запобігання ядерним і радіаційним аваріям в Україні, висвітлено досвід країн-членів і партнерів НАТО у сфері запобігання надзвичайним ситуаціям, зарубіжний досвід організації реагування на терористичні акти щодо критичної інфраструктури держави [43].

Важливими для вивчення енергетичного права на прикладі атомної енергетики є і роботи західних зарубіжних фахівців, таких як Р. Баруд, Е. Баух, О. Боршик, Р. Вайц, Й. Мелман та інших. Відомі роботи багатьох вчених із ядерної програми у контексті міжнародної й регіональної безпеки. Зарубіжні автори розглядають різноманітні проблеми та питання галузі атомної енергетики, концентруючись у основному на аспектах безпеки.

Так, К. М. Кемпбелл, Р. Дж. Ейнхорн та М. Райсс у книзі «Ядерний пункт» розглядають питання, чому держави, насамперед у XXI столітті, переглядають свій вибір щодо ядерного чи без'ядерного статусу. Праця дає підстави зрозуміти політику режимів ядерного нерозповсюдження [50].

Із американських дослідників ядерної програми можна також згадати вагомий здобуток політолога, представника теорії неореалізму, професора політичної науки в Каліфорнійському університеті Берклі і Колумбійському університеті К. Н. Уолтца. К. Н. Уолтц розглядає комплекс проблем, пов'язаних з ядерним статусом. Ще у 1981 р. вийшла одна з ранніх робіт К. Н. Уолца, яка розкриває тему «Поширення ядерної зброї» (The Spread of Nuclear Weapons) [51]. У ній відображена концепція «ядерного миру»: за певних обставинах зброя масового знищення, особливо ядерна зброя може сприяти стабільності відносин між державами і знижувати ризик ескалації конфліктів високої інтенсивності.

Висновки з даного дослідження і перспективи подальшого розвитку. Наразі в Україні працює чотири потужних АЕС – Запорізька АЕС, Південноукраїнська АЕС, Рівненська АЕС, Хмельницька АЕС. Закрита для споживчої експлуатації Чорнобильська

АЕС. Планувалося спорудження Кримської АЕС, Одеської АЕС, Харківської АЕС, Чигиринської АЕС, будівництво яких на сьогодні заморожено.

АЕС в Україні виробляють від 40 відсотків (влітку) до 70 відсотків (у опалювальний сезон) електроенергії від загального її виробництва. Поступове, з радянських часів, зростання питомої ваги електроенергії на АЕС пояснюється стабільністю їх роботи (навіть не дивлячись на проблеми ЧАЕС та інші), зменшеною вартістю виробництва електроенергії, дефіцитом інших видів палива та енергетичних ресурсів. Наприклад, не дивлячись на величезні вкладення та затоплені території, сумарна потужність ГЕС в Україні нині становить лише 4-8 відсотків.

Отже, енергетичне право України на прикладі атомної енергетики все ще потребуватиме свого становлення та розвитку. Концепція законодавства України в сфері використання ядерної енергії в цілому відповідає вимогам міжнародних директив у сфері використання ядерної енергії, проте існують певні розбіжності у застосуванні окремих термінів, у напрямах державного регулювання в означеній сфері.

Проте подальший розвиток в Україні атомної енергетики проблематичний, пов’язаний саме із наслідками Чорнобильської катастрофи в Україні. Зокрема, є небезпека, що у зв’язку з повторення подібної аварії у зонах радіоактивного забруднення може опинитись майже половина території України. Проблеми законодавчого забезпечення атомної енергетики полягають також у тому, що Україні слід перейти на використання ядерних реакторів із високим степенем надійності, пристосованих до роботи на низькозбагаченому урані. Важливо налагодити переробку уранових руд у готове паливо для АЕС. Невирішеними є утилізація радіаційних та інших відходів з АЕС. Вказане спрямовує та обґрунтовує нові шляхи подолання проблем атомної енергетики та перспективи подальшого розвитку енергетичного права України.

Список використаних джерел та літератури:

1. Антонов В. П. Уроки Чернобыля: радиация, жизнь, здоровье / В. П. Антонов. – К.: Знание, 1989. – 112 с.
2. Арндт Х. Использование атомной энергии в мирных целях и защита от ее опасностей – требование времени / Х. Арндт, Г. Иффлэндер // Правовые проблемы использования атомной энергии. – М.: ИГП АН СССР, 1985. – С. 64-70.
3. Бабаев Н. С. Проблемы безопасности ядерной энергетики / Н. С. Бабаев, В. Ф. Демин, И. И. Куземин. – М.: Энергоатомиздат, 1978. – 148 с.
4. Балюк Г. І. Аварія на ЧАЕС і правове регулювання радіаційної безпеки / Г. І. Балюк // Теоретичні та практичні проблеми становлення правової держави в Україні. – Чернівці, 1995. – С. 183-190.

5. Балюк Г. І. Деякі проблеми удосконалення юридичної відповідальності в сфері використання ядерної енергії та забезпечення радіоекологічної безпеки / Г. І. Балюк // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2000. – Вип. 37. – С. 35-38.
6. Балюк Г. І. До визначення системи ядерного права України / Г. І. Балюк // Право України. – 2000. – № 6. – С. 36-38.
7. Балюк Г. І. Еколого-правові проблеми страхування ядерної шкоди / Г. І. Балюк // Концепція розвитку законодавства України: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Київ, травень 1996 р.). – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 251-253.
8. Балюк Г. І. Правові аспекти забезпечення ядерної та радіаційної (радіоекологічної) безпеки в Україні / Г. І. Балюк. – К.: Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка, 1997. – 196 с.
9. Балюк Г. І. Правові аспекти понять ядерної та радіаційної (радіоекологічної) безпеки / Г. І. Балюк // Право України. – 1999. – № 12. – С. 62-66.
10. Балюк Г. І. Правові проблеми здійснення атомного нагляду в сфері забезпечення радіоекологічної безпеки / Г. І. Балюк // Проблеми права. – Чернігів. – 1997. – Вип. 1. – С. 15-18.
11. Балюк Г. І. Соціально-економічні, міжнародні і екологічні проблеми забезпечення радіаційної безпеки / Г. І. Балюк // Правова держава. – 1998. – Вип. 9. – С. 23-25.
12. Балюк Г. І. Ядерне право України: стан і перспективи розвитку (правові аспекти радіоекології) / Г. І. Балюк. – К.: Віпол, 1996. – 140 с.
13. Балюк Г. І. Ядерний ризик: правові проблеми визначення, оцінювання та компенсації / Г. І. Балюк // Держава і право. Зб. наукових праць з юридичних і політичних наук. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 1999. – Вип. 4. – С. 138-145.
14. Барбашова Н. В. Забезпечення екологічної безпеки при використанні у господарській діяльності ядерної енергії / Н. В. Барбашова // Право України. – 1998. – № 6. – С. 43-47.
15. Бреус О. АЕС: тягар чи надбання держави? / О. Бреус // Голос України. 1993. – 19 травня. – С. 3.
16. Ймення зорі Чорнобиль: [фотоальбом] / [редактор-укладач М. Лябах; тексти й коментарі – К. Воловик, П. Галич, М. Гоменюк та ін.]. – Чорнобиль: Чорнобильінформ, 1996. – 233 с.
17. Иойрыш А. И. Атом и космос / А. И. Иойрыш. – М.: Наука 1965. – 91 с
18. Иойрыш А. И. Атом и право / А. И. Иойрыш. – М.: Международные отношения, 1969. – 221 с.
19. Йойрыш А. И. Атомная энергия и международно-правовая охрана окружающей среды / А. И. Иойрыш. – М.: Знание, 1975. – 64 с.
20. Иойрыш А. И. Атомная энергия. Правовые проблемы / А. И. Иойрыш. – М.: Наука, 1975. – 215 с.
21. Иойрыш А. И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права / А. И. Иойрыш. – М.: Международные отношения, 1981. – 167 с.
22. Иойрыш А. И. Правовые проблемы использования атомной энергии / А. И. Иойрыш. – М.: Знание, 1979. – 64 с.
23. Иойрыш А. И. Правовые проблемы мирного использования атомной энергии / А. И. Иойрыш. – М.: Наука, 1979. – 222 с.
24. Иойрыш А. И., Мостовец А. Н. Международный режим безопасного развития ядерной энергетики / А. И. Иойрыш, А. Н. Мостовец. – М.: Знание, 1988. – 62 с.
25. Крупка Ю. М. Дискусійні питання визначення поняття ядерної шкоди / Ю. М. Крупка // Держава і право. Юридичні і політичні науки: Зб. наук. праць. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – Вип. 27. – С. 534-539.
26. Крупка Ю. М. Місце правових норм щодо відшкодування ядерної шкоди в системі права України / Ю. М. Крупка // Юридична Україна. – 2006. – № 7. – С. 72-76.
27. Крупка Ю. М. Поняття ядерного страхування / Ю. М. Крупка // Право України. – 2005. – № 10. – С. 104-106.
28. Крупка Ю. М. Проблеми встановлення причинного зв’язку між ядерною шкодою і ядерним інцидентом / Ю. М. Крупка // Право України. – 1998. – № 7. – С. 99-104.

29. Крупка Ю. М. Розвиток ядерного законодавства України / Ю. М. Крупка // Право України. – 1996. – № 8. – С. 31-33.
30. Крупка Ю. М. Щодо цивільно-правової відповідальності за ядерну шкоду / Ю. М. Крупка // Право України. – 1995. – № 1. – С. 25-28.
31. Лісовий В. Д. Необхідність створення ядерного законодавства в Україні / В. Д. Лісовий // Концепція розвитку законодавства України: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Київ, травень 1996 р.). – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 72-73.
32. Массовые радиационные поражения и вопросы организации медицинской помощи / [А. К. Гуськова, В. В. Харитонов, А. В. Барабанова и др.]; под ред. А. И. Бурназяна, А. К. Гуськовой. – М.: Медицина, 1987. – 80 с.
33. Медведєв Ж. О. Атомна енергетика після Чорнобильської аварії / Ж. О. Медведєв // Ойкумена. Український екологічний вісник. – 1991. – № 5. – С. 53.
34. Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї. Підписаний у Будапешті 5 грудня 1994 року // Офіційний вісник України. – 2007. – № 13. – Ст. 507.
35. Муздыбаев К. Риск ядерной энергетики / К. Муздыбаев. – Л.: Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1988. – 247 с.
36. Мухоїд М. М. Захист конституційних прав людини в умовах використання ядерної енергії / М. М. Мухоїд // Конституційні гарантії захисту людини у сфері правоохоронної діяльності: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 24-25 вересня 1999 р.) / [І. П. Козаченко, А. В. Іщенко, М. М. Гуренко та ін.]; голова редкол. О. В. Негодченко; Дніпропетровський юридичний інститут. – Дніпропетровськ: Поліграфіст, 1999. – С. 372-376.
37. Петрина В. Правові моменти забезпечення радіаційної безпеки в Україні після Чорнобильської катастрофи / В. Петрина // Право України. – 1994. – № 1-2. – С. 27-30.
38. Плачкова С. Г. Формування ядерного законодавства в Україні / С. Г. Плачкова // Концепція розвитку законодавства України: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Київ, травень 1996 р.). – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 87-88.
39. Поярков В. О. Ядерна енергетика: за і проти / В. О. Поярков. – К.: Знання, 1993. – 68 с.
40. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи: Закон України від 27 лютого 1991 року № 791а-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 16. – Ст. 198.
41. Радиация: Дозы, эффекты, риск / [пер. с англ. Ю. А. Банникова]. – М.: Мир, 1988. – 79 с.
42. Стоят ли выгоды от развития ядерной энергетики связанного с этим риска? / [пер. с англ.]. – М: МИФИ, 1970. – 34 с.
43. Удосконалення державної політики України у сфері запобігання та реагування на надзвичайні ситуації техногенного і природного характеру та акти ядерного тероризму в контексті європейської і євроатлантичної інтеграції / [ред.: В. П. Горбулін]; Держ. п-во «Наук.-вироб. центр «Євроатлантикінформ». – К.: [Б. в.], 2008. – 192 с.
44. Фролов М. О. Ідентифікація джерел підвищеної небезпеки: деякі аспекти міждисциплінарної деліктології / М. О. Фролов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 201-203.
45. Фролов М. О. Правові аспекти екологічного ризику: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12. 00.06 / М. О. Фролов; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 20 с.
46. Харуэлл М. Последствия ядерной войны: Воздействие на экологию и сельское хозяйство / М. Харуэлл, Т. Хатчинсон. – М.: Мир, 1988. – 551 с.
47. Штейн И. З. Ядерная энергетика, человек и окружающая среда / И. З. Штейн. – Одесса: ОГНБ, 1993. – 32 с.
48. Ядерная энергетика, человек и окружающая среда / [Н. С. Бабаев, В. Ф. Демин, Л. А. Ильин и др.]; под ред. А. П.Александрова. – М.: Атомиздат, 1984. – 312 с.

49. Ядерне законодавство: [збірник нормативно-правових актів] / [під заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. – К.: Ін-Юре, 1998. – 608 с.
50. Campbell K. M. The Nuclear Tipping Point / K. M. Campbell, R. J. Einhorn, M. B. Reiss. – Washington, DC: Brookings Institution Press, 2004. – 366 p.
51. Waltz K. N. The Spread of Nuclear Weapons: More May Be Better. Adelphi Papers London: International Institute for Strategic Studies, 1981. 32 p.

Руденко Л.Д.,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної
безпеки ННІ права СУмДУ

ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЯК ПЕРЕДУМОВА ГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті уточнено зміст процесуальної правосуб'єктності як передумови господарської процесуальної відповідальності. Зазначено, що господарську процесуальну правоздатність доцільно розглядати як визнану державою здатність мати права та обов'язки, можливість мати права та обов'язки. Процесуальна правоздатність виникає з моменту відкриття провадження у справі. Аргументовано, що процесуальну правоздатність не можна ототожнювати з конституційним правом на судовий захист. Господарська процесуальна правоздатність не може бути обмежена. Уточнено, що господарська процесуальна правоздатність стає реальною через процесуальну дієздатність. Проте процесуальна дієздатність має похідний від господарської процесуальної правоздатності характер. Конкретизовано зміст господарської процесуальної дієздатності як здатність учасника процесу власними діями реалізовувати процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені процесуальним законодавством.

Ключові слова: *правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, право на судовий захист, процесуальні права та обов'язки.*

В статье уточнено содержание процессуальной правосубъектности как предпосылки хозяйственной процессуальной ответственности. Отмечено, что хозяйственную процессуальную правоспособность целесообразно рассматривать, как признанную государством способность иметь права и обязанности, возможность иметь права и обязанности. Процессуальная правоспособность возникает с момента открытия производства по делу. Аргументировано, что процессуальную правоспособность нельзя отождествлять с конституционным правом на судебную защиту. Хозяйственная процессуальная правоспособность не может быть ограничена. Уточнено, что хозяйственная процессуальная правоспособность становится реальной через процессуальную дееспособность. Однако процессуальная дееспособность имеет производный от хозяйственной процессуальной правоспособности характер. Конкретизировано содержание хозяйственной процессуальной дееспособности как способность участника процесса собственными действиями реализовывать процессуальные права и исполнять процессуальные обязанности, предусмотренные процессуальным законодательством.

Ключевые слова*: правосубьектность, правоспособность, дееспособность, право на судебную защиту, процессуальные права и обязанности*

The article clarifies the content of procedural legal personality as a prerequisite for economic procedural responsibility. It is noted that economic procedural capacity should be considered as a state-recognized ability to have rights and responsibilities, the ability to have rights and responsibilities. Procedural legal capacity arises from the moment of opening the proceedings. It is argued that procedural capacity cannot be equated with the constitutional right to judicial protection. Economic procedural capacity cannot be limited. It is specified that economic procedural legal capacity becomes real due to procedural legal capacity. However, procedural legal capacity is derived from economic

procedural legal capacity. The content of economic procedural capacity is specified as the ability of a participant in the process to exercise procedural rights and perform procedural obligations provided by procedural legislation.

Key words: *legal personality, legal capacity, legal capacity, right to judicial protection, procedural rights and obligations.*

Постановка проблеми. Юридична природа, зміст господарської процесуальної відповідальності є недостатньо дослідженими у науці господарського процесуального права. Проте передумови господарської процесуальної відповідальності є традиційними як і для юридичної відповідальності в цілому. Передумовами юридичної відповідальності є правові норми, правосуб'єктність, правопорушення. Тобто наявність процесуальної правосуб'єктності є однією з необхідних складників для застосування до учасника господарського процесу мір господарського процесуального примусу, передбачених Главою 9 Господарського процесуального кодексу України (надалі – ГПК України) [1].

Главою 9 ГПК України прописано види заходів процесуального примусу, порядок їх застосування, склад процесуальних правопорушень. Проте питання процесуальної правосуб'єктності потребує конкретизації, оскільки ст. 44 ГПК України «Процесуальна правоздатність та процесуальна дієздатність» фактично прирівнює процесуальну правосуб'єктніть до правосуб'єктності у матеріально-правових відносинах. Є незрозумілим, чи може бути суб'єктом господарської процесуальної відповідальності особа, яка не є учасником господарського провадження (зокрема, сторонній суб'єкт господарювання, який повинен надати певні докази за ухвалою суду про витребування доказів).

Стан наукової розробки теми. У науці господарського процесуального права питання господарської правосуб'єктності як передумови процесуальної відповідальності досліджено фрагментарно. Окремі питання процесуальної правосуб'єктності розглядалися А. Первушиною [2], Т. Степановою [3]. Теоретичною основою дослідження є праці С. Бичкової [4], І. Діткевича [5] та низки інших авторів, які досліджували питання правосуб'єктності фізичних та юридичних осіб.

Виходячи з викладеного, **метою** дослідження є уточнення змісту процесуальної правосуб'єктності як передумови господарської процесуальної відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 44 ГПК України усі фізичні і юридичні особи здатні мати процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, боржника [3]. Таке визначення процесуальної правоздатності вказує, що у господарському процесуальному законодавстві закріплено однакове розуміння

процесуальної правоздатності щодо фізичних та юридичних осіб. Ч. 2 ст. 144 ГПК України закріплює процесуальну дієздатність фізичних та юридичних осіб як здатність особисто здійснювати процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді. Редакція ст. 144 ГПК України вказує на однакове розуміння правоздатності, дієздатності як у матеріальних, та і у процесуальних відносинах. Як і у матеріально-правових відносинах, у процесуальних правовідносинах на відміну від фізичних осіб у юридичних осіб правоздатність та дієздатність виникають одночасно. Ч. 2 ст. 80 Цивільного кодексу України (надалі - ЦК України) відносить можливість юридичної особи бути позивачем та відповідачем у суді до його правосуб'єктності [6].

Фактично, положення ч. 2 ст. 80 ЦК України конкретизовано у ч.ч. 5, 6 ст. 144 ГПК України. Юридична особа набуває процесуальних прав та обов'язків у порядку, встановленому законом, і здійснює їх через свого представника. Юридична особа може набувати процесуальних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників у випадках, коли відповідно до закону чи установчого документа така юридична особа набуває та здійснює права, а також несе обов'язки через своїх учасників [3].

Наведені норми вказують, що господарську процесуальну правоздатність мають усі фізичні та юридичні особи. Наявність процесуальної правоздатності у структурі правосуб'єктності обумовлена правом на судовий захист. Господарська процесуальна правоздатність тісно пов'язана з матеріально-правовою правоздатністю і з матеріальним правом, яке підлягає захисту. Постає питання, чи виникає вона одночасно з виникненням здатності мати матеріальні права, чи можна обмежити процесуальну правоздатність.

Для уточнення змісту процесуальної правосуб'єктності представляється доцільним встановити співвідношення правоздатності з дієздатністю, суб'єктивним правом, відповідальністю. Суб'єктивне право є можливістю. Суб'єкти господарських процесуальних правовідносин мають суб'єктивні процесуальні права та обов'язки. Для учасників господарських процесуальних правовідносин це можливість вступити у конкретний процес як позивач, відповідач або інший учасник господарського процесу. При цьому, реалізовувати процесуальну правоздатність може і недієздатна особа через законного представника (ст. 57 ГПК України). Позов щодо захисту інтересів держави може подати прокурор. Статус позивача набуває орган або суб'єкт господарювання, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах (ч. ч. 3, 4 ст. 53 ГПК України). Фактично, у процесуальних правовідносинах правоздатність

та дієздатність є достатньо близькими, особливо щодо юридичних осіб. Правоздатність та суб'єктивні права та обов'язки з'являються одночасно. Неможливо мати всі процесуальні права, оскільки у процесі кожна особа набуває власний процесуальний статус, а отже має конкретні процесуальні права та обов'язки позивача, відповідача, третьої особи, свідка, експерта тощо. Отже, процесуальна правоздатність виникає з моменту відкриття провадження у справі. Таким чином, процесуальну правоздатність не можна ототожнювати з конституційним правом на судовий захист. Для інших осіб господарська процесуальна правоздатність виникає з моменту їх залучення у процес у певному статусі (експерт, перекладач). Слід вказати, що можливість застосування заходів процесуального примусу є і щодо певних категорій осіб, які не мають процесуального статусу учасника господарського судочинства. Ухвалою Господарського суду Одеської області від 21 червня 2017 року у справі № 21-32-2/44-10-2632 застосовано захід процесуального примусу у вигляді попередження щодо особи, яка здійснювала відеофіксацію судового процесу та не була безпосереднім учасником провадження [7].

Таким чином, господарську процесуальну правоздатність доцільно розглядати як визнану державою здатність мати права та обов'язки, можливість мати права та обов'язки.

За загальним правилом, закон визначає універсальний характер правоздатності юридичної особи, що дає їй можливість брати участь у будь-яких цивільних правовідносинах (ст. 91 ЦК України). Водночас, певні обмеження універсальної правоздатності юридичної особи можуть встановлюватись законом. Таке обмеження полягає в праві особи здійснювати окремі види діяльності після одержання юридичною особою спеціального дозволу, ліцензії (ч. 3 ст. 91 ЦК України).

Слід зазначити, що встановлюючи універсальний характер цивільної правоздатності юридичної особи, законодавець не передбачає безумовне наділення юридичної особи однаковим обсягом цивільної правоздатності.

Ч. 4 ст. 91 ЦК України визначено, що цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. Разом з цим ч. 4 ст. 87 ЦК України визначено, що юридична особа вважається створеною з моменту її державної реєстрації.

Однак, відповідно до ч. 1 ст. 87 ЦК України для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і

підписуються всіма учасниками (засновниками). У установчих документах визначаються предмет та цілі діяльності юридичної особи.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок, що юридична особа набуває певний обсяг цивільної правоздатності в момент її створення –державної реєстрації. Однак до цього моменту учасники (засновники) юридичної особи повинні розробити установчі документи (статут, засновницький (установчий) договір), в яких вони і окреслюють обсяг цивільної правоздатності і, як наслідок, цивільної дієздатності юридичної особи, а саме, визначають предмет та цілі діяльності.

В результаті такої послідовності дій по створенню юридичної особи, встановленої законом, визначені в установчих документах предмет та цілі діяльності обумовлюють обсяг цивільної правоздатності та дієздатності юридичної особи, який фактично закріплюється з моменту державної реєстрації юридичної особи.

Відповідно до ч. 2 ст. 91 ЦК України цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена за рішенням суду. Проте процесуальна правоздатність не може бути обмежена.

Господарська процесуальна правоздатність стає реальною через процесуальну дієздатність. Проте процесуальна дієздатність має похідний від господарської процесуальної правоздатності характер.

Господарська процесуальна дієздатність представляє здатність учасника процесу власними діями реалізовувати процесуальні права та виконувати процесуальні обов’язки, передбачені процесуальним законодавством.

Господарське процесуальне законодавство прив’язується до обсягу дієздатності, встановленої ЦК України. Для фізичних осіб, виходячи з їх віку, встановлено такі види цивільної дієздатності: повну (з 18 років); неповну (з 14 до 18 років); часткову (до досягнення 14 років). Цивільним законодавством також передбачено випадки набуття повної цивільної дієздатності до досягнення 18-річного віку внаслідок настання певних юридичних фактів (у разі реєстрації шлюбу, якщо неповнолітня особа працює за трудовим контрактом до досягнення повноліття, якщо фізична особа набула статус фізичної особи-підприємця до досягнення повноліття тощо).

На відміну від фізичних осіб, для юридичних осіб дієздатність, як було зазначено вище, виникає одночасно з правоздатністю з моменту її створення. Процесуальна дієздатність юридичної особи реалізується через його представника або учасника

юридичної особи у випадках, коли відповідно до закону чи установчого документа така юридична особа набуває та здійснює права, а також несе обов'язки через своїх учасників.

Змістом господарської дієздатності є процесуальні права та обов'язки. Відмінністю господарської процесуальної дієздатності є те, що вона може бути реалізована за допомогою інших осіб (прокурора, законного представника). Слід вказати, що втрата господарської дієздатності не призводить до втрати господарської процесуальної дієздатності. За змістом ст.ст. 51, 52, 598-609 ЦК України, ст.ст. 202-208 ГК України, ч. 8 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» [8] у випадку припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця (із внесенням до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань запису про державну реєстрацію такого припинення) її зобов'язання (господарські зобов'язання) за укладеними договорами не припиняються, а продовжують існувати, оскільки вона як фізична особа не перестає існувати та відповідає за своїми зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном.

Висновки. Таким чином, господарську процесуальну правоздатність доцільно розглядати як визнану державою здатність мати права та обов'язки, можливість мати права та обов'язки. Процесуальна правоздатність виникає з моменту відкриття провадження у справі. Процесуальну правоздатність не можна ототожнювати з конституційним правом на судовий захист. Господарська процесуальна правоздатність не може бути обмежена. Господарська процесуальна правоздатність стає реальною через процесуальну дієздатність. Проте процесуальна дієздатність має похідний від господарської процесуальної правоздатності характер. Господарська процесуальна дієздатність представляє здатність учасника процесу власними діями реалізовувати процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені процесуальним законодавством.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Первушина А. Відповідальність сторін як учасників господарського процесу. *European political and law discourse*. 2015. Volume 2. Issue 1. P. 325-330.
2. Степанова Т. Щодо змісту господарської процесуальної правосуб'єктності. *Національний юридичний журнал.: теорія і практика.* 2015. № 3/2 (13). С. 57-60.
3. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України в редакції від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#n3873.
4. Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : *монографія*. К. : Атіка, 2011. 418 с.

5. Діткевич, І. І. Адміністративна процесуальна правосуб'єктність : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2011. 20 с.
6. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n437.
7. Ухвала Господарського суду Одеської області від 21 червня 2017 року у справі № 21-32-2/44-10-2632. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83724267.
8. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 року № 755-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text.

УДК 346.14

Павлюченко Ю.М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри господарського та адміністративного права,
Донецький національний університет імені Василя Стуса, e-mail:
Pavluchenko@donnu.edu.ua, https//orcid.org/0000-0003-1504-8384

ПІДСТАВИ ЗАХИСТУ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ АГРАРНОГО РИНКУ

Анотація. *На аграрному ринку діють сільськогосподарські товаровиробники та інші суб'єкти, які вступають у господарські відносини з приводу організації та здійснення реалізації сільськогосподарської продукції. Ефективне функціонування цих суб'єктів забезпечує стійкість цього ринку та виконання ним покладених на нього функцій. На практиці такі суб'єкти часто стикаються з різними загрозами власним правам та законним інтересам, що піднімає питання пор належність таких загроз до підстав захисту. Різноплановий характер відносин щодо реалізації сільськогосподарської продукції знаходить прояв у тому, що конкретні підстави захисту суб'єктів аграрного ринку закріплені у багатьох нормативно-правових актах. Все це потребує узагальнення підходів до підстав захисту суб'єктів аграрного ринку, що позитивно відобразиться, у першу чергу, на стані практики.*

Для доопрацювання підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку було проведено аналіз ключових у цьому питанні понять, зокрема поняття прав суб'єктів аграрного ринку та законних інтересів цих суб'єктів. У межах категорії інтересу наголошено, що аграрний ринок є сферою, де поєднуються приватні інтереси конкретних суб'єктів господарювання з публічними інтересами, які у широкому розумінні охоплюють належне функціонування цього ринку.

Проаналізовано такі підстави захисту як правопорушення та посягання на право, а саме: невизнання та оспорювання прав. Проведено групування порушень на види залежно від об'єкту посягання. З'ясовано, що суб'єкти аграрного ринку, зокрема сільськогосподарські товаровиробники, отримують державну фінансову підтримку, проте законність її отримання та витрачання не забезпечена на законодавчому рівні. У зв'язку з тим, що порушення у сфері державної фінансової підтримки можна вважати порушеннями публічних інтересів, запропоновано закріпити відповідні підстави їх захисту.

Ключові слова: *суб'єкти аграрного ринку, підстави захисту, права суб'єктів аграрного ринку, публічні інтереси, правопорушення, посягання на права та законні інтереси.*

Annotation. *Agricultural producers and other entities operate on the agrarian market that enter economic relations regarding the organization and implementation of the sale of agricultural products. The effective functioning of these entities ensures the stability of this market and the performance of its functions. In practice, such subjects often face various threats to their own rights and legitimate interests, which raises the question of whether such threats belong to the grounds of protection. The multifaceted nature of relations for the sale of agricultural products is manifested in the fact that specific grounds for protecting the subjects of the agricultural market are enshrined in many regulatory legal acts. All this requires a generalization of approaches to the grounds for protecting the subjects of the agrarian market, which will positively affect, at first, the state of practice.*

To refine the grounds for protecting the rights and legitimate interests of the subjects of the agrarian market, an analysis of the key concepts in this issue was carried out, in particular the concept of the rights of the subjects of the agrarian market and the legitimate interests of these subjects. Within

the category of interest, it is noted that the agricultural market is an area where the private interests of specific economic entities are combined with public interests, which in a broad sense cover the proper functioning of this market.

The author analyzes such grounds for protection as an offense and infringement of the right, namely: non-recognition and challenge of rights. The classification of violations into types, depending on the object of the encroachment, has been carried out. It has been established that the subjects of the agrarian market, in particular agricultural producers, receive state financial support, but the legality of its receipt and expenditure is not ensured at the legislative level. Due to the fact that violations in the field of state financial support can be considered violations of public interests, it is proposed to establish the appropriate grounds for their protection.

Key words: *subjects of the agrarian market, grounds for protection, rights of subjects of the agrarian market, public interests, offenses, encroachments on rights and legitimate interests.*

Постановка проблеми. Функціонування аграрного ринку базується на діяльності суб'єктів господарювання та інших суб'єктів цього ринку, які вступаючи у господарсько-виробничі та організаційно-господарські відносини щодо реалізації сільськогосподарської продукції, здійснюють права та задовольняють не тільки власні інтереси, але й інтереси широкого кола споживачів такої продукції. Відповідно, ефективність діяльності суб'єктів аграрного ринку потребує належного рівня захищеності. Проте на практиці поширеними є спори між суб'єктами цього ринку, порушення договірних зобов'язань, інші загрози їхнім інтересам, що актуалізує питання підстав захисту прав суб'єктів аграрного ринку.

Законодавчі норми щодо підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку містяться у Господарському кодексі України (далі – ГК України), Цивільному кодексі України (далі – ЦК України). Одночасно види господарських відносин, які мають місце в межах цього ринку, зумовлюють значну варіативність підстав захисту, які розпорошені між нормативно-правовими актами, які регулюють відносини щодо реалізації сільськогосподарської продукції у різних формах і способах, встановлюють особливості реалізації певних видів такої продукції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку не виступали предметом окремого дослідження. Проте загальні аспекти підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання у своїх дослідженнях розглядали багато дослідників, зокрема такі як О.В. Аушева, О.А. Беляневич, А.Г. Бобкова, О.М. Вінник, І.Ф. Коваль, О.Г. Хрімлі, В.С. Щербіна та багато інших. Науковий доробок цих та інших науковців може бути покладений в основу уточнення та конкретизації підстав захисту суб'єктів аграрного ринку.

Мета статті полягає у доопрацюванні підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку.

Виклад основного матеріалу. Згідно із ст. 13 Конституції України держава взяла на себе обов'язок забезпечувати захист прав усіх суб'єктів господарювання. Це положення знайшло розвиток у ст. 20 ГК України, в якій закріплено право кожного суб'єкта господарювання та споживача на захист своїх прав і законних інтересів. Для реалізації цих положень слід погодитися, що визначальним у відносинах захисту прав суб'єктів господарювання виступає наявність правової підстави для захисту та точне встановлення фактичної підстави захисту [1, с. 72]. Але перед дослідженням правових та фактичних підстав потрібно коротко зупинитися на поняттях самих прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку, які є ключовими у понятті підстав захисту.

О.В. Аушева, досліджуючи об'єкт захисту, приділяє увагу аналізу поняття суб'єктивного права суб'єкта господарювання, у визначенні якого як наданої особі і забезпеченої нормами права можливості діяти, тобто самостійно визначати засоби для досягнення власних цілей, у тому числі користуватися діями інших осіб як засобами, посилається на позицію С.Ф. Кечек'яна [2, С. 35]. У дисертаційній роботі О.Г. Хрімлі наводить визначення поняття «права суб'єкта права» як юридично гарантованих, закріплених можливостей користуватися встановленими законодавством соціальними благами, міри можливої поведінки [3, с. 87]. З наведеного очевидно, що права мають бути формалізовані у нормах права. Так, перелік прав суб'єктів господарювання можна встановити на підставі аналізу норм ГК України (глава 4 та інші норми). Конкретні права суб'єктів аграрного ринку – сільськогосподарських товаровиробників та інших суб'єктів господарювання (професійних торговців, покупців тощо) встановлено у низці законів України: «Про державну підтримку сільського господарства України», «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції», «Про зерно та ринок зерна в Україні», «Про молоко та молочні продукти», «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» та багатьох інших.

З поняттям суб'єктивного права тісно пов'язана категорія інтересу, а також питання її співвідношення із категорією прав особи (суб'єкта). Серед науковців різних часів є ті, які заперечують самостійність категорії інтересу, так і ті, які навпаки відстоюють її самостійне значення. На позицію останніх варто пристати, зазначивши, що на сьогодні категорія інтересу набула самостійного законодавчого визнання, зокрема й у

контексті захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання (ст. 20 ГК України). Також на сучасному етапі виділяють різні види інтересів, зокрема приватні, суспільні, державні, конституційні, законні тощо. Традиційним став поділ інтересів на публічні та приватні, що простежується на рівні законодавства, практики, у тому числі судової, та у науковій площині. Погоджуючись із В.С. Щербиною у тому, що поєднання приватноправових і публічно-правових засад є характерним саме для господарського законодавства [4, С. 28], потрібно додати що ці засади відображають наявність приватноправових і публічно-правових інтересів при організації та здійсненні господарської діяльності. Це в значній мірі обумовлено тим, що господарська діяльність здійснюється у сфері суспільного виробництва, а її результати спрямовані на задоволення інтересів третіх осіб.

Приватний інтерес являє собою інтерес окремого суб'єкта аграрного ринку, який не належить до державної або комунальної форми власності, щодо реалізації статутних цілей, організації власної господарської діяльності тощо. Так, задоволення приватноправових інтересів, зокрема щодо отримання прибутку, можливе шляхом вступу у господарсько-договірні відносини. Проте категорія публічного інтересу більш складна. За основу можна прийняти визначення публічного інтересу, наведеного у роботі О.Г. Хрімлі, як визнаного державою суспільного інтересу, вираженого в нормах права і забезпеченого примусовою силою держави [3, С. 61]. Аграрний ринок є сферою, у межах якої поєднуються приватні інтереси конкретних суб'єктів господарювання з публічними інтересами, зокрема стосовно належного функціонування аграрного ринку за визначеною державою моделлю, для забезпечення якої у законодавстві закріплюються форми організації такого ринку, відповідні умови обігу сільськогосподарської продукції, обов'язки її товаровиробників, інших суб'єктів цього ринку, встановлюються засоби державного регулювання тощо. Досягнення балансу між приватними та публічними інтересами на аграрному ринку є важливим орієнтиром для розбудови системи захисту таких інтересів і, зокрема, підстав захисту суб'єктів аграрного ринку.

Серед науковців підтримується підхід, за якого до підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання належать їх порушення або наявність реальної загрози порушення, невизнання або оспорювання прав і законних інтересів цих суб'єктів [2, С. 56]. Такий підхід знайшов втілення у законодавстві. Зокрема, у ст. 15 ЦК України встановлено, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його

порушення, невизнання або оспорювання. У ГК України підстави захисту, на відміну способів захисту, не узагальнено. Проте у багатьох положеннях ГК України встановлено конкретні підстави захисту, наприклад за договором контрактації сільськогосподарської продукції (ст. 274 ГК України). Можна погодитися з І.Ф. Коваль, яка зазначає, що втілення фактичних підстав захисту, які на практиці є повторюваними та/або типовими, у нормах права, надання їм юридичної характеристики, має за мету зафіксувати та надати знеособленого характеру найбільш поширеним підставам захисту, чим забезпечити їх багаторазове використання [5, С. 273].

Переходячи до розгляду господарського правопорушення, як найбільш поширеної і небезпечної підстави для захисту прав суб'єктів господарювання, потрібно зазначити, що це неправомірне діяння учасника господарських відносин (дія чи бездіяльність), яке посягає на права та законні інтереси суб'єктів господарювання, створює перешкоди їх належному здійсненню. Науковці відносять правопорушення до фактичних підстав захисту [2, С. 42].

Теорія господарського правопорушення розвивалася під впливом загальної теорії, взявши за основу підхід до складу правопорушення, його елементів та їх визначальної характеристики. Розроблену у теорії права доктрину правопорушення покладено в основу розробки відповідних галузевих концепцій. Загальновідомо, що елементами правопорушення є об'єкт, суб'єкт, об'єктивна та суб'єктивні сторони правопорушення. Певна адаптація загальної теорії до сфери господарювання знаходить прояв у тому, що у складі господарського правопорушення здебільшого приділяють увагу об'єктивній стороні, тобто наявності протиправної поведінки, негативним наслідкам, причинному зв'язку між ними, та вині правопорушника [6, С. 388]. Разом з тим, для конкретизації підстав захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку важливими є такої й інші елементи складу правопорушення, як-то: об'єкт і суб'єкт.

У широкому розумінні об'єктом правопорушення визнається правопорядок, який є результатом виконання, дотримання, використання і застосування норм права [1, С. 679]. Зважаючи на виокремлення частини відносин аграрного ринку, які охоплюються господарсько-правовим регулюванням, можна уточнити, що загальний об'єкт правопорушення корелюється із публічними інтересами, тобто належним функціонуванням аграрного ринку і підтриманням правового господарського порядку у всіх господарських відносинах, які мають місце під час організації та здійснення

діяльності щодо реалізації сільськогосподарської продукції. Родовий об'єкт відображає ті цінності, на які посягає певна однорідна група правопорушень (право на отримання прибутку; право вільно розпоряджатися результатами своєї діяльності, прибутком; право вільно встановлювати ціни на свою продукцію тощо, право споживати безпечні харчові продукти тощо). Безпосереднім об'єктом правопорушення виступають цінності (права, законні інтереси) у конкретних господарських відносинах щодо реалізації сільськогосподарської продукції, на які посягає конкретне правопорушення.

Специфіка родового та безпосереднього об'єктів правопорушення може бути проілюстрована з посиланням на положення ст. 218 ГК України щодо підстав господарсько-правової відповідальності. Так, порушення господарських зобов'язань посягають, здебільшого, на приватні інтереси суб'єктів аграрного ринку, в той час як порушення правил здійснення господарської діяльності – на публічні інтереси на аграрному ринку.

Суб'єктом порушення прав і законних інтересів у сфері господарювання може бути будь-який учасник господарських відносин. Для аграрного ринку коло потенційних порушників можна звузити до суб'єктів аграрного ринку, серед яких левову частку займають сільськогосподарські товаровиробники, інші професійні торговці сільськогосподарською продукцією, оптові покупці такої продукції, організатори оптової торгівлі (Аграрна біржа, оптовий ринок сільськогосподарської продукції, організатор аукціону тощо), інші суб'єкти господарювання, які беруть участь в аграрному ринку, органи державної влади (зокрема, Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів), органи місцевого самоврядування, які здійснюють організаційно-господарські повноваження на цьому ринку.

Об'єктивна сторона господарського правопорушення охоплює протиправну поведінку (дію або бездіяльність), негативні наслідки для потерпілої сторони та прямий причинно-наслідковий зв'язок між ними. При цьому протиправна поведінка може знаходити прояв у невиконанні або неналежному виконанні господарського зобов'язання або порушенні правил здійснення господарської діяльності.

Відповідно до ст. 173 ГК України господарські зобов'язання можуть виникати з різних підстав, в контексті протиправної поведінки, здебільшого мова йде про невиконання або неналежне виконання господарсько-договірних зобов'язань. Спираючись на те, що порушення права пов'язане з позбавленням його носія можливості

реалізувати своє право повністю або частково [7, с. 76], можна стверджувати, якщо таке порушення спричинене невиконанням або неналежним виконанням договірних зобов’язань, то воно знаходить прояв у позбавленні сторони договору можливості здійснювати свої права за договором й отримати очікуване за договором. Особливої уваги заслуговує істотне порушення договору, тобто порушення, внаслідок якого завдано такої шкоди, що потерпіла сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладанні договору (ч. 2 ст. 651 ЦК України).

На аграрному ринку можна виокремити дві основні групи договорів: договори, які опосередковують реалізацію сільськогосподарської продукції, та договори, які опосередковують надання допоміжних послуг, при виконанні яких сторони можуть вчинити порушення. Невиконання господарського зобов’язання неналежне виконання господарського зобов’язання виступає антиподом належного виконання. Так, у ст. 193 ГК України встановлено загальне правило щодо виконання зобов’язань, а саме: суб'єкти господарювання та інші учасники господарських відносин повинні виконувати господарські зобов'язання належним чином відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання – відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться. Конкретні положення щодо належного виконання зобов’язань встановлені у ЦК України, які стосуються сторін, строку (терміну), місця виконання зобов’язань (ст.ст. 526, 527, 530, 532 ЦК України). При цьому сторони у договорі можуть конкретизувати вимоги до належного виконання та конкретні заходи за їх порушення.

Прикладами порушень господарських зобов’язань можуть виступати порушення уповноваженими органами організаційно-господарських зобов’язань, зокрема, щодо дерегуляції аграрного ринку. Питання дерегуляції аграрного ринку врегульовані ст. 14 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України», відповідно до якої незаконними вважаються обмеження прав власників сільськогосподарської продукції на вільне володіння, користування або розпорядження нею, нав’язування власнику такої продукції конкретних покупців (посередників, переробників) або інші рішення (дії, бездіяльність), які ущемлюють права та законні інтереси суб’єкта господарювання.

Іншим видом протиправної поведінки є порушення правил здійснення господарської діяльності, прикладами якої на аграрному ринку виступають

функціонування агропродовольчого ринку без лабораторії, порушення показників безпечності сільськогосподарської продукції, інші порушення операторами ринку вимог закону, які зачіпають публічні інтереси.

Слід звернути увагу, що законодавством передбачено широке коло видів державної фінансової підтримки суб'єктів аграрного ринку. Зокрема, Законом України «Про державну підтримку сільського господарства України» закріплено надання кредитної субсидії (ст. 13), бюджетних дотацій (статті 15, 16-1, 16-2) тощо. Порушення вимог отримання та/або використання видів такої підтримки варто віднести до порушень публічних інтересів на аграрному ринку, проте вони не визначені у законодавстві як підстави для захисту, що потребує доопрацювання. На основі аналізу законодавчих норм можна пропонувати визнати підставами захисту публічних інтересів у сфері надання державної фінансової підтримки суб'єктам аграрного ринку: надання неправдивої інформації для отримання державної підтримки; порушення умов отримання державної підтримки; нецільове використання названими суб'єктами державних коштів, наданих в будь-якій формі державної підтримки. Вбачається, що ці порушення мають знайти закріплення у законодавстві.

Резюмуючи, потрібно зазначити, що протиправна поведінка знаходить прояв у діяннях, які мають різний характер, що безпосередньо впливає на наслідки, які застосовуються до суб'єктів, що їх вчинили. Загалом, порушення прав і законних інтересів за наслідками можна поділити на ті, що тягнуть за собою застосування господарсько-правової відповідальності, та ті, що тягнуть застосування інших способів захисту. При цьому, у теорії господарського права і практиці правозастосування наявність всіх елементів об'єктивної сторони правопорушення вимагається для застосування такого способу захисту як відшкодування збитків, яке одночасно є формою господарсько-правової відповідальності. Проте для застосування інших способів захисту прав і законних інтересів, так само, як й інших форм господарсько-правової відповідальності, достатньо самого порушення цих прав. Наприклад, у разі порушення господарсько-договірних зобов'язань доречним може бути застосування такого способу захисту, як присудження до виконання в натурі. При цьому, якщо таке порушення має ознаки підстави господарсько-правової відповідальності, то наслідки для суб'єкта, який його вчинив, будуть іншими.

Отже, з вищевикладеного стає очевидним, що порушення прав та законних інтересів суб'єктів аграрного ринку розкривається в різноманітті видів неправомірної поведінки, яка у широкому розумінні створює перешкоди у функціонуванні цього ринку.

Суб'єктивна сторона господарського правопорушення виступає однією з найбільш дискусійних у теорії права, здебільшого через значний вплив науки кримінального права на формування загальної концепції вини як суб'єктивної сторони правопорушення. У класичному вигляді вина розуміється як психічне ставлення особи до своїх протиправних дій або до бездіяльності та їхніх наслідків у формі умислу чи необережності. Натомість специфіка суб'єктів господарювання не дозволяє механічно перенести таке розуміння вини у сферу господарських відносин. Тому розуміння вини як складу господарського правопорушення знайшло іншу інтерпретацію, зокрема у законодавстві. На підставі ст. 218 ГК України, учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення. З цього випливає розуміння вини як невжиття всіх залежних заходів для належного виконання господарсько-договірного зобов'язання або дотримання правил здійснення господарської діяльності. У сфері господарювання щодо цього елементу складу правопорушення концептуально сформовані: а) презумпція вини, яка означає, що правопорушник може довести свою невинуватість шляхом наведення доказів на користь того, що він вжив всіх залежних від нього заходів або що належному виконанню зашкодили обставини непереборної сили; б) неврахування вини при реалізації господарсько-правової відповідальності, яке прямо передбачено лише для застосування оперативно-господарських санкцій (ч. 3 ст. 235 ГК України).

Охарактеризовані елементи складу господарського правопорушення дозволяють проводити конкретизацію протиправних діянь як підстави захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку, обирати способи і форми захисту, оцінювати їхню потенційну ефективність для відновлення порушених прав та інтересів.

До інших підстав захисту відносять посягання на право у вигляді невизнання або оспорювання прав. Під невизнанням права як підстави захисту прав розуміють заперечення учасником господарських правовідносин факту наявності у суб'єкта господарювання відповідного суб'єктивного права, що створює невизначеність у його

правовому становищі, правовідносинах з іншими учасниками і перешкоджає здійсненню ним своїх прав [5, С. 290-291]. Оспорювання права – це активне заперечення належності права суб'єкту господарювання, яке здійснюється шляхом пред'явлення вимоги щодо оспорювання права і тому призводить до невизначеності у правовому становищі суб'єкта господарювання, створює перешкоди в належному здійсненні ним оспорюваного права [5, С. 290-291]. О.В. Аушева характеризує оспорювання права як спростування, незгоду, заперечення та робить висновок, що оспорювання виступає більш ємною категорією порівняно з невизнанням, включаючи його [2, с. 48]. Саме оспорювання права знаходить вираз у вчиненні певних дій, які самі по собі не призводять до порушення права, але створюють перешкоди для його реалізації. Активний характер оспорювання передбачає надання доказів щодо того, що суб'єкт не має оспорюваних суб'єктивних прав [2, с. 48-49].

В розрізі аграрного ринку прикладами таких посягань на права суб'єктів аграрного ринку можна назвати заперечення наявності договірних відносин (зокрема, шляхом подання позову про визнання договору недійсним повністю або в частині) або законності придбання майна на аукціоні, біржових торгах, або права на отримання товару (наприклад, оспорювання права на отримання зерна від зернового складу).

Правові підстави захисту прав та законних інтересів означають наявність норми права, на підставі якої певні дії або бездіяльність можна вважати незаконними. До правових підстав захисту прав суб'єктів аграрного ринку слід відносити закон, господарський договір, локальний акт, якими регулюється реалізація сільськогосподарської продукції на аграрному ринку певної правової форми (наприклад, Правила товарної біржі, Правила роботи оптових ринків сільськогосподарської продукції, Правила проведення аукціону тощо).

Висновки. Отже, на підставі проведеного дослідження можна зробити висновок, що загальними підставами захисту прав і законних інтересів суб'єктів аграрного ринку виступають правопорушення, невизнання або оспорювання прав та інтересів. Різноманіття видів неправомірної поведінки, яка створює перешкоди у функціонуванні аграрного ринку і являє собою елемент об'єктивної сторони правопорушення, дозволяє згрупувати останні на види: 1) порушення суб'єктом аграрного ринку господарського зобов'язання, яке випливає з закону, господарського договору, локального акту, яким регулюється реалізація сільськогосподарської продукції на аграрному ринку певної

правової форми; 2) порушення правил здійснення господарської діяльності; 3) обмеження, ущемлення або інше порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання органами державної влади або місцевого самоврядування.

Пропонується визнати підставами захисту публічних інтересів, які реалізуються під час надання державної фінансової підтримки, нецільове використання суб'єктами аграрного ринку державних коштів, наданих в будь-якій формі державної підтримки; порушення умов отримання державної підтримки; надання неправдивої інформації для отримання державної підтримки, і закріпити їх законодавчо.

Список використаних джерел:

1. Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий /Под общ. Ред. А.Г. Бобковой. Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н.Н., 2008. 1296 с.
2. Аушева О.В. Защита прав субъектов хозяйствования от нарушений органами государственной власти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Донецк, 2007. 185 с.
3. Хрімлі О.Г. Інститут захисту прав інвесторів: дис. д-ра юрид. наук: 12.00.04. К., 2017. 319 с.
4. Щербина В.С. Публічні і приватні інтереси в господарських відносинах. *Приватне право і підприємництво*. 2014. Вип. 13. С. 28-31.
5. Коваль І.Ф. Господарсько-правове регулювання відносин промислової власності: дис. д-ра юрид. наук: 12.00.04. Донецьк, 2013. 489 с.
6. Вінник О.М. Господарське право: навчальний посібник. К.: Правова єдність, 2009. 766 с.
7. Стефанчук Р.О. Цивільне право України: навчальний посібник. К.: Прецедент, 2005. 448 с.

ТРУДОВЕ ПРАВО

УДК 349.2

Данильченко А. М.,
студентка 3 курсу, 7 групи
Інституту прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ЛОКАУТ ЯК ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Стаття присвячена проблемі реалізації права на локаут у національному трудовому законодавстві та аналізу цього правового явища в зарубіжних країнах. Аналізується доцільність запровадження цього поняття, визначення основних ознак, позитивних та негативних аспектів реалізації права на локаут.

Ключові слова: *право на локаут, право на страйк, захисні та наступальні локаути, право на колективні дії.*

Статья посвящена проблеме реализации права на локаут в национальном трудовом законодательстве и анализа этого правового явления в зарубежных странах. Анализируется целесообразность введения понятия, определение основных признаков, положительных и отрицательных аспектов реализации права на локаут.

Ключевые слова: *право на локаут, право на забастовку, защитные и наступательные локауты, право на коллективные действия.*

The article is devoted to the problem of realization of the right to lockout in the national labor legislation, the analysis of this legal phenomenon in foreign countries. Feasibility of introduction of the concept, definition of the main features, positive and negative aspects of the realization of the right to lockout.

Key words: *right to lockout, right to strike, protective and offensive lockouts, right to collective actions.*

Постановка проблеми. У національному законодавстві не регламентовано поняття «локауту», саме тому необхідно з’ясувати, чи доцільно його закріплювати. Оскільки з появою такого права роботодавці можуть ним зловживати та значно обмежувати можливості найманих працівників.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику локаутів досліджували у своїх наукових роботах багато українських науковців: Бурак В.Я., Лазарєв В.В. [3], Лазор В.В., Слома В.М., Чанишева Г.І., Швець Н.М. [5] тощо. Зазначені науковці детально розглядали право на страйк та співвідносили його з правом на локаут, обґрунтовували необхідність чи, навпаки, недоцільність введення механізму захисних дій роботодавця у відповідь на страйк працівників в національному трудовому законодавстві.

Невирішені раніше проблеми. Аналіз норм національного законодавства про порядок вирішення колективних трудових спорів свідчить про відсутність законодавчої регламентації локауту як правового явища. Необхідність законодавчого закріплення заборони локауту зумовлює проблематику дослідження.

Метою даної статті є комплексний аналіз національної законодавчої бази щодо колективних дій, врахування досвіду зарубіжних держав та встановлення доцільності закріплення в трудовому законодавстві України поняття «локауту».

Виклад основного матеріалу. Кожна демократична країна забезпечує своїм працівникам можливість захисту своїх соціально-економічних прав та інтересів шляхом реалізації права на страйк, як крайнього засобу вирішення колективного трудового спору у зв'язку з відмовою роботодавця задовольнити вимоги працівників. В українському законодавстві це положення закріплено у статті 44 Конституції України. Така можливість працівників може реалізовуватися шляхом невиходу на роботу або ж невиконання своїх трудових обов'язків. Через такий захист власних прав потерпають, у першу чергу, інтереси роботодавця. Він втрачає прибуток, потрапляє у невигідне становище, можливо навіть через власну вину. Захищаючи права працівників, необхідно пам'ятати й про інтереси роботодавців, оскільки обидві сторони колективного трудового спору є рівними суб'єктами трудових відносин. Саме тому поряд з правом на страйк стоїть право на локаут.

Розглянемо історичні віхи запровадження локауту. Вперше він проводився на початку XIX ст. в англомовних країнах, а поширення досяг наприкінці XIX ст. в Англії і США. Законодавче закріплення права на колективні дії роботодавців відбулося у пункті 4 ст. 6 Європейської Соціальної Хартії [4]. Цей акт є першим міжнародним документом загальноєвропейського рівня, що передбачає таку можливість. Якщо звернутися до походження самого терміну «локаут», то в перекладі з англійської мови «lock out» означає «бути поза або без місця» або ж «зачиняти двері перед кимось», «не впускати когось». Локаут зводиться до наступних дій роботодавця: а) повна або часткова зупинка діяльності підприємства; б) призупинення трудових договорів з працівниками; в) здійснення і тих, й інших дій. Розглядаючи локаут як соціальне явище, напрошується висновок, що це тимчасове закриття власником підприємства чи установи під приводом економічних труднощів. Однак частіше за все така дія власника є відповіддю на страйковий рух працюючого персоналу. Таким чином роботодавець хоче захистити

власні інтереси. З юридичного боку локаут розглядається як звільнення з ініціативи роботодавця працівників та вчинення інших дій у зв’язку з колективним трудовим спором у відповідь на оголошення страйку. Іноді говорять, що локаутом є тимчасове призупинення роботодавцем виконання своїх основних обов'язків щодо надання працівникам роботи і виплати заробітної плати останнім. Тобто він є найпотужнішим і ледве не єдиним знаряддям у боротьбі зі страйками.

Питання співвідношення між поняттями «страйк» та «локаут» є досить важливим. Так, наприклад, у законодавстві Фінляндії та Ісландії використовують одне визначення для цих термінів, які лише дещо різняться. У першому – це лише «зупинка роботи», а у другому – «припинення роботи, спрямоване на вчинення тиску на протилежну сторону спору» [11, с. 53]. У правових актах Португалії визначення страйку відсутнє, а локаут зводиться до «однобічного рішення роботодавця щодо часткового чи повного припинення діяльності підприємства або ж до відмови працівникам у доступі до робочих місць» [12, ст. 57]. Тобто, як бачимо, локаут є реакцією на економічні труднощі, які спричиняють роботодавцю своєю бездіяльністю страйкарі. Частіше за все обмеження припиняються і виконання обов’язків поновлюється після досягнення роботодавцем поставленої мети й закінчення страйкових дій.

Однак право роботодавців на локаут не є абсолютним, саме тому треба встановити рамки, в яких він може реалізовуватися. З цією метою необхідно виділити такі його різновиди як законний та незаконний. Регламентований законодавством та проведений згідно з чинними нормами локаут – законний. Він здійснюється роботодавцем виключно для того, щоб не завдати шкоди іншим особам та всьому суспільству. Незаконним вважається локаут, здійснений без дотримання усіх вимог та оголошений одразу ж після закінчення страйку. Частіше за все, він є відповіддю на політичні страйки. Однак такий поділ напрацьовується кожною країною окремо, оскільки різниться законодавство. І те, що розцінюється як правомірні дії для одних, для інших є правопорушенням. Наприклад, законодавство Франції [11, с. 53] визнає дії роботодавців незаконними, коли вони носять превентивний характер. Тобто, чекаючи оголошення страйку власник впливає на працівників підприємства або установи з метою залякування. Окрім того, проведення наступального локауту є незаконним, бо керівництво власними діями спонукає працівників піти на поступки й змінити власні вимоги щодо оплати праці, умов праці та узаконити таким чином невиплату заробітної плати через проведення страйкових дій.

Для того, щоб зрозуміти, чи доцільно вводити в національне законодавство поняття локауту, як крайнього заходу захисту інтересів роботодавця, необхідно детально проаналізувати зарубіжний досвід. Відповідно до резолюції Міжнародної конференції по статистиці праці кожна країна повинна збирати, узагальнювати і публікувати статистичні дані про страйки і локаути, які проходять у країні. Різноманітними є причини реалізації локауту. Встановлення причин локауту має вирішальне значення для якнайшвидшого усунення даної проблеми. Загальновідомо, що локаут є відповіддю на страйкові дії працівників та припинення виконання ними своїх трудових обов'язків. А згідно з класичними принципами права, якщо працівники готові працювати, а роботодавець не користується цими послугами, то його обов'язком є продовження виплати заробітної плати, навіть якщо робота не виконується. Тобто, з економічної точки зору, це призводить до додаткових матеріальних витрат з боку власника через страйк. Розуміючи, що таким чином обмежуються права роботодавця, у законодавстві багатьох країн був зроблений виняток із зазначеного правила для випадків страйку. Більшість країн надали можливість власнику не виплачувати заробітну плату, якщо через дії страйкуючих він не може надати роботи нестрайкуючим працівників. Це положення, в деякій мірі, захистило права керівників. Наприклад, у Нідерландах, якщо страйк оголошений офіційно, то нестрайкуючим працівникам зарплата не виплачується, а при неофіційному – власник зобов'язаний платити заробітну плату [11, с. 54]. Взагалі законодавство зарубіжних країн передбачає два варіанти дій роботодавця у відповідь на проведення страйку. По-перше, роботодавець має підтримувати нормальне функціонування власного бізнесу. По-друге, він вправі закрити підрозділ, у якому проводиться страйк, тобто оголосити локаут. Як правило, роботодавці зацікавлені в стабільності бізнесу, тому намагаються зберегти його функціонування, використовуючи нестрайкуючих або нових працівників.

Важливе значення мають також наслідки, які настають після проведення роботодавцями «реакційних дій». Частіше за все, такі дії приводять до припинення дії трудового договору працівників, які звільняються. Ця ознака й відрізняє страйк від локауту, оскільки у більшості країн страйк лише призупиняє дію трудового договору. Ще одним негативним наслідком локауту є те, що працівники позбавлені можливості працювати, поки конфлікт не буде врегульовано, а отже вони не отримують заробітної плати та пільг. Це положення застосовується до усіх осіб, які працюють на підприємстві, включаючи тих, хто не брав особистої участі у страйку, перебував у відпустці чи був

тимчасово непрацездатним. При цьому державним службам зайнятості і приватним агентствам зайнятості забороняється приймати працівників на вакансії, що з'являються в результаті страйку. Змальована ситуація є обтяжливим та жорстким заходом. Взагалі, країни Заходу неоднозначно та суперечливо ставляться до локаутів. Так, у Португалії локаути заборонені Конституцією, а закон за цей злочин передбачає штраф чи позбавлення волі [12, ст. 57]. Греція та Болгарія визнають на законодавчому рівні локаут незаконною реакцією роботодавця на страйк та не закріплюють такої можливості. В Іспанії визнається оборонний локаут, у разі страйку або нерегулярної роботи при виникненні загрози насильства по відношенню до персоналу [11, с. 55]. Протилежну сторону займають уряди й підприємці США, Франції, Японії, Мексики, Швеції, які застосовують крайній засіб – масове звільнення, прагнучі таким чином зберегти «соціальний мир» [11, с. 52]. У свою чергу соціальні партнери в одному з положень колективного договору прописують спеціальну статтю, де є зобов'язання не вдаватися до страйків і локаутів. Наслідком такого положення є зменшення кількості необґрунтованих страйків. Цей засіб врегулювання трудових спорів у світовій практиці застосовується досить часто. Практика свідчить, що у Великобританії, Ірландії та Бельгії законодавчо передбачено правовий простір для застосування локаутів, однак у цих країнах він практично не застосовується [11, с. 56]. Нейтральними країнами є Нідерланди, Люксембург, оскільки локаути там ніколи не застосовувалися, тому й їх правовий статус не прописаний. Законодавство країн Скандинавії залишає свободу у виборі засобу впливу обом сторонам колективного трудового спору. Такої ж ідеї «формального паритету» дотримується й Канада. Прецедентне право Німеччини [11, с. 55] накладає обмеження на проведення локаутів, аргументуючи власну позицію тим, що відношення до страйків і локаутів має бути різним, щоб урівноважити баланс сил. Схожу з німецькою позицію займає Ізраїль: для визнання законності локауту, він повинен бути оборонним і застосовуватися лише в результаті необхідності [11, с. 54]. У Японії переважає думка, що оборонні локаути дозволені, коли на роботодавця чиниться значний тиск, а наступальні, в свою чергу, – незаконні [11, с. 56]. Однак, у разі проведення страйку у цих країнах, потерпілий від страйку роботодавець має право звернутися до суду з позовом на профспілку. Оскільки остання, будучи стороною договору, зобов'язана і повинна утримувати своїх членів від страйку або змусити їх припинити вже розпочатий страйк. Законодавство Російської Федерації прямо забороняє локаут [9, ст. 415]. Ще одну

позицію займає Азербайджан [10, с. 36], де роботодавці за певний проміжок часу до проведення локауту мають попередньо повідомити працівників.

В практиці багатьох країн з'являється тенденція вирівнювання правових і соціальних наслідків, що виникають у разі проведення локаутів і страйків. Тому сьогодні локаути застосовуються рідко у зв'язку з ідеєю соціального партнерства та взаємодії. А якщо й застосовуються, то їх регламентація не зводиться до прямих заборон та придушення, а є досить гнучкою. Аналізуючи вищесказане, необхідно замислитись, чи доцільно вводити поняття локауту та закріплювати його у національному трудовому законодавстві. Адже, на думку більшості науковців, таке положення речей не є виправданим, оскільки практикується можливість компромісу в цих двосторонніх відносинах.

Свого часу в Україні велась гостра дискусія між роботодавцями та профспілками щодо можливості проведення локауту. Прихильники ж законодавчої регламентації аргументували свою позицію тим, що визначення «локауту» для нашого суспільства нове, хоча у світовому співтоваристві офіційно визнане. А оскільки право на страйк законодавчо передбачене, то необхідно закріпити й право власника на захист своїх інтересів шляхом організації та проведення локауту. Однак останній може оголошуватися тільки в тому разі, коли виконання вимог трудового колективу призведе до неплатоспроможності підприємства, а визнати локаут незаконним може лише суд. Прихильники легалізації локауту зазначають, що вилучення цього пункту є нелогічним. Якщо навіть не регламентувати це положення, то насправді все одно локаути відбуватимуться, але в іншій формі. Зміст цього явища буде тим же, а назва – інша, наприклад страйк роботодавця. Вважається, що роботодавець та працівник мають бути рівними у праві захисту власних інтересів. Однак треба врегулювати механізм застосування локауту, тобто чітко окреслити послідовність дій, які можуть вчинятися роботодавцем. Саме в такому разі будуть відсутні правові та економічні прогалини, якими власники зловживатимуть у корисливих цілях під час локауту.

Противники запровадження локауту у національному трудовому законодавстві стверджують, що його заборона зможе надати дієву та ефективну гарантію реалізації страйку. Таким чином посилиться захисна функція трудового права. Н.М. Швець вважає, що надання роботодавцям права на оголошення локауту фактично призведе до ліквідації самого права працюючих на страйк. Локаут порушує принцип стабільності трудових

відносин. Його легалізація призведе до фактичного зниження гарантій права на страйк. Існування цього права в деяких зарубіжних країнах може бути виправдано лише тим, що страйкуючі вимагатимуть покращення умов праці, підвищення рівня заробітної плати, створення сприятливих режимів роботи [5, с. 179-180]. В. Слома [13] стверджує, що локаут є своєрідною відповіддю на колективний спір, тому оголошення страйку позбавляє працівників, які невдоволені певними умовами, можливості захистити власні економічні та соціальні права та інтереси законними засобами. Ще гірший наслідок чекає страйкуючих у випадку визнання страйку незаконним. Тоді працівників, які брали участь у ньому, понесуть визначену законодавством відповідальність. Варто врахувати думку В.В. Лазарєва, який бачить лише один варіант закріплення правомірного застосування локауту у національному трудовому законодавстві. Така можливість з'являється у випадку визнання страйку незаконним у відповідь на такий страйк. Однак, депутати Верховної Ради України вже намагалися вирішити правове становище локауту в національному законодавстві.

Першою спробою був розгляд законопроекту Трудового кодексу № 1108 від 04.12.2007 р. в редакції від 02.04.2012 р. Стаття 380 під назвою «Заборона локауту» передбачала: у процесі врегулювання колективного трудового спору, включаючи проведення страйку, забороняється локаут, а також ліквідація юридичної особи, її філій та представництв. Однак, повною мірою перелік обставин, які забороняють проведення локауту, не конкретизувався. Ця частина норми щодо можливості застосування локауту лише як відповідь на визнання проведення страйку незаконним, мала б хоч якимось чином вирішити дане питання. Однак з'являлася б інша проблема. Цей факт міг би дати неконтрольовану свободу роботодавцю у застосуванні локауту та створити негативні наслідки. Сама констатація можливості вирішувати на власний розсуд законність проведення локауту може значно вплинути на взаємовідносини між сторонами трудового спору та свавілля з боку роботодавця. Такою компетенцією має наділятися лише суд, і ні в якому разі, не власник. Визнання страйку незаконним буде тягнути за собою ще один негативний наслідок для працюючих – звільнення за прогул. Тобто, доцільно було б вказати, що локаут має проводитись у відповідь на страйк, незалежно від правомірності проведення. У зазначеній статті 380 міститься табу на заборону ліквідації юридичної особи, її філій та представництв. Можливість таких дій автоматично б призвела до звільнення працівників. Це була б скрита форма застосування локауту у відповідь на дії

страйкуючих, спрямовані на захист власних економічних та соціальних інтересів. Ліквідація підприємства є найжорсткішим засобом у боротьбі зі страйкуючими, оскільки припиняються всі права та обов'язки юридичної особи, а отже працівники втрачають роботу. Якщо говорити про проект нового Трудового кодексу № 1658 від 27.12.2014 р. [14], то його норми взагалі не містять правового регулювання локауту.

Вважаємо, що з урахуванням розвитку економіки та громадянського суспільства потреби у введенні локауту немає. Неврегульованість даного питання не є позитивним явищем у сучасному праві. Тому вирішення цієї проблематики на законодавчому рівні є єдиним дієвим шляхом. Отже, доцільно внести зміни до Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», й прописати в ньому заборону локауту, тобто закриття підприємства і звільнення всіх працюючих через участь у страйку. Як наслідок, дане питання буде вирішеним, усуне прогалину.

Висновки та пропозиції. Таким чином, аналізуючи зарубіжне законодавство доцільно зробити такі висновки щодо правового регулювання локауту. Локаут як засіб протидії страйку є досить ефективним заходом. Застосовуючи локаут власник захищає підприємство від неправомірного призупинення виробництва, нанесення збитків та погіршення економічних показників. Однак правове регулювання локауту не є однозначним. Одні країни охоче роблять його частиною власного законодавства і, таким чином, намагаються попередити та врегулювати майбутні суперечки. Інші ж – прямо забороняють або, взагалі, ігнорують дане питання, щоб не «розв'язувати руки» роботодавцю й не дати можливості зловживати цим правом.

Аналізуючи доцільність введення «локауту» у трудове законодавство України необхідно враховувати соціально-економічні показники, рівень розвитку держави та свідомості суспільства. Вважаємо, що запроваджувати право на локаут в Україні не є логічним. Оскільки відповідно до даних Державної служби статистики з 2009 по 2016 рік було проведено лише 20 страйків, у яких брали участь 3,8 тис. осіб, що є досить мізерною цифрою [6]. Учасники цих страйків наважились поскаржитися на власні умови праці та змінити їх. А якщо можливість локауту буде широко дозволена, то боячись «репресій» працівники не зможуть реалізувати право на страйк. Водночас роботодавці також можуть бути невдоволеними і говорити про обмеження власних прав. Тому, все ж таки пропонуємо доповнити Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» статтею, яка б чітко визначала термін «локаут», вказати його основні

ознаки та прямо заборонити це правове явище у нашій країні. Оскільки відсутність правового регулювання може призвести до виникнення подібних явищ на теренах держави, але під іншою назвою.

Список використаних джерел та літератури:

1. Конституція України: закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 03.03.1998р. № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. - № 34. – Ст. 227.
3. Лазарев В.В. Трудовые споры: законодательство и практика // Человек и труд. – 2007. - № 8. - С. 10.
4. Європейська соціальна хартія (переглянута): хартія, міжнародний документ // Відомості Верховної Ради України. – 2007. - № 51. – Стор. 2096
5. Швець Н.М. Право на страйк та умови його реалізації: монографія / Н.М. Швець. Х: Право – 2009.– 224 с.
6. Дані Державної служби статистики України. [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.ukrstat.gov.ua/
7. Лазор В. В. Право на забастовку как составной элемент трудового права // Право і безпека. – 2006/5. – № 1. – С. 132–135.
8. Дьяковский А. Право на страйк і на локаут [Електронний ресурс] / Артем Дьяковский // Національна служба посередництва і примирення. – 2010. – Режим доступу до ресурсу: http://www.nspp.gov.ua/struktura-nspp-8/struktura-nspp-10/37-pravo-na-strajk-i-na-lokaut.
9. Трудовий кодекс Російської Федерації від 30.12.2001 р. № 197-ФЗ (ред. от 29.07.2017р.). – Ст. 415. [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34683/
10. Конституція Азербайджанської Республіки від 12.11.1995 р. (ред. від 24.12.2008р.). – Ст. 36. [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.caa.gov.az/:constitution-of-the-republic-ofazerbaijemid =173ru
11. Мигаль С. М. Обмеження права на страйк правом на локаут у прецедентному праві ЄКСП / С. М. Мигаль. // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – № 3. – С. 51–57.
12. Конституція Португальської Республіки від 02.04.1976 р. – Ст. 57 [Електронний ресурс]. – режим доступу: https:/docs.google. com/viewerng/viewer=http://legalns.com/download/books/cons/portugal.pdf
13. Слома В. Право на страйк та його реалізація в Україні // Юридичний вісник. – 2010. – № 2. – С. 95–98.
14. Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014 р. [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/ 1=53221

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО. ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО. ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

УДК: 349.4 (477)

Горбайчук Л.В.,
аспірантка Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України
Габрелян А.Ю.,
партнер Юридичної компанії «Кашкін і Партнери»
аспірант Київського міжнародного університету
https://orcid.org/0000-0001-9337-7920

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ КОШТІВ, ЩО НАДХОДЯТЬ У ПОРЯДКУ ВІДШКОДУВАННЯ ВТРАТ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ТА ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА

Відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва є однією з важливих правових форм забезпечення охорони цінних сільськогосподарських та лісогосподарських угідь. Відшкодування втрат має яскраво виражений охоронний характер та базується на компенсаційних виплатах. Проте правовий механізм, який спрямований на використання коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, є недосконалим. У зв'язку з чим нами здійснена спроба визначити прогалини в правовому механізмі використання цих коштів. За результатами дослідження сформульовані рекомендації щодо внесення змін до законодавства України, які повинні вирішити проблему ефективного використання коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва.

Ключові слова: *відшкодування втрат, сільськогосподарське та лісогосподарське виробництво, охорона земель, землі сільськогосподарського призначення, землі лісогосподарського призначення.*

Возмещение потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства является одной из важных правовых форм обеспечения охраны ценных сельскохозяйственных и лесохозяйственных угодий. Возмещение потерь имеет ярко выраженный охранный характер и базируется на компенсационных выплатах. Однако правовой механизм, направленный на использование средств, поступающих в порядке возмещения потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства, является несовершенным. Исходя из этого, нами была предпринята попытка определить пробелы в правовом механизме использования этих средств. По результатам исследования сформулированы рекомендации по внесению изменений в законодательство Украины, которые должны решить проблему эффективного использования средств, поступающих в порядке возмещения потерь сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства.

Ключевые слова: *возмещение потерь, сельскохозяйственное и лесохозяйственное производство, охрана земель, земли сельскохозяйственного назначения, земли лесного фонда.*

Reimbursement of losses in agricultural and forestry production is one of the important legal forms for securing valuable agricultural and forestry lands. The compensation of losses has a clearly expressed protective character and is based on compensation payments. However, the legal mechanism aimed at using funds coming in as compensation for the losses of agricultural and forestry production is

imperfect. Based on this, we attempted to identify gaps in the legal mechanism for using these funds. According to the results of the study, recommendations are formulated on introducing amendments to the legislation of Ukraine, which should solve the problem of effective use of funds coming in as compensation for losses in agricultural and forestry production.

Key words: *compensation of losses, agricultural and forestry production, protection of lands, agricultural land, forest fund lands.*

Постановка проблеми. Земля за своїм змістом – головний природний ресурс, який є основою життєдіяльності людей і забезпечення населення продуктами харчування. З цієї причини її слід вважати головним національним надбанням, що вимагає до себе особливої уваги і дбайливого ставлення. Тому охорона землі як головного національного надбання стає пріоритетним державним завданням у створенні сприятливого навколишнього середовища та збереженні родючих сільськогосподарських угідь як основи сталого розвитку сільського господарства і продовольчої безпеки країни, що відповідає суспільним інтересам [4, с. 28]. Вирішення даного завдання забезпечується проведенням загальної державної земельної політики, відповідно до якої встановлюються і законодавчо закріплюються певні вимоги (правила) користування землею, що передбачають пріоритетне використання сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для потреб сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, гарантію відшкодування завданих збитків.

Вилучення (викуп) сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для потреб, не пов’язаних із сільськогосподарським та лісогосподарським виробництвом, їх використання для будівництва, розміщення й експлуатації об’єктів нафтогазовидобування та облаштування родовищ, а також негативний вплив, спричинений діяльністю громадян, юридичних осіб, органів місцевого самоврядування або держави на такі об’єкти – неминуче тягне за собою втрати сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва. Наприклад, вилучення (викуп) сільськогосподарських угідь (ріллі, багаторічних насаджень, перелогів, сінокосів, пасовищ) для вищезазначених цілей веде до скорочення сільськогосподарських угідь та до втрати частини продукції сільського господарства, одержуваної з даних площ. Втрати сільськогосподарського виробництва виражаються у скороченні (безповоротній втраті) площ, використовуваних сільськогосподарських угідь або погіршенні їх якості (зниження родючості ґрунтів) під впливом діяльності громадян, юридичних осіб, органів місцевого самоврядування або держави, і повинні відшкодовуватися з метою збереження необхідного рівня сільськогосподарського виробництва.

Відшкодування втрат передбачає компенсацію суспільству негативних наслідків соціально-економічного, екологічного характеру, що наступають внаслідок переведення особливо цінних земель сільськогосподарського призначення та лісового фонду в інші категорії земель, а також у разі обмеження землекористування чи погіршення якості земель як національного надбання, що перебуває під особливою охороною держави. Відшкодування здійснюється незалежно від того, в якій власності перебувають зазначені угіддя. Важливим є те, що рілля, багаторічні насадження, перелоги, сінокоси, пасовища, лісові землі та землі під чагарниками втрачають свою функцію головного засобу виробництва в сільському й лісовому господарстві та вибувають з господарського обороту, або ж погіршується їхня якість чи встановлюється обмежений режим їхнього використання за цільовим призначенням [6].

В літературі даному питанню було присвячено чимало робіт і багато аспектів проблеми досліджені досить докладно. Водночас, проблема ефективного використання коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва заслуговує на самостійне наукове дослідження.

Виклад основного матеріалу. Відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництв здійснюється шляхом стягнення грошової компенсації. Згідно ч. 5 ст. 207 Земельного кодексу України втрати сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва визначаються у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України [3]. На сьогоднішній день прийнятий і діє Порядок визначення втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, які підлягають відшкодуванню, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17.11.1997 р. № 1279 [5]. Враховуючи підхід законодавця до даного питання, ми можемо зробити висновок про те, що українське законодавство закріплює особливий компенсаційний механізм захисту як речових, так і зобов’язальних прав на сільськогосподарські угіддя, лісові землі та чагарники, заснований на зобов’язальних правовідносинах, відповідно до якого відшкодування збитків і втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництв здійснюється не в результаті правопорушення, а на підставі правомірних дій, які здійснюються у порядку, встановленому Земельним кодексом України.

Продовжуючи наше дослідження слід відзначити, що згідно норм Земельного кодексу України втрати сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, зумовлені вилученням сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників,

підлягають відшкодуванню і зараховуються до відповідних бюджетів. При цьому кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, використовуються на:

- освоєння земель для сільськогосподарських і лісогосподарських потреб;
- поліпшення відповідних угідь;
- охорону земель відповідно до розроблених програм та проектів землеустрою;
- на проведення інвентаризації земель;
- проведення нормативної грошової оцінки землі.

Використання цих коштів на інші цілі не допускається.

Як ми бачимо, наведений перелік, що міститься в ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України, має узагальнюючий вигляд (за своїм змістом це напрями, а не види робіт), що, у свою чергу, породжує першу з проблем ефективного використання коштів, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, а саме: які види робіт дозволено здійснювати в цьому напрямі.

В 1996 році Державний комітет України по земельних ресурсах (з 2014 року Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру) видав Лист № 720/07 від 23.04.1996 р. [8] в якому навів перелік видів робіт на кошти, що надійшли у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва по кожному з напрямів зазначеному в ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України. Але в 2010 році ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України була змінена, напрями робіт розширені. Водночас листів чи інших правових актів від центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері земельних відносин, землеустрою, щодо видів робіт по новим напрямам отримано не було. Зважаючи на це органи місцевої влади та регіональні управління Держгеокадастру почали самостійно готувати та затверджувати такі переліки. Наприклад, Роз’яснення щодо використання коштів, що надходять в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва відділу Держземагентства у Міжгірському районі Закарпатської області від 30.10.2013 р. [10], Роз’яснення щодо раціонального використання коштів, що надходять в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва Головного управління Держгеокадастру у Херсонській області від 08.05.2015 [9] та ін. Усе це призводить до відсутності єдності правового забезпечення розподілу та використання коштів, які надходять у порядку відшкодування втрат

сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, окремі види робіт, не зазначені в даних роз'ясненнях (незважаючи на те, що вони підпадають під напрями визначені в ст. 209 Земельного кодексу України), не фінансуються, а інші, які в роз'яснення включені, але не відносяться до вищезазначених напрямів, всупереч забороняючої норми закону, отримують кошти. Вирішити цю проблему можна шляхом доповнення Земельного кодексу України ст. 209-1, з конкретизованим переліком видів робіт, які необхідно здійснювати на кошти, що надійшли в порядку відшкодування.

Наступною проблемою є те, що законодавець у ст. 209 Земельного кодексу України лише декларує необхідність використання коштів, які надходять від втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва. Це призводить до того, що окремі адміністративно-територіальні одиниці України на освоєння земель для сільськогосподарських та лісогосподарських потреб, на поліпшення відповідних угідь та ін. тривалий час не використовують жодної гривні (у 2017 році такими адміністративно-територіальними одиницями були Луганська область, Хмельницька область та м. Київ) або суми, що використовуються, є мінімальними і не можуть нівелювати шкоду, заподіяну сільськогосподарським та лісогосподарським виробництвом (Сумська область, Чернігівська область та ін.) (рисунок 1.1.).

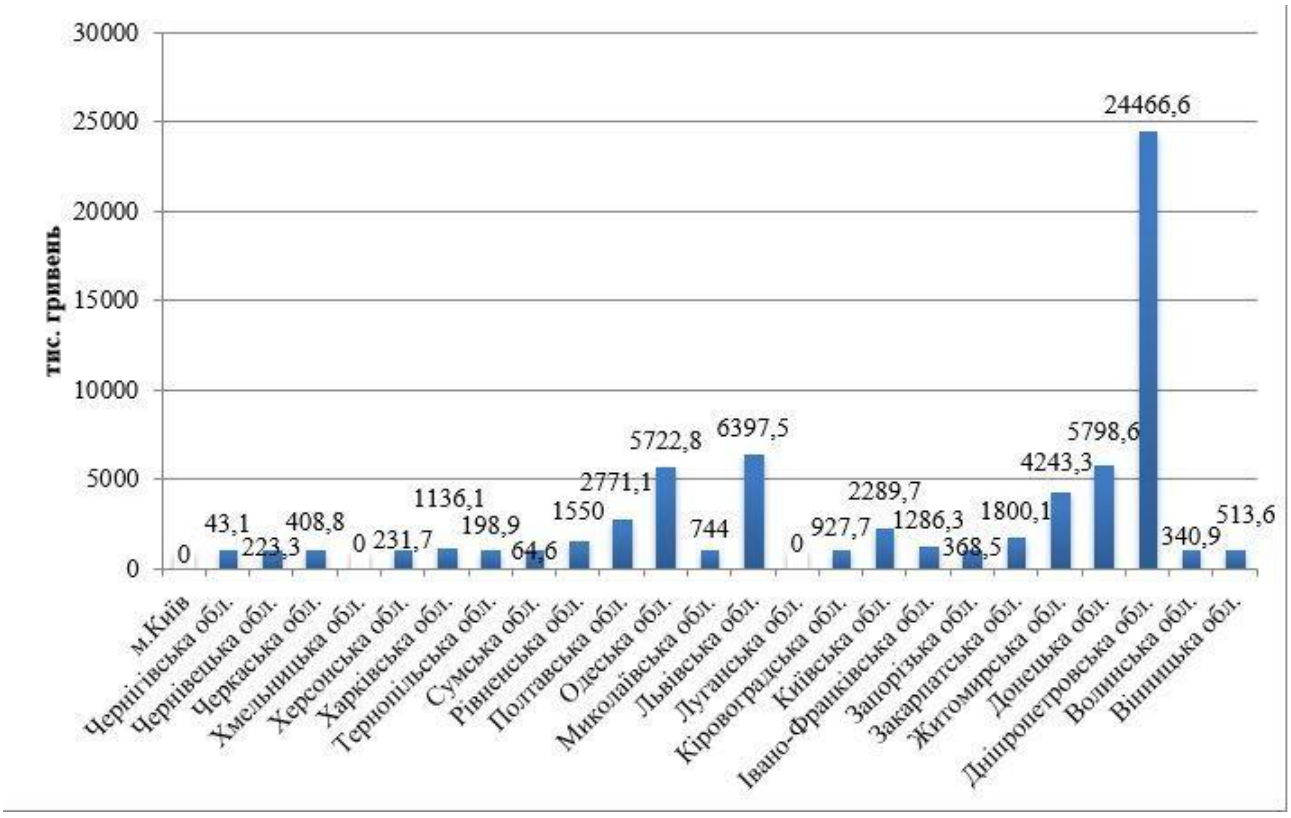

Рис. 1.1. Використані кошти, що надійшли в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва в 2017 році, тис. грн.*

*Складено авторами за даними Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру

У зв'язку з цим ми пропонуємо не лише зобов'язати отримувачів коштів реалізовувати напрями, визначені ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України, а й на рівні закону встановити термін, за який дані кошти потрібно використати. Наприклад, даний термін може становити три роки із дня надходження коштів на рахунок до відповідного бюджету. Якщо кошти не використовуються, то винні особи повинні бути притягнуті до адміністративної відповідальності.

Окремою проблемою ефективного використання коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, є їх акумулювання на різних спеціальних рахунках. Згідно п. 2 ч. 1 ст. 69-1 Бюджетного кодексу України кошти від відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, зараховуються у розмірі: 100 відсотків – до бюджетів міст Києва та Севастополя, 25 відсотків – до бюджету Автономної Республіки Крим та обласних бюджетів, 75 відсотків – до бюджетів міст республіканського Автономної Республіки Крим та обласного значення, бюджетів об'єднаних територіальних громад, 15 відсотків – до районних бюджетів, 60 відсотків – до бюджетів міст районного значення, селищ і сіл [1]. Дана норма унеможливлює використання коштів при фінансуванні великих проектів поліпшення сільськогосподарських та лісових угідь, оскільки сум, які знаходяться на окремих рахунках, для цього недостатньо. При цьому загальна сума, яка надходить від відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, має колосальний розмір, але ці кошти ніяк не використовуються. За для вирішення цієї проблеми ми підтримуємо позицію Н.В. Сігітової, яка пропонує внести зміни до Бюджетного кодексу України про перерозподіл надходжень від втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва. А саме: 100 % направляти у бюджети міст Києва і Севастополя, 50 % – у бюджет Автономної Республіки Крим і обласні бюджети, 50 % – у бюджети міст республіканського значення Автономної Республіки Крим і обласного значення, 50 % – у районні бюджети, а надходження в бюджети міст районного значення, селищ і сіл – виключити. Ці кошти, як вірно зазначає

авторка, доцільно витрачати й на потреби інших населених пунктів, а не тільки тих, де їх заробляють. Тим більше, що ці ради уже не можуть освоїти накопичені суми [11, с. 9].

Висновки Н.В. Сігітової стосовно неспроможності окремих місцевих рад освоїти накопичені суми підтверджуються останніми статистичними даними. Станом на початок 2018 року на відповідних рахунках органів місцевого самоврядування перебуває 773 612,6 тис. грн. (рисунок 1.2.), що надійшли в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва (з них у 2017 році 154 619,2 тис. грн.), з яких використано 61 527,5 тис. грн., або лише 7,9 % загального обсягу надходжень. З них на інвентаризацію земель було використано 22199,2 тис. грн. (36,1 %), впровадження заходів з охорони земель – 20390,9 тис. грн. (33,1 %), проведення нормативної грошової оцінки земель – 7730,2 тис. грн. (12,6 %), розроблення документації із землеустрою – 2629,3 тис. грн. (4,3 %), поліпшення сільськогосподарських та лісогосподарських угідь – 1958,7 тис. грн. (3,2 %), інші заходи – 6619,2 тис. грн. (10,7 %) [2, с. 16].

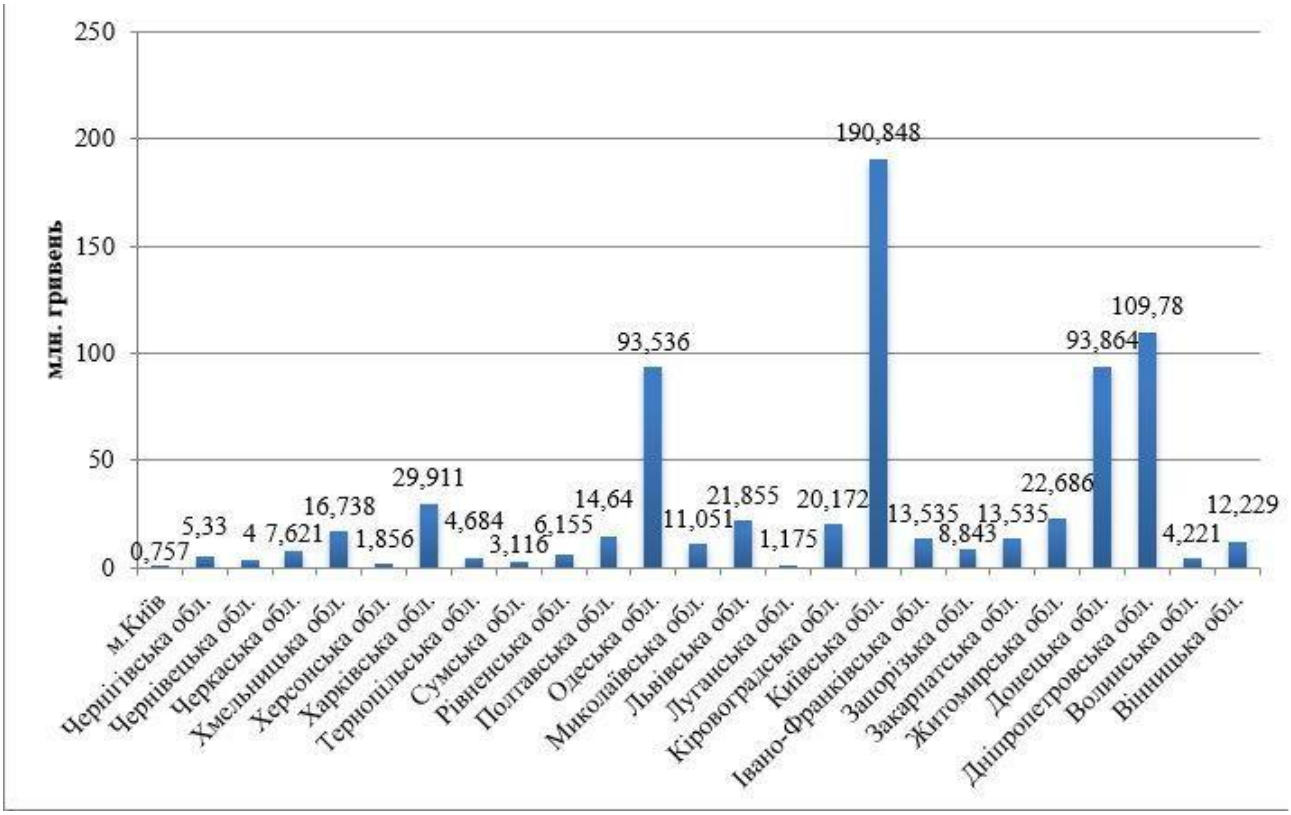

Рис. 1.2. Залишок коштів наростаючим підсумком на кінець звітного періоду (починаючи з 1998 року), млн. грн.*

*Складено авторами за даними Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру

Таким чином, можна прийти до висновку, що кошти є в наявності, проте вони лежать «мертвим тягарем» на рахунках, поступово втрачаючи свою вартість. Разом з тим, проведений Рахунковою палатою Україна в 2018 році аудит засвідчує, що станом на 01.01.2018 р. інвентаризації потребує більше 70 % земель сільськогосподарського призначення державної форми власності, у тому числі і в межах об'єднаних територіальних громад. Загальна площа земель, яка потребує, зокрема, консервації становить 1,1 млн. га (протягом 2017 року здійснено консервацію шляхом заліснення лише 30 га, у стадії консервації перебуває ще 22,7 тис. га земель). Площа порушених земель по Україні досягла 143,4 тис. гектар. При цьому протягом 2017 року рекультивовано лише 68,8 га порушених земель, з яких понад 71 % (49,3 га) є сільськогосподарськими угіддями. Загальна площа земель, що перебувають у стадії рекультивації, становить понад 7 тис. гектар. Потребують поліпшення 315,6 тис. га малопродуктивних земель. Протягом 2017 року поліпшено лише 54,9 га малопродуктивних угідь. У стадії поліпшення перебувають ще 2,6 тис. га, з яких майже 40 % (близько 1,0 тис. га) – рілля [2, с. 17]. Також проведений аудит засвідчив, що заходи з охорони земель фактично не фінансуються, а виділені на дані цілі кошти (незважаючи на їх наявність) за відповідними джерелами не задіяні. Ми вважаємо, що вирішити дану проблему можна декількома способами: по-перше, доцільним є акумулювання таких коштів на єдиних рахунках місцевих бюджетів, тобто їх консолідація на рівні району (це нівелює розпорошення коштів); по-друге, слід розширити територіальну приналежність коштів для використання (це дозволить коштам «працювати» там де вони потрібні); по-третє, розширити напрями використання коштів. Наприклад, включивши до них наступну статтю витрат: встановлення меж особливо цінних земель історико-культурного, рекреаційного, оздоровчого призначення тощо. Практична реалізація зазначених заходів дозволить акумулювати необхідні фінансові ресурси та впровадити за їх допомогою механізм економічного стимулювання раціонального використання та охорони сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників.

Зауважимо, що ми дотримуємось позиції, згідно якої кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, повинні безпосередньо відшкодовувати шкоду, яка заподіюється

сільськогосподарському та лісогосподарському виробництву. Але необхідно зазначити, що існує й інша позиція. Дана позиція полягає в розширені виключного переліку напрямів використання акумульованих на рахунках місцевих рад коштів та спрямування їх на фінансування експлуатації дорожньої системи місцевого значення (у тому числі робіт, що проводяться спеціалізованими монтажно-експлуатаційними підрозділами), а також будівництва, реконструкції, ремонту та утримання доріг місцевого значення, вулиць і доріг комунальної власності у населених пунктах, а також капітального та поточного ремонту вулиць і доріг населених пунктів та інших доріг, які є складовими автомобільних доріг державного значення (як співфінансування на договірних засадах). Для того, щоб кошти використовувались виключно на вищезазначені цілі, пропонується зобов'язати органи місцевого самоврядування приймати рішення за наявності погодження про відсутність необхідності фінансування освоєння земель для сільськогосподарських та лісогосподарських потреб та інших цілей, визначених ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України [7]. Ми вважаємо, що така позиція є хибною і наведені нами вище статистичні дані аудиту, здійсненого Рахунковою палатою України, є тому беззаперечним доказом.

Дослідивши проблематику накопичення коштів на рахунках та їх повільне витрачання, ми виявили наявність у цій ситуації «людського фактору», а саме – зацікавлених посадових осіб, які отримують з неї вигоду. Посадові особи не зацікавлені у витрачанні коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва у зв'язку з тим, що законодавство України не забороняє їх розміщення на вкладних (депозитних) рахунках. Отримуючи відсотки від цих депозитів, які у вигляді коштів зараховуються до доходів загального фонду місцевого бюджету за відповідним кодом бюджетної класифікації, посадові особи можуть використовувати їх без обмежень, встановлених ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України.

Згідно з Порядком розміщення тимчасово вільних коштів місцевих бюджетів на вкладних (депозитних) рахунках у банках, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 12.01.2011 р. № 6, фінансовий орган (Міністерство фінансів Автономної Республіки Крим, структурні підрозділи місцевих держадміністрацій та виконавчі органи відповідних рад, які забезпечують загальну організацію та управління виконанням місцевого бюджету, здійснюють інші функції, пов'язані з управлінням коштами місцевого бюджету, або міські, селищні чи сільські голови (якщо відповідні виконавчі

органи не створено) розміщуючи вільні кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва на депозитному рахунку, повинен в кінці бюджетного року в повному обсязі ці кошти повернути на спеціальний рахунок. Це одна з умов розміщення коштів на вкладних (депозитних) рахунках у банках. Наступною умовою є те, що «вилучені до банку» кошти не повинні призвести до втрати платоспроможності місцевого бюджету та виникнення заборгованості за відповідним фондом місцевого бюджету протягом періоду, на який передбачається здійснити розміщення таких коштів на вкладних (депозитних) рахунках у банках. Жодних інших умов розміщення коштів на вкладних (депозитних) рахунках у банках, а тим паче їх подальшого використання законодавство не зазначає.

Ми вважаємо, що така «можливість» є однією з причин повного і часткового невикористання коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва. За офіційними даними, на спеціальних рахунках відповідних місцевих рад станом на початок 2014 року перебувало 529,2 млн. грн., що надійшли в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, з яких на депозитних рахунках в установах банку знаходилося 92,1 млн. грн. (17,4 %). На сьогоднішній день ця сума зросла до 712 млн. грн. з яких 84,17 млн. грн. (11,8 %) перебувають на депозитних рахунках банків. Таким чином, фінансові органи розміщуючи 84,17 млн. грн. на депозитних рахунках під 15 % річних в сукупності отримують 12,62 млн. грн., якими можна скористатись «у кращому випадку» для латання бюджетних дірок, а в «гіршому випадку» – для власного збагачення завдяки застосовуванню корупційних схем. Вирішити дану ситуацію без внесення змін до законодавства з метою заборони розміщення коштів, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, на депозити, можна єдиним способом, а саме – ст. 209 необхідно доповнити ч. 4, яка заборонить використовувати грошові кошти, отримані в якості відсотків на кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва, що знаходяться на вкладних (депозитних) рахунках у банках, на будь-які інші цілі, крім передбачених ч. 2 ст. 209 Земельного кодексу України.

Висновки. Таким чином, підсумовуючи можна зазначити, що органи місцевого самоврядування не забезпечують ефективне управління коштами, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського

виробництва, для фінансування заходів з освоєння земель для сільськогосподарських і лісогосподарських потреб, поліпшення відповідних угідь, охорони земель, а також проведення інвентаризації земель та нормативної грошової оцінки. З метою більш ефективного управління даними коштами нами були запропоновані зміни до Земельного кодексу України. В ході здійсненого дослідження ми встановили, що ст. 209 Земельного кодексу України повинна мати наступний вигляд:

«**Стаття 209.** Використання коштів, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва

1. Втрати сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, зумовлені вилученням сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників, підлягають відшкодуванню і зараховуються до відповідних бюджетів у порядку, визначеному Бюджетним кодексом України.

2. Кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, використовуються на освоєння земель для сільськогосподарських і лісогосподарських потреб, поліпшення відповідних угідь, охорону земель відповідно до розроблених програм та проектів землеустрою, а також на проведення інвентаризації земель, проведення нормативної грошової оцінки землі. Використання цих коштів на інші цілі не допускається.

3. Кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, зобов’язані використовуватись на освоєння земель для сільськогосподарських і лісогосподарських потреб, поліпшення відповідних угідь, охорону земель відповідно до розроблених програм та проектів землеустрою, а також на проведення інвентаризації земель, проведення нормативної грошової оцінки землі протягом трьох років з дня надходження до відповідного бюджету.

4. Кошти, отримані від вкладних (депозитних) рахунках у банках відкриті на кошти, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, зобов’язані використовуватись у відповідності з ч. 2 цієї статті».

Крім цього ми запропонували доповнити Земельний кодекс України ст. 209-1, визначивши в ній види робіт, які необхідно проводити на кошти, що надійшли в порядку відшкодування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. № 2456-VI. Дата оновлення: 01.01.2018. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17 (дата звернення: 05.08.2018)
2. Звіт про результати аудиту ефективності використання коштів державного бюджету, спрямованих на управління у сфері використання та охорони земель сільськогосподарського призначення державної власності, та розпорядження ними. Київ, 2018. 54 с.
3. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III. Дата оновлення: 01.04.2018. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14 (дата звернення: 05.08.2018)
4. Миндрин А. С., Корнева Н. Н., Фадеев А. А. Проблемы возмещения потерь сельскохозяйственного производства, вызванных изъятием сельскохозяйственных угодий для несельскохозяйственных нужд. Пути их решения. *VIII Всероссийская конференция представителей малых предприятий*, 2007. № 6(69). С. 28 – 36
5. Порядок визначення втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, які підлягають відшкодуванню, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17.11.1997 р. № 1279. Дата оновлення: 14.12.2017. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1279-97-%D0%BF (дата звернення: 05.08.2018)
6. Постанова Верховного Суду України від 22.10.2013 р. № 21-313а13. Дата оновлення: 22.10.2013. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8A1BB7B4DF9E9DF6C2257C920039AE4D (дата звернення: 05.08.2018)
7. Про внесення змін до статті 209 Земельного кодексу України (щодо встановлення додаткових напрямів використання коштів, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва): Проект Закону від 05.07.2016 р. № 4893. Дата оновлення: 20.03.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=59544 (дата звернення: 05.08.2018)
8. Про функціонування відділів технічного нагляду та перелік робіт з охорони земель: Лист Державного комітету України по земельних ресурсах від 23.04.1996 р. № 720/07. Дата оновлення: 20.03.2018. URL: https://docs.dtkt.ua/doc/1041.5036.0 (дата звернення: 05.08.2018)
9. Роз'яснення щодо раціонального використання коштів, що надходять в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва Головного управління Держгеокадастру у Херсонській області від 08.05.2015 р. URL: http://khersonska.land.gov.ua (дата звернення: 05.08.2018)
10. Роз'яснення щодо використання коштів, що надходять в порядку відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва відділу Держземагентства у Міжгірському районі Закарпатської області від 30.10.2013 р. URL http://www.m-rda.gov.ua (дата звернення: 05.08.2018)
11. Сігітова Н. Чимало завдань, висунутих Земельним кодексом, ми заклали у свою регіональну програму ще раніше. *Землевпорядний вісник*, 2013. № 12. С. 7 – 11.

Пінкевич Н.С.,
здобувач Державного науково-дослідного інституту МВС України

КЛАСИФІКАЦІЯ ВІДХОДІВ В УКРАЇНІ: НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ

У статті розглядаються питання правого регулювання класифікації відходів. Надаються наукові підходи до класифікації відходів. Досліджено еволюцію нормативного врегулювання класифікації доходів у ЄС на наднаціональному рівні. Проаналізовано правове регулювання класифікації доходів в Україні. Зроблено висновок, що одним з напрямів розвитку правового регулювання в сфері поводження відходів в Україні повинно стати узгодження національного законодавства відповідно до європейського.

Ключові слова: *класифікація, поводження з відходами, гармонізація, кваліфікаційна ознака.*

В статье рассматриваются вопросы правового регулирования классификации отходов. Предоставляются научные подходы к классификации отходов. Исследована эволюция нормативного урегулирования классификации доходов в ЕС на наднациональном уровне. Проанализировано правовое регулирование классификации доходов в Украине. Сделан вывод, что одним из направлений развития правового регулирования в сфере обращения отходов в Украине должно стать согласование национального законодательства в соответствии с европейским.

Ключевые слова: *классификация, обращение с отходами, гармонизация, квалификационная признак.*

The article deals with the right regulation of waste classification. Scientific approaches to waste classification are provided. The evolution of regulatory regulation of EU income classification at supranational level has been investigated. The legal regulation of income classification in Ukraine is analyzed. It is concluded that harmonization of national legislation with European legislation should be one of the directions of development of legal regulation in the sphere of waste management in Ukraine.

Keywords: *classification, waste management, harmonization, qualification trait.*

Класифікація широко використовується в науці й встановлює певний єдиний порядок та розбиває сукупність об'єктів, які розглядаються, на групи, щоб упорядкувати їх і зробити отриману інформацію більш доступною для огляду [1]. Особливої актуальності класифікація набуває у сфері поводження з відходами.

Питання класифікації відходів ставало предметом розгляду Н.І. Абрамкіна, Т.Л. Антонової, В.М. Савицького, О.Ю. Попової, Є.В. Зарічанської, В.К. Хільчевського, Б.Б. Бобовича, В.В. Деревягина, Н.Л. Пирогова, С.П. Сушона, А.Г. Завалка, О.В. Чунарьова, М.В. Яцюка та інших.

З огляду на фізичні властивості відходів, Б.Б. Бобович, В.В. Деревягин поділяють на: тверді рідкі, газоподібні [2, с. 35]. Н.Л. Пирогов, С.П. Сушон, А.Г. Завалко пропонують таку класифікаційну ознаку як склад і залежно від цього поділяє їх на

органічні й неорганічні [3, с. 46]. Т.Л. Антонова класифікує відходи таким чином: 1) залежно від середовища утворення (комунально-побутові, виробничі, природні); 2) залежно від походження (штучні, органічні); 3) залежно від сфери діяльності (побутові, будівельні, транспортні, медичні, паливно-мастильні, лакофарбові, сільськогосподарські); 4) залежно від стану (тверді, газоподібні, рідкі); залежно від способу ліквідації (утилізовані, видалені); 5) залежно від часу самостійного розпаду (до 50 років, від 50 до 500 років, понад 500 років) [4, с. 157]. Н.І. Абрамкін пропонує таку класифікацію відходів: 1) «міські» відходи (побутові відходи громадян, побутові відходи адміністративних та громадських установ; відходи підприємств громадського харчування та ринків; відходи місць загального користування; відходи лікувальних та санітарно-епідеміологічних установ; промислові відходи; 2) промислові відходи (відходи виробництва (залишки сировини, матеріалів і полу фабрикатів, які утворилися при виробництві продукції, які повністю чи частково втратила свої виробничі властивості, а також продукти фізико-хімічних чи механічної переробки сировини виробництва яких не є ціллю підприємства)і відходи використання (вироби, комплектуючі деталі, матеріали, які з тих чи інших причин непридатні для їх подальшого використання) [5, с. 7]. В.М. Савицький, В.К. Хільчевський, О.В. Чунарьов, М.В. Яцюк класифікують відходи за групуванням відходів за однорідними виробничими технологічними процесами, тобто за галузевою структурою їх утворення, або віднесенням тих чи інших відходів до інтегрованих угруповань, коли вони є наскрізними (однорідними) для різних видів господарської діяльності, тобто за видовою структурою їх утворення (розкривні, шахтні та інші гірські породи, відходи збагачення (сепарації) мінеральної сировини та палива; відходи хімічно-металургійної переробки різних речовин; відходи енергетики (золошлаки), відходи атомної енергетики (відпрацьовані паливні елементи, крап тощо), відходи переробки сільськогосподарської сировини (жом, дефект,меляса тощо); відходи і лом чорних і кольорових металів, машини, механізми, устаткування та їх комплектуючі, що відпрацювали свій термін експлуатації відходи особистого споживання (тверді побутові відходи, макулатура, ганчір’я, скло, пластмаса, харчові залишки тощо) [6, с. 52].

На наш погляд, спроби науковців надати узагальнюючу класифікацію відходів приречені на невдачу, оскільки видів відходів дуже багато і вони постійно збільшуються, чому сприяє розвиток технологій, зростання населення, розширення виробництва тощо. Зазвичай у країнах розробляються класифікатори відходів, в яких застосовується

спеціальний код. У пам'ятній записці ЕЄК і Нідерландів, представленій Президії конференції європейських статистиків за запитом Спільної цільової групи з екологічної статистики і показникам, зазначається, що в різних країнах використовують різні способи класифікації відходів залежно від цілі, для якої застосовуються данні, і, почасту, незрозуміло, які принципи є основними, а поняття дублюються [7].

В ЄС розроблений та застосовується власний класифікатор відходів – Гармонізований європейський каталог відходів, затверджений Рішенням Комісії 2000/532/ЄС від 03.05.2001 (надалі – ЄКВ) [8], який був створений внаслідок з'єднання Європейського переліку відходів 94/3/ЄС [9] і Списку небезпечних відходів 94/904/ЕС [10]. Рішеннями від 16.01.2001 № 2001/118/ЄС [11], від 22.01.2001 № 2001/119/ЕС [12] та від 23.07.2001 № 2001/573/ЕС [13] в ЄКВ було внесено зміни і насьогодні ЄКВ є основою для одноманітного застосування правових норм і вимог в галузі поводження з відходам в країнах-учасницях ЄС для надання звітності по поводженню з відходами і для здійснення вимог Базельської конвенції про транскордонне перевезення відходів та їх видалення [14].

В ЄКВ закріплюється список глав, за якими кодуються відходи: 01. відходи, що виникають при розвідці, експлуатації і видобутку, а також фізичної та хімічної обробки корисних копалин; 02. відходи сільського господарства, садівництва, ставкового і лісового господарства, полювання та рибальства, також виробництва і обробки продуктів харчування; 03. відходи сільського господарства, садівництва, ставкового і лісового господарства, полювання та рибальства, також виробництва і обробки продуктів харчування; 04. відходи обробки деревини і виробництва дощок, меблів, целюлози, паперу і картону; 05. відходи нафтопереробки, ректифікації природного газу і піролізу вугілля; 06. відходи неорганічних хімічних процесів; 07. відходи органічних хімічних процесів; 08. відходи від виробництва, обробки, поставок і використання покриттів (фарби, лаки, емалі), клеять, пломбуючих матеріалів речовин і друкарських барвників; 09. відходи фотопромисловості; 10. відходи термічних процесів; 11. відходи від хімічної обробки поверхонь і покриттів металів і інших матеріалів; кольоровий гідрометалургії; 12. відходи, що утворилися в результаті механічного формування, а також фізичної та механічної обробки металів та пластику; 13. відпрацьовані мастила і відходи рідкого палива (за винятком харчового рослинного масла, груп 05 і 12); 14. відходи органічних розчинників, охолоджуючих речовин і газоподібного палива (за винятком груп 07 і 08);

15. пакувальна тара, адсорбенти, ганчірки, фільтри і захисний одяг; 16. не інакше зазначені відходи; 17. будівельні відходи і відходи знесення будівель (включаючи вийнятий грунт із забруднених територій); 18. відходи від медичної та ветеринарної практики та досліджень (без кухонних відходів і відходів ресторанного бізнесу, не виникають безпосередньо при догляді за хворим); 19. відходи від відходопереробних виробництв і очищення стічних вод; 20. відходи населених місць (відходи домашнього господарства і схожі промислові відходи), включаючи окремо зібрані фракції [15].

Всього ЄКВ включає 839 видів відходів. Для коректної ідентифікації відходів необхідно ідентифікувати джерело, який утворює відходи і ідентифікувати відповідний шестизначний код відходу.

Поряд з ідентифікацією та позначенням відходів, за допомогою каталогу відбувається принциповий поділ відходів на небезпечні і безпечні. Небезпечні відходи позначаються в ЕКВ зірочкою. В ЕКВ 405 видів небезпечних відходів [16]. Правовий режим поводження з небезпечними та безпечними відходами закріплюється національним законодавством та різниться (наприклад, поводження з небезпечними відходами в Німеччині може створювати для власника обов’язок надати документальне підтвердження їх належної утилізації чи видалення) [17].

Особливістю класифікації відходів в ЄКВ є те, що один і той самий від доходів може бути визначний як безпечним, так і небезпечним видом доходів. При цьому, небезпечний вид доходів завжди визначається першим і відмічається зірочкою, а у нижченаведеному рядку повторюється той же вид відходів, але без зірочки (наприклад, відходи гідроксиду натрію і калію). Таке подвійне занесення має назву «дзеркального входу».

З 405 небезпечних видів відходів, визначених у ЄКВ, тільки 232 видів відходів вважаються автоматично небезпечними, а інші 173 види відходів є безпечними «дзеркальними входами».

Отже, особливістю класифікації відходів у ЄКВ є встановлення кваліфікаційної ознаки – небезпечності відходів, за якою вони поділяються на: 1) абсолютно небезпечні; 2) абсолютно безпечні; 3) безпечний «дзеркальний вхід»; 4) небезпечний «дзеркальний вхід».

В національному законодавстві Україні підхід до класифікації доходів має певний дисонанс. З одного боку, в нашій країні розроблений та використовується власний

класифікатор відходів – КВ ДК 005-96, в якому закріплюється поняття та види відходів, визначаються групи та коди відходів, в якому закріплюється така класифікація:

А. Відходи сировинних, видобувних та оборонних галузей економіки: 1) відходи виробництва продукції сільського господарства та мисливства; 2) відходи виробництва продукції лісового господарства та лісозаготівлі; 3) відходи добування риби та продуктів рибальства інших; 4) відходи видобування вугілля кам'яного, лігніту (вугілля бурого), торфу; 5) відходи видобування нафти сирої та газу природного; відходи, які утворилися від надання послуг щодо видобування нафти та газу (крім розвідувальних послуг); 6) відходи видобування та збагачення руд уранових і торієвих; 7) відходи вигодування руд металевих; 8) відходи видобування корисних копалин інших; 9) відходи виробництва продуктів харчових та напоїв; 10) відходи виробництва виробів тютюнових; 11) відходи виробництва текстилю; 12) відходи виробництва одягу, хутра; 13) відходи виробництва шкіри та виробів шкіряних; 14) відходи виробництва деревини і виробів з деревини та корку, виробів з соломи та матеріалів інших; 15) відходи виробництв целюлози, паперу та виробів паперових; 16) відходи виробництва продукції друкованої та тиражування носіїв інформації з записом; 17) відходи виробництва коксу, продуктів нафтоперероблення та палива ядерного; 18) відходи виробництва хімікалій, продукції хімічної та волокна штучного; 19) відходи виробництва виробів гумових та пластмасових; 20) відходи виробництва продукції іншої з нерудних металів; 21) відходи виробництва металевих основних груп; 22) відходи виробництва виробів металевих збірних; 23) відходи виробництва машин та обладнання; 24) відходи виробництва машинок офісних та комп'ютерів; 25) відходи виробництва машин та апаратів електричних; 26) відходи виробництва обладнання та апаратури для радіо, телебачення і зв'язку; 27) відходи виробництва приладів медичних, пристроїв вимірювальних точних, пристроїв оптичних, годинників; 28) відходи виробництва автомобілів, причепів і напівпричепів; 29) відходи виробництва обладнання транспортного іншого; 30) відходи виробництва товарів промислових інших.

Б. Відходи від надання послуг: 1) відходи виробництва і розподілу енергії електричної, газу, пари та води гарячої; 2) відходи, одержані від добування, очищення а розподілу води; 3) відходи будівельних робіт, знесення будівель і спору та відходи, утворювані внаслідок техногенних катастроф (аварій), природних катастроф та явищ; 4) відходи роздрібної торгівлі; 5) відходи, пов'язані з послугами транспорту; 6) відходи

діяльності установ громадського харчування, технічного обслуговування та ремонту устаткування, приладів та виробів інших, відходи комунальні та аналогічні неспецифічні промислові інші; 7) відходи від надання послуг з охорони здоров'я людей та ветеринарних і (чи) від пов'язаних з цим дослідних робіт; 8) відходи вторинні від надання послуг зі збирання, видалення та оброблення відходів.

В. Послуги, пов'язані з відходами: 1) послуги законодавчі у ері утворення, використання, знешкодження та видалення відходів; 2) послуги з організаційно-економічного управління відходів; 3) послуги науково-технічні та техніко-методичні, пов'язані з відходами; 4) послуги виробничо-технологічні щодо відходів; 5) послуги інфраструктурного забезпечення діяльності, пов'язаної з відходами [18].

Науковці неодноразово вказували на недосконалість класифікації доходів, закріплений у КВ КД 05-98. За визначенням О.М. Гаврилюк, в цьому нормативному акті відходи не поділяються на промислові та побутові, включаючи останні як окремі елементи у перші [19]. М.В. Довга підкреслює, що в КВ ДК 005-96 відходи не поділено за рівнем шкідливості, в ньому наведено класифікацію побутових відходів разом із промисловими відходами, не даючи чіткого їх поділу за окремою ознакою; законодавчо не закріплено класифікацію відходів побуту за належністю до груп збирання в контейнерах і т.ін. [20]. Крім цього, цей нормативний акт в певних аспектах суперечить нормам Закону про відходи. Як зазначалося раніше, визначення відходів у зазначених нормативних актах різниться. Такий же підхід спостерігається і в інших аспектах. Так, згідно Закону про відходи, небезпечними відходами визнаються відходи, що мають такі фізичні, хімічні, біологічні чи інші небезпечні властивості, які створюють або можуть створити значну небезпеку для навколишнього природного середовища і здоров'я людини та які потребують спеціальних методів і засобів поводження з ними [21], а в КВ ДК 005-96 небезпечні відходи визнаються як відходи, фізичні, хімічні чи біологічні характеристики яких створюють чи можуть створити значну небезпеку для навколишнього природного середовища та здоров'я людини та які потребують спеціальних методів і засобів поводження з ними [18].

Порівнюючи норми КВ ДК 005-96 та ЄКВ, зазначимо, що на сучасному етапі в Україні класифікація відходів є відмінною від класифікації доходів в ЄС. Крім цього, у КВ ДК 005-96 не застосовується класифікаційний підхід до небезпечних відходів за принципом «дзеркального входу», відходи, які вважаються небезпечними за українським

законодавством встановлюються під спеціальним кодом (наприклад, 0111.3.2 Продукція, забруднена радіонуклідами та (або) шкідливими (небезпечними) речовинами; 0111.3.2.01 Злаки хлібні, культури зернові інші, забруднені радіонуклідами та (або) шкідливими (небезпечними) речовинами; 0111.3.2.02 Культури сільськогосподарські інші (у т. ч. картопля, бобові, плоди та насіння олійні, тютюн та махорка, буряк цукровий, солома та фураж, рослини для текстильного виробництва, рослини для парфюмерії та фармацевтики тощо), забруднені радіонуклідами та (або) шкідливими (небезпечними) речовинами тощо). Проте такий підхід не дозволяє використовувати небезпечні відходи як вторинну сировину, навіть не припускає можливості їх вторинного використання. Отже, КВ ДК 005-96 є морально застарілим нормативним актом, який не відповідає нормам національного та європейського законодавства.

Свого часу, після розроблення ЄКВ, країнам-учасницям ЄС було надано строк до 01.01.2002 для включення в національне законодавство цього каталогу. Наприклад, в Німеччині ЄКВ був введений в національне законодавство Постановою про європейський каталог відходів від 0.12.2001 [22].

Враховуючи, що відповідно до ст. 339, 342, 361, 365 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, укладеною 27.06.2014 [23], одним з напрямів розвитку України повинно стати узгодження національного законодавства відповідно до європейського, необхідно скасувати Державний класифікатор відходів КВ ДК 005-96 та ввести в систему національного законодавства України Гармонізований європейський каталог відходів, затверджений Рішенням Комісії 2000/532/ЄС від 03.05.2001.

Список використаних джерел:

1. Попова О.Ю., Зарічанська Є.В. Сутність та види відходів в господарській діяльності. Научные 87 труды ДонНТУ. Серия: экономическая. Выпуск 36-1. С. 87–93.

2. Бобович Б.Б., Деревягин В.В. Переработка отходов производства и потребления: Справочное издание; Под ред. докт. техн. наук, проф. Б.Б. Бобовича. М.: «Интермет Инжиниринг», 2000. 496 с.

3. Вторичные ресурсы: эффективность, опит, перспективы ; Н.Л. Прогов, С.П. Сушон, А.Г. Завалко; Под ред. А.Е. Юрченко. М.: Экономика, 1987. 199 с.

4. Антонова Т.Л. Поняття, особливості, характерні риси відходів. Юридичний вісникНаціонального університету «Одеська юридична академія». 2017. № 2. С. 154–159.

5. Абрамкин Н.И. Основніе способі утилизации и обезвреживания твердіх отходви перспективі использования геотехнологических методов. Науки о Земле. Известия ТулГУ. 2010. Віп. 2. С. 3–10.

6. Відходи виробництва і споживання та їх вплив на грунти і природні води. Навчальний посібник. За ред. В.К. Хільчевського. Київ. 2007. 152 с.

7. Пам'ятна записка ЕЄК і Нідерландів, представлена Президією конференції європейських статистиків за запитом Спільної цільової групи з екологічної статистика і показникам. URL. https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/ece/ces/ge.33/2016/mtg2/rus_07-Waste_statistics.pdf

8. Commission Decision 2000/532/EC of 3 May 2000 replacing Decision 94/3/EC establishing a list of wastes pursuant to Article 1(a) of Council Directive 75/442/EEC on waste and Council Decision 94/904/EC establishing a list of hazardous waste pursuant to Article 1(4) of Council Directive 91/689/EEC on hazardous waste, C(2000) 1147.

9. Commission Decision 94/3/EC of 20 December 1993 establishing a list of wastes pursuant to Article 1a of Council Directive 75/442/EEC on waste, OJ L 5, 7.1.1994, p. 15–33 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT).

10. Council Decision 94/904/EC of 22 December 1994 establishing a list of hazardous waste pursuant to Article 1 (4) of Council Directive 91/689/EEC on hazardous waste, OJ L 356, 31.12.1994, P. 14–22 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT).

11. Commission Decision 2001/118/EC of 16 January 2001 amending Decision 2000/532/EC as regards the list of wastes (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 108), Official Journal L 047, 16/02/2001 P. 0001–003.

12. Commission Decision 2001/119/EC of 22 January 2001 amending Decision 2000/532/EC replacing Decision 94/3/EC establishing a list of wastes pursuant to Article 1(a) of Council Directive 75/442/EEC on waste and Council Decision 94/904/EC establishing a list of hazardous waste pursuant to Article 1(4) of Council Directive 91/689/EEC on hazardous waste (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 106), Official Journal L 047, 16/02/2001 P. 0032–0032.

13. Council Decision 2001/573/EC of 23 July 2001 amending Commission Decision 2000/532/EC as regards the list of wastes, OJ L 203, 28.7.2001, p. 18–19.

14. Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (1992 г.). – URL http://www.basel.int/ Portals/4/Basel %20Convention/docs/text/BaselConventionText-r.pdf.

15. Commission Decision 2000/532/EC of 3 May 2000 replacing Decision 94/3/EC establishing a list of wastes pursuant to Article 1(a) of Council Directive 75/442/EEC on waste and Council Decision 94/904/EC establishing a list of hazardous waste pursuant to Article 1(4) of Council Directive 91/689/EEC on hazardous waste, C(2000) 1147.

16. Commission Decision 2000/532/EC of 3 May 2000 replacing Decision 94/3/EC establishing a list of wastes pursuant to Article 1(a) of Council Directive 75/442/EEC on waste and Council Decision 94/904/EC establishing a list of hazardous waste pursuant to Article 1(4) of Council Directive 91/689/EEC on hazardous waste, C(2000) 1147.

17. Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz), Ausfertigungsdatum: 27.09.1994. – Закон к стимурированию замкнутого производственного цикла и экологически безопасному удалению отходов (Закон о замкнутом производственном цикле и отходах) от 27 сентября 1994 года, BGBl. I. – S. 2705.

18. Державний класифікатор відходів 005-96. URL. https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0089217-96

19. Гаврилюк О.М. Адміністративно-правове регулювання поводження з побутовими відходами дис. канд.. юрид. наук. К., 2009. 210 с.

20. Довга М.В. Класифікація побутових відходів. Економічний часопис. 2011. XXI. № 5-6. С. 50–53.

21. Про відходи. Закон України від 05.03.1998 № 187/98-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 36-37. Ст. 242.

22. Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis (Abfallverzeichnis-Verordnung-AVV) vom 10. Dezember 2001, BGBl. I. S. 3379.

23. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, укладеною 27.06.2014. URL. https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

УДК 342.95

Куровська І.А.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник

Мірошниченко О.П.,
головний науковий консультант відділу
з конституційних питань та державного будівництва
Головного науково-експертного управління
Апарату Верховної Ради України

ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК СКЛАДОВОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

У статті аналізуються джерела правового регулювання забезпечення екологічної безпеки в Україні, як складової національної безпеки. Увага приділяється критеріям систематизації чинного законодавства України в сфері забезпечення екологічної безпеки. Окрім того, досліджуються питання співвідношення понять «екологічна безпека», «державна безпека», «національна безпека» в контексті чинного законодавства України та доктринальних підходів вітчизняних вчених. Констатується, що реформування вітчизняної правової системи ставить перед державою цілу низку завдань, найважливішим з яких є вдосконалення правового регулювання екологічної безпеки, оскільки незважаючи на значну кількість прийнятих Верховною Радою України законів, законодавча база України з питань забезпечення екологічної безпеки, як складової національної безпеки, потребує суттєвого вдосконалення.

Ключові слова: *екологічна безпека, джерела правового регулювання забезпечення екологічної безпеки, державна безпека. національна безпека, Стратегія національної безпеки України, тощо.*

Куровская И.А., Мирошниченко О.П. ИСТОЧНИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ КАК СОСТАВЛЯЮЩЕЙ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

В статье анализируются источники правового регулирования обеспечения экологической безопасности в Украине, как составляющей национальной безопасности. Внимание уделяется критериям систематизации действующего законодательства Украины в сфере обеспечения экологической безопасности. Кроме того, исследуются вопросы соотношения понятий «экологическая безопасность», «государственная безопасность», «национальная безопасность» в контексте действующего законодательства Украины и доктринальных подходов отечественных ученых. Констатируется, что реформирование отечественной правовой системы ставит перед государством целый ряд задач, важнейшей из которых является совершенствование правового регулирования экологической безопасности, поскольку, несмотря на значительное количество принятых Верховной Радой Украины законов, законодательная база Украины по вопросам обеспечения экологической безопасности как составляющей национальной безопасности, требует существенного усовершенствования.

Ключевые слова*: экологическая безопасность, источники правового регулирования обеспечения экологической безопасности, государственная безопасность. национальная безопасность, Стратегия национальной безопасности Украины и тому подобное.*

Kyrovskaya I., Miroshnychenko O. SOURCES OF LEGAL REGULATION OF ENVIRONMENTAL SECURITY AS A PART OF NATIONAL SECURITY

The sources of legal regulation of environmental security in Ukraine as a part of national security are analyzed in the article. Special attention is paid to the criteria of systematization of the

current legislation of Ukraine in the field of environmental security. In addition, the correlation between the concepts of "environmental security", "state security", "national security" in the context of current legislation of Ukraine and the doctrinal approaches of domestic scientists are investigated. It is stated that the domestic legal system reform poses a number of tasks to the state, the most important of which is to improve the legal regulation of environmental security, because despite the large number of laws passed by the Verkhovna Rada of Ukraine, legal framework for environmental security, as a component of national security, needs to be significantly improved.
Keywords: *ecological security, sources of legal regulation of ecological security, state security. national security, National Security Strategy of Ukraine, etc.*

Постановка проблеми. З другої половини XX століття раціональне використання природних ресурсів та охорона навколишнього природного середовища стає однією з найактуальніших глобальних проблем сучасності. Зростає значення створення на міжнародному та національному рівнях засад екологічно грамотного здійснення господарської діяльності та відповідних основ правового регулювання. Наразі потреба в цьому набуває ще більшої гостроти, що, своєю чергою, обумовлює дослідження актуальних проблем забезпечення екологічної безпеки у внутрішньодержавному та міжнародному (транскордонному) вимірах, що охоплює генезис його правових основ, концептуальних підходів, формування сучасних правових механізмів і пріоритетних напрямків.

Метою статті є здійснити аналіз джерел правового регулювання забезпечення екологічної безпеки, як складової національної безпеки, з метою виявлення проблемних питань та формулювання відповідних рекомендацій і пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства України в даній сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В юридичній літературі правовому аналізу законодавства в сфері забезпечення екологічної безпеки наразі приділяється значна увага. Такий аналіз можна спостерігати, насамперед, в роботах В. І. Андрейцева, який є засновником наукової концепції права екологічної безпеки, як окремої галузі екологічного права. Наукові праці таких вчених як У. В. Антонюк, Г.І. Балюк, Н.В. Барбашова, Л.О. Бондар, В. Л. Бредіхіна, І. В. Бригадир, Ю. Л. Власенко, А. С. Євстігнєєв, Ю.А. Краснова, М. В. Краснова, Н. О. Максіменцева, Н. Р. Малишева, О. А. Шомпол, В. О. Юрескул, В. В. Ярчак та ін., присвячені переважно, дослідженню окремих об’єктів/елементів механізму правового забезпечення екологічної безпеки та/або реалізації принципу екологічно виваженої державної політики в різних сферах господарської діяльності. Разом з тим, слід констатувати, що й дотепер питанню

визначення місця та ролі екологічної безпеки в системі національної безпеки приділяється вкрай мало уваги з боку вітчизняних фахівців.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, активне становлення науки екологічного права почалося в 70-х роках XX століття. Водночас, перші літературні джерела, в яких досліджуються поняття «екологічна безпека», «забезпечення екологічної безпеки», з'являються лише наприкінці 80-х років XX століття у формі спеціальних наукових статей [32, с. 84-91; 33, с. 93-99], тлумачення термінів екологічних словників [29] тощо. На цьому етапі розвитку наукової доктрини у вказаній сфері відбувається включення в межах концепції безпеки категорії «екологічна безпека як відповідного стану навколишнього природного середовища», що дозволило визнати об'єктом безпеки не лише державу (держави), а й інші соціальні цінності – навколишнє природне середовище, життя і здоров'я людей в ньому. У цьому зв'язку, концепція суверенітету держави, яка завжди була однією з ланок єдиного неподільного ланцюга: «територія – суверенітет – держава – безпека», знову опинилася під питанням [35].

Зауважимо, що низка вчених вважають екологічну безпеку одним із пріоритетних принципів сталого розвитку всіх країн світу, що передбачає запровадження такої моделі розвитку, за якої досягається задоволення життєвих потреб нинішніх поколінь без позбавлення такої можливості прийдешніх поколінь [36, p. 245-260]. Крім того, в еколого-правовій науці резюмується, що у сфері екологічної безпеки концепція сталого розвитку трансформується в концепцію прийнятного (нормального) екологічного ризику.

В межах юридичних наук «екологічна безпека» була і залишається об'єктом досліджень таких галузей права, як: теорії держави і права [30], конституційного [10], адміністративного [11] цивільного [4], кримінального м [3], міжнародного [13], військового [31] права. Водночас, найбільша увага цьому поняттю приділяється, власне, наукою екологічного права.

З метою розкриття змісту поняття «екологічна безпека» в системі національної безпеки, доцільним видається дослідити систему джерел правового регулювання забезпечення екологічної безпеки. Під «системою джерел забезпечення екологічної безпеки» слід розуміти узгоджену систему нормативно-правових та ін. актів, що містять еколого-правові норми, метою яких є регулювання екологічних та інших правовідносин в сфері забезпечення екологічної безпеки. При цьому, зауважимо, що джерела права

екологічної безпеки доцільно розглядати у нерозривному зв'язку із джерелами правового регулювання забезпечення національної безпеки.

Отже, в широкому розумінні до джерел права екологічної безпеки належать Конституція України [7]; закони України; укази і розпорядження Президента України; постанови Верховної Ради України; постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України; накази, інструкції, інші нормативно-правові акти міністерств та інших центральних органів виконавчої влади; акти місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування; міжнародні договори України, до яких приєдналась або ратифікувала Верховна Рада України.

За основу систематизації нормативно-правових актів, що регламентують правовідносини, пов'язані із забезпечення екологічної безпеки, нами взята класифікація нормативно-правових актів у сфері забезпечення національної безпеки, запропонована у науковій роботі Г. В. Новицького «Теоретико-правові основи забезпечення національної безпеки України» [12, с. 268] , яка, на нашу думку, може бути досить ефективно застосована і до сфери екологічної безпеки. Отже, нормативно-правові акти в сфері забезпечення екологічної безпеки можна систематизувати наступним чином:

1. Системоутворююче законодавство. Ця група нормативно-правових актів або їх приписів у сукупності закріплює систему цінностей, цілей, завдань і заходів у цій сфері, а також визначає наявні та потенційні загрози. При цьому в системо утворюючому законодавстві виділяють наступні рівні нормативно-правового регулювання:

1.1. доктринальний (закріплюються так звані норми-начала, що визначають основні засади національної безпеки). Прикладом актів даного рівня є Конституція України, в статті 50 якої визначено, що кожний громадянин має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля;

1.2. концептуальний (закріплюються норми-принципи, що визначають систему забезпечення національної безпеки, систему концептуальних ідей, поглядів на стратегію забезпечення національної безпеки). Прикладом актів концептуального рівня може бути Закон України «Про національну безпеку України» [20], в статті 7 якого визначено перелік загроз екологічній безпеці в Україні;

1.3. стратегічний (закріплюються визначально-установчі норми, що окреслюють цілі, завдання окремих суб'єктів забезпечення національної безпеки, предмет їх діяльності, форми та засоби досягнення поставленої мети, організація і порядок

взаємодії). Як приклад таких актів можемо назвати Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» [25], постанову Верховної Ради України «Про основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» [23], закони України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року» [21], «Про основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» [22]тощо;

1.4. програмний (закріплюються норми-правила поведінки, якими регламентується діяльність суб'єктів забезпечення національної безпеки відповідно до програм захисту об'єктів національної безпеки). Як приклад можемо навести Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного плану управління відходами до 2030 року» [18] та ін.;

1.5. плановий (закріплюються норми-правила поведінки, котрі деталізують порядок діяльності суб'єктів забезпечення національної безпеки в конкретній обстановці). Прикладом такого законодавства є «Методика обстеження й паспортизації гідротехнічних споруд систем гідравлічного вилучення та складування промислових відходів», затверджена Наказом Держкоммістобудування України [17] та інші нормативно-правові акти.

2. Правосуб'єктне законодавство. Ця група нормативно-правових актів визначає правовий статус суб'єктів правовідносин у сфері національної безпеки. При цьому вказується на те, що зміст правового статусу в правосуб'єктному законодавстві в структурному сенсі повинен визначатися правами, обов'язками, гарантіями законності діяльності і юридичною відповідальністю суб'єктів забезпечення національної безпеки. Наприклад, постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Міністерство енергетики та захисту довкілля України [19].

3. Спеціальне законодавство, яке регулює питання протидії конкретним найбільш небезпечним загрозам національній безпеці України [12, с. 300]. До спеціального законодавства у сфері забезпечення екологічної безпеки слід віднести природоресурсові кодекси, які визначають порядок допустимого (відносно невиснажливого) використання природних ресурсів; закони України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» [26]; «Про охорону атмосферного повітря» [24], «Про приєднання України до Конвенції про охорону та

використання транскордонних водотоків та міжнародних озер» [27], «Про відходи» [14] та ін.

4. Функціональне законодавство. Ця складова законодавства у сфері національної безпеки регулює окремі види діяльності (функції) суб'єктів забезпечення національної безпеки [12, с. 314]. Щодо функціонального законодавства у сфері забезпечення екологічної безпеки варто зазначити, що тут важливу роль відіграють Закони України «Про екологічний аудит» [15], «Про екологічну експертизу» [16] та ін.

Слід констатувати, що наразі ситуація із законодавчим визначеннями понять у сфері екологічної безпеки є досить неоднозначною і потребує ґрунтовного аналізу. Зауважимо, що термін «екологічна безпека» вживається у більш, ніж десяти законах та підзаконних нормативно-правових актах, в двох з яких – Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 №1264-XII [25] (далі – ЗУ «Про охорону навколишнього середовища») (в редакції від 16.10.2020) та ДСТУ 2156-93 «Безпечність промислових підприємств. Терміни та визначення» від 27.12.1993 [6] дається його дефініція. Так, під екологічною безпекою, відповідно до ЗУ «Про охорону навколишнього середовища», розуміється «такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей» (ч. 1 ст. 50). Аналізуючи це визначення в аспекті об'єкта захисту, можемо дійти висновку, що екологічна безпека розкривається з урахуванням таких об’єктів, як: екологічна обстановка; здоров’я людей. Щодо поняття «екологічна обстановка», то, не зважаючи на високий рівень вживаності цього терміну в нормативно-правових актах, його законодавчо закріпленої дефініції й до тепер не існує.

Таким чином, слід констатувати, що у визначенні поняття «екологічна безпека», що міститься в чинному Законі, є значна, на нашу думку, неточність (тавтологія), адже, замінивши термін «екологічна обстановка» синонімом «екологічний стан» або «стан навколишнього природного середовища» отримуємо дефініцію: «екологічна безпека – такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення стану навколишнього природного середовища та виникнення небезпеки для здоров’я людей». Більше того, у визначенні поняття «екологічна безпека» залишаються не визначеними і суттєві ознаки екологічної безпеки, що може призвести до колізій і юридичних помилок у правозастосовчій діяльності. Окрім того, викликає певні

сумніви коло об’єктів екологічної безпеки, оскільки, окрім екологічної обстановки, таким об’єктом виступає лише здоров’я людей.

Отже, застосований у ЗУ «Про охорону навколишнього середовища» підхід до визначення «екологічної безпеки», на нашу думку, є недостатньо повним, оскільки залишаються поза увагою інші цінності, зокрема, права та свободи людини (наприклад, право на життя, право володіти, користуватися і розпоряджатися майном, свобода вибору місця проживання та ін.), а також законні інтереси суспільства і держави. Вважаємо ці елементи не менш важливими, такими, що входять до складу практично будь-яких суспільних відносин і повинні бути обов’язково враховані у законодавчих приписах. Крім того, в законодавчій дефініції терміну «екологічна безпека абсолютно не враховується антропогенна складова цього явища. Адже важко заперечувати той факт, що сьогодні в розпорядженні людства знаходяться потужні інструменти впливу на довкілля, у разі застосування яких навіть найстабільніша екосистема не зможе саморегулюватись і повернутись до свого попереднього стану.

Як вище зазначалось, визначення поняття «екологічна безпека» міститься також в п. 2.2. Додатку А ДСТУ 2156-93, під якою розуміється «відсутність дій, станів та процесів, які прямо чи непрямо призводять до суттєвих збитків для навколишнього природного середовища, населення та матеріальних об’єктів» [6]. На нашу думку, дефініція поняття «екологічна безпека» в цьому нормативно-правовому акті є дещо повнішою, ніж наведена у Законі, адже вона вказує на форми загроз для екологічної безпеки (дії, стани, процеси) та способи їх впливу (прямо чи непрямо). Разом з тим, при більш ґрунтовному дослідженні можна знайти в ній, принаймні, одну, на нашу думку, концептуальну неточність, яка міститься у використанні терміну «збитки», що, знову ж, «відсікає» нематеріальний аспект ситуації (порушення нематеріальних прав та свобод людини, інтересів суспільства і держави). До того ж, залишається певна невизначеність щодо феномена збитків для навколишнього природного середовища, адже за законами збереження енергії і маси нічого (ані матерія, ані енергія) в природному середовищі не зникає безслідно, а лише змінює свою форму [8, с. 14-15]. Зазначені міркування також вказують на циклічність перетворення всього існуючого в природі [5, с. 36-37].

Згадується поняття «екологічна безпека» і в Стратегії національної безпеки України, схваленій Указом Президента України від 14.09.2020 [28] (далі – Стратегія). Так, в Стратегії зазначається наступне: «ураховуючи фундаментальні національні інтереси,

визначені Конституцією України і Законом України «Про національну безпеку України», пріоритетами національних інтересів України та забезпечення національної безпеки є: відстоювання незалежності і державного суверенітету; відновлення територіальної цілісності у межах міжнародно-визнаного державного кордону України; суспільний розвиток, насамперед розвиток людського капіталу; захист прав, свобод і законних інтересів громадян України; європейська і євроатлантична інтеграція» (п. 5 Стратегії). Реалізація цих пріоритетів забезпечуватиметься, серед іншого, за таким напрямом як «забезпечення екологічної безпеки, створення безпечних умов життєдіяльності людини, зокрема на територіях, що постраждали внаслідок бойових дій, розбудова ефективної системи цивільного захисту» (п. 6 Стратегії). Проте, визначення поняття «екологічна безпека» Стратегія не містить. В п. 56 Стратегії лише зазначається, що «Екологічна безпека, зокрема безпека середовища життєдіяльності людини, – один із найвищих пріоритетів. Маємо створити умови для підтримання екологічної рівноваги на території України, модернізації комунальної інфраструктури, посилити охорону навколишнього природного середовища, упровадити новітні системи поводження з відходами і скоротити промислові викиди, забезпечити ефективне використання природних ресурсів, захищати ліси і водойми, розвивати заповідний фонд, запобігати виникненню негативних наслідків надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру та усувати їх.» [28]. Отже, чіткої дефініції поняття «екологічна безпека», Стратегія також не містить.

Проаналізуємо співвідношення понять «екологічна безпека» та «національна безпека», з метою визначення місця екологічної безпеки в системі національної безпеки. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» [20], державна безпека визначається як «захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру» (п. 4). «Національна безпека», відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 цього Закону, визначається як «захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз». Разом з тим, слід констатувати, що «безпека» не тотожна стану захищеності, а є значно ширшою, оскільки визначається не захищеністю від зовнішніх загроз і впливів, а внутрішніми властивостями, такими як стійкість, рівновага, збалансованість, надійність, що забезпечують запобігання формуванню умов, за яких

система потребуватиме захисту від реальних і потенційних дестабілізуючих факторів. Але за будь-яких умов безпеку не можна розглядати як стан, коли відсутня небезпека. Тому, на нашу думку, у визначенні «національної безпеки», коректніше було б вести мову не про захищеність, а про рівень захищеності.

Своєю чергою, «державна політика у сферах національної безпеки і оборони спрямована на захист: людини і громадянина – їхніх життя і гідності, конституційних прав і свобод, безпечних умов життєдіяльності; суспільства – його демократичних цінностей, добробуту та умов для сталого розвитку; держави - її конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності; території, навколишнього природного середовища – від надзвичайних ситуацій» (ч. 1 ст. 3 Закону). «Державна політика у сферах національної безпеки і оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки України тощо». (ч. 4 ст. 3 Закону). «Загрози національній безпеці України та відповідні пріоритети державної політики у сферах національної безпеки і оборони визначаються у Стратегії національної безпеки України, Стратегії воєнної безпеки України, Стратегії кібербезпеки України, інших документах з питань національної безпеки і оборони, які схвалюються Радою національної безпеки і оборони України і затверджуються указами Президента України» (ч. 5 ст. 3 Закону). Отже, в ч. 4 ст. 3 Закону визначається, що екологічна безпека є складовою національної безпеки. Тут, разом із екологічною безпекою, до складу національної включені: воєнна, зовнішньополітична, державна, економічна, інформаційна безпека, кібербезпека. В цьому списку екологічна безпека чомусь наводиться в числі останніх.

Висновки та пропозиції. Таким чином, на підставі зазначеного вище слід констатувати, що реформування вітчизняної правової системи ставить перед державою цілу низку завдань, найважливішим з яких є вдосконалення правового регулювання екологічної безпеки. З одного боку, законодавство про екологічну безпеку досягло досить високого рівня розвитку, з іншого боку, слід констатувати, що в переважній більшості нормативних актів в екологічній сфері поняття «екологічна безпека» навіть не згадується в той час, як саме їх зміст свідчить про те, що вони спрямовані на підтримання стану захищеності населення та майна від різкого масштабного негативного впливу на навколишнє середовище, а об'єктом їх регулювання виступають джерела такого потенційного впливу – екологічно небезпечні види діяльності.

Екологічна безпека є одним із найголовніших елементів національної безпеки і займає в її системі одне з ключових місць. Екологічна безпека сьогодні в контексті чинного законодавства України слід розглядати в декількох аспектах, а саме: як напрям державної політики (Декларація про державний суверенітет України, розділ 7), як конституційний обов'язок держави та суб'єктивне право людини і громадянина (Конституції України, ст.ст. 16 і 50), як сферу національної безпеки (Закон України «Про національну безпеку України», ст. 4), як стан навколишнього природного середовища, за якого забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей (ЗУ «Про охорону навколишнього середовища», ст. 50). Разом, з тим, незважаючи всю важливість, поняття «екологічна безпека» недостатньо широко висвітлено в нормативно-правових актах України. Більше того, цей термін, як базова категорія в спеціальній науковій літературі та чинному законодавстві України, трактується неоднозначно. В юридичній науці також відсутня єдина позиція щодо змістовного наповнення цього терміну. Така невизначеність, на нашу думку, пов'язана з розмитістю формулювання, що міститься в ЗУ «Про охорону навколишнього середовища», який вже давно потребує актуалізації з урахуванням новітніх екологічних викликів і загроз.

Список використаних джерел та літератури:

1. Аграрное, земельное и экологическое право Украины. Общие части учебных курсов: Уч. пособие / Под ред. Погребного А.А.Харьков: Одиссей, 2000. С. 343.
2. Андрейцев В. І. Генеза наукових доктрин екологічного права в Україні. Екологічне право і законодавство суверенної України: проблеми реалізації державної екологічної політики [текст]: моногр. / В.І. Андрейцев. Дніпропетровськ, Національний гірничий університет, 2011.
3. Виноградова Е.В.Преступления против экологической безопасности: Дис...докт. юрид. наук. Ставрополь, 2001. 381 с.
4. Гопия Г.О.Ограничения имущественных прав с целью обеспечения экологической безопасности: Дис...канд. юрид. наук. Краснодар, 2011. 210 с.
5. Джигрей В.С. Основи екології та охорона навколишнього природного середовища (Екологія та охорона природи): Навч. посібник / В.С. Джигрей, В.М. Старожук, Р.А. Яцюк. Вид. 2-ге, доп. Львів: Афіша, 2000. 272 с.
6. ДСТ України 2156-93. Безпечність промислових підприємств. Терміни і визначення, введений 27 грудня 1993 року. URL: https://dnaop.com/html/41018/doc-%D0%94%D0%A1%D0%A2%D0%A3_2156-93
7. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80
8. Корсак К.В. Основи екології: Навч. посібник. 2-ге вид., стереотип. / К.В. Корсак, О.В. Плахотнік. К,: МАУП, 2000. 240 с.

9. Костин С.А. Международно-правовое обеспечение коллективной безопасности в Европе : Автореферат дисс… канд.. юрид. наук : / Костин Сергей Андреевич ; [Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина]. Москва, 2014. 19 с.
10. Майданова М.В.Конституционные основы обеспечения экологической безопасности в РФ: Дис...канд. юрид. наук, специальность: 12.00.02. Москва, 2002. 190 с.
11. Мышко Ф.Г.Административно-правовые и организационные проблемы обеспечения экологической безопасности в Росийской Федерации: Дис...докт. юрид. наук,специальность: 12.00.14. Москва, 2004. 361 с.
12. Новицький Г .В. Теоретико-правові основи забезпечення національної безпеки України: Монографія / Г.В. Новицький. К.: Інтертехнологія, 2008. 496 с.
13. Отке А.И.Международно-правовые аспекты экологической безопасности стран-участниц СНГ: Дис...канд. юрид. наук. Москва, 2002. 138 с.
14. Про відходи: Закон України від 5 березня 1998 року. Відомості Верховної Ради України. 1998. N 36-37. Ст. 242.
15. Про екологічний аудит: Закон України від 24 червня 2004 року. Відомості Верховної Ради України. 2004. N 45. Ст. 500.
16. Про екологічну експертизу: Закон України від 09 лютого 1995 року Відомості Верховної Ради України. 1995. N 8. Ст. 54.
17. Про затвердження Методики обстеження й паспортизації гідротехнічних споруд систем гідравлічного вилучення та складування промислових відходів : затв. Наказом Держкоммістобудування України від 19.12.1995 р. № 252. Поточний архів Держкоммістоудування за 1995 р. URL: http://www. zakon/nau.ua.
18. Про затвердження Національного плану управління відходами до 2030 року : Розпорядження Кабінету міністрів України від 20 лютого 2019 р. №117-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-nacionalnogo-planu-upravlinnya-vidhodami-do-2030-roku
19. Про затвердження Положення про Міністерство енергетики та захисту довкілля України : Постанова Кабінету Міністрів України; Положення від 21.01.2015 № 32. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/32-2015-%D0%BF#Text
20. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 №2469-VIII URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text
21. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року: Закон України; Стратегія від 28.02.2019 № 2697-VIII URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2697-19
22. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року. Закон України від 21 грудня 2010 року №2818-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. №26. Ст. 218
23. Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки: Постанова Верховної Ради України від 05.03.1998 № 188/98-ВР URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80
24. Про охорону атмосферного повітря: Закон України від 16 жовтня 1992 року. Відомості Верховної Ради України. 1992. N 50. Ст. 678.
25. Про охорону навколишнього природного середовища: закон Верховної Ради УРСР від 25 червня 1991 року № 1264-XII. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1264-12
26. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи: Закон України від 27 лютого 1991 року Відомості Верховної Ради України. 1991. N 16. Ст. 198.

27. Про приєднання України до Конвенції про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер: Закон України від 01 липня 1999 року. Відомості Верховної Ради України. 1999. N34. Ст. 282.
28. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України; Стратегія від 14.09.2020 №392/2020 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392/2020#n5
29. Реймерс Н.Ф. Природопользование. Словарь-справочник, Москва, 1990. 637 с.
30. Русаков М.И. Экологическая безопасность современной России: общеправовой анализ: Дис...канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006. 204 с.
31. Серов Г.П.Правовое регулирование экологической безопасности при осуществлении военно-оборонной деятельности РФ: Дис...докт. юрид. наук. Москва, 1999. 429 с.
32. Тимошенко А.С.Глобальная экологическая безопасность –международно-правовой аспект. Советское государство и право. 1989. № 1. С. 84–91.
33. Тимошенко А.С.Международный контрольный механизм в системе экологической безопасности. Советское государство и право. 1992. № 12. С. 93–99.
34. Maria Vagasi. Integration of the sustainability concept into strategy and marketing Periodica Polytechnica Ser. Soc. Man. Sci. 2004. Vol. 48. No 2. C. 245–260.
35. The Greening of Sovereignty in World Politics / Ed. by Litfin Karen. Cambridge, 1998.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.131.2

Сірець О.О.,
студент 3 курсу
міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ НЕОБХІДНОСТІ ОБМЕЖЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПОНЯТИХ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті аналізується процесуальний статус понятих як учасників кримінального провадження, а також обґрунтовується об'єктивна необхідність обмеження застосування інституту понятих у сучасних реаліях України.

Ключові слова: *учасники кримінального провадження; інститут понятих у кримінальному провадженні; кримінальне процесуальне законодавство; слідчі (розшукові) дії; правосуддя.*

В статье анализируется процессуальный статус понятых как участников уголовного производства, а также обосновывается объективная необходимость ограничения использования института понятых в современных реалиях Украины.

Ключевые слова: *участники уголовного производства; институт понятых в уголовном производстве; уголовное процессуальное законодательство; следственные (розыскные) действия; правосудие.*

In article, the procedural status of witnesses as participants of criminal procedure is analyzed, also the objective need for limiting the use of the institution of witnesses in modern realities of Ukraine is substantiated.

Keywords: *participants of criminal procedure; institute of witnesses in criminal proceedings; criminal procedure legislation; investigative (wanted) actions; justice.*

Постановка проблеми. У зв'язку зі становленням України як європейської держави в останні роки проводиться активне реформування українського законодавства з метою його гармонізації з європейським. Не становить виключення й сфера кримінального судочинства, яскравим прикладом чого являється внесення змін до діючого Кримінального процесуального кодексу. Одним із аспектів, які вже реформовані або підлягають, на нашу думку, реформуванню, є інститут понятих.

Наразі ставлення до даного інституту є неоднозначним, адже в одних державах його ніколи не існувало, а в інших він має місце.

Стан дослідження. Дане питання вже було неодноразово висвітлене та проаналізоване в наукових роботах багатьох як вітчизняних, так і закордонних, авторів. Зокрема, дану проблематику досліджували Булейко О. Л., Легкий Р. А., Лейнова О. С., Назаренко П. Г., Філатов Г. О., Хахуцяк О. Ю. та інші, доводячи його особливість та необхідність його збереження як такого, або, навпаки, спростовуючи дану позицію.

Мета статті полягає у проведенні аналізу кримінального процесуального законодавства як України, так і зарубіжних країн в частині норм, які складають інститут понятих, виявлення недоліків та переваг його функціонування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 7 ст. 223 Кримінального процесуального кодексу України (далі– КПК), «слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов'язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне. Обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії. Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження. Зазначені особи можуть бути допитані під час судового розгляду як свідка проведення відповідної слідчої (розшукової) дії» [1]. Дана стаття дає вичерпну характеристику такого суб'єкта кримінального провадження, як понятий. На жаль, КПК та інші нормативно-правові акти більшене містять жодних статей, присвячених даному суб'єкту, тому його правовий статус є достатньо невизначеним, що породжує певні суперечності в їх практичному застосуванні.

З'ясовуючи значення терміну «понятий», Назаренко П. Г. посилається на «Великий тлумачний словник української мови» та «Тлумачний словник юридичних термінів», де зазначено, що: 1) понятий – це особа, яку залучають органи влади як свідка при обшукові, описові майна та інші; 2) понятий – це особа, запрошена для участі в огляді, обшуку, виїмці, впізнанні й інших слідчих діях, передбачених кримінально-процесуальним законом [2].

Інститут понятих передбачався в таких історичних документах, як Руська правда, Судебник Казимира 1468 року, Литовські статути 1529, 1566 та 1588 років, Магдебурзьке право, Звід законів Російської імперії 1835 року. Поява понятих була пов'язаназ необхідністю залучення «достойних людей» до проведення процесуальних дій. На законодавчому рівні відповідні суб'єкти вперше згадуються у Соборному Уложенні 1649 року, де було визначено випадки їх участі, встановлювалися вимоги до таких осіб, передбачалися способи фіксації їх діяльності та інше. Проведення судової реформи 1864 року вплинуло і на розвиток інституту понятих. Відповідно до ст. 109 Статуту кримінального судочинства понятими здебільшого запрошувалися господарі будинків, лавок, промислових та торговельних закладів або ж їх керуючі та повірені, а також волосні та селянські посадові особи та церковні старости. Згідно даного статуту, поняті брали участь при складанні протоколу про порушення, провадженні судовими слідчими обшуку, виїмки, огляду, арешту, розтині трупів та інших діях з боку судового слідчого[2]. В радянські часи відповідний кримінальний процесуальний інститут було збережено. Правова регламентація містилася в Основах кримінального судочинства СРСР та союзних республік 1924 року, а також Кримінально-процесуальних кодексах УСРР 1922 та 1927 років. Проте в радянський період кардинально змінився підхід до ролі понятих у кримінальному процесі. Він став носити переважно формальний характер. Як поняті запрошувалися випадкові люди, які погоджувалися брати участь у процесуальних діях, що мало наслідком зниження рівня забезпечення законності у кримінальних справах [3].

На сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства інститут понятих хоча і закріплений в КПК, але, на нашу думку, потребує суттєвого доопрацювання. Підтвердженням такої позиції є думки, які висловлюються в науковій літературі стосовно питання, що розглядається.

Так, Назаренко П. Г., погоджуючись із думкою Котової А. А., вважає необхідним внести доповнення до параграфу 5 «Інші учасники кримінального провадження» глави 3 КПК України статтею «Права та обов'язки понятого» [2].

Відповідно до п. 25 ст. 3 КПК України 2012 року, понятий віднесений до кола учасників кримінального провадження [1], однак на відміну від інших учасників кримінального провадження, його процесуальні права та обов'язки, вимоги до нього, як суб'єкта кримінального провадження, гарантії діяльності, процесуальна та інша

відповідальність до сьогодні не визначені, у той час як їх регламентовано в ст. 73 КПК Республіки Узбекистан, ст. 68 КПК Республіки Киргизстан, ст. 86 КПК Республіки Казахстан, ст. 64 КПК Республіки Білорусь, ст. 60 КПК Російської Федерації тощо [2].

Наразі, враховуючи досвід інших держав, серед вітчизняних і закордонних науковців та практичних працівників склалися дві основоположні думки, де, відповідно до першої позиції, поняті вичерпали своє значення та мають бути виключені з суб'єктів кримінального процесу, а, відповідно до другої позиції, поняті є важливим засобом забезпечення достовірності зібраних доказів, а тому не можуть бути видалені з кримінального судочинства, проте потребують реформування [3].

Зокрема, прихильники скасування інституту понятих вказують на те, що він є архаїзмом вітчизняного законодавства, який з'явився у той час, коли не було іншої можливості забезпечити фіксацію процедури одержання доказів. Такої думки дотримуються А. Михайлов, О.Л. Булейко та інші. Аналіз теоретичних джерел дає змогу визначити такі аргументи противників інституту понятих: 1) незацікавленість громадян в участі у здійсненні правосуддя; 2) складність процедури залучення понятих до процесуальних дій; 3) формальний підхід до вибору понятих; 4) неможливість забезпечити участь понятих у виняткових випадках; 5) розвиток науково-технічного прогресу, що дозволяє застосувати альтернативні засоби фіксації достовірності отримання доказів;
6) фактично встановлюється презумпція недовіри до правоохоронних органів, що має наслідком підрив авторитету держави; 7) можливість залучення до проведення слідчих дій інших учасників кримінального провадження (захисника, потерпілого, спеціаліста тощо); 8) наявність системи прокурорського та судового контролю за досудовим розслідуванням; 9) відсутність інституту понятих або його аналогу в країнах англосаксонської правової системи та його обмежене застосування у провідних країнах континентальної правової системи; 10) наявність стадійності процесу, що дає змогу перевіряти достовірність доказів тощо [3].

Інші вчені обґрунтовують необхідність залишення понятих в кримінальному процесі наступним: 1) вони (поняті) забезпечують процесуальні гарантії прав особи у кримінальному судочинстві; 2) виключається можливість фальсифікацій з боку працівників правоохоронних органів; 3) їх наявність має важливе дисциплінуюче

значення для слідчого та прокурора; 4) підвищується надійність достовірності отриманих доказів; 5) забезпечується участь народу у здійсненні правосуддя; 6) гарантується дотримання правильності фіксації факту, змісту та результатів процесуальних дій; 7) такий інститут є характерним для вітчизняної системи права; 8) тривала апробація часом залучення понятих у процес; 9) в ході судового розгляду понятий може стати свідком однієї зі сторін кримінального провадження тощо [3].

Михайленко О. Р. висловлював пропозицію про необхідність розширення сфери застосування інституту понятих. Він вважає, що поняті є важливим стримуючим фактором недопущення порушень законності з боку осіб, які ведуть розслідування кримінальної справи. При їх участі у слідчих діях відбувається взаємний контроль одного учасника процесу за поведінкою іншого, активна діяльність одного допомагає успішно здійснювати свої повноваження іншому. На думку автора, на сьогодні, враховуючи науково-технічний прогрес та прагнення України до гармонізації з законодавством країн Європи, така думка є неактуальною, з чим можна погодитися [3].

Існує думка щодо необхідності створення інституту понятих на постійній основі, яку висловив М. Сєлєзньов, відповідно до якої передбачається обрання понятих з урахуванням принципу імовірності по відповідним спискам за аналогією з присяжними. Зокрема, дану думку розділяє і Назаренко П. Г. [2]. Проте, як зазначає автор, враховуючи досвід складнощів із залученням народних засідателів у здійснення правосуддя, які мали місце до 2011 року, а також присяжних за новим процесуальним законодавством, практична реалізація такої ідеї є сумнівною [3].

Зокрема, Назаренко П. Г. вважає, що інститут понятих у сучасному кримінальному провадженні є однією з умов дотримання процесуальної форми під час проведення слідчих (розшукових) дій, тому вважається дієвою процесуальною гарантією законності та обґрунтованості досудового розслідування. Дана позиція ґрунтується на стереотипах масової свідомості про продажність правосуддя в сучасній Україні, які обумовлюються «закритістю», «кланівістю» правосуддя та правоохоронної діяльності в цілому [2].

Філатов Г. О. акцентує увагу на п. 7 ст. 223 КПК України, де зазначено, що «…слідчий, прокурор зобов’язанийзапросити понятого…», а саме на слові «запросити», яке наштовхує на думку, що особа може відмовитися бути понятим і ніякої відповідальності за це не нестиме. На думку науковця, відмова створює додаткові проблеми для слідчого, прокурора [4]. В. Маляренко з цього приводу стверджує, що існує

необхідність встановлення такої відповідальності [5]. У цьому контексті, Філатов Г. О. пропонує притягувати таких осіб до адміністративної відповідальності, тоді як за умови наявності у особи вагомих підстав відмовитися така відповідальність наступати не буде [4].

Погоджуємося із думкою Булейко О. Л. стосовно того, що аналіз прогалин чинного КПК України, які визначають процесуальний статус понятого, дає підстави зробити висновок про наявність значних законодавчих пробілів у нормативно-правовому регулюванні залучення понятих до кримінального судочинства. Відсутність чітко законодавчо визначених вимог до особи понятого, переліку його прав, обов'язків та відповідальності як учасника кримінального процесу, процесуального порядку участі понятого в провадженні слідчої дії, гарантій особистої безпеки та правового захисту понятого в значній мірі ускладнює правозастосовну діяльність органів досудового слідства в цій сфері. Таким чином, понятий перетворюється на стороннього спостерігача слідчої дії, який практично не має можливості (а досить часто і бажання) активно впливати на забезпечення об'єктивностірезультатів розслідування [6].

Досліджуючи дану проблематику, необхідно звернутися до міжнародного досвіду вирішення даного питання.

Перш за все, пропонуємо проаналізувати досвід держав пострадянського простору. Так, у переважній більшості вищезазначених країн зберігся радянський підхід до визначення процесуального статусу та законодавчо регламентованих завдань понятого, зокрема, це стосується КПК Республіки Узбекистан 1994 року, КПК Республіки Білорусь 1999 року, КПК Республіки Азербайджан 2000 року, КПК Російської Федерації 2001 року та інших. На думку О. Л. Булейко, це являється яскравим свідченням складності демократичних перетворень у таких державах, а також неготовності населення повністю довіряти органам досудового розслідування [6]. При цьому А. А. Котова зазначає, що найбільш прогресивними з пострадянських країн виявилися країни Прибалтики та Грузія, у кримінально-процесуальному законодавстві яких зазначається про необхідність залучення понятих лише у випадку проведення обшуку житла та інших процесуальних дій, пов'язаних із примусом [7].

Наступним пропонуємо проаналізувати кримінальне процесуальне законодавство європейських держав – представників романо-германської правової сім'ї.

У загальному слід зауважити, що в практиці європейського досудового розслідування не мала місця повна відмова від інституту понятих, яка, проте, була обмежена застосуванням даних учасників кримінального процесу лише у виняткових випадках, а також мають місце інші особливості функціонування інституту понятих у даних державах. Так, фактично у більшості європейських країн роль понятих обмежується залученням їх до обшуку житла, службових приміщень чи іншого майна [7].

Зокрема, у КПК Федеративної республіки Німеччини зазначається, що у випадку відсутності під час обшуку житла, службових приміщень чи майна на місці його проведення прокурора чи судді, постає можливість залучення за наявності можливості чиновника общини або двох членів общини, в окрузі якої провадиться обшук. До того ж, зазначається ключова умова: члени общини, яких залучають до слідчої дії в ролі понятих, не можуть бути працівниками поліції або допоміжними чиновниками прокуратури [8].

Що стосується французького кримінального процесуального законодавства, то обов'язкова участь понятих вимагається лише у випадках проведення обшуку. Так, зокрема, в ст.ст. 57 та 96 КПК Франції вказується, що обшук житла має здійснюватися за обов'язкової участі проживаючої в ньому особи, а у випадку неможливості залучення такої особи до проведення слідчої дії посадова особа судової поліції має запропонувати такій особі запросити понятого за власним розсудом. У випадку ж відсутності такої особи посадова особа судової поліції має самостійно залучити у ролі понятих двох осіб, якими не можуть бути особи, що перебувають у підпорядкуванні даної посадової особи [9].

На окрему думку заслуговує ставлення до інституту понятих у країнах англосаксонської правової сім'ї. Так, досліджуючи особливості кримінально-процесуального провадження Сполучених Штатів Америки та Англії, А. А. Котова дійшла до висновку про відсутність інституту понятих у цих державах, а також у інших державах англосаксонської правової сім'ї.

Так, наприклад, як зазначає А. А. Котова, у Сполучених Штатах Америки інституту понятих зовсім не існує, адже закон покладає на слідчого та поліцейського повну довіру за законність та об'єктивність виконання процесуальних дій [10].

Підсумовуючи, видається безсумнівним висновок, що інститут понятих вже не є актуальним в умовах сучасності.

Перш за все, поява відеофіксації надає можливість позбавитись архаїчного інституту. Єдино актуальною проблемою залишається положення про «безперервність»

відеофіксації проведення слідчої дії, яке є досить проблемним на практиці. Внесення адекватних корективів до даної норми позбавить необхідності слідчому, прокурору залучати до проведення слідчих дій понятих, а також дозволить нормально, а головне - реально фіксувати дані дії без порушень кримінально-процесуального закону.

По-друге, необхідність скасування інституту понятих викликана об'єктивними складнощами в залученні понятих до проведення слідчих дій. Як зазначали вищеназвані науковці, на практиці навіть трапляються випадки, коли через безвихідність ситуації слідчому доводиться «ловити» понятих на вулицях.

По-третє, вченими влучно зазначено, що наявність інституту понятих зумовлює наявність презумпції недовіри до органів досудового слідства. У той же час, однією з причин відсутності інституту понятих у країнах англосаксонської правової сім'ї являється довіра до правоохоронних органів.

По-четверте, необхідно враховувати досвід інших держав у становленні та розвитку інституту понятих. Зокрема, було встановлено, що для країн англосаксонської правової сім'ї даний інститут не являється притаманним, у той час як у європейських країнах – представницях романо-германської правової сім'ї поняті як суб'єкти кримінального провадження залучаються переважно тільки під час обшуку житла, службових приміщень та майна. Тому, беручи до уваги європейський курс розвитку України, на нашу думку, необхідно обмежити коло слідчих дій, до яких мають залучатись поняті.

Тому, як висновок, можемо зазначити, що в сучасних реаліях України інститут понятих має бути не скасованим, а обмеженим у застосуванні лише тими слідчими діями, які найбільше обмежують права та свободи осіб, стосовно яких проводяться такі слідчі дії.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. –Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17
2. Назаренко П.Г. Процесуальний статус понятого: деякі особливості за новим Кримінальним процесуальним кодексом України [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://eir.zntu.edu.ua/bitstream/123456789/1370/1/Nazarenko_Procedural_status_of_a_witness.pdf
3. Інститут понятих у кримінальному процесі України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/institut_ponyatih_u_kriminalnomu_protsesi_ukraini/
4. Філатов Г.О. Процесуальний статус понятого у кримінальному провадженні [Електронний ресурс]. – Режим

доступу:http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/4157/1/-%20ЗБІРНИК%20ТЕЗ%20%20ост._р171-173.pdf

5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар у 2 томах / За заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х.: Право. – 2012. – Т. І. -768 с.

6. Булейко О.Л. Участь понятих у кримінальному процесі: автореф. дис. … канд. юрид. наук / О. Л. Булейко. – К., 2009. – 19 с.

7. Котова А. А. Понятий як суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності / А. А. Котова // Адвокат. – № 2 (125). – 2011. – С. 42-45.

8. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии. – М., 1994. – 145 с.

9. Уголовно-процессуальный кодекс Франции / ред-кол.: Лунгу П. Ф., Марченко М. Н., Суханов Е. А. – М.: Юрид. колледж МГУ, 1996. – 326 с.

10. Махов В. Н., Пешков М. А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). – М., 1998. – С. 155.

УДК: 343.3

Іщук М.А.,
аспірант Університету державної фіскальної служби України

МЕТОДИ ВИЯВЛЕННЯ ТА ВИМІРЮВАННЯ ОБСЯГІВ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ

У статті розглянуті основні методи вимірювання тіньової економіки. При аналізі методів оцінки автор розкриває зміст методу, виділяє його переваги і недоліки. Робиться висновок, що використання інтегральної оцінки є цілком закономірним явищем, так як різні методи дають неоднакову оцінку тіньової економіки, як правило, прямі методи – занижену, а непрямі методи – завищену. Отримання найбільш об'єктивної оцінки тіньової економіки можливо при її комплексній оцінці з використанням різних методів в сукупності.
Ключові слова: *тіньова економіка, оцінка тіньової економіки, методика оцінки тіньової економіки.*

В статье рассмотрены основные методы измерения теневой экономики. При анализе методов оценки автор раскрывает содержание метода, выделяет его преимущества и недостатки. Делается вывод, что использование интегральной оценки является полностью закономерным явлением, так как разные методы дают неодинаковую оценку теневой экономики, как правило, прямые методы – заниженную, а косвенные методы – завышенную. Получение наиболее объективной оценки теневой экономики возможно при ее комплексной оценке с использованием различных методов в совокупности.
Ключевые слова: *теневая экономика, оценка теневой экономики, методика оценки теневой экономики.*

The article discusses the main methods of measuring the shadow economy. When analyzing evaluation methods, the author reveals the content of the method, highlights its advantages and disadvantages. It is concluded that the use of an integral assessment is a completely natural phenomenon, since different methods give unequal assessment of the shadow economy, as a rule, direct methods are understated, and indirect methods are overestimated. Obtaining the most objective assessment of the shadow economy is possible with its integrated assessment using various methods together.
Key words: *shadow economy, estimation of shadow economy, method of estimation of shadow economy.*

Постановка проблеми. Тіньова економіка в Україні досягла таких розмірів, що по праву почала займати одне з лідируючих місць за кількістю присвячених їй публікацій та різних досліджень. При цьому значна частина цих робіт присвячена проблемі вимірювання масштабів тіньової економіки, розробці методик вимірювання її рівня та розмірів заподіяної шкоди. Вибір методики та кількісна оцінка масштабів тіньової економіки є важливою не лише для виявлення існуючих проблем в економіці країни, але й, здебільшого, для проведення ефективної політики, спрямованої на боротьбу з цим явищем та мінімізацію заподіяної тіньовою економікою шкоди.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання, що стосуються методик оцінки тіньової економіки, є об'єктом уваги вітчизняних та зарубіжних науковців. Серед зарубіжних науковців дану проблему розглядали: А. Г. Агентова, П. Гутман, Т. О. Каратаєва, С. М. Ковальов, М. П. Купрещенко, Ю. В. Латов, Д. В. Марозова, С. М. Нікітін, С. В. Новик, В. В. Попов, С. О. Потокіна, Е. Фейг, Т. С. Фірсова, Н. В. Черемісіна та ін. Вагомий внесок у розробку методик оцінки тіньової економіки зробили вітчизняні науковці: В. Д. Базилевич, З. С. Варналій, Б. Є. Кваснюк, М. В. Кравченко, І. І. Мазур, О. М. Подмазко, О. В. Турчинов, О. О. Шапуров та ін. При цьому необхідно зазначити, що, не дивлячись на всі дослідження, достовірність оцінки масштабів тіньової економіки досить обмежена в силу самого характеру даного явища, що зумовлює необхідність аналізу вже існуючих методів з метою фіксації недоліків, пошуку шляхів їх подолання та вироблення нових (універсальних) методів для оцінки рівня «тіні» в економіці України.

Мета статті полягає у дослідженні існуючих методів оцінки тіньової економіки.

Виклад основного матеріалу. Аналіз робіт, присвячених даній темі, показує, що дослідники серед методів оцінки тіньової економіки традиційно виділяють дві групи: прямі методи й непрямі методи. Розглянемо їх більш детально.

Прямі методи – це методи, засновані на інформації, отриманій в ході спеціальних опитувань або спостережень за учасниками тіньової економіки (хоча б на правах споживача) [6, с. 96]. Прямі методи застосовуються для отримання кількісної характеристики окремих сфер економічних явищ, не охоплених чинною статистичною звітністю. По суті, до прямих методів належать опитування та вибіркові обстеження.

Опитування й вибіркові обстеження проводяться відповідно до існуючих в теорії статистики правил проведення таких обстежень, відмінних від суцільного спостереження, тобто визначається об'єкт обстеження, після цього –
місце і час проведення обстеження, для отримання максимально об'єктивних даних.

Ми згодні з М.П. Купрещенко, що опитування населення широко використовуються, наприклад, в рахунках ринкових послуг, які надаються індивідуальними виробниками. Наприклад, на підставі опитувань фахівців і населення можна визначити середню вартість оплати одного відвідування у приватно практикуючого лікаря. Цим же методом можна скористатися для виявлення розмірів оплати послуг лікарів, які працюють у медичних установах. На підставі вибіркових

опитувань населення також визначається ряд величин, необхідних у подальшому для проведення тих чи інших розрахунків (наприклад, в індивідуальному будівництві) [2, с. 179].

Прямі методи можуть дати досить точні дані щодо обсягу продажів на речових, змішаних та продовольчих ринках, окремих платних послуг, що надаються населенню фізичними особами (наприклад, як ми вже зазначили, послуг лікарів, які працюють у медичних установах, або ритуальних, рієлтерських послуг і т.п.).

Прийнято вважати, що прямі методи дають досить надійні результати. Але в даному випадку ми хочемо зробити уточнення, що прямі методи дають точні результати в разі правильного вибору респондента. Наприклад, опитування працівника торгівлі стосовно обсягу проданого товару не дасть точного й достовірного результату, оскільки продавці схильні применшувати обсяги своєї виручки в силу цілком зрозумілих психологічних причин. У даному випадку необхідно проводити опитування покупців пропонованих торговцем товарів чи послуг.

Таким чином, основними недоліками використання прямих методів є як сам процес збору даних, так і навмисне спотворення інформації, отриманої під час опитувань. Хотілося б відзначити, що прямі методи можуть застосовуватися для кількісної характеристики окремих сфер економічних явищ, неохоплених діючою статистичною звітністю, разом із тим їх не можна використовувати для отримання інформації про нелегальні послуги і товари (проституцію, наркоторгівлю і т.п.).

Одним із прямих методів є метод за показником зайнятості (італійський метод). Даний метод використовується для дослідження витрат робочої сили. Ми схиляємося до того (хоча існують й інші думки), що даний метод є прямим, оскільки первинні дані отримуються в результаті дослідження домашніх господарств на підставі випадкової вибірки. Питання, які при цьому задаються, стосуються кількості годин, відпрацьованих опитуваними в тій чи іншій галузі. Перевага такого підходу полягає в тому, що людям, яких не питають про доходи, немає сенсу приховувати чи спотворювати інформацію про робочий час. Крім того, універсальність даного методу полягає в тому, що в добі завжди 1440 хвилин. Потім інформація перераховується в середньо відпрацьовані людино-дні (трудодні). Серед плюсів даного методу можна виділити те, що його можна використовувати на підприємствах з метою визначення нормального виробітку в тій чи іншій галузі. Серед мінусів – необхідність присутності в країні низької мобільності

робочої сили. Наступний блок методів оцінки рівня тіньової економіки становлять непрямі методи. До них відносяться: монетарні методи, методи розбіжності та ресурсний метод. На відміну від прямих методів, непрямі ґрунтуються, переважно, на аналізі зведених макроекономічних показників офіційної статистики та органів державної влади, через що багато вчених називають їх макрометодами.

Монетарні методи. Дані методи ґрунтуються на припущенні, що в нормальних економічних умовах за низької інфляції та незмінної швидкості обігу грошей динаміка виробництва ВВП повинна збігатися з динамікою приросту грошової маси. Якщо ж гроші в оборот випускаються, інфляція перебуває під контролем, а зареєстрований ВВП залишається незмінним (не зростає), можна припустити, що існує ще й не зареєстрований ВВП. Зазначена залежність монетарних методів обумовлює те, що вони можуть бути застосовані лише за наявності повного розвитку грошових відносин у країні. Крім цього, монетарні методи ґрунтуються на наступних припущеннях:

– нелегальні угоди, в основному, проводяться за допомогою готівки;

– швидкість обігу грошей в офіційній і тіньовій економіці приблизно однакова;

– питома вага готівки коливається як у результаті зміни доходів, податків, процентних ставок, так і в результаті функціонування тіньової економіки. Вона виступає в якості неврахованого фактора [5, с. 90-91];

– в країні було зафіксовано період з нульовим або мізерно малим рівнем тіньової економіки;

– в різні періоди співвідношення між кількістю банкнот у населення, з одного боку, і загальними вкладеннями населення в банки – з іншого, залишається постійним.

Існує безліч варіантів конкретного використання даної ідеї. Можна назвати такі методи цього типу, як аналіз обсягу грошових операцій, аналіз попиту на готівку, метод Гутмана, метод Фейга та ін. Загальним для монетарних методів є те, що на їх основі тіньова економічна діяльність характеризується єдиним узагальнюючим показником. Також загальним для всіх монетарних методів є побудова рівняння регресії, де в якості залежного фактора виступає частка готівки в сукупній грошовій масі (У), а в якості незалежних змінних:

– Х1 – податки в розрахунку на душу населення;

– Х2 – грошові доходи на душу населення;

– Х3 – процентні ставки за кредитами в іноземній валюті;

– X4 – процентні ставки за депозитами в іноземній валюті;

– X5 – процентні ставки за всіма видами кредитів;

– X6 – процентні ставки за всіма видами депозитів;

– X7 – процентні ставки за номінальними кредитами у власній валюті;

– X8 – процентні ставки за номінальними депозитами у власній валюті.

В якості вихідної інформації виступають помісячні дані за 2-3 роки, взяті з банківських даних.

Оскільки тіньова економічна діяльність виступає в якості неврахованого фактора, то її частка у зміні питомої ваги готівки визначається за формулою:

$$1 – R^2, \quad (1.1.)$$

де: R – коефіцієнт детермінації, що показує, яка частка варіації залежної ознаки обумовлена варіацією незалежних змінних, що входять до моделі.

Одним із недоліків монетарних методів є те, що вони дозволяють визначити лише відносні розміри тіньової економіки, при цьому встановити її абсолютний розмір неможливо, оскільки: по-перше, важко визначити базовий період часу, протягом якого співвідношення готівки і вкладень було «нормальним», тобто фактично той час, коли тіньової економіки не існувало; по-друге, навіть за умовного визначення подібного базового періоду інформація про стан ринкової економіки з будь-якою іншою економікою (перехідною, командною) не є порівнянною.

Монетарний метод досить широко застосовувався для розрахунку параметрів тіньової економіки в розвинених країнах (Австралія, Канада, США та ін.) з досить тривалими періодами стабільного розвитку економік. Відзначимо, що монетарний метод також намагалися використовувати в країнах з перехідною економікою, але вони не дали прийнятних результатів, оскільки для перехідної економіки характерні фактори, які складно враховувати при побудові моделей: приватизація, висока інфляція, різкий розвиток фондового ринку і т.д. Міжнародні організації не рекомендують використовувати монетарні методи в країнах з перехідною економікою. Тому такого роду розрахунки, здійснені фахівцями в даних країнах, можуть розглядатися як експериментальні, що відображають певні тенденції в еволюції тіньової економіки. Незважаючи на дане попередження, монетарний метод, поряд з іншими, використовується і в Україні. При цьому, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України виходить у своїх розрахунках із того, що рівень тіньової економіки у базовому

1991 році був нульовим. Проте існують дослідження, якими доведено, що наприкінці періоду існування Радянського Союзу масштаби тіньової діяльності складали від 90 до 500 млрд. руб.[5]. На думку О. Осипенко, у другій половині 80 років у тіньовому секторі було зайнято 40 – 50 млн. чол. або не менше 30 % працюючих [4, с. 46]. Тобто, рівень тіньової економіки в УРСР ніяк не міг становити 0 %. Незважаючи на це, слід наголосити, що монетарний метод в Україні застосовується в сукупності з іншими методами, тому його використання є виправданим.

Методи розбіжності. На відміну від монетарних методів, методи розбіжності ґрунтуються на зіставленні двох і більше показників, що характеризують одне й те ж економічне явище, проте побудованих або на незалежних одне від одного джерелах інформації, або при побудові цих показників використовувалися альтернативні методики.

До методів, заснованих на розбіжності показників, відносяться:

а) порівняння доходів, виміряних різними способами. Проводиться порівняння доходів, розрахованих різними способами з різних джерел. Потім здійснюється порівняння отриманої інформації і робиться висновок про масштаби приховуваних доходів;

б) порівняння зареєстрованих доходів та витрат. Здійснюється порівняння даних про доходи та витрати, отриманих з різних джерел. Величина перевищення витрат над доходами і є величиною прихованих доходів. Як правило, даний підхід використовується для оцінки прихованої оплати праці;

в) порівняння індексів взаємопов’язаних показників. Даний підхід досить часто використовується у статистичній практиці проведення рахунків. Зміст його полягає в наступному. Спочатку визначають коло показників, пов’язаних з дораховуваним, для чого рекомендується розрахувати парні коефіцієнти кореляції (це можна зробити на підставі інформації минулих обстежень), а потім вибрати показник, який має найбільший зв’язок (значення парного коефіцієнта перевищує 0,8) з дораховуваним. Розмір неврахованого обсягу встановлюється, виходячи з невідповідності змін дораховуваного показника та пов’язаного з ним. Точність результатів, отриманих таким способом, повністю залежить від: вибору показника, що корелює з дораховуваним; ступеня такої кореляції (в ідеалі вона наближається до 1); вивірення та встановлення точної величини

[5] До порівняння: валовий внутрішній продукт СРСР в 1990 році дорівнював 1000 млрд. руб. в цінах 1990 року

поправочного коефіцієнта. При виконанні зазначених вимог, даний спосіб дає цілком надійні результати;

г) альтернативні оцінки макроекономічних показників. Оцінка масштабів тіньової економіки ґрунтується на застосуванні непрямих даних та експертних оцінках. Дорахування здійснюється за тими показниками, за якими передбачається найбільш сильний вплив тіньової діяльності: дорахунок до повного кола даних по малих підприємствах, по товарообігу, індивідуальному будівництву, ринковим послугам, що надаються індивідуальними виробниками та ін.;

д) оцінка товарних потоків. Дана оцінка є одним із поширених способів отримання інтегрального показника системи національного рахівництва. Вона полягає у простежуванні шляху товарів і послуг від виробника до користувача й зіставленні даних про ресурси товарів і послуг та використанні на проміжне споживання, кінцеве споживання, валове нагромадження та експорт, отриманих на основі незалежних оцінок, заснованих на різних джерелах інформації [2, с. 181].

Ресурсний метод. Суть даного методу полягає в тому, щоб на підставі даних про використання матеріальних ресурсів на одну одиницю виробленої продукції (робіт) і загальної величини матеріальних ресурсів, які підлягають використанню, визначити можливий обсяг виробництва продукції (робіт) на основі припущення про те, що всі витрачені ресурси витрачені на виробництво (роботу).

Загальний порядок розрахунку за допомогою даного методу:

Вибирається еквівалентний матеріал, на основі якого будуть проводитися подальші розрахунки. Існують наступні рекомендації до вибору:

1) обирається традиційно використовуваний матеріал;

2) при здійсненні дораховуваного виду робіт або виробництва продукції даний матеріал не може бути замінений іншим;

3) необхідна наявність наступних відомостей про нього:

– запаси на початок і кінець періоду;

– поставка матеріалу на дану територію;

– питома вага матеріалу, що спрямовується на здійснення даного виду робіт (виробництва продукції);

– витрата обраного матеріалу на 1 одиницю дораховуваних робіт або виробництва продукції (визначається на основі існуючих нормативів і стандартів) [1, с. 65].

Загальний обсяг обраного в якості еквівалента матеріалу, що підлягає використанню на даній території, визначається за наступною формулою:

$$V_{заг} = З_н + П – З_к, (1.2.)$$

де, $V_{заг}$ – обсяг матеріалу, що підлягає використанню на даній території;

$З_п$, $З_к$ – залишки матеріалу на початок і кінець періоду;

П – поставка матеріалу на дану територію.

Визначається можливий обсяг виробництва на даній території:

$$О_{можл} = V_{заг} \times А/В, (1.3.)$$

де:

А – питома вага матеріалу, що спрямовується на виробництво розрахункового виду продукції (робіт);

В – витрата матеріалу на 1 одиницю розрахункової продукції (робіт).

Тоді обсяг прихованого виробництва складе:

$$V_{прих} = О_{можл} \times К – О_{звітн}, (1.4.)$$

где, $О_{можл}$ – можливий обсяг виробництва;

$О_{звітн}$ – обсяг виробництва за даними статистичної звітності;

К – нормативний коефіцієнт, що відображає втрати матеріалу в процесі виробництва.

Даний метод найчастіше використовують при дорахунку обсягу будівельно-монтажних робіт неврахованого кола підприємств та організацій на основі даних про використання цементу на певній території. При цьому одним із основних недоліків методу є не розроблений підхід до врахування втрат на виробництві, що спотворює результати дорахунку.

Отже, на сьогодні не існує єдиної методики кількісної оцінки параметрів тіньової економіки, про що свідчить наявність різноманіття застосовуваних методів. З огляду на даний факт кожна країна сама вирішує, на основі яких методів здійснювати розрахунок

обсягу тіньової економіки. Наприклад, в Україні згідно Методичних рекомендацій розрахунку рівня тіньової економіки, затверджених Наказом Міністерства економіки України від 18.02.2009 р. № 123 [3], для визначення обсягів тіньової економіки в умовах наявної статистичної бази існують наступні методи: «витрати населення – роздрібний товарооборот», фінансовий, монетарний, електричний, збитковості підприємств. Крім того, на основі цих методів здійснюється інтегральна оцінка рівня тіньової економіки. Використання інтегральної оцінки є цілком закономірним явищем, оскільки різні методи дають неоднакову оцінку тіньової економіки, як правило, прямі методи – занижену, а непрямі методи – завищену. Отримання найбільш об'єктивної оцінки тіньової економіки можливе при її комплексній оцінці з використанням різних методів.

Підсумовуючи можна зазначити, що: по-перше, оскільки при дослідженні тіньової економіки ставиться завдання вимірювання її загального обсягу, то сфера удосконалення старих методик і пошуку нових повинна перебувати в групі непрямих методів, які дозволяють розрахувати рівень тіньової економіки єдиним показником, спираючись на виявлення й аналіз макроекономічних пропорцій офіційного сектора; по-друге, найбільш перспективними при проведенні подальших досліджень є монетарні методи. Оскільки існуючі способи вимірювання в рамках даної групи методів мають ряд недоліків, необхідно вдосконалити нині діючі Методичні рекомендації розрахунку рівня тіньової економіки. Реалізація даного підходу дозволить у майбутньому здійснювати більш адекватну й точну оцінку досліджуваного явища.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Агентова Г. В. Статистическая оценка ненаблюдаемой экономической деятельности. *Вестник Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова*, 2016. № 1 (85). С. 59 – 69.
2. Купрещенко Н. П. Противодействие теневой экономике в системе обеспечения экономической безопасности России (теоретико-методологический подход): дисс. ... докт. экон. наук: 08.00.05. Москва, 2008. 358 с.
3. Методичні рекомендації розрахунку рівня тіньової економіки, затверджені Наказом Міністерства економіки України від 18.02.2009 р. № 123. Дата оновлення: 18.02.2009. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0123665-09 (дата звернення: 01.07.2019)
4. Осипенко О. «Теневая экономика»: попытка политико-экономического анализа. *Экономические науки*, 1989. № 8. С. 45 – 53.
5. Фирсова Т. С. Нейтрализация воздействия теневой экономики на хозяйственную деятельность региона: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.05. Москва, 2005. 178 с.
6. Черемисина Н. В. Методы статистической оценки теневой экономики. *Вестник Томского государственного университета*, 2006. Выпуск 3 (43). С. 96 – 103.

Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

УДК 343.1

Свергун О.І.,
студент 1 курсу магістратури
Слідчо-криміналістичного інституту
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ДОВЕДЕННЯ ВИНИ ПОЗА РОЗУМНИМ СУМНІВОМ

Стаття присвячена питанню доведення вини поза розумним сумнівом, у ній аналізується практика міжнародних та національних судових інстанцій інших держав з даного питання, та пропонуються варіанти вдосконалення вітчизняного законодавства у розумінні конструкції доведення вини поза розумним сумнівом.
Ключові солова: *Розумний сумнів, стандарт доказування, суд, вина.*

Статья посвящена вопросу доказательства вины вне разумного сомнения, в ней анализируется практика международных и национальных судебных инстанций других государств по данному вопросу, и предлагаются варианты совершенствования отечественного законодательства в понимании конструкции доказательства вины вне разумного сомнения.
Ключевые слова: *Разумное сомнение, стандарт доказывания, суд, вина.*

The article deals with an issue of proof of guilt beyond a reasonable doubt, international and national court's practice on this issue are analyzed, and variants of domestic legislation's improvement in understanding proof of guilt beyond a reasonable doubt are proposed.
Key words: *reasonable doubt, standard of proof, court, guilt*

Постановка проблеми. Україна вибрала чітку стратегію інтеграційного розвитку, що передбачає, зокрема, впровадження міжнародних стандартів судочинства у правову систему України та гармонізацію з законодавством Європейського союзу. Одним із таких кроків було закріплення законодавцем у Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 р. (далі - КПК України) положення про необхідність винесення обвинувального рішення лише за наявності доведеності вини особи поза розумним сумнівом[3]. Цим самим нормотворець дещо розширив зміст ст. 62 Конституції України, яка говорить, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду[2]. Однак, зміст та значення цієї конструкції, жодним чином не роз'яснено ні в КПК України, ні в інших нормативно-правових актах.

Аналіз публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми. Питанню доведення вини поза розумним сумнівом вже приділяли увагу ряд вітчизняних вчених, наприклад: А.М. Безносюк, Л.М. Білецька, Н.В. Глинська, В.С. Зеленський, В.В. Комаров, П.В. Прилуцький, Х.Р. Слюсарчук, А.С. Степаненко, І.А. Тітко, В.Д. Тітов, М.Є. Шумило та інші.

Мета статті полягає у аналізі іноземної практики застосування стандарту доведення вини поза розумним сумнівом і пошук можливості його реалізації в Українському законодавстві.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи національну практику інших держав, хочу зазначити, що термін «поза розумним сумнівом» є складовою більш ширшого за об'ємом поняття – «стандарт доказування».

А.М. Безносюк досліджуючи даний стандарт зазначає, що пошук ідеального та юридично коректного визначення стандарту доказування «поза розумним сумнівом» є марним. Це зумовлено тим, що: по-перше, це поняття є оціночним, а тому складне для визначення; по-друге, наявність такого визначення у законі не гарантуватиме його правильне застосування; по-третє, емпіричні спостереження не демонструють потреби його визначення; по-четверте, відсутність законодавчого визначення стандарту допускає можливість його розвитку разом зі стандартами суспільства, що змінюються[1,с.23-28].

Але все ж таки, щоб глибше зрозуміти дане юридичне поняття, вважаємо за потрібне звернутися до світового досвіду. Найбільшої уваги цьому питанню присвятили практики та теоретики США. Такий інтерес викликаний тим, що американські судді ставлять на меті забезпечення використання такого юридичного поняття, як доказування поза розумним сумнівом присяжних, тобто людьми, які не мають юридичної освіти. Тому суди багатьох штатів розробили інструкції з визначенням технічних термінів, викладом правил судового доказування та інших важливих настанов присяжним щодо їхніх обов'язків і порядку судового розгляду.

Наприклад, у справі Кайдж проти Луїзіани присяжні керувалися інструкцією штату, яка визначала, що під «розумним сумнівом» слід вважати такий сумнів, що викликає глибоку невпевненість... Це – фактичний істотний сумнів... Те, що потрібно (від присяжних), є не абсолютна або математична впевненість, а моральна впевненість. У результаті розгляду справи обвинувачений був засуджений до смертної кари. Після того, як Верховний суд Луїзіани підтвердив рішення, Кейдж подав апеляцію до Верховного суду

США, посилаючись на конституційні підстави. Його апеляція базувалась на тому, що інструкція присяжним, котра використовувалася при розгляді його справи, припускала більш високий ступінь сумніву, ніж було потрібно для виправдання в стандарті розумного сумніву. Верховний суд погодився з Кейджем, вказавши, що «розумний присяжний міг інтерпретувати інструкцію таким чином, що вона дозволяє знайти вину, засновану на ступені доказу нижче того ступеня, який вимагається»[8, с. 94–96].

Також у справі Віктор проти Небраски присяжні керувалися інструкцією, яка визначала що «розумний сумнів – це такий сумнів, що не дозволить вам після повного, справедливого і неупередженого розгляду всього доказу зберігати переконання і моральну впевненість у винуватості обвинуваченого... Ви можете бути переконані в істині факту поза розумним сумнівом і все ж таки цілком усвідомлювати, що, можливо, ви помиляєтеся. Ви можете вважати обвинуваченого винуватим на підставі високого ступеня ймовірності того, що сталося, якщо такі ймовірності досить сильні, щоб виключити будь-який розумний сумнів у його вині. Розумний сумнів – фактичний та істотний сумнів». В апеляції захисники наголошували, що ототожнення розумного сумніву з істотним сумнівом завищило ступінь сумніву, необхідний для виправдання. Як і в справі Кейджа, Віктор також засумнівався в критерії моральної впевненості, що пропонувався в інструкції суду в штаті Небраска.

Верховний суд підтримав доводи захисту, водночас визнавши, що інструкції присяжним у Небрасці в цілому не порушили належний процес, та застеріг, що фрази типу «моральна впевненість» або «істотний сумнів», незважаючи на цілком конституційне звучання, не вільні від невизначеності. Проте суд обмежився найбільш загальною рекомендацією: «Взяті в цілому, інструкції мають правильно передавати поняття розумного сумніву».

Отже, фактично Верховний суд США в процесі розвитку відмовився від офіційного тлумачення стандарту доказування «поза розумним сумнівом».

Для аналізу Європейської практики застосування стандарту доказування «поза розумним сумнівом» слід звернутися до рішень Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). У своїх рішеннях ЄСПЛ виходить з того, що доведення «поза розумним сумнівом» відображає максимальний стандарт, що має відношення до питань, що вирішуються, при визначенні кримінальної відповідальності. Зокрема у п. 43 Рішення від 14 лютого 2008 р. у справі «Кобець проти України» суд зазначає, що ніхто не повинен

позбавлятися волі або піддаватися іншому покаранню за рішенням суду, якщо вина такої особи не доведена «поза розумним сумнівом». Таке доведення має випливати із сукупності ознак чи неспростовних презумцій, достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою. Більш того, поза розумним сумнівом має бути доведений кожний з елементів, які є важливими для правової кваліфікації діяння: як таких, що утворюють об'єктивні ознаки діяння, так і тих, що визначають його суб'єктивні ознаки[5].

А.С. Степаненко зазначає, що прийнятий ЄСПЛ високий стандарт доказування протягом декількох років піддається інтенсивній критиці з боку самих суддів[7,с.49]. Він зазначає що, вісім з сімнадцяти суддів Великої палати при розгляді справи Лабіта проти Італії вказали в своїй особливій думці, серед іншого, на наступне: «Більшість суддів вважають, що заявник не довів «поза розумних сумнівів» те, що він піддавався поганому поводженню у в'язниці Піаноза. У той час як ми згодні з більшістю в тому, що матеріали подані заявником є доказами, що мають ймовірний характер, ми, тим не менш, враховуємо можливі труднощі ув'язненого, який піддавався поганому поводженню з боку охоронців, і потенційний ризик, пов'язаний з оприлюдненням такого звернення. Відповідно, ми вважаємо, що стандарт, використаний при оцінці доказів у даній справі, є неадекватним, можливо, нелогічним і навіть не чинним, оскільки у зв'язку з відсутністю ефективного розслідування, заявник не мав можливості отримати докази, а влада навіть не змогли встановити наглядачів, відповідальних за встановлені випадки поганого поводження. Держави тепер можуть сподіватися на те, що Суд, у справах подібних цьому, не стане розглядати заяви про погане поводження у зв'язку з недостатністю доказів. Держави будуть зацікавлені в тому щоб непроводити розслідування таких заяв, позбавляючи, таким чином, заявників, доказів «поза розумним сумнівом»[6].

Також, Верховний Суд у справі № 712/13361/15 від 12.06.2018 висловив свою думку. Він розглянув касаційну скаргу захисту і задовольнив її, зазначивши, що при вирішенні справи суди першої та другої інстанцій при призначення обвинувального вироку не виходили з принципу доведеності вини поза розумним сумнівом чим порушили ч.2 ст. 17 КПК. Крім того, зазначалося, що суд першої інстанції не врахував того, що поза розумним сумнівом має бути доведений кожний з елементів, які є важливими для правової кваліфікації діяння: як таких, що утворюють об'єктивні ознаки діяння, так і тих, що визначають його суб'єктивні ознаки. Це питання має бути вирішено на підставі безстороннього та неупередженого аналізу наданих сторонами обвинувачення і захисту

допустимих доказів, які свідчать за чи проти тієї або іншої версії подій [4]. Нажаль, чіткої відповіді, що ж розуміти під «розумним сумнівом» Верховний Суд не надав.

Висновки та пропозиції. Отже, насамкінець слід зазначити на тому, що для законодавства України стандарт доведення вини поза розумним сумнівом є новим і практика його застосування ще не сформована. Але проаналізувавши світовий досвід, слід зазначити про необхідність формування єдиного підходу до розуміння сутності стандарту доказування «поза розумним сумнівом», який, на нашу думку, доцільно закріпити в постанові Пленуму Верховного Суду, або листах Верховного Суду. Оскільки, закріпити його на законодавчому рівні майже неможливо, враховуючи багатогранність та оціночність цього поняття.

Список використаних джерел:

1. Безносюк А. М. Доведеність поза розумним сумнівом та достовірність як стандарти доказування у кримінальному процесі України / А. М. Безносюк. *Судова апеляція*. 2014. № 3. С. 23-28.
2. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відом. Верховної Ради України*. 1996. № 30.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : прийнятий 13 квітня 2012 року № 4651-VI URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17
4. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 4 липня 2018 року у справі № 688/788/15-к, провадження № 51-597км17, ЄДРСРУ № 75286445
5. Справа «Кобець проти України» Страсбург, 14 лютого 2008 року: URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_320
6. Справа «Лабіта проти Італії» Страсбург, 6 квітня 2000 року: URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_009
7. Степаненко А.С. Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» в кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук / А.С. Степаненко. Одеса, 2017. 234 с.

Титов В. Д. «Докази, що не підлягають розумному сумніву» в судах присяжних США / В. Д. Титов. *Вісник Академії Правових наук*. 2005. № 2.

СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 343.162:331.108.43(477)

Рядінська В.О.,
Начальник лабораторії правового
та організаційного забезпечення діяльності
Міністерства Державного науково-дослідного інституту МВС України,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
Україна, м. Київ,
corbazol@ukr.net, 0505971115
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2210-5933

Riadinska Valeria,
Doctor of Law, senior researcher,
State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

Карпушова О.В.,
суддя Київського апеляційного адміністративного суду,
кандидат юридичних наук,
Україна, м. Київ,
Alyonasonce95@gmail.com, 050495562
ORCID 0000-0003-4953-5498
Karpushova Olena,
Judge of the Kyiv Administrative Court of Appeals, Ph.D in Law

КВАЛІФІКАЦІЙНЕ ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ ТА ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

В статті проведено аналіз правової природи інституту оцінювання суддів. Вивчено міжнародно-правові акти органів Ради Європи, які містять ключові орієнтири для регламентування процедури формального оцінювання суддів на національному рівні. Наведена загальна характеристика кваліфікаційного та регулярного оцінювання суддів в Україні відповідно до діючого законодавства. Автором обґрунтовується позиція, згідно з якою звільнення судді з займаної посади не повинно бути результатом процедури кваліфікаційного оцінювання судді, оскільки являється видом дисциплінарних санкцій та може бути застосованою виключно за результатами дисциплінарного провадження.

***Ключові слова**: судова реформа, якість правосуддя, кваліфікаційна атестація суддів, дисциплінарна відповідальність.*

QUALIFICATION OF JUDGES AND DISCIPLINARY RESPONSIBILITY

Ensuring effective and high-quality justice is a priority task of any law-governed state, which recognizes the protection of the rights and legitimate interests of man and citizen with the highest social value.

The urgency of the study is due to the fact that the current state of justice in Ukraine, unfortunately, is characterized by a decrease in the general level of public trust in the court, corruption in the judiciary, violations of the principle of judicial independence and other, including subjective, social and political factors. Thus, in order to restore public confidence in the judiciary of Ukraine and ensure the principle of the independence of the judiciary, a judicial reform was introduced in 2015.

An analysis of the current domestic legislation on the judicial system has provided grounds for the usual conclusions that their provisions are aimed at ensuring the priority needs of Ukraine in a qualified and professional judicial corps by introducing a new procedure for selecting candidates for a judicial position based on enhanced qualification requirements for them (judge qualification assessment). It was established that within the framework of the implementation of judicial reform, the legal principles of the High Qualifications Commission of Judges were dramatically improved, the task of which was to ensure the maximum objective and transparent for the society of the qualification evaluation process for judges.

Thus, the purpose of this article was to study some of the theoretical aspects of the process (procedure) of a judge's qualification assessment under the legislation of Ukraine for compliance with the fundamental principle of the independence of the judiciary, including international standards, as a necessary condition for judicial reform

The article analyzes the legal nature of the judges' assessment institution. The international legal acts of the Council of Europe bodies, which contain key benchmarks for regulating the procedure for the formal assessment of judges at the national level, are studied. The general characteristic of qualification and regular evaluation of judges in Ukraine in accordance with the current legislation is given. The author substantiates the position according to which the dismissal of a judge from a position should not be the result of a judge's qualification assessment, as it is a form of disciplinary sanctions and can be applied solely on the basis of disciplinary proceedings.

Key words: *judicial reform, quality of justice, qualification attestation of judges, disciplinary responsibility.*

КВАЛИФИКАЦИОННОЕ ОЦЕНИВАНИЕ СУДЕЙ И ДИСЦИПЛИНАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

В статье проведен анализ правовой природы института оценки судей. Изучено международно-правовые акты органов Совета Европы, которые содержат ключевые ориентиры для регламентирования процедуры формального оценивания судей на национальном уровне. Приведена общая характеристика квалификационного и регулярного оценивания судей в Украине в соответствии с действующим законодательством. Автором обосновывается позиция, согласно которой освобождении судьи от занимаемой должности не должно быть результатом процедуры квалификационного оценки судьи, поскольку является видом дисциплинарных санкций и может быть применена исключительно по результатам дисциплинарного производства.

Ключевые слова: *судебная реформа, качество правосудия, квалификационная аттестация судей, дисциплинарная ответственность.*

Постановка проблеми. Згідно з практичним досвідом Комітету Організації Об’єднаних Націй (ООН) та Європейського Суду з прав людини, незалежність суду або трибуналу, відповідно до права на справедливий судовий розгляд, забезпечується процедурою призначення суддів та їх кар’єрного просування. Так, здійснюючи тлумачення норм права, які регулюють право на справедливий судовий розгляд, та застосовуючи цю норму на практиці, Європейський Суд з прав людини у справі Кемпбел і Фелл проти Сполученого Королівства рішенням від 28.06.1984 постановив, що при оцінюванні незалежності судових органів, особливо від виконавчої влади та від сторін у справі, Суд зобов’язаний враховувати: а) спосіб призначення його членів та строк їх

повноважень, б) наявність гарантій захисту від тиску та зовнішніх атрибутів незалежності.

Аналогічна позиція щодо процесу оцінювання судових органів була висловлена Комітетом ООН з прав людини у Зауваженні загального порядку № 32 щодо права на справедливий судовий розгляд. З положень Зауважень вбачається вказівка на те, що вимоги "незалежності" відносяться до: 1) порядку (процедури) та умов призначення суддів; 2) гарантій незмінюваності судді; 3) процедур, які регулюють просування по службі, переведення до іншого суду, зупинення та припинення діяльності судді [1].

Європейський Суд з прав людини також постановив, що під поняттям "неупереджений суд", за змістом статті 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, слід розуміти наявність достатньо завірених гарантій, які не залишають правомірних об'єктивних сумнівів щодо неупередженості судді, з тим щоб суди вселяли довіру як обвинуваченому, так і громадськості.

Таким чином, резюмуючи варто відмітити, що наявність гарантій справедливої процедури призначення та кар'єрного просування судді сприяє незалежності та неупередженості суддів.

Положеннями Закону України "Про забезпечення права на справедливий суд" № 192-VIII від 12 лютого 2015 року [2], Закону України "Про судоустрій і статус суддів" № 1402-VIII від 2 червня 2016 року [3] та Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схваленої Указом Президента України № 276/2015 від 20 травня 2015 року [4], забезпечено першочергову потребу України в кваліфікованому та професійному судовому корпусі шляхом впровадження нової процедури відбору кандидатів на посаду судді на підставі посилених кваліфікаційних вимог для них. При цьому встановлено, що в межах реалізації судової реформи також кардинально вдосконалено правові засади діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів, завданням якої визначено забезпечення максимально об'єктивного та транспарентного для суспільства процесу кваліфікаційного оцінювання суддів.

Як вбачається з вітчизняної наукової літератури, кваліфікаційна атестація – це процедура оцінки (оцінювання) професійного рівня посадових осіб, направлена на визначення рівня придатності та підготовленості посадових осіб до виконання роботи; отримання характеристики їх професійних знань та ділових якостей. Крім того, метою

атестації також є підтримка кваліфікації посадової особи на належному рівні, що є невід'ємним елементом професійної кар'єри [5, с. 39].

Разом з тим, аналіз нормативних положень діючого вітчизняного законодавства про судоустрій дає підстави для пересічних висновків, що законодавець значно розширив науковий підхід до тлумачення поняття 'кваліфікаційна атестація" та запровадив новий інститут оцінювання суддів, правова природа якого, на нашу думку, не в повній мірі відповідає міжнародним принципам незалежності судової влади, виходячи з наступного.

Законом України "Про судоустрій та статус суддів" № 1402-VIII від 02 червня 2016 року (далі – Закон) передбачено два види оцінювання суддів:

1) кваліфікаційне оцінювання суддів, що проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді.

2) регулярне оцінювання суддів упродовж перебування на посаді, що проводиться викладачами (тренерами) Національної школи суддів з метою виявлення індивідуальних потреб судді щодо вдосконалення, стимулювання його до підтримання кваліфікації на належному рівні та професійного зростання [3].

Відповідно до ст. 83 Закону підставами для призначення кваліфікаційного оцінювання є: 1) заява судді (кандидата на посаду судді) про проведення кваліфікаційного оцінювання, у тому числі для участі у конкурсі; 2) рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про призначення кваліфікаційного оцінювання судді у випадках, визначених законом. Кваліфікаційне оцінювання здійснюється за визначеними законом критеріями: 1) компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо); 2) професійна етика; 3) доброчесність та передбачає два основні етапи: 1) складення іспиту; 2) дослідження досьє та проведення співбесіди.

Статтею 88 Закону встановлено, що за результатами проведеного кваліфікаційного оцінювання Вища кваліфікаційна комісія суддів України ухвалює мотивоване рішення про підтвердження або непідтвердження здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді.

Щодо регулярного оцінювання суддів упродовж перебування на посаді, то статтею 90 Закону регламентовано, що за результатами кожного тренінгу під час підготовки судді викладач (тренер) заповнює щодо судді анкету оцінювання, яка містить: 1) оцінку оволодіння суддею знаннями, вміннями, навичками; акуратності і своєчасності виконання

завдань; аналітичних здібностей, спроможності оцінювати інформацію; вміння взаємодіяти з колегами (спроможності вести переговори, працювати в команді, працювати під тиском тощо); комунікаційних навичок (навичок складення документів, усного мовлення тощо); сильних сторін судді; 2) рекомендації судді щодо напрямів самовдосконалення або проходження додаткового навчання. Крім викладачів (тренерів) Національної школи суддів, регулярне оцінювання суддів може проводитися: а) іншими суддями відповідного суду шляхом анкетування; б) самим суддею шляхом заповнення анкети самооцінки; в) громадськими об'єднаннями шляхом незалежного оцінювання роботи судді в судових засіданнях. Анкети оцінювання роботи судді за результатами кожного тренінгу включаються до суддівського досьє та можуть враховуватися під час розгляду питання про проведення конкурсу на зайняття посади у відповідному суді [3].

При цьому, варто відмітити, що норми Закону, які регламентують інститут оцінювання суддів мають загальний характер, оскільки порядок та методологія проведення такого оцінювання затверджуються нормативно-правовими актами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, зокрема Положенням про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення [6].

В попередніх наших дослідженнях, спираючись на аналіз міжнародних стандартів, було доведено, що інститут оцінювання суддів, регламентований проаналізованими нормами Закону, з одного боку відповідає міжнародним стандартам та є "публічною процедурою кваліфікаційного оцінювання суддів, що забезпечує якість правосуддя в державі та, як наслідок відповідає принципу незалежності судової влади", а з іншого боку не позбавлений недоліків, в тому числі в частині визначення критеріїв такого оцінювання та прозорості процедури загалом. Зазначені недоліки сучасної судової реформи в Україні, на нашу думку, вплинули і на збільшення показників кількості суддів України, які не пройшли кваліфікаційне оцінювання та були звільненні з займаної посади.

Так, як вбачається з наукової літератури, найбільш дискусійним питанням, пов'язаним з оцінюванням суддів в Україні, є питання щодо необхідності проведення повної перепідготовки суддівського корпусу.

Прикінцевими та перехідними положеннями Закону встановлено, що суддівський корпус в повному складі (крім суддів Конституційного Суду України) зобов'язаний пройти оцінювання на відповідність займаній посаді у визначений Законом термін.

Виявлення за результатами такого оцінювання невідповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання є підставою для звільнення судді з посади за рішенням Вищої ради правосуддя на підставі подання відповідної колегії Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Позитивний результат оцінювання дозволить судді продовжувати свою кар'єру.

Отже, з наведеного можливо дійти висновку, що з одного боку очищення суддівського корпусу від непрофесійних та корумпованих суддів – є вимогою українського суспільства, сформованою соціальними протестами протягом 2013 – 2014 рр. З іншої сторони, будь-яке очищення судової влади, на нашу думку, повинно проходити на чітко визначених законом підставах та гарантувати якість правосуддя, як необхідної гарантії дотримання принципу незалежності суду.

В цьому контексті слід звернути увагу, що відповідно до ст. 112 Закону суддя може бути звільнений з посади виключно з підстав, визначених Конституцією України. Так, згідно з ст. 126 Конституції України підставами для звільнення судді є: 1) неспроможність виконувати повноваження за станом здоров'я; 2) порушення суддею вимог щодо несумісності; 3) вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді; 4) подання заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням; 5) незгода на переведення до іншого суду у разі ліквідації чи реорганізації суду, в якому суддя обіймає посаду; 6) порушення обов'язку підтвердити законність джерела походження майна. Наведений перелік підстав для звільнення судді з займаної посади є вичерпним та не підлягає розширеному тлумаченню.

Разом з тим, аналіз зарубіжного досвіду, дає підстави для пересічних висновків, що інститут оцінювання судді, основною метою якого чинним законодавством України встановлено визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді або оцінювання відповідності судді займаній посаді за визначеними законом критеріями, за своєю правовою природою, не може бути ані підставою для звільнення судді з займаної посади, ані підставою для застосування дисциплінарних стягнень, виходячи з наступного.

Рішенням Європейського суду з прав людини від 09 січня 2013 року у справі "Волков проти України" встановлено, що підстави для дисциплінарної відповідальності судді повинні бути чітко сформовані та позбавлені подвійного тлумачення; процедура

застосування дисциплінарних санкцій має відповідати стандартам належного судового розгляду, які визначені ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року та практикою її застосування Європейським судом з прав людини [7].

Як нами було встановлено в попередніх дослідженнях, присвячених зарубіжному досвіду у сфері реформування судоустрою, оцінювання, як інститут перевірки професійної кваліфікації суддів, що направлений на забезпечення якості правосуддя, передбачений законодавством більшості країн Європи. При цьому, встановлено, що процедура оцінювання суддів поділяється на два види:

1) формальна процедура оцінювання, основними ознаками якої є: а) чітке регламентування законодавством про статус суддів; б) детально врегульовані правила та порядок проведення; в) наявність гарантій належної правової процедури;

2) неформальна процедура оцінювання здійснюється шляхом обговорення, що дозволяє судді, який проходить оцінювання, визначити свої проблемні питання, позитивні навички, кар’єрні цілі тощо [8].

При цьому, відповідно до міжнародних стандартів судочинства наслідками проведення як формальної, так і неформальної процедури оцінювання судді не може бути застосування дисциплінарних стягнень або звільнення з посади, оскільки оцінювання та дисциплінарне провадження – це різні за своєю правової природою інститути, які слід відрізняти.

Так, згідно з ч. 1 Основних принципів незалежності судових органів (схвалені резолюціями Генеральної асамблеї 1985 року № 40/32 та 40/146) незалежність судових органів гарантується державою та визначається її Конституцією або законами. Всі державні та інші установи зобов’язані поважати незалежність судової системи та дотримуватися її [9, с. 81]. Відповідно до Рекомендацій Київської конференції з питань незалежності судової влади в державах Східної Європи, Південного Кавказу та Центральної Азії наслідком оцінювання судді ні в якому разі не може бути звільнення його з посади. Оцінювання суддів проводиться з метою допомоги суддям виявити ті аспекти їхньої діяльності, де потребується удосконалення, а також з метою забезпечення кар’єрного росту суддів. Екзамени (атестація) для суддів, за результатами яких може бути звільнено суддів з посади або застосовано інші санкції, є недопустимим для суддів, які призначені безстроково [10].

Відповідно до п. 23 Декларації про принципи незалежності судової влади (Хорватія, 14 жовтня 2015 рік), якщо закон встановлює професійне оцінювання суддів, то таке оцінювання має проходити з дотриманням принципу незалежності судової влади. Оцінювання суддів може виявляти питання, які необхідно удосконалити, та визначати претендентів для підвищення по службі. Не можна зловживати оцінюванням. Воно не може бути підставою для звільнення судді з посади [11].

Пунктами 29 та 44 Висновку Консультаційної ради європейських суддів № 17 від 24.10.2014 “Про оцінювання роботи суддів, якості правосуддя та поваги до незалежності судової влади” встановлено, що держави-члени зобов’язані чітко розмежовувати оцінювання від дисциплінарного провадження. Принцип незмінюваності суддів є ключовим елементом незалежності суддів і повинен неухильно дотримуватися. Таким чином суддя, призначений безстроково не може бути звільнений з посади за результатами оцінювання. Підставою для звільнення судді може бути тільки дисциплінарне або кримінальне правопорушення, визначене законом, або виявлене в результаті оцінювання неможливості або небажання судді виконувати свої посадові обов’язки відповідно до мінімальних вимог міжнародних стандартів. В будь-якому випадку для судді, який проходить процедуру оцінювання, мають бути встановлені відповідні процедурні гарантії; судді зобов’язані мати можливість висловлювати свою думку відносно процедури та попередніх результатів оцінювання, та мати можливість оскаржити отримані результати оцінювання. Оцінювання суддів на думку КРЄС, має проходити на підставі чітко визначених об’єктивних критеріях. Суб’єктом оцінювання суддів має виступати орган судової влади; оцінювання суддів Міністерством юстиції або іншими органами виконавчої влади є недопустимим.

Висновки. Таким чином, аналіз міжнародних стандартів дає підстави для висновків, що звільнення судді з посади не повинно бути винятковим наслідком його оцінювання, а можливо лише в межах дисциплінарного або кримінального провадження, підстави та порядок яких визначений законом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1.Замечание общего порядка № 32, CCPR/C/ GC/32, 23 августа 2007 года, § 19. URL: http://hrlibrary.umn.edu/russian/gencomm/Rhrcom32.html

2.Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1507-17

3.Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19

4.Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схвалена Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015

5.Овчаренко О.М. Кваліфікаційне оцінювання в контексті інституту дисциплінарної відповідальності судді: питання розмежування. Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. 2015. № 3. С. 38-44.

6.Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 03.11.2016 No 143/зп-16. URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhennia.pdf

7. Волков проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2013 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947

8. Об оценивании работы судьи, качестве правосудия и уважении к судебной власти: рекомендация Консультативного совета европейских судей № 17 от 23 октября 2014 г. URL: http://narodirossii.ru/?p=13168

9.Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. Документів, укл. А.Г. Алексєєв. К.: Поліграф-Експерес, 2008. 184 с.

10.Рекомендації Київської конференції з питань незалежності судової влади в державах Східної Європи, Південного Кавказу та Центральної Азії. Київ, 23-25 червня 2010. URL: https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true

11. Декларація щодо принципів незалежності судової влади, прийнята Конференцією голів верховних судів країн Центральної та Східної Європи о. Бріюні, Хорватія, 14 жовтня 2015. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/f8c093ad5cb7148bc2257d8d002488a0/$FILE/%D0%91%D1%80%D1%96%D1%8E%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0%20%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf

REFERENCES

1. Zamechanie obschego poryadka # 32, CCPR/C/ GC/32, 23 avgusta 2007 goda, § 19. URL: http://hrlibrary.umn.edu/russian/gencomm/Rhrcom32.html [in Russian].

2. Pro zabezpechennia prava na spravedlyvyi sud: Zakon Ukrainy vid 12.02.2015 r. # 192-VIII. URL: http://zakonrada.gov.ua/laws/show/1507-17 [in Ukrainian].

3. Pro sudoustrii i status suddiv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 # 1402-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19 [in Ukrainian].

4. Stratehiia reformuvannia sudoustroiu, sudochynstva ta sumizhnykh pravovykh instytutiv na 2015-2020 roky, skhvalena Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 20 travnia 2015 roku # 276/2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015 [in Ukrainian].

5. Ovcharenko O.M. Kvalifikatsiine otsiniuvannia v konteksti instytutu dystsyplinarnoi vidpovidalnosti suddi: pytannia rozmezhuvannia. Visnyk Vyshchoi kvalifikatsiinoi komisii suddiv Ukrainy. 2015. # 3. S. 38-44 [in Ukrainian].

6. Polozhennia pro poriadok ta metodolohiiu kvalifikatsiinoho otsiniuvannia, pokaznyky vidpovidnosti kryteriiam kvalifikatsiinoho otsiniuvannia ta zasoby yikh vstanovlennia, zatverdzhene rishenniam Vyshchoї kvalifikatsiўnoї komisiї suddiv Ukraïny vid 03.11.2016 No 143/zp-16. URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhennia.pdf [in Ukrainian].

7. Volkov proty Ukrainy: rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 9 sichnia 2013 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947 [in Ukrainian].

8. Ob otsenivanii rabotyi sudi, kachestve pravosudiya i uvazhenii k sudebnoy vlasti: rekomendatsiya Konsultativnogo soveta evropeyskih sudey # 17 ot 23 oktyabrya 2014 g. URL: http://narodirossii.ru/?p=13168 [in Russian].

9. Mizhnarodni standarty nezalezhnosti suddiv: zb. Dokumentiv, ukl. A.H. Aleksieiev. K.: Polihhraf-Eksperes, 2008. 184 s [in Ukrainian].

10. Rekomendatsii Kyivskoi konferentsii z pytan nezalezhnosti sudovoi vlady v derzhavakh Skhidnoi Yevropy, Pivdennoho Kavkazu ta Tsentralnoi Azii. Kyiv, 23-25 chervnia 2010. URL: https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true [in Ukrainian].

11. Deklaratsiia shchodo pryntsypiv nezalezhnosti sudovoi vlady, pryiniata Konferentsiieiu holiv verkhovnykh sudiv krain Tsentralnoi ta Skhidnoi Yevropy o. Briiuni, Khorvatiia, 14 zhovtnia 2015. URL:
http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/f8c093ad5cb7148bc2257d8d002488a0/$FILE/%D0%91%D1%80%D1%96%D1%8E%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0%20%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf [in Ukrainian].

МІЖНАРОДНЕ ПУБЛІЧНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 341.223:321.244

Борисов Є.Є.,
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету

ВІДСТУП ДЕРЖАВ ВІД ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА МІЖНАРОДНИМ ПАКТОМ ООН ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ І ПОЛІТИЧНІ ПРАВА

У статті досліджено нормативний та сутнісний зміст відступу (дерогації) держав від зобов'язань згідно норм Пакту. Здійснено аналіз норм Пакту та інших міжнародних договірних актів, які містять гуманітарні та правозахисні зобов'язання щодо фізичних осіб, досліджено відповідну практику Ради ООН з прав людини, Комісії ООН з прав людини, її підкомісії, Комітету ООН з прав людини, доктринальних джерел.

***Ключові слова**: гострота становища, дерогація, життя нації, надзвичайний стан, обмеження прав, права людини, універсальні договори.*

В статье исследованы нормативное и сущностное содержание отступления (дерогации) государств от обязательств в соответствии с нормами Пакта. Осуществлен анализ норм Пакта и других международных договорных актов, содержащих гуманитарные и правозащитные обязательства касательно физических лиц, исследована соответствующая практика Совета ООН по правам человека, Комиссии ООН по правам человека, ее подкомиссии, Комитета ООН по правам человека, доктринальных источников.

***Ключевые слова**: дерогация, жизнь нации, ограничение прав, острота положения, права человека, универсальные договора, чрезвычайное положение,*

The author researched in the article the normative and essential volume of the derogation from States` obligations in compliance with the Covenant`s norms. He analyzed the provisions of the Covenant and other universal international treaties that contains the humanitarian and human rights obligations relative to the persons, researched the coherent practice of the UN Human Rights Council, of the UN Commission on Human Rights and its Sub-Commission, of the UN Human Rights Committee, also as the doctrinal sources.

***Key words**: derogation, exigencies of the situation, human rights, limitation the rights, life of the nation, public emergency, universal treaties*

Постановка проблеми. Аспекти реалізації відступу держав від своїх зобов'язань у сфері надання певних прав фізичним особам у XX ст. викристалізувалися у декілька універсальних та регіональних договірних механізмів. Одною з найважливіших та найбільш практично розроблених процедур у цій сфері вбачається відступ (дерогація) держав від зобов'язань згідно норм Міжнародного пакту ООН про громадянські та політичні права 1966 р. (далі – МПГПП). Зазначена проблематика досі є малодослідженою у сучасній доктрині міжнародного права, при чому не лише у вітчизняній. Можна вказати лише на згадку відповідної проблематики у роботах А. Х.

Абашидзе, М. М. Антонович,О. С. Гондаренка, М. Ю. Гремзи, А. ДеЗаяса, А. Ю. Замули, А. Є. Зубаревої, В. В. Мицика, Г. Дж. Налді, Т. Опсала, Т. Л. Сироїд, Х. Дж. Стейнера, Дж. А. Уолкейта, В. Ю. Ухова, Н. Ю. Фаяда, Д. Д. Фішера, М. Г. Шмідта, І. Д. Ягофарової та ін. [1, с. 24]. Досі ж узагальнення відповідних механізмів дерогації не проводилися, отже відповідний аналіз вбачається актуальним.

Метою статті є системне визначення нормативного та сутнісного змісту відступу (дерогації) держав від зобов'язань згідно норм МПГПП. Розв'язання цієї мети має ґрунтуватися на аналізі як МПГПП так і інших міжнародних договірних актів, які містять гуманітарні та правозахисні зобов'язання щодо фізичних осіб, досліджені та співвідношенні практики Ради ООН з прав людини, Комісії ООН з прав людини, її підкомісії, Комітету ООН з прав людини (далі – КПЛ), доктринальних джерел.

За ст. 4 МПГПП під час надзвичайного становища в державі, при якому життя нації (англ. «life of the nation») перебуває під загрозою і про наявність якого офіційно оголошується, держави-учасниці МПГПП можуть вживати заходів на відступ (англ. «derogating») від своїх зобов'язань за МПГПП лише в мірі, якою це диктується гостротою становища, при умові, що такі заходи не є несумісними з їх іншими зобов'язаннями за міжнародним правом і не тягнуть за собою дискримінації виключно на основі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження.

Це положення ч. 1 ст. 4 МПГПП не може бути підставою для якихось відступів від статей 6, 7, 8 (пункти 1 і 2), 11, 15, 16 і 18, при цьому будь-яка держава, що бере участь у МПГПП і використовує право відступу (дерогації), повинна негайно інформувати інші держави, що беруть участь у МПГПП, за посередництвом Генерального секретаря ООН про положення, від яких вона відступила, і про причини, що спонукали до такого рішення. Має бути також зроблено повідомлення аналогічним шляхом про дату, коли держава припиняє такий відступ [2]; [3]. Грунтуючись на наведеній нормі сучасні дослідники розподіляють захищені Пактом права на дві групи. Це стосується прав «щодо яких жодні обмеження неможливі» та права, що можуть підлягати обмеженням [1, с. 37, 38]. Втім, саме такий підхід має недоліки, які висвітлюють різницю між відступом держави від власних договірних зобов'язань та можливістю обмеження гарантованих МПГПП прав за певних обставин.

Так, наприклад, МПГПП дійсно забороняє відступу, за надзвичайних обставин, від свободи думки, совісті та віросповідання, але при цьому ці права об'єктивно можуть

бути предметом законодавчих обмежень, згідно ч. 3 ст. 18 МПГПП. Та навпаки, пропаганда війни та виступи на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що є підбурюванням до дискримінації, ворожнечі або насильства абсолютно заборонені ст. 20 МПГПП, але при цьому в ст. 4 дозволяється відступ держави від цих зобов'язань у сфері прав людини.

Варто вказати, що Загальні зауваження –з метою тлумачення норм ст. 4 МПГПП тривалий час обговорювалися на засіданнях КПЛ. У цьому контексті вартою на дослідження вбачається дискусія щодо їх проекту на 1797-му засіданні КПЛ ООН 27 жовтня 1999 р., відображена у документі КПЛ ООН CCPR/C/66/R.8. Ця дискусія модерувалася С. М. Квігора, юристом з Чилі, що раніше очолювала Міжамериканський суд з прав людини, та ґрунтувалася на доповіді Спеціального доповідача Мартіна Щейніна (Фінляндія). Згідно позиції М. Щейніна відповідний проект мав вирішити проблему «сірої зони», яка виникла між застосуванням норм МПГПП та приписами міжнародного гуманітарного права. Спеціальний доповідач закликав КПЛ ООН бути активнішим у аналізі факті дерогацій, аналізував ситуації за якими відступ від зобов'язань не є допустимим зокрема й не передбачених у ст. 4 МПГПП. Спеціальний доповідач підіймав питання потреби розроблення модельного національного законодавства із надзвичайних ситуацій та аналізу ролі недержавних структур в умовах дерогації [4].

Цікавими вбачаються міркування члена КПЛ ООН від Тунісу Абдельфатаха Амора який вказав на подвійну мету ст. 4 МПГПП – захистити фундаментальні права людини та водночас захистити життя нації. Він вказав, що аналіз юридичної форми надзвичайного стану в державах є недостатнім для розуміння цієї подвійної мети, адже у багатьох країнах такий стан є формою узаконювання системних порушень прав людини протягом десятиріч. Він вказав, що у багатьох країнах Азії та Африки «існування нації є більш теоретичним ніж реальним», та що у таких країнах «життя нації» є формою не повністю добровільного співіснування спільнот з яскравими відмінностями в економіці, етнічних та релігійних рисах; крім того часто формуванню нації заважають зовнішні сили. За таких умов А. Амор висунув тезу неприпустимості запровадження іноземного панування чи анархії через питання прав людини, неприйнятності зловживання механізмами дерогації для обмеження права народів на самовизначення [4].

Подібні міркування висловив й представник Індії у КПЛ ООН П. Н. Бхагваті оцінюючи політичне життя у постколоніальних країнах; крім того він вказав на потребу чіткого розуміння категорії дерогації, як вжитого у ст. 4 МПГПП терміну, але водночас відзначив гнучкість категорії загроз життю нації, із цими тезами погодився член КПЛ ООН від Польщі Р. В`єрушевскі. Експерт від Аргентини у КПЛ ООН І. С. Йрігойєн, погоджучись із більшістю думок з питань проекту Заключних зауважень, визнав важливість неприпустимості дерогації за ст. 4 МПГПП від зобов'язань за правами, які визнано абсолютними іншими універсальними та регіональними міжнародними угодами [4].

Ключовим серед актів КПЛ ООН, що є актуальними сьогодні у вимірі питання відступу від зобов'язань держав, стали опрацьовані за підсумками вище дослідженої дискусії, Зауваження загального порядку № 29, що стосується відступів від положень Пакту під час надзвичайного стану (стаття 4), затверджені на 1950-му засіданні Комітету 24 липня 2001 р., документ HRI/GEN/1/Rev.5/Add.1 (далі – Зауваження № 29). Ці Зауваження були схвалені на заміну подібних Зауважень загального порядку № 5, прийнятих на тринадцятій сесії КПЛ ООН у 1981 р. [4].

Зауваження № 29 відзначає, що заходи, вживані країнами у відступ від норм МПГПП, мають носити мати винятковий та тимчасовий характер, перед їх вжиттям державою мають бути дотримані дві ключових умови. До них належить сам факт ситуації, рівнозначній надзвичайному стану, за якій «життя нації перебуває під загрозою», та факт офіційного оголошення державою-учасником про введення надзвичайного стану, що має виключне значення «для підтримки принципів законності та верховенства права в період, коли це найбільше необхідно». Адже, як вказується у Зауваженні № 29, оголошуючи про введення надзвичайного стану з наслідками дерогації, держави мають дотримуватися рамок власних конституційних й інших законодавчих приписів щодо такого надзвичайного стану. При цьому КПЛ ООН має спостерігати за відповідністю цих національних актів ст. 4 МПГПП, та їх застосуванням у її розвиток; для цього як мінімум держави мають включати відповідні ситуації до національних доповідей до КПЛ ООН згідно ст. 40 МПГПП у вигляді «достатньої та точної інформації про… законодавство та практику» [5].

Важливою вбачається ст. 3 Зауважень № 29 за якою констатується ключовий характер критерію «загрози для життя нації» під час заворушень або лиха для їх

кваліфікації за ч. 1 ст. 4 МПГПП. Підкреслюється роль норм міжнародного гуманітарного права, що мають застосовуватися в умовах збройного конфлікту міжнародного або не міжнародного характеру на додаток до положень ст. 4 та п. 1 ст. 5 МПГПП для запобігання зловживань надзвичайними повноваженнями, вказується на застосування ст. 4 лише за умов «загрози для життя нації», навіть в умовах збройного конфлікту. Водночас зі ст. 3 Зауважень № 29 випливає, що за умов збройного конфлікту довести для КПЛ ООН ситуацію можливості застосування ст. 4 МПГПП державі простіш ніж на умов відсутності такого конфлікту [5].

У Зауваженнях № 29 містяться посилання на низку окремих Заключних зауважень щодо доповідей держав до КПЛ ООН, у яких КПЛ ООН висловлював занепокоєння через стан справ у низці держав, що здійснили дерогацію від норм МПГПП без дотримання норм ст. 4 у вищенаведеному вимірі або із застосуванням законодавства яке не відповідає ст. 4 МПГПП [5].

У ст. 4 Зауважень № 29 приписується, щоб заходи за ст. 4 МПГПП слід застосовувати виключно якщо це «зумовлено гостротою становища», зокрема щодо тривалості, територіального охоплення та матеріальної сфери застосування надзвичайного стану та заходів в рамках дерогації. Спеціально констатується різниця дерогації за ст. 4 та обмежень прав, які допускаються навіть в звичайних умовах низкою положень МПГПП, але при цьому зазначається важливість пропорційності та спів розмірності як дерогації так й обмежень прав, як серед іншого було вказано у Заключних зауваженнях КПЛ ООН до Ізраїлю 1998 р. CCPR/C/79/Add.93. Додатково у ст. 5 Зауважень № 29 вказується, що саме «гострота становища» має зумовлювати не лише сам факт оголошення надзвичайного стану, але й передбачати вжиття конкретних заходів в умовах «стихійного лиха, масових заворушень із проявами насильства чи великої промислової аварії». Адже, наприклад, додається, що можливість обмеження окремих визначених МПГПП прав, таких як свободи пересування чи зібрань у таких ситуаціях «в цілому достатня» та не потребує відступу держав за ст. 4 Пакту [5].

Більш того, у ст. 6 Зауважень № 29 відзначається, що перерахування у ч. 2 ст. 4 МПГПП норм що не охоплюються можливістю дерогації, «не означає, що від інших статей Пакту можна відступати довільно, навіть якщо життя нації перебуває під загрозою», водночас у ст. 7 цього документу КПЧ ООН додається, що «кваліфікація будь-якого положення Пакту, яке не передбачає відступу, не означає неможливості

будь-яких обґрунтованих обмежень», із посиланням на ст. 18 МПГПП, від норм якої не можна відступати за ст. 4, але права, гарантовані якою, підлягають обмеженням із наведенням тринадцяти прикладів, вказаних КПЛ ООН у Заключних зауваженнях з національних доповідей [5].

Окремо у ст. 8 Зауважень № 29 досліджено питання співвіднесення можливості відступу від норм ст. 2, ст. 3, ч. 1 ст. 14, ч. 4 ст. 23, ч. 1 ст. 24, ст. 25 та ст. 26 МПГПП які забороняють дискримінацію, та потреби недискримінаційного застосування норм ч. 1 ст. 4 Пакту. При цьому у ст. 9, ст. 10 цих Зауважень спеціально відзначено неприпустимість відступу через застосування ст. 4 МПГПП від зобов'язань за міжнародним гуманітарним правом, або від інших міжнародних договірних зобов'язань. В якості прикладів у примітках до Зауважень № 29 наведено Конвенцію ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р., у якій немає клаузули про відступи, та більше, міститься норма про її застосування у надзвичайних ситуаціях (ст. 38) [6]. Також вказаними прикладами зазначено й доктринальні джерела й резолюції міжнародних структур [5].

Зокрема це доповіді про мінімальні гуманітарні стандарти до Комісії з прав людини E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94 та E/CN.4/2001/91, Паризькі мінімальні стандарти в області прав людини в період надзвичайного стану 1984 р., доповіді Спеціального доповідача г-на Леандро Деспуі з питання про права людини та надзвичайні положення E/CN.4/Sub.2/1996/19, E/CN.4/Sub.2/1997/19, Декларація Турку щодо мінімальних гуманітарних стандартів, включена до доповіді Підкомісії з запобігання дискримінації та захисту меншин E/CN.4/1995/116 [7], та Сіракузькі принципи щодо положень МПГПП, що стосуються обмежень і відступів [5].

Варто додати, що перелік норм МПГПП у його ст. 4, від яких дерогація неможлива, у ст. 11 Зауважень № 29 тлумачиться серед іншого як «визнання імперативного характеру деяких основних прав, закріплених в Пакті в договірній формі», а у ст. 12 зауважень – співвідноситься із злочинами проти людяності. Більш того, у ст. 13 Зауважень № 29 спеціально відзначається неприпустимість дерогації щодо гуманного поводження та поваги до людської гідності (попре відсутність відповідної ст. 10 МПГПП у переліку норм, від яких дерогація є неможливою), взяття заручників, викрадень або таємних затримань, захисту прав осіб, що належать до меншин,

депортації або насильницького переміщення населення (із посиланням на Римський статут Міжнародного кримінального суду) та пропаганди війни [5].

Окремо, у ст.ст. 14-17 Зауважень № 29 йдеться про гарантії захисту прав в умовах застосування ст. 4 МПГПП, із підкресленням неможливості відступу під час дерогації від забезпечення засобів правового захисту, що є «договірним зобов'язанням, яке випливає з усього Пакту в цілому», із констатацією неможливості скасування в рамках дерогації судового захисту прав, від яких дерогація є неможливою, та із визнанням потреби дотримання під час дерогації режиму міжнародного повідомлення [5].

Вказані тези Зауважень № 29 підкріплюються положеннями питань КПЛ ООН до держав за підсумками їх звітів. Це можна побачити з Переліку питань КПЛ ООН щодо третього чергового звіту Сирії від 28 квітня 2005 р. CCPR/C/SYR/2004/3 (ст. 6 «Надзвичайний стан за ст. 4») [8], у Переліку питань КПЛ ООН від 13 серпня 2004 р. CCPR/C/82/L/ALB щодо первинного звіту Албанії у частині «Дерогація та протидія тероризму, ст. 4» [9], у Переліку питань КПЛ ООН від 20 вересня 2001 р. CCPR/C/73/L/UK щодо п'ятого чергового звіту Великобританії у частині «Дерогація, ст. 4» [10].

Варто вказати, що відповідна активність КПЛ ООН із перевірки стану дотримання умов дерогації серед іншого відображена у Консолідованому керівництві щодо звітів держав згідно МПГПП, схваленому Радою з прав людини ООН на її 70-й сесії 26 лютого 2001 р. CCPR/C/66/GUI/Rev.2, згідно частини С.3 якого період, підстави, наслідки та процедури запровадження та припинення стану дерогації за ст. 4 МПГПП мають бути досліджені КПЛ ООН у повному обсязі окремо щодо кожної статті Пакту, від якої здійснено відступ. Аналогічна норма містилася й у частині С.3 попереднього Консолідованого керівництва від 29 вересня 1999 р. CCPR/C/66/GUI [11].

Також варто вказати на окремі положення Зауважень загального порядку № 31 КПЛ ООН щодо природи загальних правових зобов'язань, що накладаються на держави-учасники МПГПП, від 29 березня 2004 р. Зокрема в них вказується, що увага держав до можливого порушення норм МПГПП «слід розглядати як відображення загальної законної зацікавленості, а аж ніяк не як недружній акт» [12], що можна презумувати й до ситуації дерогації.

Також важливим із висвітлених вище питань доктринальним актом вбачаються Сіракузькі принципи тлумачення обмежень та відступів (англ. «limitation and

derogation») від положень МПГПП, схвалені на конференції науковців та експертів з прав людини, що відбулася 30 квітня до 4 травня 1984 р. під егідою Міжнародної комісії юристів, Міжнародної асоціації пенітенціарного права, Інститутом прав людини Урбана Моргана тощо. Сіракузькі принципи були передані до уваги Комісії ООН з прав людини Нідерландами (документ ООН E/CN.4/1985/4) та після цього широко використовуються доктриною й практикою міжнародного права [13].

Навіть з назви Сіракузьких принципів можна побачити, що вони охоплюють ситуації як обмежень, так і відступів від норм МПГПП, роз'яснюючи відповідні приписи Пакту [13]. Питання відступу (дерогації) від прав людини у зв'язку із надзвичайним станом висвітлене у II частині Сіракузьких принципів. Так, за ст. 39 цього документу держава-учасниця МПГПП може вживати заходів, що відступають від своїх зобов'язань тільки у випадках виняткової та реальної чи неминучої небезпеки, яка загрожує життю нації. У цій нормі Сіракузьких принципів загроза життю нації тлумачиться як загроза, що зачіпає все населення та всю чи частину території держави, а також становить небезпеку для фізичного здоров'я населення, політичної незалежності або територіальної цілісності держави, чи – для достатнього функціонування інститутів, необхідних для забезпечення і захисту визнаних у МПГПП прав. При цьому у ст.ст. 40 та 41 Сіракузьких принципів додається, що міжнародні конфлікти або безладдя, які не призводять до виникнення серйозної і неминучої загрози життю нації, не можуть служити підставою для відступу від положень згідно ст. 4 МПГПП, а що «економічні складності самі по собі не можуть бути підставою для відступу від прав» узагалі [13].

У статтях 42-50 Сіракузьких правил ретельно регламентується порядок дерогації та її припинення. Зокрема підкреслюється, що держава-учасниця МПГПП, яка здійснює дерогацію від положень МПГПП, має офіційно оголосити про введення надзвичайного стану в зв'язку з наявністю загрози життю нації, при чому в національному законодавстві процедури оголошення надзвичайного стану повинні бути передбачені завчасно [13]. Цікаво, що хоча й МПГПП, й Загальні зауваження № 29, й Сіракузькі принципи послідовно вказують про можливість дерогації не за будь-якого надзвичайного стану, але виключно за такого, що загрожує життю нації, опис такої загрози (загроз), їх класифікація чи визначення у законодавстві про надзвичайний стан вказаними джерелами від держав не вимагаються.

Детально у нормах ст.ст. 51-57 Сіракузьких принципів тлумачиться вимога співрозмірності дерогації, запроваджена у ст. 4 МПГПП, а саме щодо можливості відступу від зобов'язань «тільки в тій мірі, в якій це потрібно гостротою становища». Така «гострота становища» (англ. «exigencies of the situation») пояснюється у принципах 1984 р. тим, що всі заходи дерогації мають бути вжиті виключно згідно з суворою необхідністю усунення загрози життю нації, мають вводитися на термін і на території, де це строго необхідно; ці заходи мають бути пропорційними з природою і масштабами загрози життю нації. Більш того, уповноважені державні органи мають визначити потребу кожного із запропонованих чи прийнятих відступів для усунення конкретної загрози, викликаної надзвичайною ситуацією [13].

Важливим вбачається припис ст. 53 Сіракузьких правил, за яким дерогація не є відповідною «гостроті становища», якщо для усунення загрози життю нації буде достатньо «звичайного обмеження прав», передбаченого окремими положеннями МПГПП. При цьому необхідною є як об'єктивна оцінка гостроти становища, так і спрямування дерогації на усунення нагальної, очевидної, дійсної чи неминучої небезпеки; тому дерогація не може застосовуватися лише через очікування потенційних подій. на конституційному та законодавчому рівні мають бути забезпеченими «можливість швидкого й періодичного, незалежного перегляду законодавцями положень про необхідність дерогації», відсутність монополії державної влади на визначення стану «гостроти становища». Крім того, для осіб, що вважають себе потерпілими від дерогації, яка нібито не була зумовлена «гостротою становища», держава має забезпечити ефективні засоби правового захисту [13].

Крім наведених норм, які вочевидь були виведені авторами Сіракузьких принципів із самих положень МПГПП та наявного на 1984 р. досвіду практичного застосування пакту, положення ст.ст. 61-70 цих принципів ґрунтуються на ширших засадах, адже дерогація «відбувається не в правовому вакуумі» та неї «застосовні кілька загальних принципів права». Зокрема це вимога об'єктивного та добросовісного аналізу ситуації, потреба обмежувального тлумачення норм МПГПП, що дозволяють дерогацію, потреба максимального збереження під час надзвичайного стану принципу верховенства закону, із правомірним відступом від нього лише у вкрай обмежених випадках. При цьому стверджується, що оцінка правомірності дерогації має здійснюватися із урахуванням ч.

2 ст. 29 Загальної декларації прав людини, Женевських конвенцій 1949 р. та конвенцій МОП [13].

Зокрема, особливу увагу звернуто на норми права Женеви щодо прав особи на справедливий суд та на закріплені в основних конвенціях МОП свободу зборів, право на рівні умови праці, права профспілок та робочих, заборону работоргівлі, обмеження примусової праці, відступ від яких є неприпустимим в період дії будь-якого надзвичайного стану. Також, ґрунтуючись на міжнародному звичаєвому праві, автори Сіракузьких принципів вказують, що за жодних обставин жодна держава, навіть та, що не є учасницею МПГПП, не може призупиняти дію або порушувати такі фундаментальні права, як: право на життя, право на неприпустимість зворотної дії кримінального закону, право на свободу від катувань чи жорстокого або нелюдського поводження чи покарання, медичних або наукових дослідів без вільної згоди; право на свободу від рабства, работоргівлі та утримання в підневільному стані [13].

Також у Сіракузьких принципах 1984 р. дуже ретельно описується аспекти дерогації від гарантованих ст. 9 та ст. 14 МПГПП права на свободу від довільного затримання і арешту та права на справедливий і публічний розгляд кримінальної справи в суді. Це обґрунтовується тим, що «практично неможливо уявити собі надзвичайний стан в якому був би строго необхідна відмова людині в фундаментальному праві на повагу гідності, властивій людській особистості». Окремо Сіракузькі принципи підкреслюють значущість в умовах дерогації презумпції невинуватості та інших гарантій підсудного, таких як інформування зрозумілою мовою про зміст обвинувачення, достатній час та можливості для підготовки захисту, взаємодію з вільно обраним самим захисником, право на безоплатного захисника, на суд в присутності захисника, на свободу від свідчень проти себе, право на виклик і допит свідків, право на апеляцію, право на публічність розгляду справи в усіх випадках коли це можливо, неприпустимість повторного покарання [13].

Варто дослідити й рекомендації до КПЛ та інших органів ООН, які містяться у ст.ст. 71-76 Сіракузьких принципів. Зокрема у ник вказано, що КПЛ ООН при здійсненні своїх повноважень з розгляду, надання доповідей і зауважень про доповіді держав, «може і зобов’язаний здійснювати нагляд за законодавством і практикою держав-учасників на предмет дотримання ними статті 4» МПГПП, а також визначати це питання «при розгляді повідомлень від держав і приватних осіб в рамках своєї

компетенції». Для визначення, чи були дотримані державою, що здійснює дерогацію, положення ст. 4 члени КПЛ ООН можуть та зобов'язані розглядати достовірну на їх погляд інформацію від інших міжурядових органів, неурядових організацій і приватних осіб. При цьому КПЛ ООН отримав рекомендацію розробити спеціальну процедуру додаткових доповідей для держав, що повідомили про дерогацію, а також розробити процедури розгляду повідомлень індивідів, що дозволить заслуховувати авторів повідомлень та свідків усно, прийняти практику візитів в держави, щодо яких є звинувачення про порушення ними положень МПГПП [13]. Додамо, що ці пропозиції Сіракузьких принципів КПЛ ООН у наступному враховано не було, що випливає з аналізу Зауважень № 29 та практики КПЛ ООН у кінці XX та початку XXI ст.

Отже, слід прийти до висновку про формування у міжнародному праві спеціального механізму відступу (дерогації) держав від власних зобов'язань у сфері громадянських та політичних прав людини, запроваджений МПГПП та розвинутий у рішеннях та зауваженнях КПЛ ООН, у рекомендаційних актах структур ООН та в доктринальних документах. Основними рисами цього механізму вбачаються відмінність, разом із взаємною залежністю, від механізму обмеження відповідних прав, його ув'язування із колективними правами через використання категорії «життя нації», діяльність із врахуванням інститутів імперативних норм міжнародного права, механізмів міжнародного гуманітарного та міжнародного трудового права. Застосування такого механізму державами можливо виключно з урахуванням відповідних універсальних міжнародних стандартів щодо підстав, форм та процедур дерогації та повідомлення про неї, його використання накладає на державу додаткові позитивні обов'язки. Співвідношення дерогації за МПГПП із процедурами відступу держав за зобов'язаннями за іншими універсальними міжнародними договорами у сфері прав людини та за регіональними угодами з прав людини має стати предметом додаткового наукового пошуку.

Список використаних джерел:

1. Зубарева А. Є. Міжнародно-правовий статус Комітету ООН з прав людини : дисертація ... канд. юрид. наук, спеціальність 12.00.11 «Міжнародне право» / Зубарева Антоніна Євгенівна. – О., 2015. – 211 арк.

2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. ; URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043

3. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 December 1966 ; URL : https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

4. Draft general comment on article 4 of the Covenant (CCPR/C/66/R.8) : Human Rights Committee, Sixty seventh session, Summary Record of the first part (public) of the 1797th meeting, 27 October 1999 ; URL : http://tbinternet.ohchr.org/ _layouts/treatybodyexternal/Download.aspx

5. General Comment № 29 of the Human Rights Committee on Derogations during a State of Emergency (article 4) [2001] GE.02-41169 (E) 020502, HRI/GEN/1/Rev.5/Add.1 ; URL : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyex ternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2fGEN%2f1%2fRev.5%2fAdd.1&Lang=en

6. Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 ; URL : https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx

7. Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Forty-sixth Session, Commission on Human Rights, 51st Sess., Provisional Agenda Item 19, at 4, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116 (1995) (Declaration of Turku) ; URL : https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/104/68/ img/G9510468.pdf?OpenElement

8. List of issues to be taken up in connection with the consideration of the Third Periodic Report of the Syrian Arab Republic (CCPR/C/SYR/2004/3) Human Rights Committee CCPR/C/84/L/SYR, 28 April 2005 ; URL : http://tbinternet.ohchr.org/ _layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F84%2FL%2FSYR&Lang=e n

9. List of issues to be taken up in connection with the consideration of the Initial Report of the Republic of Albania (CCPR/C/ALB/2004/1) Human Rights Committee CCPR/C/82/L/ALB, August 13 2004 ; URL : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/ treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F82%2FL%2FALB&Lang=en

10. List of issues to be taken up in connection with the consideration of the Fifth Periodic Report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/UK/99/5) Human Rights Committee CCPR/C/73/L/UK, 20 September 2001 ; URL : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx? symbolno=CCPR%2FC%2F73%2FL%2FUK&Lang=en

11. Consolidated guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights : Human Rights Committee, 70th session 26 February 2001, CCPR/C/66/GUI/Rev.2 ; URL : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyex ternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F66%2FGUI%2FRev.2&Lang=en

12. General Comment № 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004); Adopted by the Human Rights Committee at the Eightieth Session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 March 2004 ; URL :http://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/c)GeneralCommentNo31TheNatureoftheGeneralLegalObligationImposedonStatesPartiestotheCovenant(2004).aspx

13. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex to Status of the International Covenants on Human Rights E/CN.4/1985/4 ; URL : http://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4

Borysov Ye.Ye. Derogation of States from Obligations Established by International Covenant on Civil and Politic Rights.

The author researched in the article the normative and essential volume of the derogation from States` obligations in compliance with the Covenant`s norms. He analyzed the provisions of the Covenant and other universal international treaties that contains the humanitarian and human rights obligations relative to the persons, researched the coherent practice of the UN Human Rights Council, of the UN Commission on Human Rights and its Sub-Commission, of the UN Human Rights Committee, also as the doctrinal sources.

The prescripts of the General Comment № 29 of the Human Rights Committee on Derogations during a State of Emergency, of the General Comment № 31 of this Committee on the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, of the coherent Reports of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, of the Consolidated

guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights, also as the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights were compared and watched in the article.

Author showed the formation the specific institute of the derogation from the States` own treaty obligations in the areas of civil and politic rights, established by coherent UN Covenant, 1966 and developed in the decisions and comments of the UN abovementioned bodies, also as in the doctrinal texts. He proved the actual distinctions between the derogation and connected mechanisms of the limitations of those rights, the links between derogation and «life of the nation» phenomenon, going to the collective rights` paradigm, showed the coercion between derogation and imperative norms of the international law, mechanisms of the international humanitarian and labor law.

There is proved that realization, execution and implementation of the derogation is legally possible only in the full compliance with international standards of the grounds, forms and procedures of derogation and of information about it, that such realization establishes additional positive obligation of the derogating State.

***Key words**:* derogation, exigencies of the situation, human rights, limitation the rights, life of the nation, public emergency, universal treaties.

Polianskyi Dmytrii,
master's degree international law student
of the Kyiv international university

TOPICALCAL PROBLEMS OF DEFINING THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE'S LEGAL STATUS IN DOMESTIC LEGISLATIONS AND IN INTERNATIONAL LAW

Автором у статті досліджується поняття Штучного Інтелекту, аналізуються нинішній підхід до визначення правового статусу Штучного Інтелекту, досліджуються і аналізуються джерела правового регулювання Штучного Інтелекту на основі аналізу чинного права США і Великобританії та існуючих законопроектів. Автор також визначає загальну проблематику регулювання Штучного Інтелекту.
Ключові слова: *Штучний Інтелект, правовий статус Штучного Інтелекту, відповідальність Штучного Інтелекту, джерела правового регулювання Штучного Інтелекту.*

Автором в статье исследуется понятие Искусственного Интеллекта, анализутьсяе нынешний подход к определению правового статуса Искусственного Интеллекта, исследуются и анализируются источники правового регулирования Искусственного Интеллекта на основе анализа действующего права США и Великобритании и существующих законопроектов. Автор также определяет общую проблематику регулирования Искусственного Интеллекта.
Ключевые слова: *Искусственный Интеллект, правовой статус Искусственного Интеллекта, ответственность Искусственного Интеллекта, источники правового регулирования Искусственного Интеллекта.*

The author examines in the article the notion of Artificial Intelligence, analyzes the current approach to determining the legal status of Artificial Intelligence, reviews and analyzes sources of legal regulation of Artificial Intelligence based on the analysis of current law in the United States and Great Britain and existing bills. The author also defines a general problem of regulation of Artificial Intelligence.
Keywords: *Artificial Intelligence, legal status of Artificial Intelligence, responsibility of Artificial Intelligence, source of legal regulation of Artificial Intelligence.*

Topicality. The introduction of artificial intelligence in industry and society will revolutionize the current social structures and comport several regulatory challenges, which legal frameworks are not prepared to give a direct response to. In order to accommodate this reality, we understand that machines with limited memory, machines with a theory of mind and self-aware machines should be [6]considered separate legal entities from their owners and users. Attributing a separate legal status to artificially intelligent agents and defining the contents of that status, namely, regarding liability, eventual rights and potential taxation duties, allows for minimum certainty concerning the consequences of the introduction of those new intelligent

[1] Elon Musk, Interview with Sam Altman, 'Y Combinator's How To Build The Future Series' (2016).

agents in society, which contrasts with the large amount of unforeseeability that it comports. However, the risks of that unforeseeability still need to be addressed and mitigated, as they are not only related to eventual damages, but also to the protection of personal data and public safety. When designing technology that could impact the safety or wellbeing of humans, it is not enough to simply presume it works.

Internet, sustainable energy, genetic reprogramming, multi-planetary life and artificial intelligence. Upon being asked about the future, a forward-looking Elon Musk identifies these items as the five key areas that will impact mankind and disrupt our species' standards of life[1]. While the Internet and sustainable energy are already being profoundly developed, the remaining 3 items on the list are yet to be mastered. However, there is little doubt that we are currently experiencing the last few years of calm before the storm, as a new industrial revolution is due to arrive. As framed by the European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI), 'from Mary Shelley's Frankenstein's Monster to the classical myth of Pygmalion, through the story of Prague's Golem to the robot of Karel Čapek, who coined the word, people have fantasised about the possibility of building intelligent machines'[2]. During the past [7]few years, humanity's inherent curiosity is rapidly working into turning this fantasy into a reality, as is demonstrated by the behaviour of the market.

Over the last decade, annual patent filings for robotics technology have tripled. Between 2010 and 2014, the average increase in sales of the robotics industry stood at 17% per year, with 2014 registering the highest YoY increase in history (29%)[3]. Venture capital investments in robotics more than doubled from 2014 to 2015, amounting to an astonishing $587 million (according to the research firm CB Insights)[4], and the predictions point to a global total market worth of the robotics industry of around $135 billion by 2019[5]. These figures show that, while the flow of capital into the robotic industry is still at a preliminary stage, it is, with very little doubt, due to become one of the hottest markets not only in the tech industry but in overall commerce.

---

[2] European Parliament's Committee on Legal Affairs, 'Draft Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics' (European Parliament's Committee on Legal Affairs 2016)

[3] European Parliament's Committee on Legal Affairs, 'Draft Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics' (European Parliament's Committee on Legal Affairs 2016).

[4] Richard Waters and Tim Bradshaw, 'Rise Of The Robots Is Sparking An Investment Boom' Financial Times (2016) <https://www.ft.com/content/5a352264-0e26-11e6-ad80-67655613c2d6> accessed 5 April 2017.

[5] Jing Bing Zhang and Others, 'IDC FutureScape: Worldwide Robotics 2017 Predictions' (International Data Corporation 2016).

Objective of research is to define the Artificial Intelligence legal nature, current AI status in law, research and analysis of sources of A.I.'s legal regulation using legislation of USA and UK and AI's legal liability in nowadays and nearest future.

The extent of research of a topic given/ The topic started to be researched long time before first prototypes of AI machines were developed, for example in 1983 Marshal S. Willick the Attorney at Law Nevada Supreme Court staff in Carson City, made a research named «ARTIFICIAL INTELLIGENCE - Some Legal Approaches and Implications» were he asks the questions of AI's legal liability. But as soon as the concept of AI is still in early development we may consider the topic of AI being a subject to law, as a narrowly researched.

The introduction of artificial intelligence in industry and society will revolutionise the current social status quo and, despite having the potential to largely improve welfare and quality of life, will comport several technologic, industrial and regulatory challenges. This works aims to outline the major regulatory challenges and to identify and build on current proposals that respond to such challenges. The next chapter will develop the concepts of robotics and artificial intelligence that were adopted for the purpose of our work, while each of the subsequent chapters will address said regulatory challenges, with focus on adapting legal frameworks to artificially intelligent agents and on the sustainability of tax structures and social security systems in respect to robotic labour.

Throughout history, several thinkers have tried to provide an answer to the questions of what the term «AI» really stands for. One of the most renowned answers, if not the most, was provided by Alan Turing in 1950, in his famous paper Computing Machinery and Intelligence. Turing suggests that rather than determining if a machine can think, the question should be whether a machine can convince a human that it can think. To do so, the machine would have to pass the Turing Test, which consists in inducing a human who is not aware he is communicating with a machine into believing that he is communicating with another human[6]. According to Turing, if a machine can behave as intelligently as a human being, then it is as intelligent as a human being. This proposition by Turing has been highly influential but also highly controversial. Despite several alternative tests having been proposed over the last decades, along with numerous variations of the Turing Test (such as the famous Feigenbaum Test[7], which grossly consists in a subject matter expert version of the Turing Test), the Turing Test remains a mark in the vast field of assessing the existence of artificial intelligence. Nevertheless, the point

of our work is not to[8]exactly delimit the scenarios where artificial intelligence exist or not, but to address the consequences of its existence and introduction in society. For this reason, while the Turing Test is undoubtedly worthy of mentioning, we will opt for a more functional approach, which, inclusively, leaves margin for interpretation.

Literature holds multiple definitions of artificial intelligence. Some are related to the capacity of perceiving the environment and taking action that maximizes the chance of success at a given goal. Others imply owning cognitive functions generally associated with human intellect, such as learning and solving problems[8]. For the [9]purpose of this work, we will consider a broad concept of artificial intelligence, defined not by a single notion but by providing examples of traits generally associated to intelligent agents by literature. These traits are reasoning, problem solving, knowledge representation, planning, learning, natural language processing, perception, motion and manipulation of objects, social intelligence and creativity[9,10,11,12]. In order to fit its scope, a certain agent is not required to possess every single one of these traits[13]. It just has to exhibit one or several of them with an intensity minimally sufficient to justify a comparison to human intellect.

The purpose of our work is not to provide an exact definition of artificial intelligence, but to address the consequences of its existence and introduction in society. For this reason, instead of using a single notion of artificial intelligence, we opted for providing examples of traits generally associated to artificially intelligent agents. These traits are reasoning, problem solving, knowledge representation, planning, learning, natural language processing, perception, motion and manipulation of objects, social intelligence and creativity. By exhibiting one or several of those with an intensity minimally sufficient to justify a comparison to human intellect, a certain agent fits the scope of this work.

---

[6]Alan Turing, 'Computing Machinery And Intelligence' [1950] Mind.

[7]Edward A. Feigenbaum, 'Some Challenges And Grand Challenges For Computational Intelligence' [2003] Journal of the ACM.

[8]Stuart J. Russell and Peter Norvig, Artificial Intelligence: A Modern Approach (3rd edn, Prentice Hall 2009).

[9] Stuart J. Russell and Peter Norvig, Artificial Intelligence: A Modern Approach (3rd edn, Prentice Hall 2009).

[10] George F. Luger, Artificial Intelligence: Structures And Strategies For Complex Problem Solving (5th edn, Addison-Wesley 2004).

[11] David Poole, Alan Mackworth and Randy Goebel, Computational Intelligence: A Logical Approach (1st edn, Oxford University Press 1998).

[12] Nils J. Nilsson, Artificial Intelligence: A New Synthesis (1st edn, Morgan Kaufmann Publishers 1998).

[13] In his book The Age of Spiritual Machines (1999), Ray Kurzweil discusses the topic of artificial general intelligence (‘strong AI’), which grossly consists in a machine’s ability to combine all of the mentioned traits and successfully perform any intellectual task that a human being is able to.

We recognise the existence of four types of artificial intelligence: reactive machines, machines with limited memory, with a theory of mind and with self-awareness. While reactive machines have been around for long (IBM's Deep Blue beat Gary Kasparov in May 1997), mankind is only now starting to explore the second stage of artificial intelligence – machines with limited memory[14]. The creation of machines with a theory of mind and self-awareness seems to still be far away from our reach[15]. In any [10]case, recognising the existence of different types of artificial intelligence and understanding the next stages of evolution of this technology is indispensable for its regulation.

The proliferation of artificial intelligence and its introduction in commerce and daily life will give rise to questions, which legal frameworks are not prepared to give a direct response to. As artificially intelligent agents become more and more autonomous, the less they can be considered mere tools. In order to accommodate this reality, we understand that machines with limited memory, machines with a theory of mind and self-aware machines should be considered separate legal entities from their owners and users. Doing so would be convenient from a legal point of view and, in the case of self-aware machines, it would also find support on moral considerations. Yet, when it comes to reactive machines, no positive argument justifies a similar consideration.

Being considered separate legal entities does not automatically entitle such machines to the acknowledgement of rights. There is no strong reason to acknowledge rights to reactive machines, machines with limited memory and machines with a theory of mind since their perception of eventual rights or wills they have or are entitled to have is merely a result of being programmed to such. As a consequence, owners of these machines would also own the creations of such machines. However, if humanity is ever able to build self-aware machines, these machines appear to be entitled to the legal acknowledgement of rights, whether we are talking about the right to own property or some sort of fundamental rights, similar to humans' but with the due adaptations.

---

[14] Nevertheless, the progresses in this field are certainly thrilling!

[15] A report of the White House of the U.S.A. on artificial intelligence, published in October 2016, claims that during the next 20 years, mankind will likely not see machines 'exhibit broadly-applicable intelligence comparable to or exceeding that of humans'. This report is available at https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf (accessed 10 April 2017).

Designers and users are directly liable for actions that artificially intelligent agents are programmed or commanded to take (respectively). Regarding autonomous actions of the agents, one of two scenarios is possible: if the action was enabled by a coding deficiency, product defect rules apply and the designer is liable for negligence; if the action results purely from the evolving conduct of the agent, the designer may exempt himself by subscribing insurance on behalf of the agent, otherwise being directly liable. By ensuring that the agent has means to compensate third parties for the damages it causes, the designer passes his liability on to it. This insurance scheme may be complemented by a compensation fund destined to ensure that damages can be compensated in cases where no insurance exists. This fund would too rely on contributions from designers, yet, in order to not be overburdened with costs, designers may opt to incorporate these costs in the selling price of the agents. Self-aware machines, on the other hand, would be directly liable for their actions. The fact that they are able to subjectively perceive the concepts of justice and punishment enables the application of the standard rules of liability, mutatis mutandis.

This or any other liability model needs to be complemented with a risk mitigation regime, which might contain solutions that impose other kinds of burdens over designers, such as seeking approval from regulatory agencies, exercising continuous supervision over the agents they design, being sentenced to reprogramming their agents or to remove them from the market or being held accountable for creating certain kinds of agents.

Considering machines with limited memory, machines with a theory of mind and self-aware machines as separate legal entities from their owners and users may raise issues concerning identifying and individualising such agents, especially in cases where the hardware and software are spread and maintained by different individuals or where the software is able to modify itself. A possible solution may pass through registration. In this scenario, consequences of not registering an artificially intelligent agent would be similar to those of not properly incorporating a company.

As a last note, despite arguing in favour of considering machines with limited memory and machines with a theory of mind as separate legal entities, it resulted from our analysis that their legal status would be pretty much empty as this option is not based on a necessity to tailor a specific set of rights, duties and liability rules to such agents, but on the need of preparing legal frameworks to accommodate their intervention. Yet, moral considerations and the need for the law to reflect social reality justify a legal status of self-aware agents close to our own. The

fact that self-aware machines would have a conscience, be sentient and able to have subjective experiences places them much closer to humans than to machines and, perhaps, closer to humans than any other reality. If they ever come to walk among us, self-aware machines will be, indeed, true electronic persons.

The eventual use of public services or infrastructures by an artificially intelligent agent does not translate into a benefit for the agent, but for the user or designer who instructed him to take the action that implied the use of such service or infrastructure. In fact, since artificially intelligent agents are designed to directly or indirectly contribute to the welfare of humans, a human will always be the ultimate beneficiary of the public services or infrastructures that the agent uses while carrying out its purpose. Hence, it does not seem correct to say that it would be fair for artificially intelligent agents to be taxed because they benefit from public investment. Taxes, however, may also be justified by necessity. This is the case of taxes that aim to modify patterns of consumption or employment within the economy, by making some classes of transaction more or less attractive.

Artificial intelligence has an unprecedented potential to disrupt the labour markets, as machines will be able to replace workers in a variety of cognitive and creative tasks and in tasks that employ manual labour but could not have been automated so far due to technologic constraints (such as driving). Even if, so far, markets have balanced themselves by moving a slice of labour towards more cognitive-oriented tasks, the fact that artificial intelligence will be able to replace jobs in virtually every tier of the pyramid is generating concerns that jobs will be eliminated faster than new ones can be created. Furthermore, even in the event that artificial intelligence results in net job creation, it is unlikely that current methods of workforce retraining are able to accompany its pace. Some authors even claim that machine learning may empower artificially intelligent agents to take on the new jobs created as a consequence of their own development. Under any of these scenarios, such events will directly result in loss of revenue for governments due to a reduction in tax collections since capital income is taxed at much lower rates than labour income. In addition to this, the replacement of human labour by automated labour may translate in major growths of social security expenses since social security systems are designed to provide unemployment insurance to workers who lose their jobs. These increased expenses, combined with the loss of fiscal revenue, are generating concerns as to the sustainability of current social security systems.

Several proposals aim to control the impact of artificial intelligence over labour markets and social security systems: robot taxation, offsetting tax preferences for human workers, human wage subsidies, governmental employability guarantees, minimum human quotas, a universal basic income, a negative income tax, shared economy models and the universal basic dividend. While most of these ideas may be highly unorthodox, our economic systems were designed and evolved in a time when humans were in the centre of production and commerce, a conception that automation technologies and, more specifically, artificial intelligence are increasingly challenging. Hence, it might be necessary to think "outside the box" to ensure their long-term sustainability. In any case, we demonstrated that there are alternatives to the direct taxation of artificially intelligent agents that do not imply a fiction that artificially intelligent agents are property owners and pay taxes, rendering it unnecessary. Naturally, the implementation of these or any other alternatives will necessarily require in depth analysis and projections, which by far exceeds the scope of our work. When Bill Gates referred to robot taxation, he noted that 'how you'd do it (...) it's interesting for people to start talking about now'[16]

The introduction of artificial intelligence in industry and society will revolutionise the current social construction and comport several technologic, industrial and regulatory challenges, which legal frameworks are not prepared to give a direct response to. As artificially intelligent agents become more and more autonomous over time, the less they can be considered mere tools. In order to accommodate this reality, we understand that machines with limited memory, machines with a theory of mind and self-aware machines should be considered separate legal entities from their owners and users. Doing so would be convenient from a legal point of view and, in the case of self-aware machines, it would also find support on moral considerations. Yet, when it comes to reactive machines, no positive argument justifies a similar consideration. Being considered separate legal entities does not automatically entitle such machines to the acknowledgement of rights. There is no strong reason to acknowledge rights to reactive machines, machines with limited memory and machines with a theory of mind since their perception of eventual rights or wills they have or are entitled to have is merely a result of being programmed to such. As a consequence, owners of these machines would also own their respective creations. However, if humanity is ever able to build self-aware machines, these machines appear to be entitled to the legal acknowledgement of rights, whether we are talking about the right to own property or some sort of fundamental rights, similar to the ones of humans, but with the due adaptations.

Designers and users should be directly liable for actions that artificially intelligent agents are programmed or commanded to take (respectively). Regarding autonomous actions of the agents, one of two scenarios is possible: if the action was enabled by a coding deficiency, product defect rules apply and the designer would be held liable for negligence; if the action results purely from the evolving conduct of the agent, the designer could exempt himself by subscribing insurance on behalf of the agent, otherwise being directly liable. By ensuring that the agent has means to compensate third parties for the damages it causes, the designer passes his liability on to it. This insurance scheme may be complemented by a compensation fund destined to ensure that damages can be compensated for in cases where no insurance exists. This fund would too rely on contributions from designers, yet, in order to not be overburdened with costs, they may opt to incorporate these costs in the selling price of the agents. Self-aware machines, on the other hand, may be held directly liable for their actions, since their ability to subjectively perceive the concepts of justice and punishment would enable the application of standard rules of liability. The fact that self-aware machines have a conscience, are sentient and able to have subjective experiences places them much closer to humans than to machines and, perhaps, closer to humans than any other reality. The eventual use of public services or infrastructures by an artificially intelligent agent does not translate into a benefit for the agent, but for the owner or user who instructed him to take the action that implied the use of that service or infrastructure. In fact, since artificially intelligent agents are designed to directly or indirectly contribute to the wellbeing of humans, a human will always be the ultimate beneficiary of the public services or infrastructures that the agent uses while carrying out its purpose. Therefore, it does not seem correct to say that it would be fair for artificially intelligent agents to be taxed because they benefit from public investments. Taxes, however, may also be justified by necessity. This is the case of taxes that aim to modify patterns of consumption or employment within the economy, by making some classes of transaction more or less attractive.

Conclusion. When designing technology that could impact the safety or wellbeing of humans, it is not enough to simply presume that it works. We believe that if designers cannot achieve justified confidence that an agent is safe and controllable, so that deploying it does not create an unacceptable risk of negative consequences, then the agent cannot and should not be deployed. Nevertheless, we also believe that artificial intelligence has the potential to place mankind on the path to prosperity and ultimately free Men from the burden of labour, giving us the opportunity to focus on tasks where creativity and passion play bigger roles. As Stephen

Hawking once put it, with current and near- future technology ‘everyone can enjoy a life of luxurious leisure if the machine-produced wealth is shared, or most people can end up miserably poor if the machine-owners successfully lobby against wealth redistribution’[17][11]. Therefore, it is our understanding that all of the solutions that we have here prescribed, or any others that are recommended or adopted, shall, at every moment, be susceptible to adjustment in order to strike a balance between guaranteeing the wellbeing of our species and the freedom to innovate. Artificial intelligence is not something to be afraid of, but rather to embrace. And, by pro-actively discussing the challenges this technology may comport, we are a few steps closer to prevent any potential downside while still fully reaping its benefits.

List of literature used:

1. Elon Musk, Interview with Sam Altman. Y Combinator’s How To Build The Future Series [Електронний ресурс] / Elon Musk, Interview with Sam Altman. – 2016.
2. Draft Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics / . – European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2016.
3. Rise Of The Robots Is Sparking An Investment Boom [Електронний ресурс] // Financial Times. – 2016. – https://www.ft.com/content/5a352264-0e26-11e6-ad80-67655613c2d6.
4. Jing Bing Zhang and Others. IDC FutureScape: Worldwide Robotics 2017 Predictions / Jing Bing Zhang and Others., 2016.
5. Turing A. Computing Machinery And Intelligence / Alan Turing., 1950.
6. Feigenbaum E. Some Challenges And Grand Challenges For Computational Intelligence / Edward Feigenbaum. // Journal of the ACM. – 2003.
7. Russell S. Artificial Intelligence: A Modern Approach / S. Russell, P. Norvig., 2009. – (3rd edition).
8. George L. Artificial Intelligence: Structures And Strategies For Complex Problem Solving / Luger George., 2004. – (5th edn,).
9. Poole D. Computational Intelligence: A Logical Approach / D. Poole, A. Mackworth, R. Goebel., 1998. – (1st edn).
10. Nilsson N. J. Artificial Intelligence: A New Synthesis / Nils Nilsson., 1998. – (1st end).
11. Kurzweil R. The Age of Spiritual Machines / Ray Kurzweil. – 1999.
12. Report of the White House of the U.S.A. on artificial intelligence. – 2016. – https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_ future_of_ai.pdf.
13. Gates B. Why Bill Gates Would Tax Robots / B. Gates, K. J. Delaney., 2017.

17 Stephen Hawking, ‘Science AMA Series: Stephen Hawking AMA Answers’ <https://www.reddit.com/r/science/comments/3nyn5i/science_ama_series_stephen_hawking_ama_answers> accessed 27 May 2017.

Спектор О.М.,
кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри теоретико-правових
дисципілн Юридчиного інституту
Київського міжнародного університету

РЕЖИМИ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ В СФЕРІ ПРИРОДНО-РЕСУРСНИХ ВІДНОСИН

У статті аналізуються режими міжнародно-правової відповідальності за порушення у сфері використання природних ресурсів. Автор визначає види режимів міжнародно-правової відповідальності, досліджує особливості застосування термінів responsibility та liability. Аналізується тенденція формування міжнародно-правових зобов'язань держав на заміну існуючого «м'якого права». Досліджуються особливості договірної і деліктної міжнародно-правової відповідальності держав у випадках заподіяння транскордонної екологічної шкоди.

***Ключові слова**: режими міжнародно-правової відповідальності. транскордонна екологічна шкода, підстави міжнародно-правової відповідальності, договірна відповідальність, деліктна відповідальність.*

В статье анализируются режимы международно-правовой ответственности за нарушения в сфере использования природных ресурсов. Автор определяет виды режимов международно-правовой ответственности, исследует особенности применения терминов responsibility и liability. Анализируется тенденция формирования международно-правовых обязательств государств на замену существующего «мягкого права». Исследуются особенности договорной и деликтной международно-правовой ответственности государств в случаях причинения трансграничного экологического вреда.

***Ключевые слова**: режимы международно-правовой ответственности. трансграничная экологический вред, основания международно-правовой ответственности, договорная ответственность, деликтная ответственность.*

Regimes of international legal responsibility for violations in the field of the use of natural resources are analyzed in the article. The author defines the types of regimes of international legal responsibility, investigates the peculiarities of the application of the terms of responsibility and liability. The tendency to establishing of the states international legal obligations instead the existing "soft law" is also analyzed. The peculiarities of contractual and tort international legal liability of states in cases of transboundary environmental damage are studied.

***Key words**: regimes of international legal responsibility. transboundary environmental damage, grounds of international legal liability, contractual liability, tort liability.*

Відповідальність є одним з загальносистемних інститутів міжнародного права, що охоплює всю його структуру. Як зазначає В.Г. Буткевич міжнародно-правова відповідальність не має галузевого поділу, як то є у внутрішньодержавному праві. Вона є цілісним інститутом. Разом з тим можуть бути різні режими міжнародно-правової відповідальності [2]. Наприклад, Я.Ю. Сурвіло каже про «міжнародно-правовий режим відповідальності держав-поручителів за шкоду навколишньому середовищу, заподіяну

діяльністю в Районі» [23]. Хоча, в проекті статей КМП ООН щодо відповідальності Комісія зазначала, що для відповідальності держав існує лише один режим і він походить від порушення зобов'язань [8]. На думку Л. Оппенгейма «відповідальність…. є властивістю кожної держави, як міжнародної особистості, без якої сім'я народів не могла б мирно існувати» [21].

На вірне зауваження Ю.М. Колосова «Питання міжнародної відповідальності однаково важливі в сфері як публічно-правових, так і приватноправових відносин. Більш того, відповідальність в цих двох розділах міжнародного права має багато спільного і тісно взаємопов'язана, що чітко проявляється в процесі аналізу питань відповідальності з різних галузей міжнародного права» [11].

КМП ООН в рамках своєї роботи в кінці 1990-х років остаточно зафіксувала у міжнародному праві відмінність двох англомовних термінів: responsibility і liability. Їх часто однаково перекладають як «відповідальність», проте, практика міжнародного права фіксує відмінність. КМП, працюючи над темою «Відповідальність держав», в 1978 р. вказала, що відмінності між двома типами відповідальності (responsibility і liability) настільки істотні, що «лише в силу відносної бідності юридичної мови для позначення як першого, так і другого поняття використовується один і той же термін» [46].

Коли мова йде про відповідальність держав і міжнародних організацій за міжнародно-протиправні діяння, а також фізичних осіб за порушення міжнародного права використовують термін responsibility, коли ж мова йде по транскордонну шкоду та цивільно-правову шкоду завдану переважно операторами кажуть про liability. Як зазначив представник США в КМП ООН Кірей (Kearey) «термін responsibility слід використовувати тільки в зв'язку з міжнародно-протиправними діяннями, і що по відношенню до можливих шкідливих наслідків від виконання певних правомірних дій слід використовувати більш відповідний термін – liability» [28]. Характерною ознакою responsibility є порушення норм міжнародного права, своєю чергою liability не передбачає порушення правої норми. Вона передбачає не виконання зобов'язання належної обачності, настання шкоди з недогляду чи бездіяльності або суворої відповідальності, що не передбачає доведення вини. Саме під терміном liability найчастіше ховається екологічна відповідальність за транскордонну шкоду. Так, в Справі озера Лану арбітраж встановив, що Франція знехтувала вживанням всіх можливих заходів щодо запобігання транскордонної шкоди і, отже, арбітраж встановив настання відповідальності Франції за

наявністю вини у сенсі неправомірного і недбалого поводження.

В той же час в доктрині міжнародного права лунають скептичні думки з приводу існування екологічної відповідальності. Так, А. Кісс і Д. Шелтон зазначають, що в цілому, однак, держави демонструють значне небажання вирішувати питання, пов'язані з екологічною шкодою, на міжнародному рівні. Держави дійсно визнають принцип відповідальності держави як такої та включають його у деякі міжнародні договори, але це в основному робиться в найбільш загальному і декларативному порядку і рідко включає прийняття конкретних норм. Незважаючи на загальну проблему, яку держави, схоже, мають у разі прийняття або вимоги заяви про відповідальність в цілому, ще залишається свого роду "м'яка відповідальність" на кшталт "м'якого права" [40]. Як зазначає А. Крайльхюбер, ця м'яка відповідальність послідовно підкреслюється в численних деклараціях і резолюціях (принцип 22 Стокгольмської декларації (1972 р.), 13 принцип Декларації Ріо (1992 р.), III Програма Монтевідео (2001 р.), тощо) [41].

Всі ці аспекти важливі для з'ясування змісту міжнародно-правової відповідальності за порушення в сфері природно-ресурсних відносин. Сучасне міжнародне право в цій сфері рухається кількома напрямками формуючи кілька режимів відповідальності. Існування різних режимів в сфері відповідальності за транскордонну шкоду підтверджує і практика міжнародного права. Так, Проект принципів, що стосуються розподілу збитків у разі транскордонної шкоди, заподіяної в результаті небезпечних видів діяльності (2006 р.) зазначає, що «у тих випадках, коли щодо конкретних категорій небезпечних видів діяльності спеціальні угоди на глобальній, регіональній або двосторонній основі забезпечували б ефективні домовленості, що стосуються компенсації, заходів реагування та міжнародних або національних засобів правового захисту, слід докладати всіх зусиль щодо укладення таких спеціальних угод» (принцип 7 «Розробка спеціальних міжнародних режимів») [9].

Отже, по-перше, кодифіковано звичаєві міжнародно-правові норми щодо відповідальності держав за протиправні діяння (Статті про відповідальності держав за міжнародні протиправні діяння (2001 р.)). Наприклад, в її рамках протиправними і такими що тягнуть міжнародно-правову відповідальність є агресія однієї держави проти іншої, що тягне за собою окупацію територій і загарбання природних ресурсів. Наприклад, МС ООН в консультативному висновку по Намібії (1970 р.) зазначив: «Зберігаючи теперішню незаконну ситуацію, і продовжуючи керувати територією, не маючи на це права,

Південна Африка несе міжнародну відповідальність, що випливає з триваючого порушення міжнародного зобов'язання» [42]. Також, за Конвенцією про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище (1977 р.) держави «зобов'язуються не вдаватися до військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, які мають широкі, довгострокові або серйозні наслідки, як способів руйнування, нанесення шкоди або спричинення шкоди будь-якій іншій державі-учасниці» [12]. Специфікою цього режиму відповідальності є те, що вона настає саме за порушення. Відповідно, порушення договірних і звичаєвих зобов’язань в сфері природоресурсних відносин буде тягнути міжнародно-правову відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. По-друге мова йде про транскордонні наслідки дій, не заборонених міжнародним правом (кодифіковано в рамках Статей про запобігання транскордонної шкоди від небезпечних видів діяльності (2001 р.) і Проект статей про принципи розподілу транскордонної шкоди від небезпечних видів діяльності (2006 р.) підготовані КМП ООН). Ці документи кодифікували режим міжнародно-правої відповідальності за транскордонну шкоду, що спричинена, наприклад, експлуатацією гідротехнічних споруд або видобутку корисних копалин у кар’єрах. По-третє, мова йде про індивідуальну кримінальну відповідальність згідно міжнародного права за дії проти довкілля і природних ресурсів. Наприклад, Римський статут МКС (1999 р.) передбачає «заборону умисного вчинення нападу, коли відомо, що такий напад стане причиною…. великого, довгострокового і серйозного збитку навколишньому природному середовищу, який буде явно непорівнянний з конкретним і безпосередньо очікуваним загальним військовою перевагою» [22] (п. "iv" ст. 8). Таким прикладом може бути необґрунтоване знищення лісів під час воєнних дій. Є пропозиції також включити до таких злочинів і екоцид, в якості дій , що передбачають «значне руйнування, пошкодження або втрату екосистеми на певній території, незалежно від діяльності людини або з інших причин, до такої міри, що мирне співіснування жителів цієї території було б поставлено під серйозну загрозу» [38]. Прикладом екоциду може служити «тактика випаленої землі» [19]. І по-четверте, в міжнародному праві сформовано підхід щодо наявності цивільно-правої відповідальності операторів за шкоду спричинену довкіллю. Ці договори охоплюють такі області, як небезпечні відходи, забруднення морського середовища, ядерна безпека, транспорт та ін. Наприклад, Конвенція РЄ про цивільну відповідальність за шкоду, заподіяну в результаті діяльності, небезпечної для

навколишнього середовища (1993 р.), яка передбачає цивільну відповідальність оператора небезпечних видів діяльності (за конвенцією досить вузького розуміння – зберігання небезпечних речовин, ГМО, експлуатація установок для спалення відходів) за шкоду довкіллю в процесі своєї діяльності. До поняття довкілля входять також «природні ресурси, як абіотичні, так і біотичні, такі як повітря, вода, ґрунти, фауна і флора» [30]. Основою тут виступає принцип 13 Декларації Ріо (1992 р.) за яким «Держави повинні розробляти національні закони, що стосуються відповідальності за збиток, що наноситься жертвам забруднення та інших видів екологічно шкідливої діяльності, і компенсації такої шкоди».

Деякі міжнародно-правові документи передбачають також криміналізацію у національному праві злочинів проти довкілля в широкому сенсі, включаючи і злочини щодо природних ресурсів. Так, першою стала поки не чинна європейська Конвенція про захист навколишнього середовища за допомогою кримінального законодавства (1998 р.) [13] яка передбачає встановлення в національному законодавстві сторін індивідуальної кримінальної відповідальності за «умисні злочини» серед них за «незаконне зливання, викид або випуск речовин або іонізуючого випромінювання…. незаконного вивезення, звернення, зберігання, транспортування, експорту або імпорту небезпечних відходів,… незаконної діяльності виробництва, що виконує становлять небезпеку операції в повітря, ґрунт або воду, що завдають або здатних зробити шкідливий вплив на атмосферне повітря, води або ґрунту, загрозу життю або здоров'ю людини або станом охоронюваних пам'яток історії та культури, іншим охоронюваним об'єктам, власності, завдати шкоди життю або здоров'ю тварин або рослин» (ст. 2 п. б-д), а якщо теж саме діяння вчинено не умисно – в якості «злочинів з недбалості» (ст. 3). В якості адміністративних або кримінальних правопорушень має бути кваліфікована ціла група менш тяжких діянь, і серед них: «незаконна діяльність, яка призводить до змін, згубних для природних складових національних парків, державних природних заповідників, водосховища або інших охоронюваних природних територій; незаконного володіння об'єктами флори і (або) фауни, отримання, ліквідації, збуту або обміну об'єктів дикої флори і фауни» (ст. 4). Крім того, злочини умисні і злочин з недбалості за ст. 2 і 3 Конвенції можуть кваліфікуватися і щодо дій юридичних осіб відповідно розглядаючись в якості «корпоративної відповідальності»: «створення умов для застосування кримінальних або адміністративних санкцій або заходів впливу до юридичних осіб, від імені яких злочин

було скоєно їх органами або членами або іншим представником», яка застосовується поряд з індивідуальною кримінальною відповідальністю (ст. 9). Цікавим аспектом конвенції є передбачене для «груп, фондів або асоціацій, діяльність яких, за статутом, спрямована на захист навколишнього середовища, право на участь в кримінально процесуальних діях по відношенню до злочинів, встановлених Конвенцією» (ст. 11). Конвенція як санкцій за перераховані вище склади злочинів має на увазі позбавлення волі і штрафи, а також заходи щодо відновлення навколишнього середовища (ст. 6). Крім того, можлива реалізація відповідальності шляхом конфіскації коштів і доходів або власності, вартість якої оцінюється на суму доходів стосовно до перерахованих злочинів (ст. 7). Відповідно, Конвенція дозволяє застосовувати кримінальне право в сфері, яка зазвичай відноситься до області цивільно-правової відповідальності.

Пізніше в рамках ЄС було послідовно ухвалено два документи про кримінально-правову охорону довкілля: Рамкове рішення Ради 2003/80/ПВД про кримінально-правової охорони навколишнього середовища [31] відмінене Судом ЄС через невірний вибір правових засад для ухвалення рішення [39] та замінена на Директиву про кримінально-правової охорони навколишнього середовища 2008/99/ЄС. Взявши за основу підходи Конвенції 1998 р. Директива 2008/99/ЄС передбачила більш спрощений підхід: встановлено лише кримінальну відповідальність для фізичних осіб за умисні злочини або злочини з недбалості проти довкілля, аналогічні встановленим в Конвенції 1998 р. (ст. 3), а також відповідальність юридичних осіб за ці ж типи злочинів (ст. 6-7) [32]. Нажаль, ця Директива не створює ніяких зобов'язань щодо застосування таких покарань. Лише встановлено, що «покарання, які накладаються за такі злочини, повинні бути ефективними, пропорційними та стримуючими» (ст. 5). Директива встановлює мінімальний рівень захисту навколишнього середовища за допомогою кримінального законодавства. Держави-члени мають право виконувати або впроваджувати суворіші захисні заходи.

Розглядаючи ці режими відповідальності треба зазначити наступне. Свого часу А. Фердросс зазначав, що «просте заподіяння шкоди не є підставою для міжнародно-правової відповідальності. Вона виникає, тільки якщо шкода заподіяна внаслідок порушення міжнародного права» [24]. Причому КМП ООН зазначала, що «рекомендації, зроблені органами міжнародних організацій» або «такі, що не мають обов'язкової сили угоди», наприклад, Заключний акт Гельсінкської наради від 1 серпня 1975 р., можуть

висловлювати зобов'язання або норми, які не мають на меті бути юридично обов'язковими як такі [8]. Їхнє порушення не породжує міжнародно-правової відповідальності [18]. В той же час, в доктрині міжнародного права були і інші підходи до міжнародно-правової відповідальності. Так, Е. Хіменес де Аречага стверджував: «Для автоматичного виникнення відносин відповідальності між державою-правопорушником і потерпілою державою необхідна ще одна додаткова умові: наявність шкоди, завданої потерпілою державою» [25]. На думку Д. Анцилотті «існування міжнародного правопорядку передбачає, що суб'єкти, на яких лежать обов'язки, повинні також нести відповідальність за їх невиконання» [1]. Як зазначає Ю. Колосов, Анцилотті не зводить випадки виникнення відповідальності до фактів порушення норм права. Він говорить про порушення обов'язків, які можуть існувати не тільки у вигляді норм права [11]. Саме такий підхід щодо міжнародно-правової відповідальності застосовує КМП ООН. Як зазначено в ст. 1 Статей КМП про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння (2001 р.) основним є принцип, згідно з яким міжнародно-протиправні діяння держави призводять до міжнародної відповідальності цієї держави. Причому, як зазначив МС ООН в Справі Про дипломатичний і консульський персонал США в Тегерані Міжнародний Суд, відповідальність виникає також і в зв'язку з бездіяльністю державної влади, які «не вжила відповідних заходів» в обставинах, коли існувала явна потреба у такому вжитті [35]. Більше того, відповідальність держави в деяких випадках може наставати і за дії не державних органів. Так, у резолюції ГА ООН A/RES/68/235 від 20 грудня 2013 р., щодо експлуатації Ізраїлем природних ресурсів окупованих палестинських територій встановлено, що палестинський народ вправі вимагати відшкодування «за любу експлуатацію, знищення або виснаження природних ресурсів, нанесення їм шкоди або створення загрози для них в результаті незаконних заходів, прийнятих Ізраїлем, як окупуючою державою та ізраїльськими поселенцями на окупованій палестинській території» [26]. Тобто, мова йде про відповідальність не лише за дії державних органів, але і переселених державою на окуповані території осіб. Така відповідальність може бути пов’язана з констатованою Комітетом ООН з ліквідації расової дискримінації «політикою держави-учасника з "демографічної рівноваги", яка була заявленою метою офіційних документів щодо муніципальних планів, зокрема в місті Єрусалимі» [44].

У зв'язку з цим в цьому режимі відповідальності в разі будь-яких міжнародних

претензій з питань навколишнього середовища, перш за все, необхідно визначити відповідне міжнародне зобов'язання, яке було порушено. Наприклад, порушення норм права збройного конфлікту збройними силами протягом періоду окупації, зокрема, щодо природних ресурсів (ст. 55 Гаазьких правил сухопутної війни) - державними чиновниками чи особами, що працюють під владою окупуючої держави, передбачає міжнародну відповідальність цієї держави, яка може бути зобов'язана платити за це компенсацію. Так, США розглядають цю проблему і передбачали компенсацію на підставі закону про іноземні претензії, яка покриває шкоду, заподіяну військовою діяльністю Сполучених Штатів за кордоном, в тому числі за експлуатацію природних ресурсів Іраку під час окупації [45].

Характерно, що може бути також позитивне зобов’язання держави. Наприклад, у Протоколі проти незаконної експлуатації природних ресурсів і районі Великих озер (2006 р.) [37] встановлено, що «Держави-члени зобов'язуються створити необхідні механізми для запобігання незаконній експлуатації природних ресурсів та пом'якшення негативних наслідків законної експлуатації природних ресурсів для навколишнього середовища і населених пунктів» (ст. 8 п. 3). Порушення цього зобов’язання бути відповідно тягнути відповідальність держав-членів.

При цьому виникає кілька варіантів поведінки в залежності від скоєного діяння. По-перше, до відповідальності може притягати лише постраждала держава. Таким прикладом, є Справа заводу Trail Smelter. Проте можливі і більш складні варіанти, коли шкоду було завдано групі держав – це право резервує ст. 48 п. 1a Статей КМП ООН про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння (2001 р.). Наприклад, мова може йти про порушення ст. 194 Конвенції ООН з морського права (1982 р.) щодо відкритого моря через його забруднення, особливо якщо воно буде торкатися кількох прибережних держав. У третій ситуації мова йде про шкоду міжнародному співтовариству в цілому, про що йдеться в ст. 48 п. 1b Статей КМП (2001 р.). В цьому випадку мова буде йти про порушення зобов'язання «erga omnes» щодо екологічного питання, і держава що буде викликати до відповідальності може розглядатися як така, що діє не тільки в своїй власній якості, але також як агент від імені усі сторони багатосторонньої природоохоронної угоди або міжнародного співтовариства в цілому. В якості певного прикладу, ми можемо розглядати ініційований Австралією та Новою Зеландією Консультативний висновок МС ООН щодо правомірності японської програми

з вилову китів (2014 р.) [36]. Іншим прикладом є резолюція ГА ООН 56/4 «Проведення Міжнародного дня запобігання експлуатації навколишнього середовища під час війни та збройних конфліктів» (2001 р.) де вказано, «що шкода, заподіяна навколишньому середовищу під час збройних конфліктів, призводить до погіршення стану екосистем та природних ресурсів на тривалий період після припинення конфліктів і часто зачіпає не тільки одну державу і не тільки нинішнє покоління» [4].

Загалом, міжнародному праву невідомі загальні принципи, критерії або методи визначення a priori компенсації за шкоду, заподіяну в результаті неправомірних дій або бездіяльності [34]. ППМП Ліги націй в справі Chorzów Factory зазначила, що «реституція натурою або, якщо це неможливо, виплата суми, що відповідає розміру реституції в натурі; призначення, якщо є необхідність, компенсації за завдані збитки, які не покриваються реституцією в натурі або виробленої замість неї виплатою, - такі принципи, які повинні використовуватися для визначення розміру компенсації, належної за діяння, що суперечить міжнародному праву» [29]. Принципи, розроблені в контексті суперечок, щодо іноземних інвестицій, не можуть автоматично поширюватися на питання компенсації в сфері транскордонної шкоди. Також можуть виникати складні питання щодо вимог, за якими може бути виплачена компенсація, таких, як економічні втрати, біль та страждання [9]. КМП ООН запропонувала наступні вимоги до виплат компенсації базуючись на існуючій міжнародній судовій практиці: a) компенсації підлягає шкода, що може бути обчислена в фінансовому вираженні, у грошових одиницях; b) до неї включається шкода, заподіяна державному майну або персоналу чи в зв'язку з розумними витратами, понесеними у зв'язку з виправленням положення або пом'якшенням наслідків шкоди; c) до неї відноситься шкода, завдана фізичним або юридичним особам, як громадянам, так і які проживають на території держави іноземцям, де їм було заподіяно шкоду; d) враховуються конкретні обставини справи, зміст порушеного зобов'язання, оцінка розумності прийнятих сторонами заходів щодо завданих збитків та, нарешті, міркування справедливості і взаємне примирення [8].

Другий режим відповідальності концентрується навколо відповідальності за транскордонні наслідки дій, не заборонених міжнародним правом (liability). Тут сучасне міжнародне право вже виходить з того, що шкода може бути прямо завдана довкіллю (ст. 2 Проекту статей про запобігання транскордонної шкоди від небезпечних видів діяльності (2001 р.) [10], принцип 2 Проекту принципів, що стосуються розподілу збитків у разі

транскордонної шкоди, заподіяної в результаті небезпечних видів діяльності (2006 р.): «iii) втрату або шкоду в результаті погіршення стану навколишнього середовища; iv) витрати на розумні заходи щодо повернення до попереднього стану майна або навколишнього середовища, включаючи природні ресурси» [10]), проте постраждалим воно бути не може – таким постраждалим є «держави, фізичні, юридичні особи» (принцип 2 Проекту принципів, що стосуються розподілу збитків у разі транскордонної шкоди, заподіяної в результаті небезпечних видів діяльності (2006 р.)) [10]. В цьому сенсі шкода довкіллю може включати також очистку узбережжя від викидів нафти, рятування птахів від нафти, очистку річок від забруднення викликаного аварією, тощо. Наприклад, пункт 1 k iv) ст. 1 Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду (зі змінами) передбачає, що «Витрати на заходи щодо відновлення навколишнього середовища, стан якого погіршився, за винятком незначного погіршення, якщо такі заходи фактично були прийняті або повинні бути прийняті і остільки, оскільки це не охоплюється підпунктом ii)» [3], а також п. 1 ст. 6 Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою передбачає, що «завдання збитків навколишньому середовищу, крім упущеної вигоди» внаслідок такого нанесення збитку, «обмежується витратами на здійснення розумних заходів по відновленню, які були фактично зроблені або повинні бути зроблені» [6]. Конвенція про цивільну відповідальність за шкоду, завдану в результаті діяльності, що представляє загрозу для навколишнього середовища, міститься невичерпний перелік елементів навколишнього середовища, в якій фігурують: «природні ресурси, як біотичні, так і абіотичні, такі, як повітря, вода, грунт, фауна і флора, і взаємодія між цими факторами; майно, що є частиною культурної спадщини, і характерні аспекти ландшафту» [30] (п. 10 ст. 2), в Конвенції про транскордонні наслідки промислових аварій йдеться про шкідливі наслідки промислових аварій для «i) людей, флори і фауни; ii) грунту, води, повітря та ландшафту; iii) взаємозв'язку між факторами, зазначеними в підпунктах i) та ii); iv) матеріальних цінностей і культурної спадщини, включаючи історичні пам'ятники» [17] (п. c) ст. 1), у Конвенції про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер (1992 р.) йдеться про те, що «вплив на навколишнє середовище включає вплив на здоров'я і безпеку людини, флори, фауни, грунту, повітря, води, клімату, ландшафту, історичних пам'яток та інших фізичних структур або взаємодії між цими фактами; він включає і вплив на культурну спадщину чи соціально-економічні умови, які є наслідком

зміни цих факторів» [16] (п. 2 ст. 1).

В той же час до категорії постраждалих від транскордонної шкоди іноді відносять і неурядові організації, наприклад, за директивою 2004/35/ЄС про екологічну відповідальності щодо запобігання і ліквідації шкоди навколишньому середовищу та Орхуською конвенцією про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища (1998 р.) [9]. Постраждалими можуть бути і корінні народи. Так, Декларація прав корінних народів (2007 р.) передбачає, що «корінні народи мають право на відшкодування за допомогою засобів, які можуть включати в себе реституцію або, коли це неможливо, у вигляді справедливої компенсації за землі, території і ресурси, якими вони традиційно володіли або які вони іншим чином займали або використовували і які були конфісковані, відчужені, зайняті, використані або яким було завдано збитків без їх вільної, попередньої і усвідомленої згоди» [5] (ст. 28).

Іноді, норми, щодо відповідальності в рамках цього режиму, які містяться в міжнародно-правових актах мають досить декларативний характер. Так, КБР передбачає, що «2. Конференція Сторін розглядає на основі проведених досліджень питання про відповідальність і виправлення положення, включаючи відновлення і компенсацію за шкоду, нанесену біологічному різноманіттю, за винятком тих випадків, коли така відповідальність є цілком внутрішньою справою» [15] (ст. 14). Інші документи містять чітку часову відсилку до ухвалення спеціального акту щодо відповідальності. Так, Картахенський протокол про біобезпеку до КБР (2000 р.) передбачає, що «Конференція Сторін, яка виступає як нарада Сторін цього Протоколу, на своєму першому засіданні ініціює процес щодо розробки відповідних міжнародних правил та процедур в галузі відповідальності та відшкодування шкоди, заподіяної в результаті транскордонних переміщень живих змінених організмів, на підставі аналізу і належного врахування триваючих процесів у міжнародному праві з цих питань і докладає зусиль для завершення цього процесу протягом чотирьох років» [7] (Ст. 27). В підсумку було ухвалено Нагойсько-Куала-Лумпурський додатковий протокол про відповідальності і відшкодування до Картахенського протоколу про біобезпеку (2010 р.) документ виходить з відповідальності оператора за «збиток, що заподіюється живими зміненими організмами, які інтродуюється внаслідок їх транскордонного переміщення» (ст. 3). Окремо можлива також цивільно-правова відповідальність в рамках національного права

за матеріальну або особисту шкоду (ст. 12) [20].

В ряді випадків держави несуть відповідальність за такий тип шкоди. Наприклад, в Угоді АСЕАН про охорону природи та природних ресурсів (1985 р.) передбачено, що «Відповідно до загальноприйнятих принципів міжнародного права, Договірні Сторони несуть відповідальність за забезпечення того, щоб діяльність, що перебуває під їхньою юрисдикцією або контролем, не завдала шкоди навколишньому середовищу або природним ресурсам, що знаходяться під юрисдикцією інших Договірних Сторін або територій поза межами національної юрисдикції» [27] (ст. 20). На думку Ф. Сандса, Угода АСЕАН 1985 р. стала першим міжнародним договором, в матеріальній частини якого закріплюються положення принципу 21 Стокгольмської декларації з навколишнього середовища (1972 р.) [43]. В рамках Проекту принципів ЮНЕП щодо транскордонних природних ресурсів (1978 р.) зазначено, що «Держави відповідальні за виконання своїх міжнародних зобов'язань в галузі права навколишнього середовища, що стосується збереження і використання спільних природних ресурсів. Вони несуть відповідальність згідно з чинним міжнародним правом за шкоду, заподіяну навколишньому середовищу в результаті порушення цих зобов'язань територіям за межами їх юрисдикції» [33] (принцип 12). Стаття 235 п. 1 Конвенції ООН з морського права (1982 р.), передбачає, що «держави несуть відповідальність за виконання своїх міжнародних зобов'язань щодо захисту та збереження навколишнього середовища. Вони несуть відповідальність згідно з міжнародним правом» [14].

Література:

1. Анцилотти Д. Курс международного права. Т. I. М.: Иностранная литература, 1961. 447 с. С. 393.
2. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основні галузі: Підручник / За ред. В.Г. Буткевича. К.: Либідь, 2004. 816 с. С. 463
3. Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду (1963 р.). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU63K05U.html. (дата звернення: 10.12.2018).
4. ГА ООН. Резолюция 56/4 «Проведение Международного дня предотвращения эксплуатации окружающей среды во время войны и вооруженных конфликтов» (2001 г.). URL: https://undocs.org/ru/A/RES/56/4(дата звернення: 10.12.2018).
5. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (2007 г.) URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml (дата звернення: 10.12.2018).
6. Зведений текст Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою (1992 р.). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU92388.html (дата звернення: 10.12.2018).

7. Картахенський протокол про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття (2000 р.). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_935/conv(дата звернення: 10.12.2018).
8. КМП ООН. 2001 г. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии. Ответственность государств. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2001/russian/chp4.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2001/. С. 118-127(дата звернення: 10.12.2018).
9. КМП ООН. Доклад Комиссии международного права о работе ее 58 сессии. 2006 г. Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом (международная ответственность в случае ущерба от трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности). URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/russian/chp5.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/ С. 91 (дата звернення: 10.12.2018).
10. КМП ООН. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии. Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом (предотвращение трансграничного вреда от опасных видов деятельности) (2001). URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2001/russian/chp5.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2001/ С. 206. (дата звернення: 10.12.2018).
11. Колосов Ю.М. Ответственность в международном праве. М.: Юр. лит-ра, 1975. 256 с., С. 17.
12. Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (1977 г.). URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/hostenv.shtml (дата звернення: 10.12.2018).
13. Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства (1998). URL: https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f58b (дата звернення: 10.12.2018).
14. Конвенція ООН з морського права (1982 р.). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU82K23R.html(дата звернення: 10.12.2018).
15. Конвенція про охорону біологічного різноманіття (1992 р.). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030/conv. (дата звернення: 10.12.2018).
16. Конвенція про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер (1992 р.). URL: http://debetkredit.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU92K05U.html. (дата звернення: 10.12.2018).
17. Конвенція про транскордонний вплив промислових аварій (1992). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU92303.html(дата звернення: 10.12.2018).
18. Лукашук И.И. Право международной ответственности. М.: Волтерс Клувер, 2004. 432 с. С. 87
19. Международное экологическое право. Учебник. /Отв. редактор Р.М. Валеев. М.: Статут, 2012. 639 с. С. 335.
20. Нагойско – Куала-Лумпурский Дополнительный Протокол об ответственности и возмещении к Картахенскому протоколу по биобезопасности (2010 г.). URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/cbd-sp/trt_cbd_sp.pdf(дата звернення: 10.12.2018).
21. Оппенгейм Л. Международное право. Т. I. Полутом I. ИЛ, 1948. С. 310

22. Римский статут Международного уголовного суда (1998 г.). URL: http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r) (дата звернення: 10.12.2018).
23. Сурвилло Я.В. Международно-правовая ответственность за загрязнение окружающей среды при разработке минеральных ресурсов международного района морского дна. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.10 – Международное право; Европейское право. М., 2013. С. 14.
24. Фердросс А. Международное право. М.: Иностранная литература, 1959. 652 с., С. 353.
25. Хименес де Аречага Э. Современное международное право. М.: Прогресс, 1983. 480 с. С. 406.
26. A/RES/68/235. Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 20 декабря 2013 года. URL: https://undocs.org/ru/A/RES/68/235 (дата звернення: 10.12.2018).
27. ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources (1985). URL: https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-01/asean-conservation-nature.xml (дата звернення: 10.12.2018).
28. Barboza J. International liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and the Protection of the Environment // Recueil des Cours. Vol. 247. 1994. P. 295-405. P. 305.
29. Case Concerning the Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13 of 13 September 1928, PCIJ, Series A, No. 17, at p. 47.
30. Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (1993). URL: https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007c079/ (дата звернення: 10.12.2018).
31. Council Framework Decision *2003/80/*JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law // OJ. L 29. 5.2.2003. P. 55-58
32. Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Text with EEA relevance) // OJ. L 328. 6.12.2008. P. 28-37.
33. Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States dated May 19, 1978 / United Nations Environmental Programme Governing Council // International Legal Material. 1978. Vol. 17. P.1091
34. García-Amador F.V., Sohn L.B. and Baxter R.R. (eds.) Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens. New York: Oceana Publications, 1974, P. 89.
35. ICJ Repors. 1980. P. 22-23.
36. ICJ. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment of 31 March 2014. URL: https://www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20140331-JUD-01-00-EN.pdf (дата звернення: 10.12.2018).
37. International Conference on the Great Lakes. Region Protocol Against the Illegal Exploitation of Natural Resources. 30 November 2006. URL: https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr_protocol_against_the_illegal_exploitation_of_natural_resourcess.pdf (дата звернення: 10.12.2018).
38. Jowit J. British campaigner urges UN to accept 'ecocide' as international crime. URL: http://www.guardian.co.uk/environment/2010/apr/09/ecocide-crime-genocide-un-environmental-damage (дата звернення: 10.12.2018).
39. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 September 2005. Commission of the European Communities v Council of the European Union. Action for annulment - Articles 29 EU, 31(e) EU, 34 EU and 47 EU - Framework Decision *2003/80/*JHA - Protection of the

environment - Criminal penalties - Community competence - Legal basis - Article 175 EC. Case C-176/03. // European Court Reports. 2005. I-07879.
40. Kiss A., Shelton D. International environmental law. Nairobi, 2000. 720 p., P. 618.
41. Kreilhuber A. The Law of Transboundary Natural Resources: Oil, Gas and Water. Maastricht, 2004. P. 162
42. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion // ICJ Rec. 1971. 16 (June 21). П. 118
43. Sands Ph. Principles of International Environmental Law. I: Framework, Standards and Implementation (Studies in International Law). Manchester University Press, 1995. P. 402.
44. UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention: concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Israel, 9 March 2012, CERD/C/ISR/CO/14-16, paras 24-25.
45. Wolfrum R. Iraq – from Belligerent Occupation to Iraqi Exercise of Sovereignty: Foreign Power versus International Community Interference // Max Planck Yearbook of United Nations Law. Vol. 9. 2005. P. 1-45. P. 24-25.
46. Yearbook of the International Law Commission. 1978. Vol. II. Part Two. Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session. - N.-Y., 1979. P. 75.

УДК 341.241.8

Галаган С.О.,
здобувач кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ СУЧАСНИХ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ПРО СТВОРЕННЯ ЗОНИ ВІЛЬНОЇ ТОРГІВЛІ

Стаття присвячена дослідженню особливостей сучасних міжнародних договорів про створення зон вільної торгівлі та здійсненню їхньої класифікації. Визначено різницю між договорами про створення зони вільної торгівлі між державами як шляхом укладання двостороннього договору, так і шляхом створення інтеграційного об'єднання, між державою та інтеграційним об'єднанням та між інтеграційними об'єднаннями. Визначені основні особливості сучасних міжнародних договорів про створення зон вільної торгівлі: 1) поєднання політики вільної торгівлі і елементів політики протекціонізму; 2) метою є отримання прибутку державами-членами; 3) розширення предмету регулювання; 4) чим вищим є рівень інтеграції, тим більше створюється інституційних органів та детальніше прописується механізм вирішення спорів; 5) нормативно-правова база зони вільної торгівлі знаходиться в прямій залежності від способу організації зони вільної торгівлі; 6) особлива увага приділяється співвідношенню правової системи об'єднання і національних правових систем його держав-членів; 7) важливим є питання співвідношення правової системи об'єднання і СОТ.

***Ключові слова**: зона вільної торгівлі, міжнародний договір, класифікація, особливість, міжнародне право, економічна інтеграція держав.*

Статья посвящена исследованию особенностей современных международных договоров о создании зон свободной торговли и осуществлению их классификации. Определена разница между договорами о создании зоны свободной торговли между государствами как путем заключения двустороннего договора, так и создания интеграционного объединения, между государством и интеграционным объединением и между интеграционными объединениями. Определены основные особенности современных международных договоров о создании зон свободной торговли: 1) сочетание политики свободной торговли и элементов политики протекционизма; 2) целью является получение прибыли государствами-членами; 3) расширение предмета регулирования; 4) чем выше уровень интеграции, тем больше создается институциональных органов и подробнее прописывается механизм разрешения споров; 5) нормативно-правовая база зоны свободной торговли находится в прямой зависимости от способа организации зоны свободной торговли; 6) особое внимание уделяется соотношению правовой системы объединения и национальных правовых систем его государств-членов 7) важным является вопрос соотношения правовой системы объединения и ВТО.

***Ключевые слова:** зона свободной торговли, международный договор, классификация, особенность, международное право, экономическая интеграция государств.*

The article is devoted to the study of the current international treaties on the creation of free trade zones features and its classification. The author finds the distinction between the agreements on the establishment of a free trade zone between the states both through the conclusion of a bilateral agreement and through the creation of an integration association as well as between the state and integration association and between integration associations. The main features of current international treaties on the creation of free trade zones are defined: 1) the combination of free trade policy and elements of protectionist policies; 2) the purpose is to generate profits for member states; 3) expansion

of the subject of regulation; 4) for the higher level of integration, more institutional structures are created and the resolving disputes mechanism is more detailed; 5) the regulatory framework of the free trade zone is directly dependent on the way in which the free trade zone is organized; 6) special attention is paid to the correlation between the legal system of association and the national legal systems of its member states; 7) an issue of the correlation of the legal system of the free trade zone and the WTO is important.

***Keywords**: free trade zone, international treaty, classification, feature, international law, economic integration of states.*

Актуальність теми дослідження. Зона вільної торгівлі, будучи лише першим і, здавалося б, найлегшим етапом економічної інтеграції, вже потребує врегулювання великої кількості юридичних і економічних питань під час міждержавних переговорів про її створення, які завершуються підписанням міжнародного договору про створення зони вільної торгівлі.

Разом з тим, якщо перелік економічних питань багато в чому залежить від конкретних держав, залучених до створення зони вільної торгівлі, структури торгівлі між ними, рівнів економічного розвитку, то набір юридичних механізмів створення такого інтеграційного об’єднання значно вужчий, що дозволяє здійснити спробу дослідити особливості цих механізмів та знайти їхні закономірності. Тим паче, що в Україні необхідність вивчення такого світового досвіду, особливостей міжнародно-правового регулювання режиму вільної торгівлі є усвідомленою необхідністю як з точки зору теорії міжнародного права, так і з точки зору договірної практики.

Про значущість та необхідність вдосконалення відповідної договірної практики України свідчать кроки, зроблені нашою державою в цій сфері. Досягнення стратегічних для України цілей, зокрема інтеграція до ЄС, є можливою в тому числі при умові приведення національного законодавства та договірної практики у відповідність до світових стандартів.

Теоретична основа дослідження. Існуючі в Україні нечисельні роботи в цій сфері не створюють цілісного наукового уявлення про основні проблеми правового регулювання створення та діяльності зон вільної торгівлі, а позитивний іноземний правовий досвід, на жаль, залишається поза увагою сучасних українських дослідників. Це цілком характерно і для вивчення більш вузького питання особливостей сучасних міжнародних договорів про створення зон вільної торгівлі. Теоретичною основою дослідження стали дослідження, присвячені теоретичній розробці регіональних торгівельних угод, зокрема в частині їхнього співвідношення з правом СОТ, та

дослідження регіональних торгівельних угод та договірної практики України Є.І. Бєльскої, С.Г. Осики, Д.В. Скриньки, В.М. Довганя, В.О. Голубєвої, Д.В. Лініченка, П. ван Ден Боше, Ю. Пауліна, Г. Хорліка, Ч. Дамбо, В.І. Муравйова та І.А. Березовської.

Цілями статті є здійснення класифікації сучасних міжнародно-правових договорів про створення зон вільної торгівлі та визначення їх особливостей.

Результати дослідження. На сучасному етапі розвитку можливим є класифікація договорів про створення зон вільної торгівлі за способом їх організації:

- договори між двома державами про створення зони вільної торгівлі. Це найпростіша форма міжнародного договору про створення зони вільної торгівлі і історично найперша. Саме за цією формою створена найбільша кількість зон вільної торгівлі. Це твердження доводиться і практикою України: 13 зон вільної торгівлі створені двосторонніми договорами (з Вірменією, Канадою, Грузією, Киргизькою Республікою, Азербайджаном, Білоруссю, Казахстаном, Республікою Молдова, Чорногорією, Республікою Північна Македонія, Таджикистаном, Узбекистаном та Туркменістаном; плюс до цього переліку, після завершення ратифікаційних процедур, буде додано Ізраїль), в той час як іншими типами договорів разом створено 5 зон вільної торгівлі, з яких реально діючими є лише 3 (з Європейською асоціацією вільної торгівлі (ЄАВТ), Європейський Союз (ЄС) і в рамках Співдружності незалежних держав (СНД));

- договори, що передбачають створення зони вільної торгівлі між більш ніж двома державами шляхом створення інтеграційного об’єднання. З економічної точки зору таке інтеграційне об’єднання буде перебувати лише на першому етапі економічної інтеграції. Разом з тим, створення об’єднання передбачає вирішення більшої кількості питань, ніж звичайна двостороння угода. Прикладом таких угод можуть служити Угода про створення зони вільної торгівлі в рамках СНД, Північноамериканська угода про створення зони вільної торгівлі, зона вільної торгівлі в рамках АСЕАН.

- договори, що створюють зону вільної торгівлі між державою і інтеграційним об’єднанням. За таким типом міжнародного договору третя держава наче долучається до зони вільної торгівлі, створеної в рамках інтеграційного об’єднання. Однак найчастіше такі міжнародні договори укладаються лише за участю тих інтеграційних об’єднань, які знаходяться на наступних етапах економічної інтеграції, щонайменше на рівні митного союзу. Прикладом може слугувати Угода про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ.

- договори про створення зони вільної торгівлі в межах спільного ринку, який об'єднав в собі цю зону вільної торгівлі і економічний союз. Так ЄАВТ і ЄС об'єднані в рамках Європейського економічного простору (ЄЕП). Це найскладніша форма інтеграції, яка можлива лише у виключних випадках.

Спільним для усіх договорів про створення зон вільної торгівлі є поєднання політики вільної торгівлі і елементів політики протекціонізму. Це поєднання може проявлятися двома шляхами: шляхом введення спеціальних механізмів захисту внутрішніх ринків в угоді і використання механізмів, розроблених СОТ [1]. Один з яскравих прикладів можна спостерігати в Угоді про вільну торгівлю між Євразійським економічним співтовариством (ЄврАзЕС) і В'єтнамом. Статтею 2.10 даної угоди передбачена можливість застосування тригерних захисних механізмів щодо особливо чутливих галузей і товарів. Відповідно до зазначеного механізму, в угоді про вільну торгівлю ЄврАзЕС-В'єтнам встановлені максимальні річні обсяги імпорту для в'єтнамських товарів, при дотриманні яких імпорт в країни ЄврАзЕС здійснюється безмитно. При перевищенні цих порогів країни-члени ЄврАзЕС мають право за рішенням Колегії Євразійської економічної комісії застосувати ввізні мита рівня ставки єдиного митного тарифу, діючого на території ЄврАзЕС. Також в угоді містяться умови про антидемпінгові та спеціальні захисні заходи, субсидії і спеціальні компенсаційні заходи та інші заходи, застосування яких в певних випадках правомірно відповідно до правил СОТ. Такі механізми зустрічаються практично в усіх договорах про створення зон вільної торгівлі.

Хоча напрямки діяльності зон вільної торгівлі різноманітні, незмінною залишається основна мета створення таких зон: отримання прибутку державами-членами шляхом розширення ринку, збільшення імпорту і експорту, створення сприятливих умов для інвестицій. Для досягнення цієї мети в угодах про створення зони вільної торгівлі передбачені інструменти тарифного і нетарифного регулювання, лібералізація умов торгівлі та розвиток взаємодії в обраних сферах [3, 118]. Крім цього в якості цілей практично в усіх угодах зазначаються:

• завершення введення в дію режиму вільної торгівлі в повній мірі;

• лібералізація умов торгівлі, а також подальший розвиток взаємних торгових відносин, у тому числі за допомогою скасування діючих обмежень, в тому числі тих, що

стосуються імпорту та експорту сировини, товарів і послуг з метою забезпечення вільного доступу товарів національних виробників на ринки держав - членів угоди;

• прискорення соціального, економічного і культурного розвитку держав-членів на основі співпраці і взаємодопомоги;

• підтримання взаємовигідного співробітництва з універсальними і регіональними міжнародними організаціями, що мають схожі цілі;

• розвиток взаємодії в обраних сферах (наприклад, у сфері енергетики, транспортних послуг, розвиток спільних ринків по окремих видах продукції).

Наприклад, цілями Угоди про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ, що ґрунтується на торговельних відносинах між ринковими економіками, є: a) досягнути лібералізації торгівлі товарами відповідно до статті XXIV Генеральної угоди з тарифів і торгівлі 1994 року; b) досягнути лібералізації торгівлі послугами відповідно до статті V Генеральної угоди про торгівлю послугами; c) значно збільшити інвестиційні можливості у зоні вільної торгівлі; d) на взаємній основі досягнути подальшої лібералізації ринків державних закупівель Сторін; e) сприяти конкуренції у своїх економіках, особливо коли це стосується економічних відносин між Сторонами; f) забезпечувати достатній і ефективний захист прав інтелектуальної власності; g) сприяти гармонійному розвиткові та розширенню світової торгівлі шляхом усунення бар’єрів у торгівлі та інвестуванні [2].

Іншою особливістю сучасних міжнародних договорів про створення зон вільної торгівлі є розширення предмету його регулювання. Якщо перші договори про зони вільної торгівлі стосувалися лише торгівлі товарами, то сучасні регулюють ще й торгівлю послугами, конкуренцію, електронну комерцію, питання здійснення та захисту інвестицій, захисту навколишнього середовища, прав людини, зокрема трудових. Більшість угод про вільну торгівлю, укладених Україною, стосується торгівлі товарами, і лише три угоди про вільну торгівлю (з ЄС, Чорногорією та державами ЄАВТ) містять положення про торгівлю послугами.

Наявність тих чи інших органів об’єднання залежить від способу організації зони вільної торгівлі. Чим складніше організовані суб’єкти, що є учасниками договорів про зони вільної торгівлі, тим більше органів створюється угодою і тим більшими повноваженнями вони наділяються. Є.І. Бєльская з цього приводу зазначає: «якщо в зоні вільної торгівлі, утвореної між двома державами, взагалі може не бути ніяких постійно діючих органів, то на шляху до ускладнення організації зони вільної торгівлі дані органи

з'являються і стають постійно діючими, розширюється їхня компетенція, збільшується їхня кількість і розширюються напрямки їх діяльності. Дані органи активно беруть участь в механізмі вирішення спорів, допомагають виробляти рекомендації по виконанню зобов'язань сторонами договору про зони вільної торгівлі» [3, 119].

Разом з тим, не заперечуючи правильність зазначеної думки, треба звернути увагу на певну неточність. Навіть в рамках одного типу міжнародних договорів зі створення зон вільної торгівлі, а саме створення зони вільної торгівлі шляхом укладання двостороннього міжнародного договору, організаційна структура може різнитися, що доводиться, в тому числі, і практикою України. Так, Угода між Урядом України та Урядом Киргизької Республіки про вільну торгівлю передбачає лише створення українсько-киргизької комісії для реалізації мети цієї Угоди та вироблення рекомендацій щодо вдосконалення торгово-економічного співробітництва між двома країнами [5]. Угода між Урядом України і Урядом Республіки Бєларусь про вільну торгівлю, крім заснування спільної Українсько-Бєларуської комісії, передбачає ще заснування Міждержавної координаційної ради з експортного контролю [6]. А от щодо інституційної складової Угода про вільну торгівлю між Кабінетом Міністрів України та Урядом Держави Ізраїль, то сторони погодилися створити Спільний комітет, що складається з представників кожної із сторін [7]. Сторони створюють такі підкомітети: Підкомітет з торгівлі товарами, Підкомітет з митних питань, сприяння торгівлі та правил походження, Підкомітет з технічних бар'єрів у торгівлі та Підкомітет з торгівлі та охорони навколишнього середовища. Кожна сторона також призначає координатора угоди – відповідний державний орган.

Нормативно-правова база зони вільної торгівлі також знаходиться в прямій залежності від способу організації зони вільної торгівлі. Наприклад, до Угоди про створення ЄЕП налічується 22 додатки і 49 протоколів [8]. Також постійно діючі органи ЄЕП приймають директиви і керівні роз'яснення з питань функціонування зони. Практично всі вони так чи інакше зачіпають функціонування ЄАВТ і не можуть не прийматися до уваги при вивченні її діяльності. В рамках НАФТА функціонують три міжнародні угоди: сама угода НАФТА, угода про співпрацю в сфері навколишнього середовища та угода про співробітництво в сфері найманої праці. Поряд із зазначеними існує маса секторальних угод, прийнятих на виконання трьох вищезазначених.

Передбачений договором про створення зони вільної торгівлі механізм вирішення спорів теж знаходиться в прямій залежності від способу організації зони вільної торгівлі. Найбільш прості механізми вирішення спорів передбачені угодами про створення вільної торгівлі між державами, а найбільш складні – в рамках договорів між інтеграційними об'єднаннями та між членами певної економічної зони. Слід зазначити, що для всіх договорів такого типу справедливим є твердження про те, що механізм вирішення спорів представлений 2 етапами: проведення консультацій і вирішення спору у судовому або квазі-судовому порядку. Договір про створення зони вільної торгівлі є міжнародною угодою і створює для держав певну сукупність прав та обов'язків як на міжнародному, так і на внутрішньодержавному рівнях. Конституцією кожної держави передбачений свій механізм імплементації міжнародних угод, в тому числі і договорів про зону вільної торгівлі, або можливість їх безпосередньої дії всередині країни. У разі, якщо ми розглядаємо договір про створення зони вільної торгівлі між державами, то передбачений угодою механізм вирішення спорів застосовується при тлумаченні положень угоди [3, 120-121]. Суб'єктами вирішення спорів в таких органах можуть виступати тільки держави-учасниці договору. Господарюючі суб'єкти мають можливість захищати свої права, надані їм договором про зону вільної торгівлі, або юридичним шляхом у національних судах, або політичним шляхом: звертаючись до уряду своєї держави з вимогою провести консультації чи переговори з певного питання.

У разі, якщо договір про створення зони вільної торгівлі укладено між державою і інтеграційним об'єднанням, механізм вирішення спорів ускладнюється. При укладанні договору про створення зони вільної торгівлі між інтеграційним об'єднанням і державою, інтеграційне об'єднання, що володіє ознаками наднаціональності, виступає самостійним суб'єктом такого договору, а він сам стає частиною права інтеграційного об'єднання. Судові органи, передбачені договором про створення зони вільної торгівлі, на міжнародному рівні можуть вирішувати не тільки питання тлумачення, а й окремі питання правозастосування, тільки якщо це передбачено самою угодою. Передбачені угодами діючі органи беруть участь в механізмі вирішення спорів, виробляють рекомендації щодо застосування угоди, беруть участь у формуванні арбітражних панелей і у виконанні своїх рішень. Рішення таких судових органів стають обов'язковими до виконання. Доступ до механізму вирішення спорів у рамках угоди як і раніше є тільки у сторін договору про створення зони вільної торгівлі.

У ЄАВТ, як зоні вільної торгівлі, що функціонує в рамках ЄЕП, є постійно діючий судовий орган, доступ до якого мають як держави-учасниці ЄАВТ, так і господарюючі суб'єкти. Це пов'язано з ускладненим механізмом вирішення спорів, який є загальним для держав-учасниць ЄЕП. В даному механізмі задіяні постійно діючі органи ЄЕП, два постійно діючі судові органи – Суд ЄС та Суд ЄАВТ, а також передбачена можливість ініціювати арбітражний розгляд. Норми ЄАВТ мають безпосередній вплив на всій території ЄАВТ, як і норми ЄЕП. Рішення судових органів в рамках ЄЕП є обов'язковими для країн-учасниць ЄЕП і для господарюючих суб'єктів, якщо їх права і обов'язки зачіпаються таким рішенням.

Співвідношення правової системи об'єднання і національних правових систем представляється досить цікавим і теж знаходиться в залежності від способу організації зони вільної торгівлі. За співвідношенням з національними правовими системами можуть бути виокремлені договори про створення зон вільної торгівлі, які передбачають безпосередній вплив на території держав-членів і договори про створення зон вільної торгівлі, що вимагають прийняття на національному рівні спеціальних нормативно-правових актів на виконання їх положень [3, 122].

Питання співвідношення правової системи об'єднання і правил СОТ не знаходяться в такому явному взаємозв'язку зі способом організації зони вільної торгівлі. Існують договори, норми яких практично ідентичні положенням СОТ, не вступають з ними в протиріччя і не передбачають виключної юрисдикції органів з вирішення спорів, які створюються договором про зону вільної торгівлі. Прикладом такого договору є НАФТА [9]. В рамках ЄС і ЄАВТ угоди про створення зон вільної торгівлі як правило передбачають можливість вибору механізму вирішення спорів, віддаючи перевагу органам по вирішенню спорів, передбаченим цим договором, або органам з вирішення спорів СОТ. Оскільки в ЄЕП даний механізм дуже розвинений, то сторони вважають за краще використовувати саме його.

Практика України підтверджує той факт, що механізм врегулювання суперечок в рамках СОТ залишається основним форумом для розгляду торговельних суперечок, оскільки жодного спору в рамках механізмів, передбачених угодами, розглянуто не було, а, наприклад, спори із державами-сторонами Договору про зону вільної торгівлі СНД (Вірменія, Молдова та Російська Федерація) були ініційовані не в рамках механізмів, передбачених Договором, а в рамках СОТ.

Висновки. Таким чином, за результатами дослідження пропонується наступна класифікація договорів про створення зон вільної торгівлі за способом їх організації: 1) договори між двома державами про створення зони вільної торгівлі; 2) договори, що передбачають створення зони вільної торгівлі між більш ніж двома державами шляхом створення інтеграційного об'єднання; 3) договори, що створюють зону вільної торгівлі між державою і інтеграційним об'єднанням; 4) договори про створення зони вільної торгівлі в межах спільного ринку, який об'єднав в собі цю зону вільної торгівлі і економічний союз. Доведено, що чим вищим є рівень інтеграції, тим більше створюється інституційних органів та детальніше прописується механізм вирішення спорів.

Основними особливостями сучасних міжнародних договорів про створення зон вільної торгівлі визначено наступні: 1) поєднання політики вільної торгівлі і елементів політики протекціонізму; 2) метою є отримання прибутку державами-членами шляхом розширення ринку, збільшення імпорту і експорту, створення сприятливих умов для інвестицій; 3) розширення предмету регулювання міжнародних договорів про створення зони вільної торгівлі; 4) чим складніше організовані суб'єкти, що є учасниками договорів про зони вільної торгівлі, тим більше органів створюється угодою і тим більшими повноваженнями вони наділяються; 5) нормативно-правова база зони вільної торгівлі знаходиться в прямій залежності від способу організації зони вільної торгівлі; 5) механізм вирішення спорів теж знаходиться в прямій залежності від способу організації зони вільної торгівлі і може бути у межах від переговорів до інституційного органу для вирішення спорів; 6) особлива увага приділяється співвідношенню правової системи об'єднання і національних правових систем його держав-членів; 7) важливим є питання співвідношення правової системи об'єднання і правил СОТ.

Разом з тим, дане дослідження присвячене загальному огляду особливостей сучасних міжнародних договорів про створення зони вільної торгівлі. У подальшому видається доцільним звернення до вивчення практики окремих регіонів та держав у частині створення зон вільної торгівлі.

Література

1. Коваль А.Г. Защита национальных производителей в рамках ВТО / А.Г. Коваль, С.Ф. Сутырин, О.Ю. Трофименко // Вестник СПбГУ. Серия 5: Экономика. - 2014. - №1. - С. 53-70. - Режим доступу: http://cyberleninka.ru/article/n/zaschita-natsionalnyh-proizvoditeley-v-ramkah-vto.

2. Соглашение о свободной торговле между Евразийским экономическим союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Социалистической Республикой Вьетнам, с другой стороны (Бурабай, 29 мая 2015 г.), Глава 3, Статья 3.1. [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации [Сайт]. - Режим доступа: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/trade/dotp/sogl_torg/Documents/EAEU-VN_FTA_rus.pdf.

3. Бельская Е. И. Международно-правовое регулирование зон свободной торговли и механизмов разрешения договорных споров : дис. канд. юр. наук : 12.00.10 – Международное право; Европейское право / Бельская Екатерина Игоревна. - Москва, 2018. - 195 с.

4. Угода про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ від 24 червня 2010 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_456.

5. Угода між Урядом України та Урядом Киргизької Республіки про вільну торгівлю від 26 травня 1995 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/417_003.

6. Угода між Урядом України і Урядом Республіки Бєларусь про вільну торгівлю від 17 грудня 1992 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/112_007.

7. Угода про вільну торгівлю між Кабінетом Міністрів України та Урядом Держави Ізраїль від 21 січня 2019 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&id=deda16bd-13bf-4d66-8a6c-ab30839dc8ed&tag=UgodaProVilnuTorgivliuMizhKabinetomMinistrivUkrainiTaUriadomDerzhaviIzrail.

8. Agreement on the European Economic Area [Електронний ресурс]. - Режим доступу: https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Main%20Text%20of%20the%20Agreement/EEAagreement.pdf.

9. North American Free Trade Agreement [Електронний ресурс]. - Режим доступу: https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement.

Литвиненко А.А.,
аспірант кафедри міжнародного права
Факультету міжнародних відносин ЛНУ ім. Франка

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАБУТТЯ ЧЕРЕЗ ЗНИЩЕННЯ ДАНИХ ПРО СУДИМІСТЬ ТА ПІДОЗРУ В СКОЄННІ ЗЛОЧИНУ: ПРАКТИКА СУДІВ ДЕЯКИХ КРАЇН КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ ЄВРОПИ ТА СУЧАСНА ПРАКТИКА ЄСПЛ

З появою реєстрів злочинців та системи ідентифікації персональних даних на основі техніки А. Бертілона, право на недоторканність особистого життя стало швидко набувати нових форм, адже одного разу засуджений чи підозрюваний у скоєнні злочину в подальшому міг постраждати через власне минуле, не маючи можливість влаштуватися на певну роботу, здобути освіту, чи узяти кредит тощо, адже навіть у докомп'ютерну епоху швидкість розповсюдження цих даних до роботодавців, держустанов, банків та кредитних установ була чималою, що не могло не створити позивачам проблем. Через це почастішали судові процеси, де позивачі намагалися отримати рішення суду про знищення даних про судимість та підозру в скоєнні злочину. В більшості випадків, це було нелегко отримати на практиці, однак реально. Після того, як у 1990-х роках подібні процеси з'явилися і в Європейському Суді з Прав Людини, і після рішення по резонансній справі Марпера, постає питання щодо необхідності вивчення прецедентної практики реалізації права на видалення персональних даних щодо судимості у різних країнах світу, яка налічує понад сто років у таких державах, як Франція та США.

***Ключові слова**: право на приватність, захист персональних даних, право на забуття.*

Литвиненко А.А. Реализация права на забытие через удаление данных о судимости и подозрении в совершении преступления: практика судов некоторых стран Континентальной Европы и современная практика ЕСПЧ

С появлением регистров преступников и системы идентификации личных данных на основании техники А. Бертиллона, право на неприкосновенность частной жизни быстро стало приобретать новые формы, поскольку единожды осуждённый или подозреваемый в совершении преступления, в дальнейшем мог бы пострадать из-за собственного прошлого, не имея на то возможности устроиться на некоторую работу, получить образование, взять кредит и так далее – ведь даже в докомпьютерную эпоху скорость распространения этих данных к работодателям, госучреждениям, банкам и кредитным институциям являлась немалой, что не могло не создать истцам проблем. В силу этого, впоследствии участились и судебные процессы, где истцы пытались получить решение суда о уничтожении данных о судимости или подозрении в совершении преступления. В большинстве случаев, это нелегко реализовать на практике, однако реально. После того, как в 1990х годах подобные процессы появились и в Европейском Суде по Правам Человека, и в частности, после решения по резонансному делу Марпера (2008 г.), возникает вопрос о необходимости изучения прецедентной практики по части реализации права на удаления данных истца о судимости и подозрении в совершении преступления, которая насчитывает более ста лет в таких странах, как Франция и Соединенные Штаты Америки.

Ключевые слова: право на неприкосновенность частной жизни, защита личных данных, право на забытие.

Lytvynenko A.A. The application of "right to be forgotten" be means of expunging criminal records: the case law of selected Contintental Europe states and contemporary jurisprudence of the European Court of Human Rights

After the evolvement of criminal registries and Bertillon identification system, the right to privacy has swiftly developed its newly-born hypostases. Indeed, a person being once convicted or accused of a crime could suffer from his impious past in the future, being deprived from an opportunity of certain employment, to be educated or to take a loan. In fact, even in the pre-computer era, the speed of personal data dissemination to employers, public bodies or banks and crediting agencies was high enough at least to create unexpected problems to the plaintiffs. That's why the trials featuring plaintiffs bringing an action to obtain a court order for an expungement of their criminal records became more frequent as the 20th century progressed. In most of the cases, it is quite complicated to obtain such a court order, but it is definitely not beyond reality. Whereas the earliest trials on criminal records expungement have appeared before the European Court of Human Rights in the 1990s, including the resonant judgment of S & Marper v. United Kindgom (2008), there is a necessity to investigate on the jurisprudence on criminal records expungement in various states, which tolls over a centuryfold legacy in such countries, as France and United States of America.

***Key words**: right to privacy, data privacy, right to be forgotten*

Вступ і огляд літератури. Концепція «право на забуття» є неоднозначною та суперечливою. Аналіз судових процесів як в практиці національно-правових систем, так і в міжнародних судах дозволяє припустити, що «право на забуття» є нічим іншим, як позовною вимогою знищити персональні дані позивача. Такими, безперечно є дані про судимість та підозру в скоєнні злочинів. Вочевидь, ту чи іншу справу можна визначити як приналежну до поняття «права на забуття» за фактом того, що особа звертається до суду, аби отримати ордер на знищення, або, як альтернативу (зокрема, доволі-таки характерну для США – обмежене розповсюдження, або приховання[12]) даних про судимість та підозру в скоєнні злочинів. Реалізація такого права, якщо ж брати за основу практику судів США (якщо говорити про англо-саксонську систему права), виглядає наступним чином – це цивільний позов щодо: а) заборони розповсюдження даних, пов'язаних з затриманням та відбування ув'язнення[13] (незалежно від того, чи позивач відбув його, чи його оправдали); б) отримання рішення суду щодо знищення (в окремих випадках – приховання), іноді – повернення позивачеві фолдеру з даними про судимість[14]. У Німеччині, узагальнення судової практики якої наведено у статті із розглядом найбільш цікавих справ, це виглядає так: спочатку позивач повинен звернутися до міського управління МВС, де утримуються його дані про судимість та підозрі в скоєнні злочинів, і в разі відмови у відповідь на заяву

[12] Див. класифікації щодо утримання та знищення персональних даних про судимість у справі зі штату Меріленд: *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*, 273 Md. 262; 329 A.2d 35, 39-41 (1974)

[13] Досить часто, позивачі в США у таких справах не були засуджені, у федеральній справі *Utz v. Hullicane*, 520 F.2d 467, 471- і далі (1975), усі четверо позивачів були судимі, хоч і за «неважкими» статтями, однак їм усе ж вдалося домогтися заборони передачі їх персональних даних до Федерального Бюро Розслідувань.

[14] Див., наприклад справу *Davidson v. Dill*, 503 P.2d 157, 161-163 (1972)

– позиватися до суду для отримання рішення на їх знищення[15]; у той час, як в США, збір даних відбувається після затримання, то в Німеччині це не обов'язково[16]. Підставою для знищення даних, як в США, так і в Німеччині є або 1) статут – напр. положення кодексу, закон чи регламент; 2) судовий прецедент (в США – рішення вищої судової інстанції штату, іноді – апеляційного суду[17]; в Німеччині, залежно від федеральної землі, підставою може бути як статут[18], так і судовий прецедент[19].

Тема знищення персональних даних щодо судимості вперше з'явилася у французькій літературі з криміналістики та кримінального права, зокрема, в А. Бонвілля (1844 і 1863)[1] [2]; Г. Пойттвена (1907)[3] та Р. А. Рейсса (1914)[4]. До більш пізніх (середина 20 століття – до наших днів) авторів з Сполучених Штатів Америки можна віднести Л. Ейзенштадта[5] та Ф. Аллена[6], у 1960-х – А. Гоу [7], П.Д. Петтлера та Д. Хіллмена [8]; у 1970х р.р. – Б. Когона та Д. Лоугері [9], В. Кантрімена [10], Г. Лейка [11], колективу Chicago Law Review (1974) [12], М. та Д. Е-Х. Мазурека[13], у 1980-х р.р. – М. А Франкліна та Д. Джонсен[14], а також ряд сучасних французьких авторів Ж.-К. Фарсі (1990) [15] та Х.В. Ру-Демаре (2012) [16].

Правові аспекти проблеми необмеженого строку утримання даних про судимість та підозру в злочинах знайшли відображення у роботах американських юристів, наприклад, Голда і Вільямса (1969)[17]. У вітчизняній юридичній науці це поняття висвітлювалося слабко: або ж автори не поділяли «право на забуття» на окремі категорії, або доволі обмежено розглядали його в системі права ЄС, до того ж, у вельми-таки специфічному контексті, наприклад, права на знищення даних на електронних ресурсах[18][19]. Автор цієї статті займався дослідженням теми «права на забуття» в контексті свободи слова, на основі справи зі США, *Sidis v. F-R Publishing Corp*. та ряду інших справ у практиці судів Сполучених Штатів[20], і досліджував практику Європейського Суду з Прав Людини з цього питання[21].

Історія. Право на знищення чи видалення даних про судимість насамперед пов'язане з впровадженням та розвитку реєстрів злочинців. Родоначальником таких

[15] Впринципі, такою є загальна практика починаючи з 1960х років, див. *VG Freiburg*, Urt. v. 03.04.1979, VS VI 1054/78, параграф 4-7; *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 2-3. Більш детальний опис процедури див. у справі *VGH Baden-Wurttemberg*, 10.02.2015 - 1 S 554/13

[16] Див. BverwG, Urt. v. 19.10.1982 – BverwG 1C 26.79, параграф 2-3, 5. Так, позивача викликали до управління МВС м. Бохум для зняття відбитків пальців через підозру у махінаціях, проте позивач ніколи не був ані затриманий, ані засуджений в рамках даного провадження.

[17] Див. справу *In Interest of E.C.*, 130 Wis. 2d 376, 381-383 (1986)

[18] Див. справу *BVerwG*, Urt. v. 20.02.1990 – BverwG 1C 30.86, параграф 4

[19] Щодо цього див. позицію вищого адміністративного суду землі Нижньої Саксонії в справі *OVG Niedersachsen*, Urt. v. 21.05.1992, 13 L 1067/92, параграф 1-2; 12-15

реєстрів в країнах Європи стала Франція у першій половині 19 століття. Хоча фахової літератури з криміналістики та судової практики безпосередньо на цю тему є достатньо небагато, автор звертається до французьких першоджерел та практики корекційних[20] («*Tribunal correctionnel*») судових інстанцій, касаційного суду («*Cour de Cassation*), а також цивільних судів («*Tribunal de civil*») в контексті відповідальності за порушення вимог щодо роботи з персональними даними злочинців (тут слід наголосити, що у випадку навмисної махінації передбачалася кримінальна відповідальність[21], у випадку халатності – цивільна[22]). Саме поняття «даних про судимість», чи, французькою, «*casier judiciaire*» та базових принципів функціонування реєстрів злочинців вперше було описане в 1844 році Арнольдом М. Бонвіллем (1802-1894), в роботі про запобіганню рецидивізму у Франції[1], якого деякі фахівці з кримінології вважають «батьком» концепту [22, ст. 29-31]. Та найбільш грунтовну роботу з аналізу особливостей функціонування реєстрів виконав суддя трибуналу в Сені (м. Париж), Густав Пойттвен (1907)[3], який також провів аналіз функціонування таких реєстрів у деяких країнах Європи – чи не єдина робота, присвячена цьому питанню у тогочасній Франції (19- поч. 20 ст.). Ця література, а також практика французьких судів є основним джерелом даного розділу, в якому ми також спробуємо розібратися, як саме утворилося й право на видалення персональних даних з реєстрів, та яким чином вплинуло на сучасну практику судів, в тому числі, і в Європейському Суді з Прав Людини.

Історія реєстрів злочинців у Франції починається з 1790 р., коли управління МВС міста Париж стало збирати витяги з рішень паризьких корекційних судів з вироками (або визнанням підозрюваного невинним), утворивши картотеки, де дані про злочинців розміщувалися в алфавітному порядку. Ст. 29 (п. 1-2) Декрету від 19 вандемьєра IV року (за григоріанським календарем – 11 жовтня 1795 року) запроваджувала реєстр при кожному корекційному суді, зобов'язуючи клерка вести в алфавітному порядку список усіх осіб, що предстали перед судом, а також коротку відомість про отриманий ними вирок; щодесять років клерки з Парижа, Марселя, Бордо та Ліона мали відправляти дані про злочинців у центральний реєстр в м. Париж[23]. Централізовані реєстри злочинців,

[20] «*Tribunal correctionel*» (українською «корекційний суд», «кримінальний суд») – у Франції суд першої інстанції, до предметної юрисдикції якого входять виключно кримінальні справи.

[21] Див. справу *Brajeux*, 31 Mars. 1875, Trib. Corr. de Dijon, 1875 Dall. Per. II 32; 1877 Sirey I 140, 141

[22] Див. справу *Durrieu c. Guy et Cros*, 6 fevrier 1872, Cour d'Appel de Montpellier, 1872 Sirey II 49

[23] 19 vendermiaire an 4 (11 octobre 1795), *Decret sur la division du territoire de la France, par rapport a l'exercise la droit politiques, a l'administration, a la police et la justice; et placement des autorites*, Art. 29 (1); (2), 1835 Pasin. I 90, 93; 1835 Duv. II 312, 315

інформація до яких мала зтікатися з усіх корекційних судів Франції, з'явилися наприкінці 1808 року з прийняттям Кодексу кримінального розслідування Франції, відповідно до ст. 600, 601 та 602 якого, при корекційних судах запроваджувалися реєстри (франц. «*sommaire judiciaire*») усіх засуджених осіб [1, ст. 95-101; 3, ст. 19, 14; ст. 8; 15, ст. 778-779],а за основу положень статей 600-602 були узяті вказані вище норми Декрету 1795 року [3, ст. 24], а от централізованих реєстрів стало два: в МВС та Міністерстві Юстиції[24]. Ранні їх варіанти, за свідченнями Бонвілля та Пойттвена, складалися на кшталт списків клієнтів торговців [1, ст. 90-91]; до картки кожного зі злочинців поміщався додатковий «бюлетень», якщо той скоював новий злочин (починаючи з 1880-х р.р., після прийняття закону щодо покарання злочинців-рецидивістів[25], у практиці французьких судів бюлетні без підкріплення витягом з рішення суду не визнавалися доказами рецидиву або підтвердженням факту судимості[26], проте раніше, Касаційний суд Франції вважав витяг з бюлетню достатнім[27]). Аналогічну позицію стосовно невизнання даних з карток судимості аутентичними без витягу з вироку суду зайняв і Касаційний Суд Бельгії у справі *Ван Зундерта* (1906 р.)[28]. Разом з корекційними судами, реєстрами злочинців володіла і муніципальна поліція міст Франції[3, ст. 25-27]. У 1840-х роках реєстрів злочинців налічувалося близько 400[3, ст. 6]; однак централізація реєстрів, за свідченнями французьких адвокатів та суддів, доволі відчутно сповільнювала роботу судів та прокуратури, адже пошук карток займав багато часу, до того ж, нерідко через неточність даних прокурорам та суддям доводилося напряму звертатися до міських управлінь МВС Франції[29]. Доступ до даних злочинців у реєстрах в перші десятиліття їх функціонування мали винятково суди [3, ст. 6], з 1850 року – прокуратура, яка направляла своїх працівників до реєстрів для видачі «карток судимості»[30]. У 1850 році за наказом МВС[31], систему децентралізували: більшість матеріалів реєстрів з МВС та з Міністерства Юстиції були передані в реєстри до архівів місцевих судів, тюрем та актів цивільного стану. Змінилися і «картки» – прообраз сучасних файлів, які відтепер містили і

[24] *Див. Poittevin*, стор. 24. За ст. 600, в реєстр вносили ініціали, місце роботи, вік та місце проживання засуджених. У той же час, за ст. 601, клерки відтепер зобов'язувалися відправляти копії даних щотримісяці.

[25] *Loi du 27 mai 1885 instaurant la relegation des recidivists*, art. 11

[26] Див. рішення Касаційного суду Франції 19 століття на цю тему: *Grange*, 4 fevr. 1887, Cour de Cass., Cham. crim, 1887 Sirey I 141; *Beauchet*, 14 sept. 1886, Cour de Cass., Cham crim, 1887 Sirey II 56; *Evrard*, 11 aout 1899, 1901 Sirey I 427, 428

[27] Див. рішення Державної ради Франції у справі *Election de Castilao*, 4 nov. 1881, Cons. d'Etat, 1882 Dall. Per. III 68 та справи Касаційного суду Франції стосовно використання «бюлетнів» у якості доказів.

[28] *Procureur General pres la Cour d'Appel de Bruxelles c. Van Zundert*, Cass. 19 novembre 1906, 1906 Pas. I 45, 45-47

[29] *Circulaire Ministrielle du 6 decembre 1850*, Dall. Per. 1853 III 13, 14

[30] Recevez, *Casier Judiciare*, Dall. Per. 1853 III 25, 25-26

[31] Див. текст у Dall. Per. 1853 III 13

інформацію про банкрутство та погашені судимості[32]. Що стосується знищення даних, то дана практика також була відома клеркам реєстрів[33], однак насправді, вона, вочевидь не мала багато спільного з сучасним уявленням про запит до управління МВС про знищення даних про судимість, як це робиться з середини 20 століття, скажімо, у Німеччині. Так, у середині 19 століття, дані про судимість знищувалися, коли раніше судимий вмирав[34]; принаймні в деяких містах Франції клерки знищували персональні дані засуджених, яким виповнювалося 80 років, адже управління вважало, що особи такого віку рідко скоювали злочини, і навряд чи би прожили довше 80 років[35]. Підтвердженням цього могло стати свідоцтво про смерть, однак доволі важко оцінити, наскільки злагоджено діяли працівники реєстрів, аби вчасно вносити в картки поправки, або ж знищувати їх. Виходячи з практики французьких судів у справах, пов'язаних з недбалістю обробки даних, організація була наступною: зразу після оголошення рішення суду клерки надсилали дані «бюлетні» до судів та прокуратури, яка, в свою чергу, направляла документи до Генеральної Прокуратури Франції; потім «бюлетні» поверталися до реєстрів та очікували верифікації даних злочинців; вже потім, клерки розміщували дані злочинців у реєстрах в алфавітному порядку[36]. Власне, недбалість серед клерків рідкістю не була, однак не завжди працівник реєстру був винен у втраті даних, як, наприклад, в справі *Mesnard c. Crevelier*, де працівник суду подав позов на працівника реєстру на підставі видачі чоловікові, який бажав служити в армії, «порожнього» бюлетня, який засвідчував відсутність у нього судимостей, однак той чоловік був мінімум раз судимим. Суд Бордо зазначив, що відповідальність, передбачена ст. 1382 Цивільного Кодексу Франції за професійну недбалість (так, наприклад, в Бельгії і Франції, відсутність згоди на інвазійне лікування, фактично, інформованої [з поправкою на 19 століття] згоди, також несла за собою цивільну відповідальність на базі статті щодо професійної халатності[37]), могла настати за умови, якщо сам працівник реєстру неналежно повівся з документами, чи не знайшов бюлетню, суд встановив, що бюлетень вчасно не повернувся з міського

[32] *Recevez*, Dall. Per. 1853 III 25, 26
[33] Там само, ст. 25.
[34] Там само, ст. 26
[35] *Farcy*, ст. 9
[36] *Mesnard c. Crevelier*, 12 fevrier 1874, Trib. civ. de Bordeaux, Sirey 1874 II 247.
[37] Див. Бельгія: *Demarche c. Dechamps*, 27 Nov. 1889, Trib. civ. de Liege, BJ 1890.471, Pas. 1890 III 83, 85; апеляція по справі, 30 juin 1890, Cour d'Appel Liege, Pas. 1891 II 78, 80; Sirey 1895 II 237, 237-238; Dall. Per. 1891 II 281; Франція: *Epoux N c. Docteur Lenormant*, 28 Juin 1923, Cour d'Appel Paris, Dall. Per. 1924 II 116; *Vve Seignobos c. Docteur H*., 31 octobre 1933, Cour de Cass., 1934 Sirey I 11, 11-12.

суду до реєстру і виніс рішення на користь відповідача[38]. Іноді, в разі недбалості або ж махінацій з даними реєстрів наставали негативні наслідки (наприклад, позивача виключили з армії), він міг домогтися від держави компенсацію за заподіяну шкоду у разі доведення провини клерка за недбалість[39]. Тут варто зазначити, що з середини 19 ст., почалося і міжнародно-правове співробітництво з обміном даних про судимість в рамках двосторонніх договорів, і почалося воно також з Франції: 25 квітня 1857 р. МВС Франції та Австро-Угорської Імперії уклали міжміністерську угоду про обмін даними про засуджених між країнами за ініціативою австрійської сторони, який розпочався з 1858 року [2, ст. 629-633; 3, ст. 327]. *Бонвіль* (1864) підкреслював, що ряд країн Європи, зокрема Португалія та Італія взяли за основу французьку модель створення реєстрів злочинців[2, ст. 629-631]. В 1869 Франція та Австро-Угорщина уклали договір про екстрадицію [23, ст. 328-329], положення якого (стаття 17) передбачали обмін «картками засуджених» між країнами[3, ст. 327-328]. Цікаво, що з 1870 р. Франція та Велике Герцогство Боден (1806-1918) обмінювалися даними про судимість та витягами з вироків судів через міністерства закордонних справ, у 1888 після міністерського декрету Герцогства, вони стали надходити через дипломатичну пошту [3, ст. 327], щоправда жодних двосторонніх договорів між двома державами не укладалося. За даними Густава Пойттвена, ця практика збереглася принаймні до початку 20 століття[3, ст. 326-327].

Іноді, працівники реєстрів вдавалися до махінацій задля знищення даних за проханням засуджених, хоча в майбутньому, нерідко засуджені підробляли та фальсифікували документи, представляючись чужими іменами, та маючи при собі документи інших осіб, у той же час, за фальсифікацію «*casier judiciaire*» також передбачалася кримінальна відповідальність[40]. За свідченнями Пойттвена, дана «практика» почалася з кінця 19 століття, відколи засуджені стали усе активніше фабрикувати та підробляти документи, представлятися чужими іменами та мати при собі чужі документи [3, ст. 146]. При цьому, важливими були дві умови: найперше, це те, що особа, за яку себе видавав злочинець, повинна була мати судимість, адже без цього, «картка судимості» не була б заведена; по-друге, особа повинна бути не померлою, оскільки «картки судимості» знищувалися після смерті засуджених на підставі свідоцтва

[38] *Mesnard c. Crevelier*, 12 fevrier 1874, Trib. civ. de Bordeaux, Sirey 1874 II 247, 248
[39] *Poirey*, 25 juin 1924, Cons. D'Et., Dall. Heb. 1924.687, 688
[40] Див., наприклад, справу *Min. Publ c. Femme Lalonde*, 4 Mars. 1907, Cour d'Appel de. Paris, Dall. Per. 1907 II 355

про смерть[41]. У той же час, в разі того, якщо засуджений «узурпував» особу померлого, або зізнавався про це на суді, тоді ж, кримінальна відповідальність не наставала. Так, у справі *Ф'юмеля*, вирішену міським судом м. Ліможа (1901), шахрай представлявся іменем «доктор Льотеркуль» та продавав фальшиві ліки; будучи заарештованим за шахрайство – назвався «Теодором Шеміном» (судячи з матеріалів справи – на той момент, Т. Шемін був безвісно зниклим); однак на суді Ф'юмель зізнався, що присвоїв собі ім'я іншої людини, і суд вирішив зняти обвинувачення з нього[42]. Вочевидь, з плином 19 століття та з появою техніки ідентифікації злочинців за методом А. Бертіллона, з яким в «картку судимості» стали заносити усі антропометричні персональні дані [4, ст. 36-38], у реєстри стали заносити деяку власність судимих: наприклад, у справі *Вінцента* (1910), винахідливий чоловік, Рене Вінцент, який вже неодноразово притягувався до відповідальності за деякі адміністративні правопорушення, додумався забрати номер автомобіля п. Дюкос, та їздив з цим номером Парижем, знаючи, що порушення правил дорожнього руху, будуть занесені в «картку судимості» особи, за якою закріплений номер автомобіля, і власника автомобіля шукатимуть відповідно до цих даних. Дюкос подала позов на Вінцента за махінацію даних про судимість на підставі п. 1 ст. 11 закону від 1900 року до Корекційного суду Сени (м. Париж), вигравши справу[43]. Не можна оминути увагу і бельгійську справу *Ренара* (1879) з курйозними обставинами. Жандармерія заарештувала чоловіка на ім'я Альфред Ренар за дезертирство з 13 лінійного полку. На допиті обвинувачуваний назвав себе Шарлем Каєром та надав про себе ряд даних, що не відповідали дійсності, однак згодом зізнався, що його звати Альфред Ренар, і що він ніколи не був військовослужбовцем. Тоді корекційний суд міста Монс зняв з позивача обинувачення в дезертирстві, проте він отримав вирок в 1 місяць позбавлення волі та штраф у 26 франків за підробку документів. Позивач подав апеляцію до Брюселю та виграв позов: апеляційний суд Брюселю постановив зняти з нього усі обвинувачення, адже його затримання було визнане неправомірним, а за таких обставин, на думку апеляційного суду, надання фальшивих персональних даних не можна вважати підробкою[44].

[41] *Див. Poittevin,* ст. 146; див. також справу *Min. Publ. c. Schartier,* 26 decembre 1901, Cour d'Appel de Limoges., Jour. des Parq. 1903 II 78

[42] *Fumel,* Limoges, 21 Mars. 1901, Dall. Per 1901 II 200

[43] *Dame Ducos c. Vincent,* 11 aout 1909, Trib. corr. de la Seine, Dall. Per. 1910 II 88; *Loi du 11 juillet 1900*, Dall. Per. 1900 IV 60, Art. 11 (1)

[44] *Le Ministere Public c. Renard*, 30 janvier 1879, Cour d'Appel de Bruxelles, 1879 B.J. 315, 315-316

Загалом же, «реабілітацію» у вигляді знищення персональних даних щодо судимості до кінця 19 століття на практиці було отримати досить важко, однак не нереально, про що свідчить справа *Бражо* (1875): чоловік на ім'я Сіріл Бражо в 1868 році був засуджений у за крадіжку тачки до тримісячного ув'язнення в м. Вассі, надавши дані свого рідного брата П'єра, до фолдеру якого їх і занесли. П'єр звернувся до суду, аби отримати рішення про вилучення даних зі своєї «картки судимості», однак суд першої інстанції відмовив позивачеві, заявивши, що не має предметної юрисдикції давати таке рішення. Апеляційний суд міста Діжон розглянув обставини затримання Сіріла Бражо, якого замість тюрми направили до психоневродиспансеру, де він помер у 1869, і визнав, що позивач П'єр довів помилку внесення судимості за крадіжку тачки, адже ані місце роботи, ані місце проживання позивача не співпадали з поданими Сірілом; також суд визнав, що суд першої інстанції мав повноваження винести рішення про вилучення даних навіть попри те, що законодавство жодних приписів щодо вилучення даних про судимість не містило – на підставі аналогії з вимогою підтвердження судом особи засудженого. В підсумку, позивачеві вдалося добитися вилучення цих даних[45]. Траплялося, що самі суди, як правило, робили «послаблення» щодо рецидивістів та не враховували попередні (переважно не тяжкі) злочини, термін давності яких (що рахувався з моменту винесення вироку), становив понад 10 років[46]. Однак, в 1899 році, парламент прийняв закон[47], який давав право звернутись до суду за видаленням даних щодо судимості. Суд встановлював, через який час ці дані можна буде знищити – 10, 15, чи 20 років у залежності від тяжкості злочину, час відраховувався з моменту вступу вироку в силу (аналогічно це відбувалося і в Швейцарії з деякими умовами). Так, можна пригадати справу *Ермена* (1902), в якій чоловік, востаннє засуджений в 1896 році, волів знищення даних щодо його судимості, аби поновитися в списках виборців, однак суд не задовільнив його вимогу, оскільки десяти років з часу останньої судимості не пройшло[48]. Нотатка до справи та її фабула дозволяють припустити, що дані позивача про судимість розсилалися до багатьох державних інстанцій, окрім МВС та прокуратури, а отже й ефективність знищення даних про судимість позивача в реєстрі засуджених без аналогічних дій в інших реєстрах видавалася б вельми сумнівною[49]. Зауважимо, що аби домогтися видалення даних про

[45] *Brajeux*, 31 Mars. 1875, Cour d'Appel Dijon, 1875 Dall. Per. II 32; Sirey 1877 II 140, 141
[46] *Min. Publ. c. Cantillion*, 23 juil. 1893, Cour de Cass, Cham. Crim., Dall. Per. 1896 I 271, 275
[47] *Loi du 5 aout 1899*, Dall. Per. 1899 IV 60; із внесенням змін законом *Loi du 11 juillet 1900*, Dall. Per. 1900 IV 60
[48] *X c. Hermant*, 26 mars 1902, Cour de Cass, Civ. Rej., Dall. Per. 1904 I 607, 608
[49] Там же, стор. 608

судимість в строк 10, 15 і 20 років, сам позивач повинен був не вчиняти жодних правопорушень у цей час. Власне, про це свідчить справа *Поньона* (1925), де позивач намагався отримати видалення даних про судимість, мотивуючи це тим, що «відбув» 15-річний термін, однак факт ще двох судимостей за побої протягом цього періоду звів усі його намагання нанівець, і Касаційний Суд Франції відмовив позивачеві у знищенні даних про судимість[50].

Практика французьких судів 20 століття свідчить, що колишні засуджені не раз позивалися щодо знищення персональних даних. Наприклад, у 1932 році, Державна Рада Франції (фр. «*Conseil d'Etat*») винесла рішення по справі доктора Батута щодо знищення даних про судимість. Батут, будучи кавалером ордену Легіону Честі ім. Н. Бонапарта з 1905 року, скоїв «вбивство з ревнощів» в Алжирі у 1914 році; відбувши покарання він погасив судимість, однак членство в Ордені відновити йому не вдалося. Суд зазначив, що регламент Ордену[51], сам по собі, не позбавляє членства за скоєння злочину, а призупиняє його на час відбування покарання, у той же час, регламент залишав можливість позбавляти членства через вчинення тяжких злочинів. Верховний Суд відзначив, що видалення його даних про судимість не поновить членство, і рішення про поновлення членства може прийняти лише сам орден. Суд відзначив, що випадки «права на забуття» могли б лежати в площині поновлення в списку виборців[52] (за деякі злочини громадянина могли позбавити права голосу), та оцінив можливість переносу принципу реабілітації в списках виборців на поновлення в статусі кавалера, однак Державна Рада все ж дійшла висновку, що можливість реабілітації, навіть попри видалення інформації про судимість позивача з «*картки засудженого*» не забезпечить йому повернення членства, що є прерогативою керівництва ордену. Відповідно, Батут програв апеляцію[53]. В деякому розумінні, поновлення у списку виборців (незалежно від видалення даних про судимість) ставало для громадян своєрідним «правом на забуття», проте, в разі скоєння тяжких злочинів, зокрема, військових, відновити втрачені громадянські права не видавалося за реальне: у справі Аржентейського мирського суду[54] 1931 року, військовий, засуджений за висловлену неповагу до начальства, намагався поновитися в списках виборців, але за

[50] *Ministiere Publique c. Pognon*, 3 mai 1924, Cour de Cass, Cham. Crim, Dall. Per. 1925 I 69; Dall. Heb. 1924.394
[51] Nov. 24, 1852, Dall. Per. 1852 IV 213, art. 3, 5
[52] Див. примітку до справи *X c. Hermant et al*., 26 mars. 1902, Cour de Cass., Cham. Civ., Dal. Per. 1904 I 607, 607-608
[53] *Batut*, 22 avril 1932, Cons. D'Et., Dall. Per. 1932 III 19, 20
[54] Мирський суд, або «*tribunal de paix*» – кантональний суд у Франції в 1790-1958р.р.

фактом скоєного ним в минулому військового злочину (навіть те, що він не був тяжким), суд відмовив йому[55].

Система ведення реєстрів у Бельгії від свого французького аналога сильно не відрізнялася функціонально, однак в той же час не була децентралізованою, регулювалася виключно міністерськими циркулярами 1880-1890х р.р., та мала дещо видозмінену систему утримання даних, зокрема, розподіляючи злочинців за видом та обставинами скоєних злочинів, яких було близько 10[56]; аби отримати доступ до реєстрів, суди повинні були заповнювати спеціальну форму-запит з поясненням його мети [3, ст. 178-181; 185-186]. Хоча практика бельгійських судів є меншою за французьку, доцільно згадати справу *Peltzer v. Castan*, де донька вбивці Арманда Пельцера, засудженого та померлого в тюрмі за кілька років до позову, судилася з М. Кастаном, директором музею воскових фігур «Musee Castan» (1875 – 1895) в місті Брюсель, де на виставці воскових фігур «*chamber criminelle*» був присутній восковий манекен з зовнішністю її батька; позивачці вдалося виграти позов на підставі майнових прав[57] у імені і зовнішності батька, що захищався законом від 1885 року в Бельгії, добившись заборони виставки[58]. Ця справа неодноразово

[55] *X*, 16 juin 1931, Trib. de paix D'Argenteneuil, Dall. Heb. 1931.536.

[56] За даними Пойттвена, в реєстрах злочини розподілялися на наступні категорії: 1) більшість злочинів (окрім вказаних в наступних категоріях), включаючи усі умовні покарання; 2) військові злочини; 3) пияцтво на публічних місцях; 4) дані щодо вироків іноземних судів громадянам Бельгії; 5) ордери судів про помилування. За його свідченнями, окремими категоріями злочинів також виділялися: жебрацтво, бродяжництво і розпуста (*Poittevin*, стор. 180-181; 185-186.

[57] Див., наприклад, справу *Royer c. Berthon*, Lyon 8 juillet 1887; Paris, 9 aout 1888, Sirey 1890 II 241. Так, говорячи про репродукцію чи продаж фотографії без згоди автора, французькі суди ще в середині 19 століття – що цікаво, задовго до британських та американських судів – визнали, що позивач має майнові права у своїй зовнішності та імені, а отже, фотограф не може без його згоди публікувати його знімок та продавати його: яскравим доказом цього стає справа А. Дюма проти паризького фотоательє Лібера, в якій відомий французький письменник подає позов через публікацію та продаж знімку самого Дюма та письменника разом з акторкою Адою Менкен. Йому вдалося виграти позов: Апеляційний Суд Парижу, на підставі рішення Касаційного Суду Франції (16 janvier 1864, Cour de Cass., Sirey 1864 I 303, Dall. Per. 1864.890), визнав, що репродукція «портрету» та продаж (в конкретному випадку – фотографії) не допускається без згоди людини, зображеної на ньому: див. *Dumas c. Liebert*, 25 mai 1867, Cour d'Appel de Paris, Sirey 1868 II 41, 41-42; Jour. du Pal. 1868 I 216, 217; 2 Pan. Chr. 157, 158-159, див. також A. Bigeon, *Photographie et le Droit*, Paris – Charles Mendel (1894), стор. 162-163 та Безперечно, що майнові права на витвори мистецтва, відповідно до Бельгійсько-іспанської Конвенції від 26 червня 1881, та франко-бельгійської Конвенції від 31 жовтня 1881, належать авторові, а в поняття «витворів мистецтва», окрім усього іншого, входять і фотографія та літографія, репродукція яких та подальший продаж без згоди автора заборонялися: див. Справи: *Spiridione Antippa & G. Zanghaki c. Hippolyte Arnour*, 1 mars. 1877, Cour d'Appel Mixte Alexandrie, Lyon-Caen & Delatain, T. II 22, 24; *Dupont c. Rossel*, 3 novembre 1893, Cour d'Appel de Bruxelles, 1894 Sirey IV 20, 20-21; в Італії: *Stradone c. Esposizione Nazionale quadriennale di arte di Roma*, Sentenza 19 maggio 1959, Trib. di Roma, 1959 (83) Il. Foro Italiano I 173, 177-178. Однак, згадані вище двосторонні договори між Францією і Бельгією, Бельгією та Іспанією не містили положень щодо незаконності публікації фотопортретів людей без їхньої згоди – цей принцип став надбанням судової практики. Слід відзначити, що ряд судів Франції трактували «право у власній зовнішності», як немайнове право, див. наприклад справу *T c. Du Laar*, 4 mars. 1905, Trib. de paix. Narbonne, Dall. Per. 1905 I 390, 391, хоча інші суди прямо зазначали про протилежне, див. справу *Doyen c. Parnaland et Societe Generale des Phonographes et Cinematographiques*, 10 fev. 1905, Trib. civ. de la Seine, Dall. Per. 1905 I 389, 389-390. Обидві справи були позовами осіб, відзнятих на відеоплівку без їх згоди (в першій справі – акторка, що виступала в Соборі святих Юра і Пастора (м. Нарбонна), в другій – пацієнт, хірургічну операцію на якому, зняли на відео).

[58] *Peltzer c. Castan*, 26 Nov. 1888, Cour d'Appel de Bruxelles, Pas. 1889 II 94, 1889 Jour. de Tribunaux 1889.18, 19-21; 25-27; Sirey 1891 IV 35, 35-37. Вирішуючи справу, суд зазначив наступне. «*Свобода комерції та промисловості, як*

визнавалася однією з найбільш ранніх справ в практиці судів Європи, які закріплювали право на недоторканність особистого життя [25, ст. 1467-1468]; у тому числі – чи не найпершою, що підтверджувала існування цього права в практиці бельгійських судів [26, ст. 21] (однак враховуючи ранню практику бельгійських судів, таке твердження є цілком невірним[59]).

Доволі показовою для більш сучасного стану реалізації права на видалення персональних даних є практика судів Швейцарії 20 століття. З найбільш ранніх справ на дану тему можна згадати справу *Охсенбайна* (1889), рішення по якій виніс Федеральний суд Швейцарії. Позивач у цій справі отримав заборону на публікацію буклету описавши історію 16-річної повії з Женеви, яка попросила прихистку у госпіталі, і за власним зізнанням, більше ніколи не воліла займатись проституцією. При собі вона мала документи 23-річної жінки. Сутенера дівчини звинуватили у втягненні неповнолітніх у розпусту, а сама ж дівчина наважилася припинити попередній спосіб життя. Однак, у ході слідства проти сутенера, було встановлено, що 16-річна дівчина раніше фігурувала в реєстрах повій та сама воліла займатися проституцією, попри вік. У тій ситуації, що склалася, Охсенбайн звинуватив відповідача, працівника міського управління поліції. Той, у відповідь, подав позов до суду за наклеп; апеляція результату не дала, тому Федеральний суд виніс рішення на користь відповідача, постановивши відшкодувати 5 тисяч франків[60]. Що ж до реєстрів злочинців, вони утворилися у 1890х р.р. у кожному з кантонів Швейцарії під назвою «*Office du Casier Judiciaire*». Процедура видалення даних також існувала по відношенню до померлих засуджених; за свідченнями Пойттвена, вона

ми востаннє казали […] – Я відповім, що гідність не перебуває в сфері бізнесу, та якщо перетинаються інтереси організатора спектаклю, та й на шкоду, завдану молодій дівчині, правосуддя не може не реагувати»; «*Попри напруженість громадських дебатів та болючість ув'язнення, він [Кастан] повинен був передбачити ганьбу, яку спричинить виставка, його імені та його дітям, обрікаючи їх на довічний публічний осуд…*» (авторський переклад з французької, Recuel Sirey 1891 VI 35, стор. 36)

[59] Так, наприклад, можна пригадати справу *Société Liébig's extract of Meat Company et héritiers Liebig c. Houlekiet et Àoderson*, 10 decembre 1884, Trib. comm. de Bruxelles, 1884 Jour. de. Trib. 1511, 1511-13, де проти двох підприємців, що займалися виготовленням м'ясних естрактів за рецептами Юстуса фон Лібіга, підприємство Liebig Extract of Meat Company та спадкоємці Лібіга за розміщення зображення Лібіга на упаковках (справу виграли позивачі). А справи щодо «right to one's image», поширеної в сучасній практиці ЄСПЛ були відомі в практиці бельгійських судів значно раніше. Так, в ранній справі апеляційного суду м. Льєж, фотограф зробив груповий знімок дітей, однак фотографія вийшла неналежної якості, тому родина не погодилася її забрати, і, відповідно, оплатити його роботу. Фотограф виставив фото дітей на виставці – як виявилося, задля того, аби таким чином змусити родину оплатити фото. Батько дітей подав на нього в суд, який вирішив на його користь, зазначивши, що низька якість зображення не дає підстав розміщувати фото людей на виставці без їхньої згоди, див. *R... c. P…*, Cour d'Appel de Liege, 26 Mai 1859, B.J. 1861.725. Відомі були й справи про розголошення фактів особистого життя у пресі, див. *Bister-Bois D'Engrien c. Lemaitre*, 11 janv. 1888, Trib. civ. de Liege, Pas. 1888 II 192, 193 однак виграти позов було в конкретному випадку можливим лише на підставі наклепу (дифамації), або нанесення моральної шкоди. Судячи з практики бельгійських судів, вони не розрізняли наклеп та втручання в приватне життя позивача, як таке, адже, наприклад, наклепницька публікація розцінювалася ними у 19 столітті також як втручання в приватне життя, див. справу *La veuve de Paepe c. La Journal "Le Patriote"*, 20 mai. 1892, Trib. civ. de Bruxelles, 1892 B.J. 943, 943-944

[60] *Ochsenbein c. Petitpierre*, Arrêt du 29 Juin 1889, BGE 15 I 439, 440-442; 445-446

існувала і по відношенню до давно погашених судимостей, але тоді дані про судимість так чи інакше перераховувалися [3, ст. 259-262, 266-267]. В 1930х відбулись зміни в «*Strafgesetzbuch*» (Кримінальний Кодекс Швейцарії), за яким, у ст. 80 (1) та 80 (2) надавалася можливість знищення даних позивача з «картки судимості» за відповідним рішенням суду[61]. Термін складав 10 або 15 років від дати вироку засудженому (у залежності від характеру злочину), або дорівнював терміну умовного ув'язнення. На щастя, збереглася практика судів, що засвідчує, як саме працював механізм права на реалізацію знищення даних про судимість. Наприклад, у справі *Ворндлі* (1942), позивач збив чоловіка під час руху автомобілем у 1940 році, отримавши строк умовно. Два роки потому, він звернувся до суду, аби отримати ордер на знищення даних про судимість, адже умовний строк став підходити до кінця. Суд підтвердив, що дані про судимість можуть видалятися після закінчення строку, однак оскільки він на той момент не сплив, позивач програв[62]. Задля знищення своїх даних, позивачеві необхідно було оплатити процесуальні витрати, що впринципі могло стати проблемою для багатьох колишніх засуджених з невисоким рівнем доходів: у справі «*X*» (1943), позивач здійснив крадіжку разом зі своїм братом у 1918, відбувши ув'язнення (судячи з витягу рішення суду, доволі нетривале) та з того часу більше ніколи не скоював злочинів. Понад 20 років потому, позивач звернувся до суду кантону Швайц, який не задовільнив його вимогу, оскільки він не міг покрити витрати за процес 1918 року (104.05 франків), поставивши процедуру знищення даних у залежність від оплати, однак не просто за її умови, а за фактом оплати, на думку суду, мав розпочатися термін відліку до дати знищення його даних. Однак, на апеляції, Федеральний суд зазначив, що така позиція нижчестоящого суду є категорично неприйнятною, оскільки це б фактично призвело до того, що більш забезпечений засуджений міг би оплатити процесуальні витрати одразу, чого не можна сказати про людину з доволі низьким рівнем доходів, і тому встановив, що відрахування терміну не може встановлюватися з дати оплати процесуальних витрат. Суд встановив, що позивач може звернутися про знищення даних після оплати витрат, і пішов позивачеві назустріч, встановивши, що злочин, вчинений на пару з братом зменшить розмір виплати вдвічі – до 52 франків[63]. Позивачеві у справі *Стуца* (1955) вдалося домогтися знищення даних про

[61] *S. M. gegen Kriminalgericht des Kantons Schwyz*, Urteil des Kassationshofes vom 5 Mai. 1944, BGE 70 IV 60, 62

[62] *Staatsanwaltschaft des' Kantons Aargau g. Wörndli*, Urteil des Kassationshofes vom 15 Oktober 1942, BGE 68 IV 104, 104; 107-108

[63] *X g. Kriminalgericht des Kantons Schwyz*, Urteil des Kassationshofes vom 17 September 1943, BGE 69 IV 159, 161-163

порушення правил дорожнього руху на підставі закінчення випробувального строку, що свідчить про реальність «права на забуття» у випадку виконання позивачем усіх вимог законодавства та надання доказів щодо своєї «зразкової поведінки» і відсутності нових правопорушень[64]. За кілька десятиліть судова практика Швейцарії з цього питання вдосконалилася завдяки прийняттю в 1970-1980х ряду директив щодо утримання персональних даних про судимість, наприклад, в одному зі своїх рішень 2002, в якому Федеральний Суд Швейцарії задовільнив вимогу позивача знищити його дані ДНК після закриття кримінального провадження, де позивач проходив як підозрюваний в педофілії. Справу проти позивача закрили через відсутність доказів, а отже, дані ДНК позивача мали видалятися за його запитом після проходження п'ятирічного терміну давності (в іншому випадку – якщо підозрюваного суд визнавав невинним, то його дані ДНК мали видалятися після закриття справи за його запитом[65]). Вперше щодо доцільності утримання даних осіб, підозрюваних у злочинах, цей же суд висловився у справі «B» за вісім років до згаданого вище процесу. Позивачка, «B» підозрювалася у тому, що в 1993 забрала з банкомату гроші, які забула забрати «Z», хоча її причетність до цього не була доведена. Дані про «B» утримувалися на підставі проходження неї, як підозрюваної у справі про вбивстві співмешканки у 1986 році. Суд зазначив, що на підставі ст. 8 (1) *Європейської Конвенції з Прав Людини*, а також практики швейцарських судів, необмежене в терміні утримання персональних даних про судимість порушує право на «сферу секретності», однак обмеження цієї «сфери» мають підставу або в їх законності, або в суспільному інтересі[66]. Так, якщо брати до уваги практику швейцарських судів, збір даних затриманих осіб та їх обробка, самі по собі, визнавались швейцарськими судами законними[67]. Після звернення позивачки до прокуратури, їй було відмовлено на підставі того, що кримінальна справа проти неї була закрита через відсутність доказів, а отже дані повинні були залишатися у розпорядженні прокуратури; також Суд звернувся до одного з регламентів щодо збереження персональних даних (1986 р.), згідно з яким, в разі визнання підозрюваного невинним, то, відповідно, дані за його запитом повинні знищуватись негайно; якщо справу закрито за відсутністю доказів – після п'яти років з

[64] *Stutz g. Statthalteramt Horgen*, Urteil des Kassationshofes vom 23. September 1955, BGE 81 IV 213, 216

[65] *Z. g. Staatsanwaltschaft und Rekurskammer des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt*, Urteil No. 1P.648/2001 vom 29 Mai. 2002, BGE 128 II 259, 276-277.

[66] *B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, Urteil vom 15, 1994, BGE 120 IA 147, 149 (Також відома, як справа «*Bancomat*»)

[67] *P. und Mitbeteiligte gegen Untersuchungs- und Polizeiorgane sowie Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, Urteil vom. 3 Juni 1981, BGE 107 Ia 138, 147 (Також відома, як справа «*Unbewilligte Demonstration*»)

моменту закриття провадження (його закрили 10 березня 1986. Отже, Суд постановив знищити дані про судимість позивачки[68].

Практика Європейського Суду щодо права на видалення персональних даних про судимість.

Починаючи з 1970-х років, Європейський суд з Прав Людини неодноразово розглядав позови, які стосувалися порушення конфіденційності даних, або ж самі позивачі для різних цілей воліли б отримати доступ до них. Щоправда, позовна вимога щодо знищення даних не зустрічалася в практиці ЄСПЛ до справи *S. and Marper v. United Kingdom* (2008), хоча проблема фактично необмеженого терміну утримання даних неодноразово згадувалася в більш ранніх справах, наприклад, у справі *Леандера* (1987)[69]. В деяких інших справах, позивач намагався отримати ордер на відкриття персональних даних з архівів спецслужб (наприклад, справи *Сегедштед-Вайберга* та *Шульца* (2006 та 2013 р.р.)[70]; в практиці Суду фігурував і ряд справ по темі доступу до даних про стан здоров'я позивача (напр. справа *Гаскіна* та «*MG*» (1989 та 1996р.[71]), справ щодо допустимості використання даних про ВІЛ-позитивний статус особи на кримінальному процесі[72], та справ стосовно розголошення «чутливих» персональних даних про стан здоров'я пацієнта (напр. справа *Бірюка*[73]). Кілька справ стосувалися і банківських таємниць (наприклад, дві справи «*Villa Nova*»[74] та «*GSB*»[75] (2015 р.), а також про доступ до даних про біологічних батьків всиновленої особи – справи *Одьєвра* (2003 р.)[76] та *Годеллі* (2012)[77], які фактично започаткували розвиток концепту «*l'accouchement secret*» в практиці ЄСПЛ. Усі вищезгадані позови розглядалися на основі ст. 8 Конвенції про Права Людини; тому, аби поданий до Європейського Суду був віднесений до категорії «приватного та сімейного життя», Європейський Суд має підтвердити предметну юрисдикцію щодо позову, що він, власне і виконував у справі *Gaskin v. United Kingdom* щодо даних про стан здоров'я[78]; аналогічно – стосовно даних, що знаходилися в архівах

[68] Справа BGE 120 IA 147 (1993р.), стор. 151-152 витягу з рішення суду.
[69] *Leander v. Sweden* [1987] 9 E.H.R.R. 433
[70] *Segedsted-Wiberg, et al. v. Sweden*, [2006] ECHR 697; *Szulc v. Poland*, [2013] 57 E.H.R.R. 5, 163-167 (*див. обставини справи на вказаних у зносці сторінках*)
[71] *Gaskin v. United Kindgom*, [1989] 12 ECHR 36, App. no. 10454/83, Judgment of 7 July 1989, параграф 34-37
[72] *Z v. Finland*, [1997] ECHR 10, App. no. 22009/93, Judgment of 25 February 1997
[73] *Biriuk v. Lithuania*, App. No. 23373/03, Judgment of 25 November 2008
[74] *B.F.B. Villa-Nova v. Portugal*, [2015] ECHR 1049, Judgment of 1 December 2015
[75] *GSB v. Switzerland*, [2015] ECHR 1122, Judgment of 22 December 2015, див. параграф. 75-98
[76] *Odievre v. France*, [2003] ECHR 86, [2003] F.C.R. 621, App. no. 42326/98, Judgment of 13 Feb. 2003
[77] *Godelli v. Italy*, [2012] ECHR 2035, Appl. no. 33783/09, Judgment of 25 September 2012
[78] *Gaskin v. United Kindgom*, [1989] 12 ECHR 36, App. no. 10454/83, Judgment of 7 July 1989

спецслужб у *Rotaru v. Romania*[79], або ж даних, що знаходилися у правоохоронних органів, як у справі *Khelili v. Switzerland*[80], та банківських таємниць, як у *B.F.B. Villa-Nova v. Portugal*[81] та *GSB v. Switzerland*[82]. Варто відмітити, що конфіденційність даних є лише однією з багатьох складових нормативного змісту ст. 8 Конвенції, себто «права на недоторканність особистого та сімейного життя», який, на думку самого Суду, не є вичерпним навіть після чотирьох десятків років практики – про що якраз Суд зазначає у справі *Марпера* (2008)[83]. Також слід зазначити, що Європейський Суд має практику стосовно «права на забуття» в сфері свободи слова, де найбільш відомим прикладом для ілюстрації концепції є справа *Schwabe v. Austria*[84] (1992 р.). Як вже зазначалося вище, проблематика утримання даних з необмеженим строком заторкалася ще за два десятиліття до справи *Марпера* (2008 р.). Так, у справі *Leander v. Sweden* позивачеві відмовили в працевлаштуванні на вакансію сторожа у музеї ВМС Швеції, де він працював протягом випробувального строку (і вочевидь, доволі вдало). В подальшому, він дізнався, що йому відмовили у працевлаштуванні на підставі звіту з реєстру шведських спецслужб, в якому містилася інформація про дисциплінарні правопорушення позивача під час служби в армії. Позивач в молодості був членом комуністичної партії Швеції, брав участь у ряді профспілок, проте ніколи не притягувався до цивільної, або кримінальної відповідальності. У шведських судах, позивач вимагав доступу до того звіту, на основі якого йому відмовили у прийнятті на роботу; задоволення позовної вимоги він не добився. Програв позивач справу і в Європейському суді: суд визнав, що утримання даних було законним, і держава не позбавляла позивача засобу судового захисту[85]. Попри програш позивача у цій справі, негативний вплив внаслідок утримання даних протягом десятиліть, на думку автора, є цілком очевидним.

Ключовою, на сьогоднішній день у практиці Європейського Суду з Прав Людини щодо права на видалення даних про судимість, є, як зазначалося вище, справа *Марпера проти Сполученого Королівства* (2008). Двоє позивачів, «*S*» та Майкл Марпер, були затримані у 2001 році – перший за підозрою в крадіжці, а другий – за залякування

[79] Див. *Rotaru v. Romania*, [2000] ECHR 92, App. No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000, параграф. 43
[80] Див. *Khehili v. Switzerland*, [2011] ECHR 195, параграф. 15 et seq. (опубліковано під назвою *Affaire Khelili c. Suisse* на французькій мові)
[81] *B.F.B. Villa-Nova v. Portugal*, [2015] ECHR 1049, App. No. 28601/11, Judgment of 1 December 2015
[82] *GSB v. Switzerland*, [2015] ECHR 1122, Judgment of 22 December 2015, параграф 75-98
[83] *S & Marper v. United Kingdom*, [2008] ECHR 1581, App. nos. 30562/04 and 30566/04; Judgment of 4 December 2008, параграф 66
[84] *Schwabe v. Austria* [1992], 14 HRLJ 229, App. no. 13704/88, Judgment of 28 August 1992
[85] *Leander v. Sweden* [1987] 9 E.H.R.R. 433, App. no. 9248/81; Judgment of 26 March 1987 параграф 48-84.

цивільної дружини; перший був виправданий, з Майкла Марпера суд зняв обвинувачення в силу примирення зі своїм партнером. В ході їх перебування під арештом, з них зняли відбитки пальців та дані ДНК; після їх звільнення, обидвоє позивачів звернулися до суду, аби отримати рішення про знищення даних ДНК, в чому їм було відмовлено. Позивачі програли апеляцію, як і подання до Палати Лордів, яка в своєму рішенні наголосила, що утримання даних є, окрім того, що обґрунтоване законодавством та практикою британських судів, збереження персональних даних про судимість зумовлене «суспільним інтересом» у запобіганні злочинності. Наступним кроком позивачів став позов до Європейського Суду з Прав Людини. Європейський Суд відзначив, що правові підстави, на основі яких зібрано дані ДНК позивачів, в законодавстві та практиці судів Великої Британії, беззаперечно існують; проте, на думку суду, утримання даних ДНК, враховуючи їх *особливий характер*, є так чи інакше «*втручанням*» у приватне життя позивачів[86]. Тут можна провести певну паралель з позицією Федерального Суду Швейцарії, який вищезгаданій справі «*B*» (1994) зазначив, що *будь-яке* утримання даних затриманих чи засуджених осіб є «*втручанням*», хоча обмеження права на приватність позивача продиктоване законодавством і прецедентним правом Швейцарії, а отже є цілком законним[87]. Європейський суд не сприйняв аргументу відповідача про те, що дані ДНК потрібні лише для ідентифікації злочинців, і працювати з такими категоріями персональних даних можуть тільки деякі фахівці за допомогою спеціальних машин – суд зазначив, що характер генетичних даних дозволяє правоохоронним органам використовувати їх «далеко поза межами звичайної ідентифікації», а й, встановлювати родинні зв’язки між особами на основі їх генетичного матеріалу, що, на думку Суду, є жорстким втручанням у право на приватність, при якому технологія їх обробки, чи факт доступу до них лише певних категорій осіб значення не має; до цього ж висновку суд дійшов і стосовно утримання відбитків пальців позивачів[88]. Суд вирішив на користь позивачів, вважаючи, що держава-відповідач порушила їх право на приватність, наголосивши на значній небезпеці необмеженого строку утримання даних незасуджених осіб, особливо – неповнолітніх[89].

Звернення автора да практики Федерального Суду Швейцарії у справах «*B*» (1994 р.) та «*Z*» (2002 р.) є невипадковим з двох причин. Перша – за допомогою рішень суду в

[86] *S. & Marper v. United Kindgom*, [2008] ECHR 1581, параграф 68-75.
[87] *B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, Urteil vom 15, 1994, BGE 120 IA 147, 150
[88] [2008] ECHR 1581, параграф 72-75; 78-80; 84-86
[89] Там же, параграф 121-126.

даних справах цілком можна провести ряд цікавих паралелей зі справою Марпера: а) позивачі у Швейцарії, як і з Британії, не були засуджені; б) обвинувачення були зняті як зі швейцарських, так і британських позивачів; в) у той час, як у Швейцарії право на знищення даних щодо судимості врегульовано рядом директив та практикою судів, цього не можна було сказати (принаймні на момент 2000х років) про Велику Британію, де позивачі фактично залишилися без права на знищення даних про судимість, що і призвело до позову Марпера в Європейський Суд. Таким чином, логічно припустити, що у аналогічних позовах в майбутньому Європейський Суд з Прав Людини цілком міг обрати за основний оціночний критерій *наявність механізму знищення даних позивача* на підставі або статуту, або практики судів – так, якщо згадати прецедентну практику *США*, то в 1970-80х роках суди випрацювали цілий ряд таких варіантів, а саме: рішення суду про знищення даних (скажімо, справа *Sullivan v. Murphy* (1973)[90]), рішення суду про повернення позивачеві фолдеру з даними (доволі показовою в цьому відношенні є справа *Eddy v. Moore* (1971)[91]), обмеження розповсюдження даних про судимість, як у *Menard v. Mitchell* (1971)[92]), приховання даних про судимість (часто – по відношенню до неповнолітніх, наприклад, справу *In the interest of E.C.* (1986)[93]). Звісно, практика американських судів є вкрай розрізненою, оскільки не всі суди воліли визнавати предметну юрисдикцію щодо таких справ[94], або ж, як у ранніх справах з початку-середини 20 ст., посилалися на відсутність статуту, на підставі якого можна було ухвалити рішення про знищення даних позивача[95].

Також цілком логічною позицією Європейського Суду на майбутніх процесах було б несприйняття аргументу відповідача про відсутність процедури знищення даних про судимість в національному праві. Про це чудово свідчать обставини справи *Rotaru v. Romania*, де позивач безуспішно намагався отримати рішення суду на знищення або виправлення його персональних даних, що знаходилися в архівах RIS (румунських спецслужб часів І половини 20ст.), де національні суди відмовляли позивачеві на підставі того, що «статутні положення щодо деліктної відповідальності не давали такої можливості…» (в окремій думці ряду суддів по справі згадується, що, вочевидь,

[90] *Sullivan v. Murphy*, 438 F.2d 938, 958-959, 964, 968-972 (1973)
[91] *Eddy v. Moore*, 487 P.2d 211, 212; 217-218 (1971)
[92] *Menard v. Mitchell*, 328 F. Supp. 718, 726-728 (1971)
[93] *In Interest of E.C.*, 130 Wis. 2d. 376, 381-383 (1986)
[94] Див. позицію суду у справі *Doe* на вказаних сторінках: *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*, 273 Md. 262, 266-271; 273-275 (1974)
[95] *Sterling v. City of Oakland*, 208 Cal. App. 1; 24 Cal. Rptr. 696, 698-699 (1961)

румунська правова система такого механізму не передбачає)[96]. Повертаючись практично на століття назад, можна було б згадати справу *Hodgeman v. Olsen* (Вашингтон, США, 1915 р.), де колишній ув'язнений судився з директором колонії, в якій позивач відбував покарання протягом двох років за шахрайство. Оскільки після його звільнення усі дані про судимість збереглися, позивач волів отримати рішення суду на їх знищення. Суд зауважив, наступне: 1) збір даних не суперечить законодавству і прецедентній практиці американських судів і 2) не існувало такого статутного законодавства, на підставі якого суд міг би винести рішення про знищення даних про судимість (тут слід відзначити, що регламент щодо збору та утримання даних в органах МВС штату Вашингтон вже у той час існував, однак чи існувала процедура знищення даних за вимогою колишнього засудженого – цього справа не розкриває)[97]. Щоправда, цілий ряд справ з США у 1970х роках показав, що відсутність статутних положень щодо знищення даних про судимість – не перепона для надання рішення про їх знищення, а отже, для цього достатньо наявної практики судів[98]. Тому, правова система має передбачати можливість знищення даних про судимість або підозру в скоєнні злочину в тому чи іншому вигляді. Відповідно, аргументом держави-відповідача в ЄСПЛ може стати доведення необхідності їх подальшого утримання не на банальній підставі того, що збір даних *назагал потрібен* для запобігання злочинності чи рецидиву, а за рядом *критеріїв*, які доводять їх необхідність, які ми розглянемо у статті на основі практики судів Німеччини. У той же час, другою причиною акцентуації автора на паралелях з швейцарською практикою судів є справа *Khelili v. Switzerland* (2011 р.). Позивачка, громадянка Франції, що перебувала на постійному місці проживання в Швейцарії у 1990-х та 2000-х, неодноразово потрапляла в поле зору правоохоронних органів. Через візитівки позивачки, на яких зазначалося, що вона, жінка в віці понад 30 років, незаміжня, та воліла би знайомитися з чоловіками, її внесли в поліцейську базу даних з грифом «повія», хоча позивачка зазначала в позовних заявах та своїх листах до управління МВС, що ніколи не займалася проституцією. Тим не менше, в 1993-95 позивачці був заборонений в'їзд до Швейцарії, а у 2000х роках на неї двічі подавали заяву в міліцію за погрози; у 2005 позивачку було засуджено до 20-денного ув'язнення. А літом 2006 р., з позивачкою зв'язалися представники

[96] *Rotaru v. Romania*, [2000] ECHR 192, Judgment of 4 May 2000, параграф 14-19; 1-5 (окрема думка). І знищення чи хоча б виправлення даних не видавалося за можливе навіть за фактом того, що Бухарестський апеляційний суд в одному з численних позовів підтвердив неправдивість утримуваних даних про позивача.

[97] *Hodgeman v. Olsen*, 86 Wash. 615, 622-624 (1915)

[98] *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*, 273 Md. 262, 273-275 (1974)

правоохоронних органів, надіславши позивачеві лист з повідомленням, в якому зазначили, що її професію скоректували на «швачка». В 2006 р., позивачка мала розмову з департаментом МВС Кантону Женева, в ході якої вияснилося, що вона досі фігурувала, як «повія» в файлах. Наступним кроком позивачки стала заява на видалення даних щодо «проституції», як неправдивих, і запит про знищення даних про заяви в міліцію щодо погроз. Проте її запит відхилили, зіславшись на повторюваність погроз та судимість позивачки, отриману в 2005. Апеляція до Федерального суду була нею програна, як і новий «наклепницький» позов 2007 року, де кантональний суд знову не задовільнив її позов, ствердивши, що вона ще в 1993 році була зареєстрована як повія, а візитівки – лише спосіб вербування клієнтів. Наступним кроком стала подача позову в Європейського Суду, де вона спробувала добитися видалення неправдивих (на думку позивачки), даних, що продовжували зберігатися понад десятиліття. Враховуючи, що видалення даних позивачки якщо і відбулося – то вкрай обмежено (власне, використання судом у її позові 2007 року невірних даних підтвердило те, що їх розсилали у численні інстанції та не коригували з часом), тому позивачка у заяві до ЄСПЛ зазначила, що системи утримання персональних даних в мережах правоохоронних органів Швейцарії не відповідають принципам, закладеним у Конвенції (1981р.)[99], а також те, що суди послуговувалися виключно даними з правоохоронних органів та, вочевидь, навіть не перевіряли їх релевантність. Суд зазначив, що реальних доказів зайняття позивачкою проституцією не існувало (власне, Федеральний Суд якраз зазначав, що позивачка лише підозрювалася в цьому), а висновок про «зайняття проституцією» правоохоронні органи в дійсності зробили виключно на основі її візитівок; аргумент щодо судимості 2005 року жодного відношення до «зайняття проституцією» не мав. Суд звернув увагу, що процедура вилучення даних з «картки судимості» не була належним чином виконана; в той час, як шкода нанесена їй внаслідок утримання неправдивих даних – як зазначив Суд, цілком очевидна. Тому, Суд вирішив на користь позивачки[100].

Практика судів Німеччини щодо права на видалення даних про судимість та на що слід звернути увагу ЄСПЛ на майбутніх процесах?

Позови щодо отримання рішення суду в Німеччині почалися в 1960х, і суди одразу зіткнулися з проблемою, як дотримати баланс між суспільним інтересом у запобіганні злочинності, та – як наслідок, утриманні даних позивача, та шкодою завданою їх

[99] ETC No. 108, Jan. 28, 1981
[100] *Khelili c. Suisse*, 18 Octobre 2011, App. 16188/07, параграф 63-71

необмеженим в часі утриманням позивачеві, а також на як діяти при відсутності законодавства, що регулює дане питання?[101] Спробуємо розібратися з даним питанням на основі практики Федерального адміністративного суду Німеччини (надалі – ФАС Німеччини) та німецьких судів нижчих інстанцій.

В Німеччині позивачі цілком можуть добитися видалення даних про свою судимість чи підозру в скоєнні злочинів за допомогою рішення суду. Правовою підставою для знищення цих даних може бути як законодавчий акт, так і судовий прецедент[102]. Предметну юрисдикцію надавати рішення щодо знищення цих даних мають адміністративні суди Німеччини (нім. *Verwaltungsgericht*)[103]. Дані осіб, підозрюваних у злочинах (фотографії, відбитки пальців, документи та ін.) збираються, у подальшому утримуються правоохоронними органами Німеччини незалежно від того, чи підозрюваний був затриманий, засуджений, чи визнаний невинним[104]. У своїй практиці суди Німеччини випрацювали ряд критеріїв, на основі яких позивачеві може бути відмовлено у рішенні знищити його дані про судимість та підозру у скоєнні злочину. Користуючись практикою судів, найбільш цікаві справи з яких розглянемо у даному підрозділі, можна виділити наступний ряд критеріїв: 1) тяжкість скоєного позивачем злочину[105], чи тяжкість злочину, в якому підозрювався позивач[106]; 2) рід діяльності, що допускає в подальшому скоєння злочинів (наприклад, шахрайства[107]); 3) припущення органами МВС та судом, що позивач схильний до рецидиву та повторності злочину[108]; 4) поведінка позивача протягом часу після відбування покарання[109]; 5) скоєння злочинів та адміністративних правопорушень протягом останніх, як правило, 5-10 років, і проміжок часу, протягом якого він не скоював злочинів[110] (тут слід наголосити, що позивачі у Німеччині часто можуть клопотати про знищення їхніх даних про судимість та підозру в

[101] *BVerwG*, Urt. V. 09.02.1967 – BVerwG IC 57.66, параграф 10; *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1978, III E8/78, параграф 16, 18-19, 20-21.

[102] *VG Freiburg*, Urt. v. 03.04.1979, VS VI 1054/78, параграф 19-21; *OVG Niedersachsen*, 21.05.1992, 13 L 1067/92, параграф 12-15

[103] *VG Freiburg*, Urt. v. 03.04.1979, VS VI 1054/78, параграф 15.

[104] *BVerwG*, Urt. v. 18.05.1973 – BVerwG IB 39.73, параграф 6

[105] *VGH Braunschweig*, Urt. v. 27.04.1999 5 A 5265/98, параграф 26-28; *VG Dusseldorf*, 22.04.2003 – 18 C6475/00, параграф 19

[106] *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 – BVerwG 1 C 114.79, параграф 14-15; у той же час, це не завжди є так, див. справу *VG Wiesbaden*, Urt. 11.11.1980, IV / 1E 79/79, параграф 23-27, 39

[107] Див. справу *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 – Bverwg 1C 26.79, параграф 27

[108] *BVerwG*, Urt. v. 25.10.1960 – BVerwG IC 63.59, параграф 12; *VGH Braunschweig*, Urt. v. 27.04.1999 5 A 5265/98, параграф 9-10

[109] *VG Braunschweig*, 27.04.1999, 5 A 5265/98, параграф 26-28

[110] *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1979, III E8/78, параграф 22-23; *BVerwG*, 19.10.1982 – 1C 26.79, параграф 26-28; *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 7.

злочинах, або затримання в певних часових відрізках)[111]; 6) велика кількість скоєних ним злочинів та адміністративних правопорушень[112] та значна кількість підозр у скоєнні злочинів позивачем[113]; 7) кримінальні справи проти нього закривалися через відсутність доказів, однак не визнання позивача невинним[114]; 8) позивач приймав участь у масових заворушеннях[115]; 9) позивач, або підопічний позивача має серйозне психічне захворювання[116]. На думку ФАС Німеччини та адміністративних судів Німеччини нижчих інстанцій, злочинами з високим ризиком повторюваності є наступні: різноманітні сексуальні злочини[117]; розповсюдження наркотиків[118], шахрайство[119], розповсюдження порнографії[120], контрабанда[121] і навіть емоційне насилля[122]. Якщо позивач неповнолітній, але неодноразово скоював злочини, то це також не зіграє на його користь у позові щодо знищення його даних[123]. Фактори, які б сприяли позивачу у задоволенні позовної вимоги можна охарактеризувати, як наступні: 1) відсутні підстави, які свідчать, що позивач схильний до скоєння злочинів[124], 2) поведінка позивача протягом відбуття умовного, чи реального строку ув'язнення, а також після його завершення[125]; 3) злочин скоєний доволі давно, і позивач вже тривалий час не скоював злочинів[126] (що не завжди є гарантією задоволення позовної вимоги в силу ряду інших обставин). Конкретні часові відрізки однозначно назвати важко, адже ані федеральне законодавство Німеччини, ані переважна більшість земель не встановлювали їх: відділи МВС деяких федеральних земель встановлювали строк у 10 років[127]; а німецькі суди у своїй практиці називали терміни в 5[128], 9[129] та 10[130] років у залежності від скоєного злочину та його повторюваності, чи підозр в скоєному злочині та їх кількості. В деяких справах, суди частково задовольняли вимоги позивачів, постановивши знищувати лише деякі з даних про судимість або

[111] *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1979, III E8/78, параграф 22-23; 26-27.
[112] BVerwG, Urt. v. 19.10.1982 – BVerwG IC 114.79, параграф 28-31
[113] BVerwG, Urt. v. 09.02.1967 – BVerwG IC 57.66, параграф 6.
[114] *BVerwG*, Urt. v. 18.05.1973 – BVerwG IB 39.73, параграф 6.
[115] *VG Berlin*, Urt. v. 30.04.1980, 1 A 517/77, параграф 2-5; 11-14; 25-26; 28; 31-34
[116] *BVerwG*, Urt. v. 20.02.1990 – BVerwG IC 35.86, параграф 42
[117] *VG Neustadt an der Weinstrasse*, Urt. v. 21.05.2013 – 5 K 969/12 NW
[118] *OVG Niedersachsen*, Urt. v. 21.05.1992, 13 L 1067/92, параграф 1-2; 12-15
[119] *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 – BVerwG 1C 26.79, параграф 27
[120] *BVerfG*, Urt. v. 16.05.2002, BvR 2257/01, параграф 12-19
[121] *VG Dusseldorf*, Urt. v. 22.04.2003, 18 K 6475/00, параграф 19-24
[122] *VG Braunschweig*, Urt. v. 27.04.1999, 5 A 5265/98, параграф 1-6; 14; 21-28
[123] *VG Freiburg*, Urt. v. 03.04.1979 – VS VI 1054/78, параграф 17.
[124] *VG Wiesbaden*, Urt. v. 11.11.1980, VI/1 E79/79, параграф 23-26, 27, 28-30, 39
[125] *VG Braunschweig*, Urt. v. 27.04.1999, 5 A 5265/98, параграф 26-28
[126] *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 7
[127] *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 2.
[128] VG Freiburg, Urt. v. 03.04.1979 – VS VI 1054/78, параграф 5-7
[129] *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 – BVerwG 1 C 26.79, параграф 5
[130] *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1978, параграф 22-27

підозру у скоєнні злочину за певний часовий проміжок[131], або постановляли залишити деякі з них у реєстрах[132].

В 1960 та 1970х роках отримати рішення суду на знищення даних про свою судимість та підозру в скоєнні злочину позивачеві було нелегко, що підтверджує ряд справ ФАС Німеччини. Перша з них, справа 1960 року (*BverwG IC 63.59*), в якій позивачем був юрист, якому заборонили займатися адвокатською практикою через судимість: ще у 1937 він підозрювався у гомосексуалізмі, його звільнили з роботи, а згодом, на підставі підозри він був засуджений до ув'язнення в місті Гамбург. Він волів добитися знищення відбитків пальців, фотографій та інших персональних даних, зібраних ще в 1937. Суд зазначив, що збір даних, відповідно до пар. 81 (b) «StPO» є законним та утримання даних не суперечить ані німецькій конституції, ані ЄКПЛ, та слугує виключно для потреб правоохоронних органів і недоступні третім сторонам, окрім випадків, встановлених законом[133]. Також суд наголосив, що у той же час, адміністративні суди мають предметну юрисдикцію вирішувати, адже збір цих даних є адміністративною процедурою, тому суд мав вирішити, чи дійсно відповідач (міське управління МВС) мав право утримувати дані позивача протягом понад двадцяти років? Суд зазначив, що необхідність утримання даних слід оцінювати індивідуально: у цьому випадку, на думку суду, особи, що раніше були засуджені за гомосексуалізм схильні до повторюваності злочину, а отже утримання даних є обґрунтованим. Аргумент позивача на основі ст. 6 (2) ЄКПЛ щодо презумпції невинуватості[134] суд відкинув, адже збір даних стосується тих, хто підозрюються у злочинах, а не на підставі того, що позивача визнали винним у скоєнні злочину, чи ні. Суд також визнав законним збір усіх матеріалів, пов'язаних з позивачем (включно з даними про звільнення) і вирішив на користь відповідача[135]. Цікавою є друга така справа у практиці ВАС Німеччини (*BverwG VIII B 76.63*), в якій позивач, колишній кадровий військовий зі званням майора, бажав поновитися на службі, з якої був звільнений через судимість: він дезертирував на початку 1945 року, аби вивезти свою родину (дружину та двох маленьких дітей) на захід до міста Дубен (земля Бранденбург), аби вберегти їх від вторгнення радянських військ. Його засудили в лютому

[131] *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1978, III E 8/78, параграф 1-7, 18-19; 21, 22, 23-25, 27, 29-32
[132] *VG Wiesbaden*, Urt. v. 11.11.1980, IV / 1E 79/79, параграф 23-27, 39-40
[133] *BVerwG*, Urt. v. 25.10.1960 – BVerwG IC 63.59, параграф 1-3; 7-8
[134] Див. параграф 2, 7-8, 13. Вочевидь, позивач мав на увазі події 1937 року, коли він фігурував ще як підозрюваний в гомосексуалізмі, однак не був ув'язнений. У рішенні ВАС Німеччини не вказано точно, коли саме позивач був затриманий та засуджений до ув'язнення, проте це сталося пізніше, ніж у 1937, а звільнений позивач був після закінчення Другої Світової Війни, тобто, після 1945 року.
[135] *BVerwG*, Urt. v. 25.10.1960 – BVerwG IC 63.59, параграф 2, 7-8, 12-15

1945 року до 3 років тюрми, після виходу на свободу (витяг рішення не зазначає, чи позивачу вдалося вийти достроково) волів продовжити службу в армії. Тому, позивач добивався анулювання рішення військового трибуналу, та, відповідно, «очищення історії». Щоправда позов та апеляція результату не дали – в якості причини дезертирства вказувалася не «опозиція до нацистського режиму», а бажання вивезти родину у безпечне місце. ФАС Німеччини підтвердив ці факти, і зазначив, що позивач не підпадає під поняття «репресованих нацизмом», адже доказів того, що якимось чином, позивач виступав проти режиму нацистів, а тому, рішення військового трибуналу не було скасоване[136].

В іншій справі ФАС Німеччини (*BverwG IC 57.66*), 1967р., позивач працював на керівній посаді у рекламному агентстві, що згодом стало неплатоспроможним в 1961; у тому ж році він фігурував як підозрюваний у двох кримінальних справах за шахрайство, які, щоправда, були закриті. У 1955 та 1957 роках позивач вже фігурував як підозрюваний у шахрайстві, як і в провадженнях 1963 та 1964 років, однак він в дійсності жодного разу не був визнаний винним та ніколи не був засудженим. Згодом, позивач звернувся до управління МВС з запитом знищити його відбитки пальців та фотографії, зняті в 1961 році. Апеляційний суд відмовив йому, зазначивши, що той постійно фігурував, як підозрюваний у шахрайстві, тому правоохоронним органам знадобилися б його дані в роботі у майбутньому. Суд зазначив, що законодавство не врегулювало питання того, як довго можна утримувати дані, і це має залежати від того, чи органи МВС перестають вважати позивача потенційним злочинцем, і ці «ліміти» утримання даних залежать від кожного конкретного випадку – у разі того, якщо немає проявів того, що позивач скоїть новий злочин, потреби зберігати дані вже немає, а отже кожного разу необхідно зважувати баланс між потенційною шкодою від утримання даних позивача та суспільним інтересом в їх утриманні для боротьби зі злочинністю. Суд встановив, що позивач вже неодноразово фігурував в якості підозрюваного за останні 12 років, а дві кримінальні справи (1961 та 1963 р.) були закриті через брак доказів, а не доведення його невинуватості. На основі фактів наведених вище, суд вирішив відхилити апеляцію позивача[137]. У ще одній такій справі ФАС Німеччини (*BverwG IB 39.73*), позивач, який волів добитися рішення суду щодо знищення даних про підозру, підозрювався у статевих зв'язках з неповнолітніми (1960, 1964 та 1970), а також в порушеннях громадського

[136] *BVerwG*, Urt. v. 30.03.1965 – BverwG VIII B 76.63, параграф 6-8
[137] *BVerwG*, Urt. v. 09.02.1967 – BverwG IC 57.66, параграф 1-2; 6; 9-11.

порядку (1968 і 1970). Кожен раз справи закривалися через відсутність доказів. Суд зазначив, що на основі принципів, випрацюваних у попередніх справах (описаних вище), то в разі того, якщо немає підстав вірити, що позивач є схильним до скоєння злочинів, то й потреби в подальшому утриманні його даних немає. Суд узяв до уваги рішення апеляційної інстанції, що не задовільнила позовну вимогу позивача, вважаючи, що в разі того, якщо кримінальне провадження проти позивача було закрите через брак доказів, попри суттєві підозри в тому, що він скоїв ряд злочинів, тоді утримання його персональних даних є оправданим. Суд також підтвердив, що утримання даних позивача не означає того, що правоохоронні органи вважають його винним у скоєнні злочинів, і воно не передбачає наявність судимості, як необхідної умови збору та зберігання. Суд не задовільнив вимогу позивача[138]. В справі ФАС Німеччини (1982 р.), позивач волів знищення даних про підозри, яких з початку 1970х років назбиралася величезна кількість: позивач підозрювався у: 1) насильницькому споюванні жінки (1971 р.); 2) вчинення крадіжки та знищенні майна (1972 р.) 3) знищенні майна та погрозами адвокату; 4) нанесенні тяжких тілесних ушкоджень (він вистрелив у гостя розважального закладу з пістолета, на носіння якого не мав дозволу, відбувшись лише штрафом, 1972 р.); 5) аналогічно, позивач потрапив у бійку в барі, де вдарив одного з клієнтів стільцем (1975р.); 6) примусі друга вести автомобіль (1976); 7) використання сервісу винайму кімнат для зайняття проституцією (1976); 8) шахрайство (1976); 9) нанесення побоїв повії (1977) – в останньому випадку, позивач знову відбувся штрафом. Попри значну кількість підозр, позивач жодного разу не був засуджений до ув'язнення; разом з тим, більшість проваджень закривалося за браком доказів, тому позивач волів отримати рішення суду про знищення його даних про підозри та ідентифікуючих документів, зібраних в ході проваджень. Суд відзначив, що утримання цих даних залежить від «прогнозу» поведінки позивача, часу, який він не скоював злочинів та не підозрювався в них, що свідчитиме про можливість фігурування позивача, як підозрюваного в нових кримінальних справах. В силу девіантності поведінки позивача, що проявилася у величезній кількості кримінальних справ, в яких він фігурував як підозрюваний, суд відхилив його апеляцію[139].

Ще одною, доволі цікавою є справа з практики ФАС Німеччини (1990), де позивачем виступив опікун колишнього втікача з психлікарні, аби знищити (чи,

[138] *BVerwG*, Urt. v. 18.05.1973 – BVerwG IB 39.73, параграф 2, 4, 6-7
[139] *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 – BVerwG 1C 114.79, параграф 1-11; 24-31

принаймні, «заблокувати») дані про його судимість. Його підопічний в 1975 році вбив мисливським ножем свою 3-річну доньку та поранив ним дружину. Суд м. Бонн в рішенні 1977 року постановив утримувати його в психіатричній лікарні, звідки підопічний позивача втік у 1979, однак через дві доби був затриманий та знову повернутий на лікування. Управління МВС знищувати дані відмовилися, і позов нічого не приніс: суди відмовилися давати рішення щодо знищення даних про судимість «втікача», мотивуючи це тим, що попри відсутність положень щодо утримання даних у «StPO» (позивач посилався на рішення «*Цензус*» (1983), винесене Конституційним Судом Німеччини[140]), принципи вже були випрацювані судами у прецедентній практиці. ФАС Німеччини також підтвердив, що підстави для утримання даних про судимість або підозру скоєнні злочину є в дійсності похідними від статті 81 (b) StPO, що закріплене в численній практиці судів. Суд визнав, що саме право на «інформаційне самовизначення» утриманням даних про судимість не порушується, адже слугує суспільному інтересу, який існує в ефективній протидії злочинності правоохоронними органами. Суд встановив, що припис до картки підопічного, як «божевільний», «утікач» та «насильницький», який волів знищити позивач, був оправданий з точки зору суспільної небезпеки, яку становив підопічний – навіть як для офіцерів поліції. Тому, суд постановив не знищувати його даних про судимість, враховуючи те, що висновки медиків показали: психічний стан особи, над якою було встановлено піклування, не демонстрував ознак поліпшення[141].

А от в судах нижчих інстанцій, позивачам таланило більше, хоч і не завжди. Так, у справі адміністративного суду Фрайбургу (*1979*), позивач, неповнолітній, 1965 р.н., разом з двома співзатійниками – його старшим братом та товаришем, займалися крадіжками грошей та дрібних речей відпочиваючих на пляжі «Horn» (м. Констанц, Німеччина). Втім, неповнолітнього відпустили. У 1978 році, батьки позивача звернулися до міського управління поліції міста Констанц з заявою знищити його персональні дані, наполягаючи, що положення ст. 81 (b) StPo не можуть стосуватися того, хто не досяг віку кримінальної відповідальності. Однак, управління відхилило заяву на підставі того, що положення розпорядку роботи поліції дозволяло утримувати дані неповнолітніх в разі

[140] Див. BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83; *BVerfGE* 65, 1, стор. 41-43. По суті кажучи, тут малася на увазі концепція «Informationne Selbst-bestimmung» (укр. Інформаційного самовизначення), яка випрацювала наступний принцип: позивач сам вирішує, де, як і кому надавати та розголошувати інформацію про себе. У той же час, утримання та збір даних про позивача повинен так чи інакше регламентуватися законодавством. Якщо збір даних закріплено в ст. 81 (b) StPO, режим їх зберігання не регламентувався нічим, окрім адміністративних процедур, і визнавався законним в практиці судів, як похідна процедура від ст. 81 (b) StPO (див. *VG Darmstadt,* Urt. v. 17.11.1978, III E 8/78, параграф 16-19). Див. також *VG Hessen,* Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 19

[141] *BVerwG,* Urt. v. 20.02.1990 – BVerwG IC 30.86, параграф 4-7; 25-30; 38-42

неодноразового скоєння злочинів та підстав вбачати можливість їх повторюваності – а незадовго до їхньої заяви, неповнолітній скоїв пограбування підлітка в компанії «колег». На думку суду, правоохоронні органи вчинили цілком законно, провівши збір даних щодо неповнолітнього позивача, адже той неодноразово скоював злочини, і хоч той не досяг віку настання кримінальної відповідальності, збір та утримання даних, на думку суду, цілком обґрунтований. Суд також відзначив, що, законодавство не регулює питання щодо часового ліміту утримання, і залежить індивідуально від кожного випадку. Оскільки позивач скоїв не менше 10 крадіжок та 1 грабіж, тому суд постановив, що «принаймні на цей [1979] час», утримання його даних не суперечить принципу пропорційності (див. справу *BverwG, IC 57.66*) і відхилив позовну вимогу[142]. Однак, є і позитивні приклади: так, у справі адміністративного суду м. Дармштадт (*1978*), позивач, літній чоловік, дізнався, що «володіє» доволі значною «карткою судимості», в якій знаходилося 14 записів щодо та підозр у злочинах з 1949 по 1977 роки, тому подав позов щодо знищення, або, як інший варіант – надання йому доступу до файлу для ознайомлення. Суд зазначив, що строки утримання в кожному випадку індивідуальні, а законодавство термінів не встановило; у такому разі, якщо підстав для подальшого зберігання немає, то суд може вирішити задовільнити вимогу позивача. Суд вирішив, що для зберігання даних слід встановити ліміт в 5, або 10 років, і оцінив «картку судимості», в якій містилися підозри в шахрайстві та інших дрібних злочинах, датовані ще 1950ми роками. Також в ній містились записи 1973-1977 р.р., де позивач підозрювався у незаконному збагаченні і шахрайстві. Тому, суд частково задовільнив вимогу позивача, постановивши знищити усі дані до 1973 року, та надати йому доступ до фолдеру з даними щодо підозр датованих 1973-1977 роками, щоправда лише тих, що не є засекреченими відповідно до ряду адміністративних регламентів[143]. Домігся вилучення персональних даних про судимості та підозри і позивач у справі адміністративного суду Гессена (*1995*). Позивач був підозрюваним в ряді кримінальних проваджень (з 1977 по 1986 роки), однак він жодного разу не був засудженим. Тому, він звернувся до суду за рішенням знищити усі його дані на підставі збереження їх у федеральному реєстрі, який, у свою чергу, містився у центральному ЕОМ (комп’ютері). Позивач пішов доволі нетривіальним шляхом, зіславшись на те, що не існує законодавства стосовно зберігання даних щодо судимості та

[142] *VG Freiburg*, Urt. v. 03.04.1979, VS VI 1054/78, параграф 2-8, 17, 19-21

[143] *VG Darmstadt*, Urt. v. 17.11.1978, III E 8/78, параграф 1-7, 18-19; 21, 22, 23-25, 27, 29-32 (див. параграф 22-23 щодо конкретних строків терміну давності).

підозр в злочинах, яке б відповідало стандарту рішення «*Цензус*» Конституційного суду Німеччини (1983)[144]. Суд погодився з аргументом позивача, коли той стверджував, що жодних статутних положень щодо утримання даних про судимість та підозру в злочині на ЕОМ (комп'ютері) не існувало, хоча базові принципи поводження з персональними даними регулювалися федеральним законом та рядом підзаконних актів, проте, як зазначалося вище, ст. 81 (b) StPO не давала такої дискретності, натомість регламентуючи законність збору даних підозрюваного в рамках конкретного кримінального провадження. Враховуючи те, що жодних «секторальних» регламентів стосовно утримання саме такого типу даних, позивач, на думку суду, мав рацію. Звертаючись до положень стосовно федерального реєстру (параграф 474 (3) (2) StPO) – саме у ньому зберігались дані позивача, то дані, зібрані в ході кримінального провадження, в разі визнання позивача невинним, необхідно було знищити через 2 роки. Оскільки остання з підозр датувалася 1986 роком, суд вирішив на користь позивача[145]. А ось в інших справах, рішення по яких виносили суди нижчих інстанцій, позивачам «щастило» менше. Так, наприклад у справі АС м. Вісбаден (*1980*), позивач був одним з трьох підозрюваних у вбивстві, був заарештований і тиждень перебував у СІЗО, однак був виправданий завдяки показам ряду свідків, домігшись відшкодування свого перебування там. У той же час, за показами одного зі свідків, позивач постійно перебував у компаніях осіб, що планували скоювати злочини та мав зв'язки з членами анархістських угрупувань. Суд вирішив, що навіть попри те, що позивач підозрювався у вбивстві, реальних підстав вважати, що він в дійсності скоїть його, немає. Суд зазначив, що факт переписки з засудженими особами, сам по собі, не означає того, що позивач схильний здійснювати злочини; тому, вирішив частково задовільнити позовну вимогу та знищити більшість його даних, окрім відбитків пальців[146]. У справі АС м. Дюссельдорф (*2003*), позивачеві, який неодноразово був підозрюваним в шахрайстві та контрабанді відмовили у знищенні відбитків пальців: суд мотивував своє рішення тим, що для таких злочинів характерна повторюваність, і самі по собі, відбитки пальців (як персональні дані) недоступні для загального огляду, та непридатні для ідентифікації без належної апаратури та кваліфікації спеціаліста[147].

[144] Див. *BVerfG*, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83; *BVerfGE* 65, 1, стор. 41-43; *BVerwG*, Urt. v. 20.02.1990, BVerwG IC 30.86, параграф 4-7; *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 19.
[145] *VG Hessen*, Urt. v. 22.06.1995, 6 UE 152/92, параграф 4, 19-27
[146] *VG Wiesbaden*, Urt. v. 11.11.1980, VI/1 E79/79, параграф 4-10; 23-26, 27, 28-30, 39
[147] *VG Dusseldorf*, 22.04.2003 – 18 C6475/00, параграф 1-4, 12-17; 19-20; 24-25

Висновки. Розглянута у статті як історична, так і сучасна практика судів, у тому числі – ЄСПЛ, показує, що право особи на видалення даних про судимість та підозру в скоєнні злочинів є реальним та має доволі довгу історію. Враховуючи розвиток даного поняття з 19 до 21 століття, можна стверджувати, що «право на забуття», що реалізується шляхом отримання рішення суду про видалення, або знищення його даних щодо наявної судимості, або ж зібраних через підозру у скоєнні злочину – існуюче, а не ефемерне поняття, та належно відображене не тільки як у практиці судів континентальної та англо-саксонської правової сім'ї, а й у практиці Європейського Суду з Прав Людини в справах Марпера (2008 р.) та Хелілі (2011 р.). Водночас, практика судів з даного питання є доволі розрізненою: якщо в Сполучених Штатах Америки існують різні варіанти утримання даних про судимість та підозру в скоєнні злочину, то в Німеччині суди оцінюють поведінку та минуле позивача по цілому ряду критеріїв, що дають підстави зрозуміти, яким є подальший «прогноз»[148] щодо можливої кримінальної поведінки позивача, на основі чого суд виносить рішення. Узагальнення практики судів стосовно даного питання, як, наприклад, приведена у цій статті практика адміністративних судів Німеччини, значною мірою може вдосконалити і практику Європейського Суду з Прав Людини, який зможе застосувати принципи випрацювані німецькими, чи американськими судами задля більш ефективного вирішення власних справ. У той же час, автор робить наголос на тому, що право позивача на видалення даних про судимість та підозру в злочинах є компонентом концепту «права на забуття», адже за своєю суттю є правом на знищення даних, що зберігаються органами МВС у паперових чи електронних реєстрах.

Список використаних джерел та літератури:

1. Arnould M. Bonneville, *De la Recidive, ou des Moyens les plus efficacies*, Paris, Librarie de Jurisprudence de Cotillon, 1844

2. Arnold M. Bonneville, *De l'Ameloration de la Loi Criminelle: en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus genereuse et plus moralisante*, Paris, Libraires de la Cour de Cassation (1864)

3. Gustav Poittevin, *Le Casier Judiciare: Ettude critique sur le Casier Judiciare en France et dans les Pays Etrangers*, Paris, Academie des Sciences Morales et Politiques, 1907

4. Rodolphe A. Reiss, *Contribution a la reogranisation de la police*, Paris, Bibliotheque nationale de France, Department Droit, economie, politique, 8-F-25011, 1914

5. Lester Eisenstadt, *The Right of Persons Who Have Been Discharged or Acquitted of Criminal Charges to Compel the Return of Fingerprints, Photographs and other Police Records*, 27 Temp. L. Rev. 441 (1954)

6. Francis A. Allen, *Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal*, 50 Journ. L. Crim. & P.S. 226 (1959)

[148] Див. *BVerwG*, Urt. v. 19.10.1982 - BverwG 1C 114.79, параграф 14

7. Aidan R. Gough, *The Expungement of Adjudication Records of Juvenile and Adult Offenders*: A Problem of Status, 1966 Wash. U. L. Rev. 147 (1966)

8. Peter D. Pettler, Dale Hillmen, *Criminal Records of Arrest and Conviction: Expungement from the General Public Access*, 3 Calif. W. L. Rev. 121 (1967)

9. Bernard Cogon, Donald L. Loughery, *Sealing and Expungement of Criminal Records: The Big Lie*, 61 Journ. of Crim. Law & Criminology 378 (1970)

10. Vern Countryman, *The Diminishing Right of Privacy: The Personal Dossier and the Computer*, 49 Tex. L. Rev. 837 (1971)

11. Gregory Lake, *Expungement or Restriction of Arrest Records*, 23 Clev. St. L. Rev. 123 (1974)

12. Comment, *Retention and Dissemination of Arrest Records*, 38 *Univ. Chicago L. Rev.* 850 (1974)

13. Michael E. Mazurek, Jo-Ellen Holm Mazurek, *Expungement of Arrest Records: The Need for Federal Legislation; Note*, 6 Journal of Legislation 153 (1979)

14. Mark A. Franklin, Diane Johnson, *Expunging Criminal Records, Concealment and Dishonesty in an Open Society*, 9 Hosfra L. Rev. 733 (1981)

15. Jean-Claude Farcy, *Le Casier Judiciare au XIXe siècle*, Bulletin du Centre d'histoire de la France contemporaine [Univ. de Paris X-Nanterre] n° 11, 1990

16. François-Xavier Roux-Demare, *Towards the Creation of a European Criminal Record*, Revue international de droit compare, Anne 2012 (777)

17. Gold & Williams, *National Study of the Aftermath of Apprehension*, 3 U. Mich. J.L. Ref. 3 (1969)

18. Сухорольський П. Право бути забутим у правовій системі Європейського Союзу: реалії, проблеми та перспективи / Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2016. – С. 90–101

19. Єсімов С. Персональні дані як предмет захисту права на недоторканність приватного життя / Львів: Вісник Національного Університету «Львівська політехніка», 2017. – С. 120-126

20. Anatoliy A. Lytvynenko, *The Role of Sidis v. F-R Publishing Co. case in the Formation of The Right to be Forgotten*, 105 Teise 188 (2017)

21. Anatoliy A. Lytvynenko, The Case Law of "Right to Be Forgotten": Approaches of the United States Courts and the European Court of Human Rights", 8.3 Science Review 25 (2018)

22. Andre Normandeau, *Pioneers in Criminology: Arnould Bonneville De Marsangy (1802-1894)*, 60 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 28 (1969)

23. Societe de Legislation Comparee, *Annuaire de Legislation Etrangere*, Paris, Librairie Cotillon (1884)

24. A. Bigeon, *Photographie et le Droit*, Paris – Charles Mendel (1894)

25. Hugo Vanderberghe, *Bescherming van het prive – leven en recht op informative vie de massmedia*, 31 Rechtskundig Weekblad 1458 (1970)

26. J. Matthijs, *Privacy*, Paleis der Academien – Hertogsstraat I, Brussel (1978)

УДК 341.322.5

Пилипенко В. П.,
кандидат юридичних наук,
Заслужений юрист України,
член Європейської комісії «За демократію через право»
(2013-2017 рр.)

ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ В СТАТУТАХ МІЖНАРОЖНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ТРИБУНАЛІВ ТА РИМСЬКОМУ СТАТУТІ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ

У статті наведені результати наукового аналізу юридичних проблем, що виникають при кваліфікації воєнних злочинів як одного із найтяжчих, суспільно небезпечних протиправних діянь, що порушують основоположні норми міжнародного права. Висвітлена практика органів міжнародної кримінальної юстиції, створених після Другої світової війни і діючих сьогодні. Проаналізовані правові механізми реалізації відповідальності індивідів, що вчинили воєнні злочини.

***Ключові слова**: воєнні злочини, Римський Статут, Міжнародний кримінальний суд, органи міжнародної кримінальної юстиції та ін.*

ПИЛИПЕНКО В.П. ВОЕННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В УСТАВАХ МЕЖДУНАРОДНЫХ УГОЛОВНЫХ ТРИБУНАОЛОВ И РИМСКОМ СТАТУТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО СУДА

В статье приведены результаты научного анализа юридических проблем, возникающих при квалификации военных преступлений как одного из самых тяжелых, общественно опасных противоправных деяний, нарушающих основополагающие нормы международного права. Освещена практика органов международной уголовной юстиции, созданных после Второй мировой войны и действующих сегодня. Проанализированы правовые механизмы реализации ответственности индивидов, совершивших военные преступления.

***Ключевые слова**: военные преступления, Римский Статут, Международный уголовный суд, органы международной уголовной юстиции и др.*

PYLYPENKO V.P. WAR CRIMES IN THE STATUTES OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS AND THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The results of scientific analysis of legal problems that arise while the qualification of war crimes as one of the most serious, socially dangerous illegal acts that violate the fundamental rules of international law are presented in the article. It is highlighted the practice of international criminal justice bodies established after World War II and active today. The legal mechanisms of realization of the individuals' liability who have committed war crimes are analyzed.

***Keywords:** war crimes, Rome Statute, International Criminal Court, organized criminal justice, etc.*

Постановка проблеми. Міжнародні злочини є найтяжчими, суспільно небезпечними протиправними діяннями, що порушують основоположні норми міжнародного права, зачіпають інтереси всього міжнародного співтовариства, зазіхають на міжнародний правопорядок в цілому. Щодо таких злочинів Комісія міжнародного

права ООН (далі – КМП) вказала, що вони є «настільки серйозними або значними, відбуваються в таких масових або широких масштабах або мають настільки планову чи систематичну основу, що є загрозою для міжнародного миру і безпеки» [2, с. 43].

Відзначається особлива тяжкість даних злочинних діянь. Міжнародні злочини об'єднує високий ступінь небезпеки для людини, земної цивілізації [6, с. 12]. Вони становлять підвищену небезпеку для людства нормальних відносин між державами незалежно від їх соціально-політичних умов [3, с. 97].

Як міжнародні злочини традиційно розглядаються агресія, військові злочини, злочин геноциду, злочини проти людяності. Міжнародні злочини вчиняються державами в особі їх керівників, інших відповідальних посадових осіб. Отже, вчинення міжнародного злочину тягне за собою як відповідальність держави, так і відповідальність конкретних винних індивідів, які діяли від імені держави. Характерною особливістю міжнародно-правових актів, що передбачають протиправність діяння і містять елементи складу злочинних діянь, є відсутність конкретних санкцій за їх вчинення. Щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності не застосовуються строки давності. Це положення закріплено в Конвенції про незастосування строків давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності 1968 р.

Наразі актуальною проблемою сучасності є збройні конфлікти, в ході яких відбуваються численні серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) (воєнні злочини), внаслідок чого відбувається масова загибель цивільного населення і військовослужбовців, зростає число біженців і переміщених осіб, грубо порушуються права людини, посилюється напруженість в суспільстві.

Держави стурбовані станом боротьби з воєнними злочинами, що знаходить своє підтвердження в заходах правового характеру, вжитих ними на міжнародному та внутрішньодержавному рівнях, пов'язаних з проведенням концепції воєнних злочинів як злочинів проти миру і безпеки людства. У зв'язку з цим, в сучасних умовах спостерігається інтенсивний розвиток і диверсифікація органів міжнародної кримінальної юстиції, повноважних розслідувати і розглядати справи щодо найбільш серйозних (за своїм характером і масштабами здійснення) воєнних злочинів; державами проводиться робота щодо приведення національного кримінального законодавства в частині криміналізації серйозних порушень МГП та забезпечення невідворотності покарання за такого роду порушення у відповідність з прийнятими міжнародними зобов'язаннями;

розвивається комплекс норм міжнародного і внутрішньодержавного права, що регулюють відносини взаємодії національних і міжнародних правозастосовних органів в сфері кримінальної відповідальності за воєнні злочини. Йдеться, насамперед, про створений на основі міжнародного договору і постійно діючий Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС), предметна юрисдикція якого включає в себе воєнні злочини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Воєнні злочини неодноразово ставали предметом вивчення фахівців в галузі міжнародного права і кримінального права, як в Україні, так й в інших державах. Так, питанням кримінальної відповідальності за воєнні злочини у своїх працях приділяли увагу такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як А. Х. Абашидзе, В. Ф. Антипенко, Аль-Захарна Саліма, В.А. Базов, Ю. Г. Барсегов, В. А. Батирь, І. П. Бліщенко, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, М.М. Гнатовський, Н.В. Дрьоміна, С.О. Загороднюк, Н.А. Зелінська, А.В. Картавцев, А.О. Кориневич, Ю. М. Колосов, І.О. Колотуха, Н. І. Костенко, В.М. Лисик, І. І. Лукашук, А. С. Мацко, Н. Г. Михайлов, Ф. І. Полторак, М. Ю. Рагінський, С. А. Раджабов, В. М. Репецький, В.П. Попович, П.І. Репешко, П. С. Ромашкін, В. М. Русинова, М.І. Хавронюк, О.Р. Фісенко, В.Х. Ярмакі та ін.

Отже, **метою цієї статті** є визначити зміст та навести класифікацію воєнних злочинів, що міститься в статутах органів міжнародної кримінальної юстиції, в тому числі і в Римському статуті МКС.

Виклад основного матеріалу. Загальною умовою кваліфікації діянь як воєнних злочинів є наявність збройного конфлікту. При цьому відповідно до норм міжнародного права протиправні діяння можуть бути скоєні в ході збройного конфлікту як міжнародного, так і внутрішнього характеру. До воєнних злочинів Статутом Нюрнберзького трибуналу були віднесені порушення законів і звичаїв війни, в тому числі вбивства, катування чи введення в рабство або для інших цілей цивільного населення окупованої території; вбивства або катування військовополонених чи осіб, які перебувають в море; вбивства заручників; пограбування громадської або приватної власності; безглузде руйнування міст чи сіл; розорення, невиправдане необхідністю; інші злочини.

Відповідно до ст. 2 Статуту Міжнародного трибуналу по колишній Югославії (далі – МКТЮ, Трибунал) Трибунал «повноважний здійснювати судове переслідування осіб, які вчиняють або віддають наказ про вчинення серйозних порушень Женевських конвенцій

від 12 серпня 1949 року, а саме наступних дій, спрямованих проти осіб або майна, що використовуються для захисту положень відповідної Женевської конвенції: a) умисне вбивство; b) тортури і нелюдське поводження, включаючи біологічні експерименти; c) навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва або нанесення шкоди здоров'ю; d) незаконне, довільне і таке, що проводиться у великому масштабі руйнування і привласнення майна, що не викликаються воєнною необхідністю; e) примус військовополоненого або цивільної особи служити в збройних силах ворожої держави; f) навмисне позбавлення прав військовополоненого або цивільної особи на неупереджене і нормальне судочинство; g) незаконні депортації, переміщення або арешт цивільної особи; h) взяття цивільних осіб в якості заручників» [11].

Статут Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді [12] до предметної юрисдикції зазначеного органу відніс в тому числі серйозні порушення норм, закріплені в Женевських конвенціях 1949 року про захист жертв війни та Додатковому протоколі II 1977 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (ст. 3 Статуту). До цього переліку (який не є вичерпним) увійшли: 1) посягання на життя, здоров'я і фізичний стан або психічне благополуччя осіб, зокрема вбивство, а також жорстоке поводження, наприклад тортури, каліцтва або будь-які форми тілесного покарання; 2) колективні покарання; 3) взяття заручників; 4) акти тероризму; 5) посягання на людську гідність, зокрема образливе і принижуюче поводження, зґвалтування, примусова проституція і будь-які форми непристойного нападу; 6) мародерство; 7) засудження і застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного належним чином заснованим судом, при наявності судових гарантій, визнаних необхідними цивілізованими націями; 8) загрози вчинення будь-якого з перерахованих вище діянь. Ідентичні склади злочинів сформульовані в ст. 3 Статуту Спеціального суду по Сьєрра-Леоне.

У Римському статуті (ст. 8) встановлено юрисдикція МКС щодо значного переліку воєнних злочинів. МКС має право розглядати воєнні злочини, вчинені під час як міжнародних, так і внутрішніх конфліктів. Тенденція до зближення конфліктів міжнародного і внутрішнього характеру спочатку проявилася в практиці МТКЮ.

Римський статут продовжив цю тенденцію, хоча зазначається, що низка держав висловили свою незгоду з положенням щодо поширення юрисдикції МКС на злочини, скоєні під час внутрішніх збройних конфліктів. Разом з тим, з даного питання в

міжнародно-правовій доктрині висловлено й інша думка: «Але поділ, що є в деякому сенсі застарілим, між збройними конфліктами міжнародного і не міжнародного характеру зберігається. Цей поділ суперечить ідеї правосуддя і, додамо, так само суперечить логіці і здоровому глузду» [14, p. 378].

Для цілей Римського статуту воєнні злочини означають: 1) серйозні порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р.; 2) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в збройних конфліктах міжнародного характеру [8]. Відзначимо, що ст. 8 Римського статуту не позбавлена недоліків, основним з яких є відсутність заборони на використання в ході збройного конфлікту зброї, що викликає зайві страждання, - хімічної, бактеріологічної, а також використання протипіхотних мін. До тексту Статуту МКС також не були включені положення про заборону умисного створення голоду серед цивільного населення, положення щодо невиправданої затримки репатріації військових або цивільних осіб, а також про навмисне заподіяння широкомасштабної, довгострокової і серйозної шкоди навколишньому середовищу [9, с. 134; 7, с. 102-103].

Стаття 8 Римського статуту встановлює, що Міжнародний кримінальний суд здійснює юрисдикцію щодо воєнних злочинів, зокрема, коли вони вчинені в рамках плану або політики або мають широкомасштабний характер. Таке формулювання стало результатом компромісу, досягнутого в ході дипломатичної конференції в Римі. Прихильники встановлення більш високого порогу юрисдикції МКС щодо воєнних злочинів виступали за включення до тексту Статуту формулювання, що Суд має юрисдикцію щодо воєнних злочинів «лише коли вони вчинені в рамках плану або політики, або носять широкомасштабний характер» [13, p. 55].

Водночас умови, що містяться в даному формулюванні, не передбачені ані в чинних міжнародних договорах, ані в звичаєвих міжнародно-правових нормах. У рішенні міжнародних трибуналів ad hoc було визнано, що навіть одиничне злочинне діяння, спрямоване проти однієї жертви (наприклад, вбивство особи, що здалася в полон), може бути кваліфіковано як воєнний злочини; це положення підтримується сучасною правовою наукою [13, p. 55]. Їх опоненти нагадували, що обов'язок залучати до відповідальності особу, яка винна у вчиненні воєнних злочинів, лежить, перш за все, на відповідній державі. У разі якщо держава належним чином здійснює судовий розгляд щодо окремих

інцидентів, які можна кваліфікувати як воєнні злочини, необхідності задіяти механізм МКС не буде.

Таким чином, зафіксоване в п. 1 ст. 8 Римського статуту формулювання має компромісний характер: широкомасштабні злочинні дії або умови їх здійснення в рамках плану або політики не є необхідними елементами для кваліфікації злочинних діянь в якості воєнних злочинів, але можуть бути взяті до уваги Прокурором Суду при вирішенні питання про початок розслідування [4, с. 35].

У Римському статуті особливо відзначається, що його положення не застосовуються до випадків порушення внутрішнього порядку і виникнення напруженості, таким як заворушення, хвилювання, епізодичні акти насильства, інші акти аналогічного характеру. Дане положення покликане захистити Суд від окремих інцидентів, які за своїм характером і ступенем тяжкості не є воєнними злочинами, але водночас можуть швидко вичерпати ресурси Суду. При кваліфікації діянь як воєнні злочини «Елементи злочинів» вказують, що вони «повинні тлумачитися у встановлених рамках міжнародного права збройних конфліктах, включаючи, у відповідних випадках, норми міжнародного права збройних конфліктів, які застосовуються до збройних конфліктів на морі» [8].

Щодо суб'єктивної сторони воєнного злочину встановлено, що не існує жодної вимоги щодо «правової оцінки виконавцем факту існування збройного конфлікту або його характеру як міжнародного або не міжнародного», так само як і щодо «знання виконавцем фактів, що визначають характер конфлікту як міжнародного або не міжнародного» [8]. «Елементами злочинів» передбачається тільки вимога до виконавця «знання фактичних обставин, що визначають існування збройного конфлікту» [13, p. 22]. Дане положення отримало практично одноголосну підтримку держав-учасниць Римського статуту.

Таким чином, твердження підсудного про те, що він розцінював будь-який конфлікт як внутрішній, не матиме для суддів принципового значення. Достатнім буде встановлення Судом того факту, що підсудний знав (мав достатні підстави знати) про фактичне існування збройного конфлікту в період вчинення дій, які висуваються йому в провину.

Проект кодексу злочинів проти миру і безпеки людства 1996 р. в якості кваліфікуючих ознак воєнних злочинів передбачає широкомасштабне і систематичність їх вчинення. Вимога широкомасштабності міститься і в Римському статуті, але він не

згадує про систематичність вчинення даних злочинів. Його положення містять кваліфікаційну вимогу, щоб воєнні злочини вчинялись «в рамках плану або політики». Однак в коментарях КМП до положень проекту кодексу міститься роз'яснення, що злочин «відбувається систематично, коли він відбувається відповідно до заздалегідь розробленого плану або політикою». Таким чином, можна зробити висновок, що кваліфікуючі ознаки військових злочинів в Римському статуті і проекті кодексу злочинів проти миру і безпеки людства є ідентичними. Відсутність в Римському статуті вимоги, щоб план або політика, в рамках яких були вчинені воєнні злочини, були заздалегідь розроблені, не впливає на дане твердження, оскільки наявність попереднього планування і розробки згаданого плану або політики в даному випадку очевидно мається на увазі.

Висновки. Таким чином, з урахуванням зазначеного вище, можна сформулювати наступні висновки. **С**пецифіка міжнародної кримінальної відповідальності за воєнні злочини обумовлена специфікою правової природи їх об'єкта і умов їх вчинення. Вказані злочини відбуваються в умовах збройного конфлікту (міжнародного або не міжнародного) і є багатооб’єктними, оскільки безпосередньо виражаються в серйозному порушенні встановлених МГП (правом збройних конфліктів) правил ведення військових дій, причому в механізмі забезпечення дотримання даних правил важливу роль покликані відігравати внутрішньодержавні та міждержавні заходи правового та організаційного характеру, пов'язані із заподіянням шкоди особам та об'єктам, що перебувають під заступництвом МГП. За фактом їх здійснення військовослужбовці також зазіхають на військовий правопорядок (безпека ведення бойових дій у воєнний час); віднесені до злочинів проти миру і безпеки людства; можуть відбуватися в рамках плану, політики, носити широкомасштабний характер, або є результатом ексцесів і злочинної діяльності окремих фізичних осіб. Зазначені особливості, свою чергою, дозволяють розмежувати воєнні злочини з іншими злочинами проти миру і безпеки людства, і обумовлюють диференціацію моделей конкретизації та реалізації міжнародної кримінальної відповідальності за їх скоєння. Крім того, виходячи з положень відповідних статутів та інших документів міжнародних органів кримінальної юстиції, а також з урахуванням вивчення практики їх діяльності, можливо вказати на такі характерні ознаки конкретизації та реалізації кримінальної відповідальності за воєнні злочини в рамках міжнародної кримінальної юрисдикції: 1) значущість, і, одночасно, специфіка ініціювання розслідування і кримінального переслідування у справі про воєнний злочин в

рамках міжнародної кримінальної юрисдикції; 2) особлива роль обвинувача (прокурора) в ході попереднього розслідування і в цілому – під час провадження кримінальних справ у міжнародних органах кримінальної юстиції; 3) особлива значимість співробітництва інститутів міжнародного кримінального правосуддя з державами, національними органами кримінальної юстиції в ході кримінального переслідування і покарання у справах про воєнні злочини. Зазначені ознаки наповнюються конкретним диференційованим змістом в рамках відповідної моделі міжнародної кримінальної юрисдикції.

Список використаних джерел та посилань:

1. Док. ООН: A/CONF. 183/9.
2. Доклад Комиссии международного права о работе ее 48 й сессии, 6 мая – 26 июля 1996 г. Нью Йорк, 1996. (Док. ООН: A/51/10)
3. Карпец И. И. Международная преступность. Москва, 1988.
4. Крюков А. Ш. Преступления, подпадающие под. юрисдикцию Международного уголовного суда: матер.конф. «Римский статут Международного уголовного суда: имплементация на национальном уровне». Москва, 4-5 февраля 2004 г. *Международное право. Специальный выпуск*. Москва, 2005.
5. Лобанов С.А. Международная уголовная ответственность за военные преступления. Дис. доктора юрид. наук. М., 2018. 495 с. С. 229. URL: https://www.dissercat.com/content/mezhdunarodnaya-ugolovnaya-otvetstvennost-za-voennye-prestupleniya
6. Ляхов Е. Г. Терроризм и межгосударственные отношения. Москва,1991.
7. Раджабов С. А. «Военные» аспекты Римского статута Международного уголовного суда. *Московский журнал международного права*. 2005. № 3 (59).
8. Римський статут міжнародного кримінального суду від 17.07.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588
9. Роберж М._К. Новый Международный уголовный суд. Предварительная оценка. *Московский журнал международного права.* 1999. Специальный выпуск, посвященный 50-летию Женевских конвенцій 1949 г.
10. Скуратова А. Ю. С46 Международные преступления: современные проблемы квалификации : монография / А. Ю. Скуратова. Москва: Норма : ИНФРА М, 2012. 160 с.
11. Устав Международного Трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии, от 25 мая 1993 г. URL: www.un.org/russian/law/icty/charter.htm
12. Устав Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января 1994 г. по 31 декабря 1994 г., принят 8 ноября 1994 г. Резолюцией 955 (1994) на 3453-м заседании Совета Безопас-ности ООН. /UN Doc. S/Res/955 (1994).
13. Dorman K. Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Cambridge, 2004.
14. Roucounas E. Facteurs Prives et Droit International Public. Leiden; Boston, 2003.

УДК: 656.6

Гончаренко В.В.
аспірант Київського національного
торговельно-економічного університету
м. Київ, Україна

ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ТЕРМІНА «НАЦІОНАЛЬНІСТЬ СУДНА»

Стаття присвячена аналізу правової сутності національності судна. Показаний сенс застосування в міжнародному морському праві терміна «національність» до судна. Автор погоджується з думкою про те, що надання судну національності, тобто права плавання під прапором держави є «ключовим моментом» реєстрації судна. При цьому вказується на необхідність дотримання умов реального зв'язку між державою прапора і судном, визначених Конвенцією 1986 р.
Ключові слова: *національність судна, реальний зв'язок, реєстрація, прапор, держава прапора.*

Статья посвящена анализу правовой сущности национальности судна. Показан смысл применения в международном морском праве термина «национальность» к судну. Автор соглашается с мнением о том, что предоставление судну национальности, то есть права плавания под флагом государства является «ключевым моментом» регистрации судна. При этом указывается на необходимости соблюдение условий реальной связи между государством флага и судном, определенных Конвенцией 1986 г.
Ключевые слова: *национальность судна, реальная связь, регистрация, флаг, государство флага.*

The article is devoted to the analysis of the legal nature of the nationality of the vessel. The meaning of the use of the term «nationality» in the international maritime law of a ship is shown. The author agrees with the opinion that granting a ship of nationality, that is, the right to fly the flag of the state is the «key point» of the registration of the ship. This indicates the need to comply with the conditions of a real link between the flag state and the ship, as defined by the 1986 Convention.
Key words: *ship nationality, real connection, registration, flag, flag state.*

Постановка проблеми. Актуальність проблеми визначення національності судна обумовлюється наявною на сьогоднішній день практикою «відкритої реєстрації» та переведенням судновласниками своїх суден під «зручні прапори». Крім того, дана проблема ускладнюється бажанням розвинених країн дотримуватися всіма країнами світу принципу реального зв'язку між судном та державою прапора, який ігнорується країнами відкритої реєстрації. Мотивом таких вчинків служить як бажання убезпечити морські перевезення і знизити аварійність на судноплавних лініях світу, так і запобігти відтоку суден зі своїх внутрішніх реєстрів, що веде до зменшення податкових та інших надходжень до бюджету. Відзначимо, що проблема ототожнення судна з державою, у зв'язку з його національністю, виникла не у XXI ст., а зародилася в період Середньовіччя

і була тісно пов’язана з використанням на суднах, які належали громадянам одного державного утворення прапорів іншого. В цей період ті судна, які здійснювали торгівлю в містах, віддалених від дому, могли використовувати прапор тієї держави, яка контролювала цю територію, щоб захистити свій вантаж від пограбування та «конфіскації». Британські торговельні судна при їх входженні у Середземне море використовували прапори Венеції або Генуї. Отже, в ті часи більшість суден, які вирушали у віддалені морські переходи, мали на своєму борту документи від декількох держав, що дозволяло їм використовувати їх прапори. Такий підхід не міг не викликати необхідності його міжнародно-правової регламентації, основою якої стало поняття «національність» судна і той зміст, який почали у нього вкладати.

Виклад основного матеріалу. Національність судна є його обов’язковим атрибутом, а прапор, у свою чергу, є ідентифікатором національності. Якщо звернутись до наукових джерел, то можна відзначити, що окремі науковці намагались вирішити проблематику сутності національності судна. Наприклад, А.Л. Колодкін під «національністю» судна розуміє його державну приналежність, яка встановлюється відповідно до того, владі якої держави судно підпорядковане, і закон якої держави на нього поширюється. На думку вченого, з факту надання судну національності випливає винятковість юрисдикції держави, прапор якої несе судно, і у відкритому морі [2, с. 232]. Схожого трактування даного терміна дотримуються М.І. Лазарєв та В.Г. Єгіян. М.І Лазарєв вважає, що будь-яке судно має національність тієї держави, під прапором якої воно плаває у водах відкритого моря та підпорядковується владі лише тієї держави, прапор якого несе [7, с. 380]. На думку В.Г. Єгіяна, під національністю судна також слід розуміти приналежність судна до певної держави, під прапором якої воно має право плавати. Ця приналежність до держави повинна засвідчуватися шляхом: реєстрації судна, видачі йому відповідних документів та надання судну права плавання під прапором цієї держави [1, с. 27]. Як ми бачимо, у вищевказаних визначеннях основний наголос робиться на приналежності судна до тієї держави та підпорядкуванні законам тієї держави, яка надала судну прапор.

Умови та порядок надання судну прапора та права плавати під цим прапором належать до внутрішньої компетенції держави. Водночас, надання прапора не може бути формальним актом, і згідно з міжнародним правом тягне для держави певні обов’язки. Зокрема, між такою державою та судном повинен існувати реальний зв’язок. Держава

зобов'язана ефективно здійснювати технічний, адміністративний, соціальний контроль над судами, які плавають під її прапором. Плавання під різними прапорами, так само як і плавання без прапора, позбавляє судно можливості шукати захисту влади будь-якої держави або міжнародної організації [6]. У даному випадку ми можемо відзначити наявність іншого аспекту поняття «національність» судна, на якому в своїх дослідженнях наголошували Р. Рейноу та Г. Мейерс. Р. Рейноу вважає, що національність судна повинна визначати лише певну форму зв'язку, який існує між державою і судном, але зв'язку більш тісного, ніж відносини між даним судном і будь-якою третьою державою [9, с. 12]. Дослідження Р. Рейноу у даному напрямку продовжив Г. Мейерс. Вчений, досліджуючи та визначаючи межі обсягу прав і обов'язків держави по відношенню до судна під її прапором, дійшов до висновку про наявність між ними стійкого політичного зв'язку – політичних взаємин. У зв'язку з чим національність судна, на думку Г. Мейерса, слід ототожнювати з «пакетом» певних прав та обов'язків держави по відношенню до судна. Національність судна, на думку вченого, – це правовий термін, який означає, що держава підтримує із судном певні зв'язки політичного характеру або, що держава здійснює певний контроль щодо осіб, пов'язаних із судном [8, с. 2]. Як ми бачимо, у вищезазначених визначеннях основний наголос робиться на наявності політичного взаємозв'язку між державою та судном. Як наслідок, на нашу думку, судно повинно підкорятися законам тієї держави, з якою в нього існує даний зв'язок.

На міжнародному рівні термін «національність» судна вперше отримав своє закріплення в Конвенції про відкрите море від 29.04.1958 року (далі – Конвенція 1958 р.). Згідно ст. 5 Конвенції 1958 р., кожна держава визначає умови надання суднам своєї національності умови реєстрації суден на своїй території та надання права плавати під своїм прапором. Судна мають національність тієї держави, під прапором якої вони мають право плавати. Між даною державою і даним судном повинен існувати реальний зв'язок; зокрема, держава повинна ефективно здійснювати свою юрисдикцію та контроль у технічній, адміністративній та соціальній галузях над суднами, які плавають під її прапором [3]. Як ми бачимо, в Конвенції національність судна розкривається через необхідність ефективного здійснення державою прапора контролю та юрисдикції над судном, окремо згадується існування «реального зв'язку», проте не дається трактування цього поняття. Такий підхід до розуміння національності судна був запропонований

Комісією міжнародного права ООН, що готувала міжнародний документ, який на сьогоднішній день нам відомий як Конвенція про відкрите море.

У процесі підготовки Конвенції про відкрите море були також озвучені пропозиції щодо невключення до тексту терміна «національність» при визначенні правового статусу судна, оскільки термін «національність» більше характеризує приналежність фізичної особи до певної етнічної групи. Проте дані пропозиції не були взяті до уваги. Ми вважаємо, що замість терміна «національність» для визначення правового статусу судна доцільніше використовувати термін «громадянство». Із логічної інтерпретації обох термінів у юридичній науці випливає, що громадянство поміняти можна, а національність – ні.

Згодом термін «національність» отримав своє закріплення і в Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10.12.1982 року (далі – Конвенція 1982 р.). Згідно ст. 91 Конвенції 1982 р., кожна держава визначає умови надання суднам своєї національності, права плавати під своїм прапором та умови реєстрації суден на своїй території. Судна мають національність тієї держави, під прапором якої вони мають право плавати. Між державою та судном повинен існувати реальний зв'язок. Кожна держава видає суднам відповідні документи, які дають їм право плавати під прапором такої держави [4]. Відзначимо, що на відміну від Конвенції 1958 р., Конвенція 1982 р. положення, які стосуються юрисдикції та контролю, віднесла не до національності судна, а до обов'язків держави прапора (ст. 91). У даній статті були детально розкриті ті напрямки, за якими здійснюється юрисдикція і контроль – забезпечення безпеки мореплавання, виконання різних технічних норм і стандартів, наявність кваліфікованого екіпажу і т.п.

Таким чином, обидві розглянуті нами Конвенції не розкривають умов визначення національності судна, а лише окреслюють обов'язки держави прапора по відношенню до судна. При цьому, проаналізувавши дані Конвенції, ми прийшли до висновку, що національність судна повинна підтверджуватися наступними критеріями: реєстрацією, судновими документами і прапором. Лише за таких умов у держави прапора виникає обов'язок по відношенню до судна.

Конвенція 1958 р. та Конвенція 1982 р. встановлюють безпосередній зв'язок між прапором судна та державою, в якій дане судно зареєстроване, а також обумовленість надання прапора фактом реєстрації судна. Прапор є прямим результатом реєстрації судна,

і нерозривно пов’язаний з ним. Даному правилу відповідає законодавство майже всіх країн. Зрозуміло, при цьому не маються на увазі випадки придбання судна за кордоном, коли консулом держави майбутньої реєстрації даному судну видається тимчасове Свідоцтво про право плавання під прапором такої держави для переходу судна з іноземного порту в порт реєстрації. Разом з тим, як зазначає В.Г. Єгіян, вираз «крім випадків дійсного переходу права власності», який міститься в розглянутих Конвенціях, є вкрай невдалим. Схоже, що такий виняток дозволяє заміну прапора у відкритому морі без зміни реєстрації, заохочуючи тим самим хитромудрі методи шахрайства стосовно зміни прапора. Безумовно, право власності на судно є однією з важливих умов надання судну національності, однак у будь-якому випадку реєстрація повинна передувати отриманню права на прапор. Прапор судна є ознакою, яка підтверджує не право власності, а приналежність судна до конкретної держави, в якій воно зареєстроване [1, с. 27-28].

Відзначимо, що реєстрація, суднові документи і прапор, будучи критеріями, що підтверджують національність судна, не розкривають реального зв’язку між державою прапора і судном, не дають розуміння обсягу такого зв’язку. Присутність даного пробілу в міжнародному морському праві дозволила країнам, які практикують «відкриту реєстрацію», надавати свій прапор будь-якому іноземному торговому судну, обмежуючись лише фактом його реєстрації та видачею відповідних документів. При цьому обов’язки щодо контролю та юрисдикції для таких країн стали носити формальний характер. Як свідчила практика використання «зручних прапорів», багато суден роками не заходили в порти своїх держав прапора, внаслідок чого уникали будь-якого контролю та перевірок (нехай навіть умовних). Ситуація, яка склалася в міжнародному регулюванні національності суден, призвела до того, що понад 80 % усіх суден світового флоту (мова йде про цивільні судна) використовують «зручні прапори». Наприклад, за даними 1990 року в Панамі та Ліберії було зареєстровано 6 436 іноземних суден. Станом на 2012 рік під «зручним» прапором Панами перебувало 22,6 % світового флоту, а під прапором Ліберії – 11,1 %. Отже, Ліберія займає друге місце після Панами за обсягом зареєстрованого флоту. Це демонструє, що у світі налічується величезна кількість власників, які уникають суворого законодавства на користь політики, що дозволяє їм наймати кого завгодно, і як завгодно відноситись до безпеки праці на борту, сплачуючи при цьому мінімальні податки [10, с. 111-118]. За обсягом загального тоннажу зареєстрованих суден Ліберія продовжує залишатися одним із світових лідерів.

Формальне ставлення країн прапора до обов'язків щодо контролю та юрисдикції призвело до зростання кількості аварій на морському транспорті. Наприклад, у 1979 році відбувся найбільший в історії розлив нафти, викликаний зіткненням танкерів Atlantic Empress (перебував під прапором Ліберії) та Aegean Captain (перебував під прапором Ліберії). У результаті аварії морські води були забруднені 290 тисячами тонн нафти. Причина аварії – некомпетентність екіпажу Atlantic Empress. У 1991 році через вибух затонув танкер MT Haven (перебував під прапором Кіпру). У зв'язку із затопленням танкера у прибережні води вилилося 50 тисяч тонн нафти. Причиною аварії став незадовільний технічний стан танкера, який був погано відремонтований після потрапляння в нього ракети під час ірано-іракської війни. Дані приклади не поодинокі, на протязі останніх 40 років майже кожні два роки на морі трапляються масштабні аварії, які завдають непоправної шкоди навколишньому середовищу, але які можна було би відвернути, шляхом проведення реального, а не формального технічного контролю за суднами, підвищеними вимогами до екіпажу тощо. Дана ситуація не могла не привернути увагу міжнародної спільноти.

З ініціативи небайдужих країн у 1974 році через ЮНКТАД було ініційовано питання щодо проблеми відкритої реєстрації суден. У результаті вивчення проблеми, ЮНКТАД прийшла до висновку про те, що:

– зростання суден під «зручними» прапорами негативно впливає на розвиток флотів країн, що розвиваються, та перешкоджає їх участі у міжнародних перевезеннях, і, в кінцевому підсумку, – встановленню нового міжнародного економічного порядку;

– зростання кількості суден під «зручними» прапорами негативно впливає на довкілля у зв'язку із формальним ставленням країн, що забезпечують «відкриту реєстрацію», до свої обов'язків;

– необхідно розробити основні принципи реєстрації суден, на основі яких доцільно прийняти відповідну міжнародну угоду.

Рішенням ЮНКТАД була скликана Дипломатична конференція ООН, яка за два роки розробила Конвенцію про умови реєстрації суден від 07.02.1986 року (далі – Конвенція 1986 р.).

Відзначимо, що в даній Конвенції на міжнародному рівні в якості умови реєстрації суден вперше була визначена наявність реального зв'язку, який повинен існувати між

судном та державою прапора. Реальний зв'язок характеризується наступними положеннями:

– наявність судновласницької компанії (або її філії) на території держави реєстрації;

– ідентифікація та підзвітність судновласників і операторів суден;

– участь держави реєстрації в капіталі судноплавних компаній;

– укомплектування екіпажів суден, наявність морської адміністрації, здатної забезпечити належну юрисдикцію та контроль держави над суднами, які плавають під її прапором, та ін.

Важливе значення для зміцнення реального зв'язку між судном та державою реєстрації мають положення зазначеної Конвенції, що стосуються самого реєстру суден, до якого держави вносять необхідні відомості з метою ідентифікації судновласників та операторів суден. Також важливим елементом є положення про те, що держава прапора у своєму законодавстві повинна передбачити свою участь (або участь своїх фізичних чи юридичних осіб) у власності на судна, а також здійснення своєї юрисдикції та контролю над суднами, які плавають під її прапором. Держава реєстрації зобов'язана дотримуватися принципу, згідно якого істотну частину командного складу та екіпажу повинні становити громадяни її держави або особи, які постійно проживають на її території.

Незважаючи на важливість норм Конвенції 1986 р., чинності вона не набула. При цьому сам факт розробки такого міжнародного документа та його присутності в міжнародному праві значно вплинув на міжнародне судноплавство. Зокрема, йдеться про положення, що відносяться до підзвітності та ідентифікації судновласників. Багато країн завдяки даному акту почали вживати заходів, спрямованих на впорядкування практики відкритої реєстрації суден та скорочення реєстрації суден під «зручними» прапорами. Таким чином, на сьогоднішній день деталізація процедурних аспектів «набуття» судном національності перебуває не стільки на міжнародно-правовому, скільки на національному рівні. Такий підхід буде залишатися до тих пір, поки держави не перестануть ставити на перше місце свої економічні інтереси, а стануть більше дбати про збереження навколишнього середовища, яке через пробільність міжнародного законодавства зазнає величезних збитків.

Висновки. Таким чином, під «національністю» судна слід розуміти приналежність судна до держави, з якою у нього існує політичний взаємозв'язок, підтверджений реєстрацією, наявністю відповідних документів та правом прапора. В ході нашого дослідження ми прийшли до розуміння того, що міжнародне морське право встановлює перелік критеріїв (реєстрація, суднові документи та прапор), які підтверджують національність судна, але не розкривають умов реального зв'язку між державою прапора та судном. Такий зв'язок була розкритий у Конвенції 1986 р., яка так і не набула чинності, її положення не носять рекомендаційного характеру і можуть ігноруватися на практиці. Незважаючи на це, країни «відкритої реєстрації» все ж передбачили у своєму внутрішньому законодавстві необхідність дотримання окремих умов реального зв'язку між державою прапора та судном, визначених Конвенцією 1986 р. Проте навіть з урахуванням такого підходу ситуація на судноплавних лініях світу залишає бажати кращого. Кількість аварій не лише не зменшилася, а й постійно збільшується, збитки зростають, реакція на дані події (з урахуванням збитків) – мінімальна. Країни та міжнародні організації ведуть боротьбу із наслідками аварій, а не з їх причинами, основною з яких є пріоритет національного законодавства над міжнародно-правовим у сфері процедурних аспектів «набуття» судном національності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Егиян В. Г. Международно-правовой режим российского морского торгового судна: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.10. Москва, 2010. 233 с.
2. Колодкин А. Л. Национальность морского судна и принцип реальной святи. *Советский ежегодник международного права*. М., 1962. С. 227 – 240.
3. Конвенції про відкрите море від 29.04.1958 року. Дата оновлення: 01.01.2000. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_180 (дата звернення: 15.10.2018)
4. Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10.12.1982 року. Дата оновлення: 01.01.2000. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_057 (дата звернення: 15.10.2018)
5. Конвенція про умови реєстрації суден від 07.02.1986 року. Дата оновлення: 01.01.2000. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_074 (дата звернення: 15.10.2018)
6. Международное право / под ред. М. В. Буроменский. М.: Интер, 2006. 336 с.
7. Международное право / под ред. Н. Т. Блатовой, Л. А. Моджорян. М.: «Юридическая литература», 1987. 584 с.
8. Meyers H. The Nationality of Ships. The Hague, 1967. 368 p.
9. Rienow R. The test of the nationality of merchant vessels. New York, 1937. 247 p.
10. Sharife K. Flying a Questionable Flag: Liberia's Lucrative Shipping Industry. World Policy Journal (Winter 2010). 126 p.

УДК: 347.78

Стефанчук М.О.,
к.ю.н., доцент,
старший науковий співробітник
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УЗГОДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АВТОРСЬКОГО ТА СУМІЖНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ ЗІ СТАНДАРТАМИ ЄС

У статті автор досліджує та аналізує законодавчу базу зарубіжного досвіду стосовно регулювання авторського та суміжних прав. Доведено необхідність узгодження відповідних норм законів України з правовими стандартами ЄС та внесення відповідних змін та доповнень до спеціальних законів у галузі захисту інтелектуальної власності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, правове забезпечення, захист авторського права, конвенція, Всесвітня організація інтелектуальної власності, міжнародне право, національна стратегія в сфері інтелектуальної власності.

Стефанчук Н.А. Some aspects of harmonization of legal regulation of copyright and related rights in Ukraine with EU standards

В статье автор исследует и анализирует законодательную базу зарубежного опыта по регулированию авторского и смежных прав. Доказана необходимость согласования соответствующих норм законов Украины с правовыми стандартами ЕС и внесения соответствующих изменений и дополнений в специальные законы в области защиты интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, правовое обеспечение, защита авторского права, конвенция, Всемирная организация интеллектуальной собственности, международное право, национальная стратегия в сфере интеллектуальной собственности.

Stefanchuk M.O. Some aspects of harmonization of legal regulation of copyright and related rights in Ukraine with EU standards

In the article the author investigates and analyzes the legislative base of foreign experience in the regulation of copyright and related rights. The need to harmonize the relevant norms of the laws of Ukraine with the legal standards of the EU and introduce appropriate changes and additions to special laws in the field of intellectual property protection is proved.

Key words: intellectual property, legal support, copyright protection, convention, World Intellectual Property Organization, international law, national strategy in the field of intellectual property.

Постановка проблеми та її зв'язок з важливими актуальними завданнями. Вивчення теоретичних і практичних питань міжнародної охорони та захисту авторських прав має надзвичайно важливу роль. У сучасному світі економічного розвитку суспільства, поступово відбувається рух від матеріального виробництва до обробки інформації. Посилюється боротьба країн за лідируючі позиції у створенні та експорті продукту інтелектуальної діяльності. Інтернаціоналізація підприємницької діяльності, висока конкуренція на світовому ринку, легкий доступ до інформаційних ресурсів,

змушують оцінювати життєздатність і реальну цінність цих об'єктів з урахуванням можливості їх комерціалізації на міжнародному рівні.

Основна мета міжнародних нормативно-правових актів, що укладаються державами в сфері охорони та захисту авторських прав, полягає в тому, щоб забезпечити належну охорону та захист авторських прав, які виникли в одній державі, однак не поширюються на території інших країн [6, с. 126].

Між усіма країнами ЄС діє конвенційне положення про те, що авторські права, набуті на території однієї держави, не набувають автоматичного визнання на території іншої. Це означає, що дія цих прав у іншій країні залежить від встановлених нею правил, а сфера дії національних законів про авторське право обмежена територією тих країн, в яких ці закони прийняті. Зрозуміло, що об'єкти інтелектуальної творчості, зазвичай, поширюються за межі певної держави, тому ці об'єктивні обставини доводять неможливість у повному обсязі забезпечити достатню охорону авторського права і суміжних прав лише національним законодавством. Тому охорона авторських прав іноземців може бути досягнута укладенням між державами або іншими суб'єктами публічного права двосторонніх та багатосторонніх угод [5].

Метою статті є аналіз регулювання авторського права і суміжних прав на міжнародному рівні та в Україні, з’ясування стану здійснення і захисту авторських і суміжних прав, а також виділення пріоритетних напрямів розвитку законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Стан дослідження проблеми. Такі фахівці як І. Грицяк, Н. Гнидюк, І. Демченко, Ю. Капіца, У. Коберник, Л. Комзюк, А. Лимар, у своїх працях пропонують окремі варіанти впровадження закордонного досвіду. Стан функціонування сфери інтелектуальної діяльності також досліджують О. Брежнєва-Єрмоленко, В. Вірченко, Б. Маліцький, О. Овєчкіна, С. Олійнічук, Т. Павленко, Г. Полєжаєва, С. Поляков, Т. Радзієвська, Л. Тараріна, А. Українець, П. Шиян. Однак проблема охорони та захисту права інтелектуальної власності в Україні ще не має достатнього теоретичного підґрунтя та залишається без комплексного механізму методів її розв’язання.

Виклад основного матеріалу. Успіхів у захисті прав інтелектуальної власності домагаються ті країни, де проводиться послідовна політика щодо гармонізації національного законодавства та міжнародних конвенцій, що встановлюють глобальні системи захисту авторського права.

Такі висновки можна зробити аналізуючи міжнародний індекс захисту прав власності, що випускається щорічно Альянсом з прав власності (Property Rights Alliance) спільно з Інститутом свобод і демократії в Ліма (Перу), який вивчає досягнення окремих країн в галузі охорони і захисту прав власності. Міжнародний індекс захисту прав власності (далі - «Індекс») - це порівняльний аналіз, проведений з метою вивчення рівня захисту прав – в нашому випадку саме авторських прав. Індекс охоплює 97 держав, які створюють 98% світового виробництва і представляють 93% населення землі. Україна опинилася на 56 місці в рейтингу за рівнем захисту інтелектуальної власності з 97 держав, поряд з такими країнами як Еквадор, Танзанія, Кувейт. Серед лідерів слід відзначити такі країни як Фінляндія, Японія, США, Великобританія, Нідерланди, Швеція, Данія та Австралія [2].

Рівень захисту прав авторського права і суміжних прав визначався укладачами рейтингу за наступними критеріями:

1. наявність несуперечливого законодавства в сфері авторського права і суміжних прав, узгодженого з міжнародними конвенціями в цій галузі;
2. наявність спеціальних органів, що здійснюють єдину політику реєстрації та захисту авторського права і суміжних прав;
3. ефективна боротьба з піратством.

Ще в 2000 р. ці країни стали лідерами з використання Інтернету: США (52% користувачів), Фінляндія (49%), Швеція (48%), Данія (35%), Великобританія (28%). Всі лідери Індексу взяли курс на створення так званого «інформаційного» суспільства [2]. Це суспільство, в якому більшість працюючих зайнято виробництвом, зберіганням, переробкою і реалізацією інформації, особливо вищої її форми – знань.

Для цієї стадії розвитку суспільства і економіки характерно: збільшення ролі інформації, знань і інформаційних технологій в житті суспільства; зростання числа людей, зайнятих інформаційними технологіями, комунікаціями і виробництвом інформаційних продуктів і послуг, зростання їх частки у валовому внутрішньому продукті; наростаюча інформатизація суспільства з використанням телефонії, радіо, телебачення, мережі Інтернет, а також традиційних і електронних ЗМІ; створення глобального інформаційного простору, що забезпечує: (а) інформаційну взаємодію людей (б) їх доступ до світових інформаційних ресурсів (в) задоволення їх потреб в інформаційних продуктах і послугах розвиток електронної демократії, інформаційної

економіки, електронної держави, електронного уряду, цифрових ринків, електронних соціальних і господарюючих мереж» [9].

Особливої уваги заслуговує вивчення досвіду правового регулювання в сфері авторського та суміжних прав таких скандинавських країн як Фінляндія, Данія і Швеція. Вони виявилися на високому економічному рівні і одними з перших досягли практично найвищих результатів в цифровому світі. В цілому в скандинавських країнах реалізується реформа в сфері захисту авторського права і суміжних прав, спрямована на підвищення доступності реєстрації торгових марок і використання авторського права для творчих індустрій. Серед них особливо виділяється Фінляндія, країна з невеликим навіть за мірками Старого Світу населенням в 5 млн. чоловік, яка вже протягом десяти років входить до числа світових лідерів з точки зору розвитку засобів комунікації. Розвинена технологічна і соціальна інфраструктура багато в чому залежить від політики держави в секторі телекомунікацій та інтересу самих громадян до нового інформаційного середовища. Так, ще в середині 1990-х рр. Фінляндія по вкладеннях в інтелектуальну сферу займала лише 11-е місце, а за кількістю персональних комп'ютерів на 1000 осіб – 246-те. В 1996 році знаходилася на 7-му місці в світі, а з 2009 р. обіймає лідируюче місце в рейтингах рівня розвитку інформаційного середовища [3, с. 114]. Фінляндія, таким чином, являє собою приклад соціально і технологічно розвиненої держави, в якій використання інформаційних послуг політичними елітами і партіями, соціальними захисниками, групами по інтересам, засобами масової інформації тощо з метою взаємодії та діалогу є можливим.

Законодавство Данії в сфері захисту авторського права і суміжних прав побудовано виходячи із зобов'язань, пов'язаних з її членством в ЄС. Під внутрішнє законодавство Данії імплементовано 99,8% директив Євросоюзу.

В сфері охорони прав інтелектуальної власності законодавство Данії повністю відповідає правовим нормам ЄС в цій галузі, зокрема, Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу 2004/48 / ЄС від 29.04.2004 р «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність». Національна політика Данії в цій сфері спрямована на досягнення стійкої конкурентоспроможності шляхом створення системи чіткої законодавчої бази з охорони авторського права і суміжних прав.

Данія спільно з Німеччиною і Францією найбільш активно виступають за створення системи єдиного патентування ЄС і єдиного патентного суду ЄС. 19 лютого

2013 року Данія підписала «Угоду про єдину систему патентного суду», разом з 24 державами-членами Європейського союзу [5].

Захист авторських прав в Нідерландах неможливо охарактеризувати у відриві від Бельгії та Люксембургу. Варто зауважити, що всі три країни Бенілюкс – Бельгія, Нідерланди і Люксембург у 1962 р. підписали договір про уніфікацію своїх національних законодавств про товарні знаки (the Benelux Treaty on Trademarks). Це призвело до виникнення Єдиного Закону про товарні знаки країн Бенілюкс (the Uniform Benelux Law on Marks), який набрав чинності в 1971 р. Тому захист товарного знаку в одній з трьох країн одночасно передбачає захист в двох інших країнах.

Порівняльний аналіз діяльності європейських держав-лідерів в сфері стимулювання і захисту авторського права і суміжних прав, доводить нам необхідність створення більш сучасної вітчизняної системи захисту авторських прав. Україна за останніх 27 років значно розширила міжнародно-правову основу охорони та захисту авторського права і суміжних прав за рахунок приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (25 жовтня 1995 р.) [9], Найробського договору про охорону Олімпійського символу (20 грудня 1998 р.), Женевської конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм 1971 року (18 лютого 2000 р).

Так, Бернська та більшість конвенцій у сфері інтелектуальної власності є частиною національного законодавства та має пріоритет над внутрішніми нормативними актами [1]. Зауважимо, що у 1952 р. була підписана Всесвітня конвенція про авторське право (адміністративно-правова охорона та захист об’єктів авторського права і суміжних прав). Постановою Верховної Ради України від 23 грудня 1993 р. Україна підтвердила своє членство у Всесвітній конвенції про авторське право 1952 р. У 1967 р. у Стокгольмі було підписано Конвенцію про утворення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ), яка з 1974 р. одержала статус спеціалізованої установи ООН [9]. Питання вдосконалення управління авторськими правами стало безпосереднім предметом розгляду ВОІВ, що провела наукове дослідження зазначеної проблеми, узагальнила практику створення й діяльності таких організацій.

Не меш важливе питання, яке потрібує вирішення в Україні це передача управління майновими правами авторів організаціям колективного управління. З метою визначення, яку роль відіграє CISAC в удосконаленні законодавчого регулювання питань управління

у сфері авторського права і суміжних прав в Україні, необхідно з'ясувати діяльність, склад учасників даної організації. CISAC – недержавна, некомерційна організація, що складається з товариств, метою якої є визнання та захист прав авторів і композиторів. Основна діяльність організації спрямована на: посилення та розвиток міжнародної мережі організацій колективного управління; забезпечення законодавчих положень для авторів і організацій колективного управління на міжнародному рівні; сприяння співробітництву між організаціями колективного управління з питань авторського права і суміжних прав тощо. Цікавим є те, що перш ніж стати учасником CISAC, має пройти випробувальний термін (2 роки)[8, с. 67]. Крім цього, CISAC постійно проводить активну діяльність щодо посилення охорони та захисту прав авторів в мережі Інтернет. Станом на червень 2013 року Міжнародна конфедерація товариств авторів та композиторів налічувала 229 авторських товариств із 121 країн світу, що об'єднали інтереси більше ніж 2,5 млн. таких діячів у різних сферах діяльності: від музики та мистецтва до літератури та драматургії.

Щодо діяльності CISAC в Україні, то у нас до складу конфедерації входить організація – Українське агентство з авторських і суміжних прав та 06 червня 2013 року на засіданні Генеральної Асамблеї міжнародної конфедерації товариств авторів і композиторів прийнято рішення про вступ до неї Всеукраїнської громадської організації «СІНЕМА», що представляє українських авторів аудіовізуальної сфери, зокрема, режисерів, сценаристів, художників-постановників, операторів, авторів музичних творів. Міжнародна конфедерація товариств авторів та композиторів приділяє особливу увагу Україні у вирішенні проблемних питань [8, с. 68].

Завдання держави полягає саме в тому, щоб створити організаційні та матеріальні умови для інноваційних процесів, держава насамперед покликана забезпечити необхідні умови для розвитку авторського права, а також їх належний захист. Важливе значення має і психологічний фактор: автор повинен бути впевнений, що буде нагороджений за свою працю і держава забезпечить його захист від «піратів» і недобросовісних конкурентів.

З урахуванням пережитого Україною конкретно-історичного етапу формування заснованої на ринкових умовах національної інноваційної системи законодавче регулювання відносин, пов'язаних з процесом створення і використання об'єктів інтелектуальної власності, має мати не тільки охоронний, але і стимулюючий характер. У зв'язку з цим необхідно розробити і затвердити Указом Президента довгострокову

державну стратегію розвитку у сфері інтелектуальної власності, передбачивши в ній заходи, спрямовані на створення сприятливих умов для творчої активності і винахідницької діяльності, заохочення вітчизняних досліджень, підвищення їх конкурентоспроможності на внутрішньому і зовнішньому ринках, а також на стимулювання впровадження результатів інтелектуальної діяльності в виробництво.

Більшість сучасних авторів дивлячись на те, що відбувається зближення світових правових систем в підходах і методах правового регулювання авторського права і суміжних прав, прогнозують сценарій, при якому принцип державного суверенітету в частині захисту авторського права буде фактично відсунутий на другий план принципом глобального захисту прав інтелектуальної власності, коли суд однієї держави матиме можливість заблокувати «вкрадену» інтелектуальну власність на території відразу всіх держав. Тому подальша розробка питань конституційно-правового захисту авторського права і суміжних прав набуває важливого значення в процесі забезпечення національної безпеки. Ефективність конституційно-правової політики держави залежить насамперед від відповідності її результатів громадським інтересам і потребам.

Висновок. Таким чином, з урахуванням сучасних світових проблем щодо захисту прав інтелектуальної власності доцільно сформувати та розвивати ініціативну та відкриту систему співробітництва між країнами та міжнародними організаціями з метою спільного просування справи щодо створення в усьому світі налагодженого механізму та сприятливого середовища для забезпечення високого рівня захисту прав інтелектуальної власності.

Існування України як суверенної, незалежної, демократичної і правової держави, в якій права та свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави в цілому, неможливе без функціонування системи захисту прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності та на інші об’єкти права інтелектуальної власності.

Таким чином, за результатами дослідження міжнародного правового досвіду захисту авторських прав запропоновано такі напрями забезпечення ефективного захисту авторських прав:

– співпраця з організацією колективного управління шляхом передачі функцій управління майновими правами авторів;

– забезпечення правомірного використання авторських прав на основі діагностики ефективності їх правового захисту;

– створення нових та удосконалених технічних засобів і технологій захисту авторських прав.

Список використаних джерел:

1. Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886, ред. от 28.09.1979, [Текст]: // Бюллетень международных договоров, № 9, 2003.
2. Губарець В. Дотримання авторського права і захист інтелектуальної власності: чесна поведінка в електронних та гібридних службах Сполученого Королівства [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://wwwlibrary.univer.kharkov.ua/ukr/node5.htm.
3. Капіца Ю. М. Авторське право і суміжні права в Європі: монографія / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, О.В. Жувака. – К.: Логос, 2012. – 696 с.
4. Колесніченко В. В. Адміністративно-правовий захист права інтелектуальної власності: теорія і практика: моногр. / В. В. Колесніченко. - Київ: Логос, 2014. - 399 с.
5. Котеньова О. В. Міжнародно-правові механізми охорони та захисту авторських прав / О. В. Котеньова, І. В. Гущенков // Публічне і приватне право: проблеми методології, теорії та практики : Міжнар. юрид. наук.-практ. Інтернет-конф. (14 травня 2013 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=529%3A130513-12&catid=67%3A2-0513&Itemid=83&lang=ru.
6. Котляр А. О. Участь України в системі міжнародної охорони виключних авторських прав на основі багатосторонніх міжнародних нормативно-правових актів / А. О. Котляр // Європейські перспективи. – 2014. - №1. – С. 126-130.
7. Римарчук Г. С. Адміністративно-правове забезпечення права інтелектуальної власності в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 – Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право‖ / Г. С. Римарчук. – Львів, 2013. – 20 с.
8. Троцька А. CISAC на сторожі прав авторів / А. Троцька // Інтелектуальна власність. – 2010. - №1. – С. 66-68.
9. International confederation of societies of authors and composers [Електронний ресурс]. – Режим доступу :http://www.cisac.org.

УДК: 341.96
12.00.11 – міжнародне право

Габрелян А.Ю.,
партнер Юридичної компанії «Кашкін і Партнери»
аспірант Київського міжнародного університету
https://orcid.org/0000-0001-9337-7920

ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНУВАННЯ МІЖНАРОДНИХ СТРАТЕГІЧНИХ АЛЬЯНСІВ В ІТ-СФЕРІ

Стаття присвячена функціонуванню міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері. Розглядаються особливості цієї форми корпоративної інтеграції. Наведено ґенезу розвитку міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері. Визначено цілі цієї форми корпоративної інтеграції, її окремі негативні та позитивні сторони. Особлива увага присвячена питанню довіри між партнерами міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері. Встановлено, що на сьогоднішній день міжнародні стратегічні альянси стають невід'ємною частиною конкурентних стратегій вітчизняних підприємств ІТ-сфери, яким вже «тісно» в рамках звичайного аутсорсингу.
Ключові слова: *міжнародний стратегічний альянс (МСА), міжнародне партнерство, міжнародний бізнес, довіра, сфера інформаційних технологій*

Статья посвящена функционированию международных стратегических альянсов в ИТ-сфере. Рассматриваются особенности этой формы корпоративной интеграции. Установлена генеза развития международных стратегических альянсов в ИТ-сфере. Определены цели этой формы корпоративной интеграции, ее отдельные негативные и позитивные стороны. Особое внимание уделено вопросу доверия между партнерами международных стратегических альянсов в ИТ-сфере. Установлено, что на сегодняшний день международные стратегические альянсы становятся неотъемлемой частью конкурентных стратегий отечественных компаний ИТ-сферы, которым уже «тесно» в рамках обычного аутсорсинга.
Ключевые слова: *международный стратегический альянс (МСА), международное партнерство, международный бизнес, доверие, сфера информационных технологий*

The article is devoted to the functioning of international strategic alliances in the IT field. The features of this form of corporate integration are considered. The genesis of the development of international strategic alliances in the IT field has been established. The goals of this form of corporate integration, its individual negative and positive aspects have been determined. Particular attention is paid to the issue of trust between partners of international strategic alliances in the IT field. It has been established that today international strategic alliances are becoming an integral part of the competitive strategies of domestic IT companies, which are already «cramped» within the framework of conventional outsourcing.
Keywords: *international strategic alliance (ISA), international partnership, international business, trust, information technology*

Постановка проблеми. За останні десятиліття у зв'язку із зростанням обсягів глобалізації ІТ-індустрія почала все більше уваги приділяти укладенню тривалих міжорганізаційних угод із співробітництва. Формування стратегічних ділових партнерських відносин між компаніями ІТ-індустрії на сьогоднішній день є важливою умовою не тільки їх виживання, а й зростання. Складність, ризик та певний ступінь

майбутньої невизначеності є характерними ознаками сучасного «бізнес-середовища». Динамічні ринкові умови посилюють конкуренцію в ІТ-сфері, скорочують життєвий цикл продукції, яка нею виробляється, що сприяє перегляду компаніями традиційних методів і стратегій для поліпшення стану бізнесу. Середньостатистична фірма-представник ІТ-індустрії часто не володіє всіма необхідними ресурсами та можливостями навіть для досягнення мінімальної цілі конкурентної боротьби, яка полягає в утриманні своїх поточних клієнтів. Одним із виходів з наявної ситуації для фірми-представника ІТ-індустрії є її участь в міжнародному стратегічному альянсі (далі – МСА).

Мета статті полягає в дослідженні особливостей функціонування міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері та визначенні місця в цьому процесі довіри.

Виклад основного матеріалу. Міжнародний стратегічний альянс можна уявити і як раціональне поєднання ресурсів учасників МСА, і як домовленість про співпрацю, і як засіб досягнення конкурентної переваги і т.д. При цьому основна відмінність МСА від звичайних альянсів полягає в тому, що він завжди обтяжений іноземним елементом. Міжнародний стратегічний альянс включає в себе транскордонні потоки і зв’язки, які використовують ресурси учасників альянсу, штаб-квартири яких розташовані в різних країнах, для спільного досягнення поставлених цілей.

Самі по собі міжнародні стратегічні альянси – явище не нове, їх «бум» у всьому світі припав на 90-ті роки XX ст. Зараз вони переживають «друге народження», однак, варто наголосити на тому, що останні тенденції у сфері міжнародних стратегічних альянсів відрізняються від минулих тенденцій декількома аспектами, в тому числі:

– зростанням значення для партнерів у підвищенні конкурентоспроможності;

– стимулюванні росту виробництва та охоплення ринку в існуючих кризових умовах;

– глибиною взаємодії між партнерами;

– суттєвим впливом МСА на корпоративні показники в цілому.

Варто зазначити, що коло фірм, які виступають в ролі партнерів МСА, помітно розширилося. На сьогоднішній день вони представлені не лише «великими гравцями» ІТ-ринку, а й малими та середніми фірмами, які завжди уникали спільних підприємств або тісної співпраці з іншими фірмами у своїх основних сферах діяльності, побоюючись поглинання. І хоча ризик нікуди не зник, проте він став більш прогнозованим, тим паче

більшість малих та середніх підприємств ІТ-ринку вступаючи в МСА мають на меті наступне їх поглинання домінуючим партнером по альянсу.

Міжнародні стратегічні альянси пропонують альтернативний підхід, при якому фірми-представники ІТ-індустрії можуть об'єднати зусилля одна з одною в пошуках можливостей, які в іншому випадку були б за межами їх поточних сил і засобів. У будь-якому випадку, міжнародні стратегічні альянси в досліджуваній нами сфері визначаються економічними вимогами глобального ІТ-ринку, витратами, пов'язаними з мінливими технологіями, та можливостями, які при цьому відкриваються.

МСА виникли і набули поширення як популярна стратегія в середовищі, де швидкий доступ до передових технологій і ринків, що розвиваються, є важливішим, ніж будь-коли раніше.

На початку 80-х років XX ст. відбулися значні зміни в структурі і механізмі конкуренції у сфері інформаційних технологій. В основному, це було пов'язано зі скороченням існуючого протягом десятиліть розриву між IBM (міжнародним лідером з комп'ютерних та інших технологій) та її конкурентами. Поява нових технологій, агресивних нових конкурентів як у США (Apple Computers, Sun Microsystems та ін.), так і в інших країнах, розширення ринків збуту в різних кінцях світу зумовили, у свою чергу, значне підвищення взаємозалежності компаній у сфері інформаційних технологій.

У відповідь на зростання тиску з боку конкурентів, американські корпорації змінили свою стратегію і переглянули позицію щодо стратегічних альянсів. Зокрема, IBM зняла існуючі раніше обмеження на створення спільних проектів та підприємств на основі участі у спільній власності. Ухвалення стратегії альянсів у 1990-х роках проявилося в тому, що керівництво IBM називало свою корпорацію «сузір'ям бізнесів», а значна кількість її автономних господарських підрозділів перебувала у спільній власності з іншими фірмами. Кількість альянсів на кінець десятиліття обчислювалася сотнями, причому особливо активізувалося міжфірмове співробітництво в сфері інформаційних технологій [1, с. 84].

З 1996 по 2002 рр. на частку науково-технічних альянсів високотехнологічних галузей припадало 80 % усіх створюваних науково-технічних альянсів і 20 % – на середньотехнологічні галузі [8, с. 125]. При цьому 14 % припадало на альянси, пов'язані з інформаційними та комп'ютерними технологіями. Менше половини з них були укладені в формі міжнародних стратегічних альянсів. Участь вітчизняних ІТ-компаній в таких

альянсах була мінімальною, оскільки 90-ті роки XX ст. припали в Україні на повсюдну перебудову економіки з планової на ринкову, несприятливе податкове й митне законодавство, низьку кількість вітчизняних ІТ-компаній, мінімальну довіру зарубіжних партнерів до вітчизняних представників ІТ-ринку, суттєве відставання рівня НТР України та ін. Крім того, і самі вітчизняні компанії не прагнули вступати в альянси із закордонними компаніями, оскільки пропонувалося створювати їх на засадах нерівноправного партнерства.

Станом на 2010 рік кількість стратегічних альянсів в ІТ-сфері досягла 16 %. Більше половини (61 %) створених альянсів були спрямовані на розробку нового програмного забезпечення, а 27 % – на продаж уже наявних продуктів і загальний комерційний розвиток («завоювання ринку»). Слід зазначити, що на створення МСА в ІТ-сфері істотно впливає телекомунікаційний сектор, який, починаючи з 1992 року, розширюється щороку в середньому на 7 %.

Активне формування міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері є наслідком значного розширення світового ринку інформаційно-комунікаційних технологій, включаючи обладнання, послуги та програмне забезпечення, а також телекомунікації. На початок 2017 року за даними Gartner світові витрати на ІТ-ринку вже склали близько 3,4 трлн. дол. США [7, с. 8].

Слід зазначити, що європейський і американський ринки сприймають представників української ІТ-індустрії не як рівноправних партнерів для створення МСА, а як чудових виконавців на аутсорсингу. Україна займає одне з провідних місць в світі за кількістю технічних працівників. На початок 2018 року чисельність ІТ-спеціалістів становила майже 127 тис. осіб [6]. Очікується, що до 2020 року капіталізація української ІТ-галузі досягне 6 млрд. дол. США [5].

ІТ-індустрія стрімко перейняла і трансформувала під свої потреби таку типову для традиційної економіки форму економічної інтеграції, як міжнародний стратегічний альянс. В ході проведеної трансформації, МСА ІТ-індустрії отримали наступні характерні ознаки: високий рівень відкритості й віртуалізації для середніх і малих компаній; агресивну політику нарощування альянсів для великих гравців ІТ-сфери в усіх напрямках розвитку бізнесу; позитивний результат функціонування МСА сприяє подальшому злиттю, приєднанню або поглинанню партнерів по альянсу. Особливості розвитку МСА ІТ-сфери в Україні, як форми міжнародного співробітництва, є наступними:

– загальна кількість МСА, партнерами яких виступають вітчизняні компанії збільшується;

– МСА для вітчизняних компаній ІТ-сфери є новою формою міжфірмової співпраці;

– вітчизняні компанії ІТ-сфери, вступаючи у МСА, отримують досвід, технології, інвестиції, а їх закордонні партнери – освоєння нового ринку.

Фірми визнають, що конкуренція та співпраця необхідні для забезпечення оптимального зростання, заснованого на інноваціях. Міжнародні стратегічні альянси нині вважаються одним із найпотужніших механізмів об'єднання конкуренції та співпраці, а також реструктуризації промисловості на глобальній основі. Створення транскордонних альянсів є результатом зростання конкурентного тиску з боку більш інтегрованих глобальних ринків. Міжнародні альянси виникають у багатьох різних галузях, та між фірмами різного розміру.

В ІТ-сфері ми можемо виділити дві групи цілей створення МСА: основну та додаткові.

Основна ціль полягає в розробці нових інформаційних продуктів, стандартів або систем. Створення систем або пристроїв, які можуть домінувати на ринку, є ключем до довгострокового процвітання розробників та виробників обладнання і програмного забезпечення інформаційно-комунікаційних технологій, а також фірм в електронній (виробничій) галузі в цілому. Як тільки систему або пристрій визнано стандартом (Micro-USB – стандарт зарядки смартфонів і телефонів, Blu-Ray – стандарт оптичного носія для запису відео високої чіткості і т.п.), його первинний винахідник (фірма) може заощадити на виробництві та продати задіяну технологію в якості ліцензії. Розробники програмного і апаратного забезпечення для комунікацій активно створюють союзи з конкурентами у сфері НДДКР і маркетингу, з метою прискорення прориву в розробці продуктів та просування спільно розроблених продуктів по всьому світу. Оскільки маркетинг і реклама відіграють ключову роль у перетворенні певних продуктів на світовий стандарт, багато союзів у секторах телекомунікацій та електроніки укладаються між великими компаніями, які мають домінуючу маркетингову владу на регіональних ринках [9, с. 21].

Представники ІТ-ринку створюють союзи, переслідуючи різноманітні додаткові цілі, такі як економія витрат на виробництво та дослідження, зміцнення позицій на ринку і доступ до нематеріальних активів інших фірм [9, с. 6], вихід на новий ринок,

розширення діяльності, виробниче партнерство, бажання перерозподілити і скоротити витрати на дослідження інформаційних продуктів, зменшити часовий проміжок від дослідження продукту до моменту його комерціалізації.

Відзначимо, що прихильники концепції МСА, заснованої на знаннях, стверджують, що обмін знаннями, включаючи технології, ноу-хау та організаційні можливості, а також навчання у партнерів – є домінуючими цілями альянсів [12, с. 92]. Таким чином, шляхом навчання й обміну цінними знаннями з партнерами, стратегічні альянси допомагають компаніям долати обмеження в їх власному наборі ресурсів, вирішуючи внутрішні проблеми.

Міжнародні стратегічні альянси більшою мірою, ніж інші форми довгострокових угод між двома і більше партнерами, забезпечують своїм учасникам стратегічну гнучкість, дозволяючи реагувати на будь-які зміни кон'юнктури ринку. Гнучкість служить ключовою перевагою міжнародних стратегічних альянсів у порівнянні з традиційними ієрархічними організаціями. До переваг міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері, крім конкурентних переваг, ми також можемо віднести: поділ ризиків, обмін ресурсами, вихід на нові ринки, досягнення ефекту масштабу й синергії. Очевидною перевагою МСА є доступ партнерів саме до тих ресурсів, які були їм необхідні й залишалися недосяжними поза участю в альянсі.

Міжнародні стратегічні альянси також можуть служити в якості «платформи для обміну», на основі якої партнери вчаться й набувають один у одного технології, навички і знання, яких немає у їх власних організаціях. Особливо актуальною дана перевага є для вітчизняних представників ІТ-ринку, які є учасниками МСА. В рамках МСА партнери можуть вчитися на минулому досвіді один одного та ділитися своїми знаннями. При цьому рівень допуску партнерів до знань і досвіду багато в чому залежить від існуючого між ними рівня довіри.

З урахуванням світових глобалізаційних процесів, які відбуваються на тлі зростання конфронтації між окремими країнами, роль довіри між партнерами міжнародних стратегічних альянсів, у тому числі і в ІТ-сфері, привертає підвищену увагу як практиків, так і теоретиків, про що свідчить зростання обсягів опублікованих досліджень.

По суті, питання довіри є складною предметною сферою, оскільки довіра – це абстрактне й багатовимірне поняття, запозичене з різних наукових дисциплін (таких, як

соціологія, психологія, економіка, менеджмент, міжнародний бізнес та ін.) По причині такої складності в науковій літературі пропонується безліч визначень категорії «довіра», кожне з яких фокусується на окремих аспектах відносин.

Довіра як цілісний конструкт спирається на систему основних принципів соціального обміну, включаючи відповідність таким нормам, як взаємність, прихильність, терпіння, співпраця та зобов'язання щодо погашення боргів. У міжфірмових відносинах довіра поділяється на три компоненти: довіра на основі контрактів, довіра на основі компетентності та довіра на основі доброї волі [11]. Погоджуючись із подібним підходом, хотілося б акцентувати увагу на тому, що довіру в міжнародних стратегічних альянсах в ІТ-сфері необхідно уявляти як загальний результат підсумовування зазначених компонентів, цілісної оцінки та зроблених на їх основі припущень.

Створення довіри серед учасників міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері має вирішальне значення для подолання первинних підозр майбутніх членів МСА щодо можливого опортунізму партнерів, який може перешкодити ефективній реалізації їх угоди про співпрацю. Багато експертів у сфері міжфірмової співпраці розглядають довіру як змінну результату альянсу і як предикат його успіху. Довіра в міжфірмових відносинах виступає однією з форм корпоративного соціального капіталу, який є важливим для подолання недомовок, незручностей та потенційних конфліктів. Згодом, у міру зростання рівня довіри, партнери більш упевнено зможуть ділитися більшим обсягом інформації на стратегічному та оперативному рівні. Якщо партнери не довіряють один одному, – передача досвіду, знань і технологій в рамках МСА значно ускладнюється.

Первісні міжнародні стратегічні альянси в ІТ-сфері в більшості випадків зароджуються з офіційних договірних зв'язків, які наражають партнерів лише на незначний ризик. Оскільки у партнерів по МСА, як і раніше, мало підстав для довіри один одному, контракти на основі пайової участі переважають у якості правового захисту від потенційного опортунізму. Як тільки партнери починають довіряти один одному за допомогою постійного тестування, тоді «неформальні психологічні контракти все більше компенсують або замінюють формальні договірні гарантії, оскільки довіра між сторонами з часом зростає» [10, с. 105].

На відміну від первісних МСА, повторювані альянси між відомими один одному партнерами більше покладаються на довіру, ніж на формальні гарантії проти потенційного партнерського опортунізму. Партнери, які раніше вже співпрацювали один

з одним, з більшою ймовірністю беруть участь у подальших партнерських відносинах; це дозволяє припустити, що з часом кожна фірма отримує більше інформації та зміцнює довіру до свого партнера. Тією ж мірою, якою довіра замінює більш формальні механізми контролю (такі, як письмові контракти), міжнародний стратегічний альянс в ІТ-сфері може істотно скоротити певні типи транзакційних витрат. Так, соціальний капітал у формі міжособистісної та міжорганізаційної довіри незамінний для зниження витрат при проведенні переговорів між партнерами в таких альянсах.

Слід підкреслити той факт, що довірчі відносини важче підтримувати в міжкультурному контексті, коли партнери, які вступають в МСА, є представниками різних культур. Це добре простежується у вітчизняних міжнародних стратегічних альянсах ІТ-сфери, в яких українські ІТ-компанії вважають за краще створювати альянси зі своїми європейськими, а не азіатськими колегами, навіть незважаючи на те, що азіатський напрямок є більш перспективним. Культурно-взаємосхожі партнери укладають альянси частіше, ніж ті, які мають істотні культурні відмінності. Дана обставина змушує, при створенні міжнародних стратегічних альянсів в ІТ-сфері, брати до уваги той факт, що партнери, які входять в МСА, можуть дотримуватися різних поведінкових моделей, володіти різним корпоративним менталітетом. Навіть без існуючих при функціонуванні МСА загальновизнаних протиріч дані особливості можуть стати критичними; якщо ж партнери зможуть їх подолати, то їхні взаємини, і, як результат, спільний альянс, можуть досягти нових, незапланованих висот.

Слід відзначити, що міжнародні стратегічні альянси мають як переваги, так і недоліки. Так, перевага МСА перед злиттям і поглинанням полягає в тому, що організація лише тимчасово відмовляється від частини своїх ресурсів, які залишаються доступними для майбутнього внутрішнього використання після закінчення функціонування МСА. Проте, МСА можуть спричинити більше ризиків при їх реалізації, тоді як злиття і поглинання можуть надати об’єднаній фірмі більш інтегрованої структури прийняття рішень. Партнерські відносини ускладнюють процеси прийняття рішень і контролю. Сам процес реалізації альянсу, як свідчить досвід вітчизняних МСА в ІТ-сфері, знаходиться поза зоною контролю української сторони. Крім того, партнер по МСА може встановити відносини співпраці з конкуруючими фірмами, що може перешкодити вже існуючому альянсу. У міру того, як партнери створюють все більшу кількість альянсів, їм все важче зберігати баланс між альянсами. Деякі партнери можуть отримати більше, ніж інші, і

нерівні вигоди можуть нашкодити партнерству. Крупні партнери мають тенденцію домінування над більш дрібними партнерами, і можуть в односторонньому порядку суттєво впливати та змінювати відносини і стратегії всередині альянсу. В результаті стратегічний альянс для не домінуючого партнера може спричинити більш високі транзакційні витрати при менших спільних інвестиціях, ніж повне злиття.

Висновки. Міжнародні стратегічні альянси в досліджуваній нами сфері формуються у якості відповіді на виклики, що виникають перед компаніями IT-індустрії. МСА початково формуються у відповідь на зміни ринкового середовища та організаційні обставини. На сьогоднішній день вони стають невід'ємною частиною конкурентних стратегій вітчизняних підприємств IT-сфери, яким вже «тісно» в рамках звичайного аутсорсингу. Вітчизняні IT-компанії є прихильниками укладення міжнародних стратегічних альянсів з європейськими та американськими партнерами. Причиною цього є як досить багатий досвід зарубіжних партнерів в утворенні МСА, так і бажання вітчизняних компаній вийти на міжнародний, а саме – європейський та американський ринки, скорочуючи свої витрати й ризики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бобина М. А. Стратегические альянсы в глобальной экономике: дис. ... канд. экон. наук: 08.00.14. Москва, 2001. 188 с.
2. Габрелян А. Ю. Протиправна поведінка неповнолітніх: проблеми та шляхи їх вирішення. *Актуальные проблемы криминологии и криминальной психологи: сб. науч. статей / под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дремина*. О.: Феникс, 2007. С. 129 – 133.
3. Габрелян А. Ю. Поняття та сутність дефініції податкове консультування. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*, 2013. № 59. С. 270 – 276.
4. Габрелян А. Ю., Мороз С. С. Актуальные проблемы формирования института частных исполнителей в Украине. *Траектория науки*, 2016. № 7 (12). С. 11 – 19.
5. До 2020 IT-галузь України може зрости до 6 млрд. доларів. URL: https://brdo.com.ua/top/2020-galuz-ukrayiny-mozhe-zrosty-6-mlrd-dollarov/ (дата звернення: 02.03.2018)
6. Рынок труда 2017: рост 27 %, дефицит ИТ-специалистов, релокация сеньоров. URL: https://dou.ua/lenta/articles/jobs-and-trends-2017/ (дата звернення: 02.03.2018)
7. Седых И. А. Рынок компьютерных услуг (I квартал 2017). *Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики*. М., 2017. 69 с.
8. Harvard Business Review on Strategic Alliances. Boston: Harvard Business School Press, 2002. 224 p.
9. Nam-Hoon Kang, Kentaro Sakai. International Strategic Alliances: Their Role in Industrial Globalization. OECD Science, Technology and Industry Working Papers, 2000/05. 48 p.
10. Ring P. S., Van de Ven A. H. Developmental processes of cooperative interorganizational relationships. *Academy of Management Journal*, 1994. Vol. 19. P. 90 – 118.
11. Sako M. Prices, Quality and Trust: Inter-Firm Relation in Britain and Japan. *Cambridge University Press*. Cambridge, 1992. 270 p.

12. Yasir Yasin Sid Ahmed Fadol. The Formation Process of Global Strategic Alliances Between Local and Foreign Companies in the United Arab Emirates: A Case Study Approach. Dundee Business School, 2010. 370 p.

Баранова-Мохорт А.С.,
студентка магістратури
спеціальності міжнародне право
Київського університету права НАН України

ОСОБЛИВОСТІ ОПОДАТКУВАННЯ НЕРУХОМОСТІ В БРИТАНСЬКІЙ КОЛУМБІЇ

У статті розглянуто сучасну систему оподаткування нерухомості Британської Колумбії. Акцент зроблено на аналізі нововведень, що були запроваджені у 2018 році. Автор приділив увагу вивченню феномену спекулятивного податку та іншим ініціативам уряду Британської Колумбії, скеровані на ліквідації цінових і податкових спекуляцій на ринку нерухомості.

Ключові слова: *податкове навантаження, спекулятивний податок, План із 30 пунктів, податкова ставка.*

В статье рассмотрены современную систему налогообложения недвижимости Британской Колумбии. Акцент сделан на анализе нововведений, которые были введены в текущем 2018 году. Автор уделил внимание изучению феномена спекулятивного налога и другим инициативам правительства Британской Колумбии, направленные на ликвидации ценовых и налоговых спекуляций на рынке недвижимости.

Ключевые слова: *налоговая нагрузка, спекулятивный налог, План из 30 пунктов, налоговая ставка.*

The current British Columbia real estate tax system is examined in the article. It is emphasied on analyzing the innovations that were introduced in 2018. The author payed spesial attention to the study of the phenomenon of speculative tax and other initiatives of the British Columbia Government, aimed at eliminating price and tax speculation in the real estate market.

Key words: *tax burden, speculative tax, 30 points plan, tax rate.*

Постановка проблеми. З 2016 року у Британській Колумбії активно обговорювалась проблема уникнення оподаткування іноземцями, що придбали нерухомість на пільгових умовах для ведення бізнесу, а в подальшому використовували її для інших цілей. На початку поточного 2018 р. уряд Британської Колумбії вирішив вжити деякі додаткові заходи в якості реалізації Плану із 30 пунктів [3] в цілях зупинити ухилення іноземців від сплати податків у сфері нерухомості. Суть проблеми полягає у тому, що до внесених змін іноземні громадяни мали можливість придбати нерухомість у довірчій власності, маючи частину акцій трасту чи корпорації у власності, в подальшому перепродавши акції трасту чи корпорації та в такий спосіб фактично передати власність на майно без зміни назви, уникаючи сплати податку на передачу майна.

Виклад основного матеріалу. З 17 вересня 2018 року вступили в силу нові правила оподаткування нерухомості для іноземних громадян. Відповідно до нових правил, покупці нерухомого майна, які здійснюють покупку нерухомості через

корпорацію чи траст, повинні подавати наступну інформацію при подачі податкової декларації про передачу майна: ім'я покупця, дату народження, інформацію щодо громадянства, контакту інформацію покупця та податкові ідентифікаційні номери (податковий номер підприємства та податковий номер соціального страхування) [2]. При чому варто зазначити, що нові правила розповсюджуються як на житлову, так і на комерційну нерухомість. Ініціатива збору додаткової звітної інформації спрямована на викриття реальних власників нерухомості Британської Колумбії, які намагаються прикриватися своєю корпоративною власністю для уникнення оподаткування. Передбачувана звітна інформація буде фіксуватися у окремій базі даних, доступній федеральним та провінційним фіскальним органам, в цілях забезпечення належного та справедливого збору податків.

На сучасному етапі система податків при купівлі нерухомості у Британські Колумбії складається з наступних податкових категорій:

- З 2016 року для іноземних громадян встановлено 15% податок на покупку нерухомості на території Британської Колумбії в рамках політики заохочення громадян до активності на ринку нерухомості. З лютого 2018 року цей податок був додатково збільшений на 5%, досягнувши показника 20%. Цікаво відзначити, що до 2018 р. цей податок був застосовуваний до нерухомості, розташованій в районі Ванкуверського метрополітену, однак, в 2018 році уряд Британської Колумбії розширив регіон оподаткування Столичний регіон, долину Фрейзер, центральний Оканаган і регіональний округ Нанаймо [1];
- Податок на передачу майна у Британській Колумбії становить 3%, однак з 2018 р. введено додаткову норму для елітної власності – на нерухомість, вартість якої перевищує 3 млн. канадських доларів сума податку складає 5%;
- У Британській Колумбії у вартість елітної нерухомості також включається додатковий податок на школу: для об'єктів нерухомості вартістю 3-4 млн. канадських доларів сума податку складатиме 2% вартості, для об'єктів нерухомості вартістю більше 4 млн. канадських доларів – 4% вартості;
- У Британській Колумбії існує також система додаткового провінційного та/чи місцевого/регіонального оподаткування: 8% - провінційний податок на продаж нерухомості та 3% - місцевий та регіональний податки на продаж нерухомості [4].

У 2017 році для того, щоб боротися зі стрімко зростаючими цінами на житло, Британська Колумбія прийняла 15% податок на передачу будівель іноземним особам, які купують житлову нерухомість у Великому Ванкувері. Однак вже 2018 року у цьому законі було прийнято декілька змін. Зокрема, Британська Колумбія звільнила іноземців, які мають дозвіл на роботу у провінції, від податку на трансферт у розмірі 15% [1].

Нововведенням 2018 року є спекулятивний податок, тобто податок на так звані «порожні будинки». Така політика введена для того, щоб запобігти непотрібній інфляції цін на нерухомість, спричинену спекулятивними діями покупки-продажу нерухомості. Спекулятивний податок був введений як по відношенню до іноземців, що купують і перепродують нерухомість через корпорації та трасти без сплати податків, так і для вітчизняних покупців спекулятивного майна, які купують нерухомість в якості інвестиції з подальшим її перепродажем за вищою ціною. При цьому важливо уточнити, що ці вітчизняні інвестори, це переважно громадяни Британської Колумбії, які не є резидентами держави, тому вони не оплачували податок при переході власності, подібно до іноземців. Спекулятивний податок буде збиратись щорічно у розмірі 0,5% у поточному 2018 році, а з 2019 його сума зросте до 2% вартості нерухомого майна, що продається [6]. При цьому, особи які проживають у таких інвестиційних квартирах (орендарі), або власники які є резидентами Британської Колумбії і систематично оплачують податок на прибуток будуть звільнені від сплати спекулятивного податку.

Є дві ситуації, коли іноземець звільняється від додаткового податку на передачу майна:

1) у випадку, коли іноземець звільняється від сплати податку на передачу нерухомості, ви також автоматично звільняється від додаткового податку на передачу нерухомості.

Звільнення не поширюється на додатковий податок на передачу нерухомості в таких ситуаціях:

- передача нерухомості в результаті злиття;

- перехід прав після смерті учасника спільної власності до того учасника, який залишився живим;

- передача нерухомості, в якій одержувач є або стає довірчим власником стосовно майна, навіть якщо сам довірчий фонд не змінюється;

2) можливий випадок, коли іноземцеві не доведеться сплачувати додатковий

податок на передачу нерухомості, якщо його висунуто на відповідальну посаду в провінції Британська Колумбія, і він відповідає певним критеріям.

Якщо іноземна особа висунута на відповідальну посаду в провінції Британська Колумбія, вона не сплачує додатковий податок на передачу нерухомості не автоматично, а у випадку, коли вона вимагає звільнення від такої сплати податку.

Щоб претендувати на це звільнення іноземна особа, висунута на відповідальну посаду в провінції Британська Колумбія, має відповідати таким критеріям:

- на той час, коли передача майна реєструється у Відділі земельної власності, іноземна особа вже має виконувати відповідні функції в уряді провінції Британська Колумбія;

- майно має використовуватися як основне місце проживання іноземця;

- передача майна має бути здійснена безпосередньо фізичній особі-іноземцю.

Іноземна особа, висунута на відповідальну посаду в провінції Британська Колумбія, може претендувати на звільнення від додаткового податку на нерухомість лише один раз. Якщо вона придбає інше майно, вона повинна сплатити додатковий податок на передачу нерухомості.

Щоб претендувати на звільнення від додаткового податку на нерухомість, фахівець з правових питань іноземної особи повинен надіслати копію підтвердження зайняття іноземною особою відповідальної посади в провінції Британська Колумбія разом з податковою декларацією про передачу майна та додатковою податковою декларацією про передачу майна.

Зауважимо, що якщо іноземна особа зайняла відповідальну посаду в провінції Британська Колумбія в проміжку між 2 серпня 2016 року та 17 березня 2017 року, вона має право на відшкодування додаткового податку на передачу нерухомості, який вже було сплачено.

При цьому міська рада Ванкувера також прийняла податок на пустуючі будинки в розмірі 1% від оціночної вартості вільних будинків[5]. Спекулятивний податок, тобто податок на так звані «порожні будинки», є нововведенням 2018 року. Така політика введена для того, щоб запобігти непотрібній інфляції цін на нерухомість, спричинену спекулятивними діями покупки-продажу нерухомості. Спекулятивний податок був введений як по відношенню до іноземців, що купують і перепродують нерухомість через корпорації та трасти без сплати податків, так і для вітчизняних покупців спекулятивного

майна, які купують нерухомість в якості інвестиції з подальшим її перепродажем за вищою ціною. При цьому важливо уточнити, що ці вітчизняні інвестори, це переважно громадяни Британської Колумбії, які не є резидентами держави, тому вони не оплачували податок при переході власності, подібно до іноземців [6].

Зазначений податок викликав цілу низку заперечень, які загалом можна розподілити на чотири групи.

По-перше, протягом всієї історії уряди будь-яких країн використовували принцип суверенітету та націоналізму, щоб не лише вводити податки на іноземців без попередження, але й захоплювати та націоналізувати банківські активи. Саме тому на міжнародному рівні було введено так званий національний принцип та принцип найбільшого сприяння, й перший принцип є розповсюдженим в усьому світі. Згідно із ним іноземці мають (за деякими винятками) такі самі права й несуть такі самі обов'язки в цивільній сфері, як і мешканці відповідної країни. У випадку, коли цей принцип порушується, уряди інших країн можуть увести до громадян країни, що ввела санкції проти мешканців тієї або іншої країни, аналогічні санкції.

Таким чином, американський уряд на підставі взаємності цілком здатна в межах американського та міжнародного права вводити нові спеціальні податки для канадців на володіння майном у Сполучених Штатах. Так, штати Флорида та Арізона могли б накласти на сезон відпусток податок «на зимових пташок» («Snowbird Tax») або податок на порожній будинок під час «теплої погоди» взимку.

Отже, адміністрацію Британської Колумбії попереджають, що вона заклала аргумент на користь численних американських держав, які теж страждають від проблем на ринку нерухомості, щоб вони мали законну змогу обкласти канадців у майбутньому довільними податками.

По-друге, можлива втрата довіри та образу доброзичливої нації. Наводиться приклад коли етнічна китаянка Цзін Лі купила свій будинок у місті Ванкувері в 2016 році, вона зробила це, виходячи з довіри та сумлінного припущення, що уряд Британської Колумбії не відрізняв її як іноземця. І дійсно, до середини 2016 року уряд не надавав спільноті жодних доказів того, що він звинувачує саме іноземний попит у зростанні цін на житло у м. Ванкувер. Відтак, коли податок було уведено, це вдарило багато іноземців середнього класу.

Це, як зазначають аналітики, у свою чергу призвело не до серйозного спаду цін

(вони впали, проте незначним чином, і за півроку відновилися), а до зростання політичної хвилі, яка звинувачувала іноземних покупців у житлових проблемах, що мають місце у Великому Ванкувері.

Аналітики зазначають, що впливова група політиків журналістів і вчених, яка звинувачує іноземців у ситуації на ринку житла, применшувала, навіть ігнорувала, безліч інших факторів, що впливають на зростання цін на житло в регіоні, а саме:

- суттєве обмеження пропозицій на ринку житла на всіх рівнях, яке будівельники напряму пов’язують із некомпетентністю уряду;

- податкові обмеження у галузі будівництва;

- зростання на території усієї Канаді внутрішнього попиту на житло;

- сильна економіка Британської Колумбії, що призвела до масової міграції населення до цієї провінції не лише з-за кордону, проте й з інших регіонів Канади;

- передача багатства між поколіннями;

- практика кредитування канадських банків і вторинних іпотечних кредиторів;

- довгострокова іпотека з низькими процентними ставками тощо.

Для іноземних інвесторів раптове введення податку було повною та неприємною несподіванкою. Уряд Британської Колумбії до 2016 року активно залучав іноземний капітал і навички для росту економіки провінції, отже, стверджують аналітики, ніхто не підозрював, що він приховує недовіру і жорстокість до тих самих іноземців, які хочуть інвестувати і жити в провінції.

Багато хто з тих, хто постраждав, мали намір стати канадцями, і вони навряд чи підозрювали, що саме в цей час вони виставлялися в засобах масової інформації багатіями, що бажають окупувати ринок житла Британської Колумбії та витіснити звідти місцевих мешканців.

Вищезгадане призводить до третього питання: питання верховенства права. Відчайдушно прагнучи «зробити щось» з приводу житлової кризи, уряд Британської Колумбії ввів податок щоб заспокоїти популістські настрої, не підвищуючи доступності житла для будь-кого. Іноземці, як особи, що не можуть голосувати та обирати уряд, мали мало прав і не мали політичного представництва, щоб протистояти цьому рішенню.

Четверта проблема – діяльність засобів масової інформації, спрямована на дискримінацію за принципом громадянства. Незважаючи на те, що нерозумна політика уряду призвела до проблеми доступності житла у Ванкувері та Торонто, засоби масової

інформації виступили співучасниками дискримінації за расовими ознаками, спрямовуючи громадський гнів на найбільш просту та легку мету: іноземних інвесторів та офшорного капіталу, особливо з Китаю.

Для того, щоб мінімізувати спекуляції на ринку нерухомості уряд Британської Колумбії прийняв рішення про створення бази даних передпродажного кондомініуму. В подальшому планується використовувати цю базу даних для справедливого нарахування спекулятивного та інших видів податків на нерухомість. База даних буде доступна федеральним та провінційним податковим органам.

Реформи податкового законодавства Британської Колумбії, які вступили у дію в 2018 році спрямовані на ліквідацію проблеми недофінансування національного бюджету за рахунок не отримання податків. Тобто, в останнє десятиліття в державі спостерігалася ситуація при якій ринок нерухомості активно розвивався, однак держава не отримувала належного податкового фінансування від галузі девелопменту. Відповідно, були прийняті рішення щодо реформ. Додатково зі змінами розмірів фіскального навантаження уряд надав ширші повноваження податковим органам провінцій, а саме було надано більше свободи у зборі інформації про власників нерухомості. Наявність такої бази даних дозволить систематизувати систему штрафних санкцій у відношенні осіб, які не сплатили усіх передбачених законом податків. В найближчій перспективі також очікується внесення змін до Закону «Про оподаткування майна» з метою збільшення періоду оцінки вартості нерухомості до 6 років.

Висновки та пропозиції. Таким чином, з вище наведеного можна зробити наступні висновки.

В цілях реалізації масштабного проекту по забезпеченню житлом соціально незахищених осіб та покращення ситуації на ринку оренди нерухомості в Британській Колумбії був прийнятий План із 30 пунктів, головною метою якого є виділення державних інвестицій у розвиток ринку нерухомості. При цьому, існуючі проблеми ринку уряд намагається вирішити через зміну правил оподаткування нерухомості, з тим, щоб ліквідувати спекулятивні схеми, що діють на ринку, в тому числі за участі іноземних інвесторів. Відповідно був розроблений комплексний план дій, який передбачає зміну податкових ставок на нерухомість іноземців, сплату податку при передачі майна у власність, запровадження спекулятивного податку та створення кількох баз даних, які дозволять відслідковувати махінації на ринку нерухомості. Вважаємо, що в

короткостроковій перспективі ринок нерухомості втратить інтерес зі сторони інвесторів, які, власне спекулювали на ринку та може призвести до стагнації цього ринку. З іншої сторони, вбачається перспектива розвитку ринку нерухомості за рахунок державних інвестицій, а більш централізований контроль за ринком дозволить наповнити державний бюджет за рахунок своєчасно сплачених податків на нерухомість.

Список використаних джерел та літератури:

1. Additional Property Transfer Tax for Foreigner Entities & Taxable Trustees. - [Електронний ресурс]. Офіційний сайт уряду Британської Колумбії. Режим доступу: https://www2.gov.bc.ca/gov/content/taxes/property-taxes/property-transfer-tax/additional-property-transfer-tax
2. April Taylor. Beware of these tax rules while buying property in British Columbia. – [Електронний ресурс]. Aylett Grant Tax LLP. Режим доступу: http://agtax.ca/personal-taxes/british-columbia-property-tax-rules
3. Homes for B.C. A 30-Point Plan for Housing Affordability in British Columbia. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.bcbudget.gov.bc.ca/2018/homesbc/2018_Homes_For_BC.pdf
4. New B.C. Real Estate Rules. - [Електронний ресурс]. KPMG TaxNewsFlash Canada. Режим доступу: https://assets.kpmg.com/ content/dam/kpmg/ca/pdf/tnf/2018/ca-new-bc-real-estate-rules.pdf
5. McKean, Heather. Canada / Heather McKean, Stella Di Cresce // The International Comparative Legal Guide to: Real Estate 2018. – 13th Edition. – 2018. – p.p. 30-42.
6. Tax Alert – British Columbia Announces Significant Changes to the Proposed Speculation Tax. [Електронний ресурс]. BDO Canada. Режим доступу: https://www.bdo.ca/en-ca/insights/tax/tax-alerts/british-columbia-speculation-tax/