

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»



ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

збірник наукових праць

науково-практичне юридичне видання

Випуск 4 (45)



Видавничий дім
«Гельветика»
2022

У збірнику висвітлюються результати наукових досліджень проблем сучасної правової науки, зокрема актуальних питань теорії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права, процесуальних та комплексних галузей права, правозастосовної практики, правової освіти, а також інші аспекти правової політики держави.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, здобувачів, практичних працівників, студентів, курсантів та всіх зацікавлених осіб.

Головний редактор:

Цуркан-Сайфуліна Юлія Василівна – д-р юрид. наук, професор

Заступник головного редактора:

Сафончик Оксана Іванівна – д-р юрид. наук, доцент

Відповідальний секретар:

Ковальчук Сергій Олександрович – д-р юрид. наук, доцент

Редакційна колегія:

Некіт Катерина Георгіївна – канд. юрид. наук, доцент

Гавриш Наталя Степанівна – д-р юрид. наук, доцент

Латковський Павло Павлович – канд. юрид. наук, доцент

Глиняна Катерина Михайлівна – канд. юрид. наук, доцент

Мазуренко Світлана Вікторівна – канд. юрид. наук

Dr. Michael Geistlinger – професор (Австрія)

Bernd Wieser – д-р юрид. наук, професор (Австрія)

Emre Sencer – д-р, професор (США)

Відповідальний за випуск:

О.П. Головка

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 25.11.2022 р. (протокол № 3)

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)
Офіційний сайт видання: www.pjv.luoua.od.ua

Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник» зареєстровано Державною реєстраційною службою України (Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 18118-6918Р від 16.08.2011 р.), внесено до переліку наукових фахових видань України (категорія "Б") з юридичних наук відповідно до Наказу МОН України від 17.03.2020 р. № 409

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 356:396.1:342.78

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.1>

Ю. Ю. Боброва

orcid.org/0000-0001-7511-3171

докторка юридичних наук,

доцентка кафедри міжнародного права

Ужгородського національного університету

ГЕНЕЗА УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІЙСЬКОВОГО ОБЛІКУ ЖІНОК

Постановка проблеми. Актуальність питання військового обліку навряд чи потребує додаткового обґрунтування в умовах сучасних реалій, однак успішне його забезпечення та реалізація залежить саме від правового підґрунтя такої діяльності. Тому важливим видається дослідження процесу поступального розвитку законодавства із даного питання, що дає змогу оцінити його ефективність на сучасному етапі розвитку українського суспільства.

Мета статті: аналіз генези українського законодавства щодо військового обліку жінок задля окреслення можливих перспектив правового забезпечення ведення військового обліку жінок в Україні.

Виклад основного матеріалу. З метою забезпечення повного та якісного укомплектування Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів, у мирний час та особливий період ведеться військовий облік. Він є складовою змісту мобілізаційної підготовки держави та полягає:

у цілеспрямованій діяльності державних органів, підприємств, установ та організацій щодо фіксації, накопичення та аналізу військово-облікових даних призовників і військовозобов'язаних із відображенням їх у військово-облікових документах;

у здійсненні контролю за дотриманням призовниками і військовозобов'язаними, посадовими особами державних органів, підприємств, установ та організацій встановлених правил військового обліку [1].

Узагальнення нормативної бази щодо ведення військового обліку у нашій державі дозволяє класифікувати його:

1) за статтю:

- військовий облік чоловіків;
- військовий облік жінок.

2) за видом військової служби у майбутньому (у добровільному порядку (за контрактом) або за призовом):

- військовий облік призовників;
- військовий облік військовозобов'язаних.

Відповідно обов'язкова строкова військова служба в Україні передбачена чинним законодавством тільки для чоловіків та не вважається дискримінацією за ознакою статі (ст. 6 Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» [2]), тоді як жінки проходять війську службу в мирний час тільки за контрактом.

На сайті Президента України була зареєстрована петиція № 22/041146-еп «Введення обов'язкової військової служби для жінок», обґрунтуванням якої стала необхідність дотримання гендерної рівності та припинення дискримінації чоловіків шляхом прийняття відповідного закону про проходження обов'язкової військової служби жінками. Вона набрала лише 41 голос із 25 тисяч необхідних [3], що свідчить про неготовність українського суспільства до строкової служби жінок в армії.

Жінки, які за станом здоров'я придатні до проходження військової служби, приймаються на військову службу за контрактом для заміщення військових посад. Перелік військових посад, які можуть бути заміщені військовослужбовцями-жінками, за винятком військових посад, які можуть бути заміщені особами вищого офіцерського складу, затверджується Міністерством оборони України, донедавна такі повноваження мав Кабінет Міністрів України. Тут ключовими є два моменти:

– здобуття відповідної спеціальності або професії;

– ступінь придатності за станом здоров'я, встановлений військово-лікарською комісією.

3) військовий облік жінок за військово-обліковими спеціальностями та за складом військовозобов'язаних у залежності від військового звання:

– військовий облік рядового і сержантського складу;

– військовий облік офіцерів.

4) за призначенням:

– загальний;

– спеціальний – перебувають військовозобов'язані, заброньовані за органами державної влади, органами місцевого самоврядування,

підприємствами, установами та організаціями на період мобілізації та на воєнний час, який ведеться в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Точкою відліку досліджуваного питання став наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Переліку спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями, після одержання яких жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних та Переліку спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями» від 11 жовтня 2021 року № 313 [4], в якому визначено 35 спеціальностей та 76 професій жінок. У подальшому існуючий перелік доповнено Переліком згідно з наказом Міністерства оборони України від 7 лютого 2022 року № 35 (скорочено раніше прийнятий перелік до 14 спеціальностей та 7 професій).

За вищевказаним документом, Головнокомандувачу Збройних Сил України необхідно забезпечити взяття жінок на військовий облік військовозобов'язаних згідно з Переліком спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями, після одержання яких жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних, з 1 жовтня 2022 року.

Цікавою є саме юридична конструкція нормативного формулювання питання військового обліку жінок, де зазначено про «необхідність забезпечити взяття жінок на військовий облік військовозобов'язаних» без зазначення механізму реалізації вказаного та чіткого розуміння є це обов'язковим для жінок чи ні.

Бекґраундом до даного правового вирішення була Постанова Кабінету Міністрів України від 14 жовтня 1994 року № 711 «Про затвердження переліку спеціальностей, за якими жінки, що мають відповідну підготовку, можуть бути взяті на військовий облік» [5], яка визначала невеликий перелік спеціальностей (7 напрямків та 86 спеціальностей), після здобуття яких придатні жінки бралися на військовий облік, серед яких – медична; зв'язок: телефоністи, телеграфісти, радисти, радіотелефоністи, радіотелеграфісти, радіометристи, радіомеханіки, радіооператори, телеграфні, механіки, фототелеграфісти, фоторадіотелеграфісти; обчислювальна техніка: техніки, майстри, механіки, оператори; оптичні та звукометричні засоби вимірювання і метрології: техніки, майстри, метеоспостерігачі, гідрометеоспостерігачі; картографія, топогеодезія, фотограметрія і аерофотослужба: фотограметристи, фотолаборанти, оператори, майстри, гравери, топогеодезисти, цинкографи, теодолітними; поліграфія: гравери, цинкографи, майстри поліграфічних машин; кіно радіомеханіки.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення окремих питань виконання військового обов'язку та ведення військового обліку» від 30 березня 2021 року № 1357-IX пунктом 24 передбачив зміни у Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» [15] у ч. 11 ст. 1 стосовно того, що жінки, які мають спеціальність та/або професію, споріднену з відповідною військово-обліковою спеціальністю, визначеною в переліку, затвердженому Міністерством оборони України, та придатні до проходження військової служби за станом здоров'я і віком, беруться на військовий облік військовозобов'язаних.

Суспільство відреагувало на такі законодавчі ініціативи підтриманням ряду електронних петицій, серед яких близько 38 тисячі голосів з 25 тисяч необхідних отримала петиція № 22/130110-еп від 23 грудня 2021 року «Знуцання над жінками! Не повинні усі жінки, які мають спеціальність та/або професію бути військовозобов'язаними!!!» [6], текст якої розмістили на вебсайті Офіційного інтернет-представництва Президента України. У відповіді на петицію Президент України вказав, що суспільний резонанс, який знайшов своє відображення, зокрема, і в поданій електронній петиції, був викликаний не стільки тим, що передбачено Конституцією України та Законом України «Про військовий обов'язок і військову службу», скільки невдалою реалізацією цих норм, а саме недостатньо обґрунтованим новим переліком спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідною військово-обліковою спеціальністю, згідно із яким жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних, а також відсутністю чітко визначеної процедури постановки на військовий облік жінок. Унаслідок чого він вказав Міністру оборони України щодо необхідності обов'язкового уточнення низки питань, пов'язаних із військовим обліком жінок, зокрема скорочення переліку спеціальностей та професій, споріднених з відповідною військово-обліковою спеціальністю, згідно з яким жінок беруть на військовий облік військовозобов'язаних, з огляду на реальні потреби оборони держави.

Надалі, Міністерством оборони України наказом № 259 від 6 вересня 2022 року [7] внесено зміни до наказу Міністерства оборони України від 7 лютого 2022 року № 35 та змінено дату початку постановки жінок на військовий облік у ТЦК та СП з 1 жовтня 2022 року на 1 жовтня 2023 року.

Аналіз вказаних вище документів дозволяє виділити два переліки, за якими жінки беруться на військовий облік:

1. Перелік спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями, після одержання яких жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних;

2. Перелік спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями.

У першому випадку, навчальні заклади, які здійснюють підготовку жінок за фахом, спорідненим з відповідними військово-обліковими спеціальностями, визначеними Кабінетом Міністрів України, за три місяці до випуску подають до районних (міських) військових комісаріатів відповідний список, який долучається до окремої справи та зберігаються в районному (міському) військовому комісаріаті протягом 30 років [1]. Варто звернути увагу, що перелік таких спеціальностей визначає не Міністерство оборони України, а Кабмін, що суперечить один одному і потребує зведення цих норм до спільного знаменника.

У другому випадку відповідно до п. 18 Порядку організації та ведення військового обліку призовників і військовозобов'язаних [1] жінки, які мають фах, споріднений з відповідними військово-обліковими спеціальностями, перелік яких затверджується Кабінетом Міністрів України, за умови їх придатності до проходження військової служби за станом здоров'я, віком та сімейним станом, підлягають взяттю на військовий облік. Відповідно, жінки, які перебувають на військовому обліку, можуть бути призвані на військову службу чи залучені для виконання робіт із забезпечення оборони держави у воєнний час, зрозуміло, що законом встановлені випадки, коли жінка зможе скористатися відстрочкою від призову. Знову ж таки, перелік спеціальностей, затверджується Кабміном, хоча Законом України «Про військовий обов'язок і військову службу» так повноваження з 30 березня 2021 року закріплені за Міністерством оборони України. Такий стан речей потребує негайного правового регулювання задля усунення вказаних суперечностей.

Нарешті, 7 вересня 2022 року прийнято Закон України «Про внесення зміни до статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» щодо взяття жінок на військовий облік» [8], де визначено, що жінки, які мають спеціальність та/або професію, споріднену з відповідною військово-обліковою спеціальністю, визначеною в переліку, затвердженому Міністерством оборони України, та придатні до проходження військової служби за станом здоров'я і віком, за власним бажанням можуть бути взяті на військовий облік військовозобов'язаних. Тоді як жінки, придатні до проходження військової служби за станом здоров'я та віком і закінчили заклади професійної (професійно-технічної), фахової передвищої або вищої освіти та здобули медичну або фармацевтичну спеціальність, підлягають взяттю на військовий облік військовозобов'язаних.

Із пояснювальної записки до проекту Закону України «Про внесення змін до статті 1 Закону

України «Про військовий обов'язок і військову службу» слідує, що згідно з наказом Міністерства оборони України від 11.10.2021 № 313, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 3 грудня 2021 р. за № 1566/37188 «Про затвердження Переліку спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями, після одержання яких, жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних» вагітні жінки та/або з малолітніми дітьми теж беруться на військовий облік. З Наказу випливає, що на військовий облік повинні стати мільйони українських жінок у віці від 18 до 60 років. Можна однозначно стверджувати, що взяття на військовий облік жінок на виконання Наказу у 2022 році не є можливим з огляду, зокрема, на кадрове забезпечення територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки. Це спричинить накладання штрафів на жінок, що не змогли вчасно стати на військовий облік, та, відповідно, виникнення зайвої соціальної напруги й формування негативного ставлення до військового обов'язку. Також, у разі зміни професії жінці потрібно буде інформувати про це територіальний центр комплектування та соціальної підтримки, що призведе до додаткового навантаження на ці органи [9].

Окремій увазі потребує військовий облік жінок за військово-обліковими спеціальностями та за складом військовозобов'язаних у залежності від військового звання. Підставою даного питання був наказ Міністерства оборони України «Про затвердження тимчасових переліків військово-облікових спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу та військовослужбовців-жінок і тарифних переліків посад вищезазначених військовослужбовців» від 27 травня 2014 року № 337 [10], який визначав військові посади для жінок рядового, сержантського і старшинського складу як-то: артист, архіваріус, бібліотекар, бухгалтер, діловод, перукар, медична сестра, музикант тощо.

До нього наказами Міністерства оборони України від 3 червня 2016 року № 292 [11] та від 12 червня 2017 року № 318 [12] були внесені зміни та дозволено призначати військовослужбовців-жінок на бойові військові посади серед яких: командир бойової машини піхоти, далекомірник, механік водій, навідник та оператор бойової машини, командир міномета, розвідник, стрілець-снайпер, старшина роти (батареї) та багато інших. Станом на сьогодні в українському законодавстві відсутні будь-які обмеження щодо комплектування військовослужбовцями-жінками військово-облікових спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу (наказ Міністерства оборони України «Про затвердження переліків військово-облікових

спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу і тарифних переліків посад вищезазначених військовослужбовців» від 7 вересня 2020 року № 317 [13]).

Перелік військових посад осіб офіцерського складу, які можуть бути заміщені військовослужбовцями-жінками затверджений наказом Міністерства оборони України «Про затвердження Переліку військово-облікових спеціальностей осіб офіцерського складу, Переліку військових посад осіб офіцерського складу, які можуть бути заміщені військовослужбовцями-жінками, Переліку військово-облікових спеціальностей, за якими може бути присвоєно первинне військове звання молодшого лейтенанта запасу» від 20 червня 2012 року № 412/ДСК [14]. До даного переліку неодноразово вносилися зміни, якими перелік посад, що можуть заміщатися військовослужбовцями-жінками розширено, що суттєво збільшило кількість посад, на які сьогодні дозволяється призначати військовослужбовців-жінок.

Висновки. Узв'язку із вищенаведеним та враховуючи, що сучасні жінки крізь призму давно сформованих стереотипних уявлень про фемінність набули й маскулітних рис, збільшили своє представництво в Збройних Силах України та інших, утворених відповідно до законів, військових формуваннях, несучи військову службу на рівні із чоловіками, більше того – беруть активну участь у комплексі військових і спеціальних організаційно-правових заходів українських силових структур, спрямований на протидію російсько-українській війні [16, с. 13; 17], а також те, що сучасна українська армія станом на 1 січня 2022 року налічувала 207 000 тис., з них 174 500 тис. чоловіків та 32 500 тис. жінок – питання ведення військового обліку жінок в нинішніх реаліях набуває актуальності. Крім того, армія потребує поповнення кадрів, у тому числі і жінками, а тому їх варто облікувати. З огляду на що, на нашу думку, добровільному військовому обліку жінок – бути. При цьому, законодавець повинен вирішити питання щодо усунення дискримінації у питаннях військового обліку жінок в залежності від спеціальності та/або професії.

Література

1. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку організації та ведення військового обліку призовників і військовозобов'язаних» від 7 грудня 2016 року № 921. URL: <https://web.archive.org/web/20181114142940/http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/921-2016-%D0%BF> (дата звернення: 14.10.2022).
2. Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 року № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text> (дата звернення: 14.10.2022).
3. Петиція «Введення обов'язкової військової служби для жінок». URL: <https://petition.president.gov.ua/petition/41146> (дата звернення: 14.10.2022).

4. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Переліку спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями, після одержання яких жінки беруться на військовий облік військовозобов'язаних та Переліку спеціальностей та/або професій, споріднених з відповідними військово-обліковими спеціальностями» від 11 жовтня 2021 року № 313. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/re37188?an=2> (дата звернення: 14.10.2022).

5. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку спеціальностей, за якими жінки, що мають відповідну підготовку, можуть бути взяті на військовий облік» від 14 жовтня 1994 року № 711. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/711-94-%D0%BF#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

6. Електронна петиція № 22/130110-еп від 23 грудня 2021 року «Знущання над жінками! Не повинні усі жінки, які мають спеціальність та/або професію бути військовозобов'язаними!!!». URL: <https://petition.president.gov.ua/petition/130110> (дата звернення: 14.10.2022).

7. Наказ Міністерства оборони України від 6 вересня 2022 року № 259 «Про внесення зміни до наказу Міністерства оборони України від 7 лютого 2022 року № 35». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1042-22#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

8. Закон України «Про внесення зміни до статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» щодо взяття жінок на військовий облік» від 7 жовтня 2022 року № 2664-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-IX#Text> (дата звернення: 02.11.2022).

9. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 26 грудня 2021 року. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=73531 (дата звернення: 14.10.2022).

10. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження тимчасових переліків військово-облікових спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу та військовослужбовців-жінок і тарифних переліків посад вищезазначених військовослужбовців» від 27 травня 2014 року № 337. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0600-14#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

11. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження змін до тимчасових переліків військово-облікових спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу та військовослужбовців-жінок і тарифних переліків посад вищезазначених військовослужбовців» від 3 червня 2016 року № 292. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0880-16#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

12. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Зміни до Тимчасового переліку штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу з урахуванням тих, на які дозволяється призначати військовослужбовців-жінок, та відповідних їм військових звань і тарифних розрядів посад» від 12 червня 2017 року № 318. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE30678.html (дата звернення: 14.10.2022).

13. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження переліків військово-облікових спеціальностей і штатних посад рядового, сержантського і старшинського складу і тарифних переліків посад вищезазначених військовослужбовців» від 7 вересня 2020 року № 317. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0927-20#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

14. Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Переліку військово-облікових спеціальностей осіб офіцерського складу, Переліку військових посад осіб офіцерського складу, які можуть бути заміщені військовослужбовцями-жінками, Переліку військово-облікових спеціальностей, за якими може бути присвоєно первинне військове звання молодшого лейтенанта запасу» від 20 червня 2012 року № 412/ДСК. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE21504.html (дата звернення: 14.10.2022).

15. Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25 березня 1992 року № 2232-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12#Text> (дата звернення: 14.10.2022).

16. Бобров Ю.О. Боброва Ю.Ю. Гендер і милітаризація: сучасний концепт. *Юридичний бюлетень*. 2020. № 14. С. 9–15.

17. O Polishchuk, Y Bobrova, Y Bobrov. The Formation of a Safety Ecosystem in the Context of Ensuring the National Homeland Security. *International Journal of Safety and Security Engineering*. Vol. 11, No. 6, December, 2021, pp. 683–689.

Анотація

Боброва Ю. Ю. Генеза українського законодавства щодо військового обліку жінок. – Стаття.

У силу сучасних реалій російсько-української війни держава стала здійснювати термінові комплексні заходи з розбудови ефективної системи оборони, вирішуючи питання законодавчих змін, покращення фінансування, матеріально-технічного забезпечення сектору та соціального забезпечення військовослужбовців, розвитку оборонно-промислового комплексу та багато інших. Прослідковано тенденцію до зростання кількості жінок в лавах української армії та зміну суспільної ролі жінки під час війни на активну учасницю останньої. Створюються більш ефективні змішані команди із професійних і кваліфікованих жінок та чоловіків, які разом долають ворога. Наведене на запит сучасного українського суспільства детермінувало актуалізацію на державному рівні питання ведення військового обліку жінок та прийняття ряду нормативно-правових актів для його унормування.

У статті, у ретроспективі, розглянуто генезу українського законодавства щодо військового обліку жінок як правову основу його існування. Проаналізовано нормативно-правові документи, які регулювали досліджувану проблематику і стали основою для подальшого вдосконалення правового підґрунтя військового обліку жінок в Україні.

Узагальнення нормативної бази щодо ведення військового обліку у нашій державі дозволило класифікувати його: за статтю; за видом військової служби у майбутньому (у добровільному порядку (за контрактом) або за призовом); за військово-обліковими спеціальностями та за складом військовозобов'язаних у залежності

від військового звання; за призначенням та визначити специфіку кожного із них.

Також, у статті авторкою здійснюється критична оцінка можливостей практичної реалізації існуючого механізму ведення військового обліку жінок в нашій країні, правове регулювання якого потрібно вирішувати послідовно і комплексно, з урахуванням позитивного досвіду зарубіжних країн та національних традицій і менталітету українського народу, з метою уникнення поспішних рішень та запобігання соціальній напрузі.

Ключові слова: війна, військовий облік, військова служба, жінка, законодавство.

Summary

Bobrova Yu. Yu. The genesis of Ukrainian legislation regarding the military registration of women. – Article.

Due to the current realities of the Russian-Ukrainian war, the state began to implement urgent complex measures to build an effective defense system, solving the issues of legislative changes, improving financing, logistical support of the sector and social security of military personnel, development of the defense-industrial complex, and many others. The tendency to increase the number of women in the ranks of the Ukrainian army and the change of the social role of women during the war to an active participant of the latter are followed. More effective mixed teams of professional and skilled women and men are being created to defeat the enemy together. Given the request of modern Ukrainian society, it determined the actualization at the state level of the issue of military registration of women and the adoption of a number of normative legal acts for its normalization.

The article, in retrospect, examines the genesis of Ukrainian legislation regarding the military registration of women as the legal basis of its existence. Were analyzed the regulatory and legal documents that regulated the investigated issues and became the basis for further improvement of the legal basis of the military registration of women in Ukraine.

The generalization of the regulatory framework for keeping military records in our country made it possible to classify it: by gender; by the type of military service in the future (on a voluntary basis (under contract) or by conscription); by military accounting specialties and by the composition of conscripts depending on the military rank; by purpose and determine the specifics of each of them.

Also, in the article, the author makes a critical assessment of the possibilities of practical implementation of the existing mechanism for keeping military records of women in our country, the legal regulation of which must be resolved consistently and comprehensively, taking into account the positive experience of foreign countries and the national traditions and mentality of the Ukrainian people, in order to avoid hasty decisions and prevent unpopular steps.

Key words: war, military accounting, military service, woman, legislation.

УДК 340.1

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.2>

Т. Д. Дем'янчук

orcid.org/0000-0002-8908-4356

кандидат історичних наук, доцент,

докторант кафедри теорії та історії держави і права
Національної академії внутрішніх справ

ВИПРАВНО-ТРУДОВИЙ ХАРАКТЕР РАДЯНСЬКОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИПРАВНОЇ СИСТЕМИ

Історико-правове минуле України сповнене темами, які хоч і отримали широке наукове висвітлення, але вимагають об'єктивного переосмислення. Особливо це стосується радянської доби, коли в умовах існування тоталітарної держави було сформовано специфічну правову систему з чіткою державницькою ідеологією яка спрямовувалася на повне придушення громадянського суспільства та внутрішньополітичної опозиції. Для реалізації такого тиску на суспільство було сформовано кримінально-виконавчу систему, яка орієнтувалася на виправно-трудоий характер виконання покарань. Одночасно, виправно-трудоий характер кримінально-виконавчої системи, хоч і сприяв розвитку промисловості чи народного господарства, одночасно був прикладом тотального нівелювання прав людини – ненормовані трудові зобов'язання, порушення умов утримання осіб, що відбували покарання, масові страти в'язнів, тощо. З огляду на зазначене, науково актуальним видається дослідження історико-правових особливостей становлення радянської кримінально-виконавчої системи, визначення її виправно-трудоого характеру і власне кваліфікації її як інструменту тоталітаризму.

Стосовно самого поняття кримінально-виконавча система й доцільності його застосування до радянського періоду й системи виконання покарань, то органи влади в період з 1919 до 1991 року, які відповідали за виконання кримінальних покарань і пробацію, не тільки забезпечували виправлення засуджених, а й відповідали за їх ресоціалізацію, вживали превентивних дій для недопущення злочинів, у тому числі й рецидивів. Тому, визначаючи зміст поняття кримінально-виконавча система по відношенню до УРСР, варто звернути увагу на формулювання О. Шкута, який пропонує розуміти її як «сукупність органів і установ, підпорядкованих центральному органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань та пробації ...» [13, с. 24].

Слід звернути увагу й на те, що такі українські вчені, як О. Бандурко, Т. Денисова та В. Трубников, використовують у своїх дослідженнях поняття «кримінально-виправна політика», якою й описують систему виконання покарань в радянську епоху [1, с. 26–27]. Одночасно, ці вчені не вико-

ристовують поняття кримінально-виправна система по відношенню до радянської епохи, що цілком відображає її ідеологічне наповнення та практичну реалізацію. Це на нашу думку, пояснюється тим, що виразний виправний, а саме виправно-трудоий характер кримінально-виконавчої системи домінував до 1960 року, коли було ліквідовано ГУЛАГ. Натомість з початку 1960-х років утверджується класична кримінально-виконавча система, окремі елементи якої зберігалися в Україні впродовж перших десятиліть незалежності.

Як наслідок, саме період 1920–1960-х років можна вважати часом реалізації виправно-трудоого підходу в кримінально-виконавчій системі УРСР. Це обумовлювалося рядом об'єктивних причин. По-перше, мало місце посилення репресивного характеру самої кримінальної системи, що обумовлювалося умовами громадянської війни і правовою ідеологією більшовизму. По-друге, на характері кримінально-виконавчої системи відобразилася внутрішньополітична ситуація, зокрема процес формування культу особи Й. Сталіна. По-третє, радянська держава перебувала в умовах глибокої промислової трансформації й потребувала безкоштовної робочої сили. Як результат, кримінально-виконавча система з моменту свого формування була елементом тоталітаризму, а правові норми, що регулювали процес її функціонування, особливу увагу приділяли виправно-трудоому характеру відбування покарань.

Початком формування радянської кримінально-виконавчої системи, можна вважати 1919 рік, коли було прийнято постанову Наркомату юстиції «Про ліквідацію всіх відділів колишнього Міністерства юстиції». У 1921 р. усі каральні відділи на місцях було перейменовано на виправно-трудоі [8, с. 269]. Власне з цього часу й можна говорити про початок застосування виправно-трудоого підходу до реалізації системи виконання покарань. Характерно, що ідеї реалізації виправно-трудоого права чітко прослідковувалися в правових поглядах В. Леніна і мали більше ідеологічний і революційний, як практичний характер, в тому числі якщо й говорити про потребу безкоштовної робочої сили. Ще у 1918 році лідер більшовиків заявив про необхідність проведення «масового терору проти куркулів, попів та білогвардійців, сумнівних замкнути

у концентраційний табір поза містом» [5, с. 19]. Пізніше, на початку 1920 року, В.Ленін у одному із листів до силових структур чітко вказав, що окрім ізоляції, усіх осіб, що вчинили порушені необхідно «...привчати пустопорожнього та паразитичного елемента до праці» [3, с. 16; 11, с. 101]. Одночасно, ідеологи більшовизму вказували, що «найбільшою ідеєю «Жовтня» є загальна трудова повинність» [11, с. 101]. Власне усі ці ідеї знайшли своє безпосереднє відображення у загальносоюзному Виправно-трудоному кодексі РРФСР (16.11.1924 р.), а також Виправно-трудоному кодексу УСРР (23.10.1925 р.). останній визначив основну структуру місць позбавлення волі: будинки ув'язнення, виправно-трудова будинки, трудові колонії, ізолятори спеціального призначення, перехідні виправно-трудова будинки [6, с. 30]. Основною ідеєю кодексу стало закріплення пріоритетності виховних завдань та ідею виправлення засуджених. Як наслідок, 11 липня 1929 р. прийнято постанову «Про використання праці кримінально-ув'язнених», у відповідності до якої було не тільки узаконено фізичну працю ув'язнених осіб, а й створено Головне управління виправно-трудова таборів і трудових поселень НКВС («ГУЛАГ»).

Створення ГУЛАГу стало ключовим етапом в процесі реалізації виправно-трудова характеру кримінально-виконавчої системи. Одночасно, слід зауважити, що до початку 1930-х років діяло дві паралельні пенітенціарні системи – республіканська (включала в'язниці для утримання ув'язнених, що перебували під слідством і власне виправно-трудова колонії) та загальносоюзна (виправно-трудова табори, політ-ізолятори) [7, с. 319].

Важливо звернути увагу на те, що до початку 1930-х років у СРСР існувало дві паралельні пенітенціарні системи в рамках яких реалізовувався виправно-трудова підхід. Одна складалася з виправно-трудова таборів, що підпорядковувалися Об'єднаному державному політичному управлінню НКВС, інша – з виправно-трудова колоній, які підпорядковувалися республіканським Наркомам юстиції. Характерно, що як у виправно-трудова таборах так і у виправно-трудова колоніях були схожі умови утримання – проводилася культурно-освітня робота, передбачалася можливість умовно-дострокового звільнення. Більше того, в системі виправно-трудова таборів існував полегшений режим, коли в'язні мали можливість залишати місце позбавлення волі у випадку, якщо цього вимагали трудові зобов'язання.

Основна відмінність між кримінально-виправними колоніями та виправно-трудова таборами полягала тому, що в перших, відбування покарання у вигляді виконання виправних робіт не

було пов'язано з цілковитою ізоляцією засуджених. В окремих випадках ув'язнені мали можливість перебувати в колі сім'ї, а робота в трудовому таборі вважалася як елемент перевиховання. Вагомою відмінністю між згаданими виправними установами було також і те, що у таборах системи НКВС звичним був терор проти осіб, що відбували покарання, абсолютне нехтування їхніми правами, тощо [12, с. 394]. Спільним для них було й те, що фізична праця вважалася елементом правової установки і конституційним обов'язком.

Як зауважують українські дослідники В. Данильчук та Р. Михайльчук, основним завданням ГУЛАГу, «було покарання, ізоляція, використання у якості робочої сили та перевиховання «неблагонадійних елементів», тобто тих, хто реально, хоча частіше уявно, чинив опір сталінському режиму» [4, с. 60]. У 1931 році в структурі ГУЛАГу створено окремий відділ трудових поселень, у 1934 році виробничо-будівельний відділ, що вказувало винятково на реалізацію виправно-трудова підходу. Можна констатувати, що основним завданням ГУЛАГу була «колонізація» далекого Сходу і Півночі СРСР і використання в'язнів, як безкоштовну робочу силу. В. Россіхін вказує на цілу низку провалин у нормативних документах, що регламентували роботу ГУЛАГу і сприяли в тому числі порушенню прав осіб, які відбували покарання у виправно-трудова таборах. Так, зокрема мало місце недотримання норм стосовно забезпечення в'язнів побутовими умовами, білизною, одягом, взуттям, які розкрадалися. Окрім того, «у випадку виникнення безладдя» (поняття в жодному тогочасному нормативному документі не трактувалося) наглядчі мали право застосовувати зброю, що зі слів В. Россіхіна здійснювалося постійно і практично неконтрольовано [10, с. 157].

За час існування ГУЛАГу було прийнято десятки нормативно-правових актів, регламентували виправно-трудова характер кримінально-виконавчої системи. Основними з цих документів були:

- «Тимчасова інструкція про режим утримання ув'язнених у виправно-трудова таборах НКВС СРСР» (серпень 1939 р. липень 1940 р.) [4, с. 61];

- Указ Президії Верховної ради СРСР «Про скасування смертної кари (26 травня 1947 р.), а Указом від 19 квітня 1943 р. запроваджено максимальний термін покарання 25 років [9, с. 583–584];

- «Інструкція з режиму утримання ув'язнених у виправно-трудова таборах і колоніях МВС СРСР» (24 березня 1947 р.) – перший документ, який врегульовував правове становище ув'язнених [4, с. 62];

- Указ Президії Верховної ради СРСР про амністію деяких категорій ув'язнених, які

вчинили злочини, які не становлять великої небезпеки для держави (27 березня 1953 р.) [2, с. 357].

Останній нормативний акт поклав початок ліквідації ГУЛАГу однак виправно-трудоий характер системи відбування покарань зберігався. Зрештою Постановою «Про заходи щодо покращення роботи Міністерства внутрішніх справ СРСР» від 25 жовтня 1956 р. було ліквідовано виправно-трудоі табори як такі, що не забезпечували вирішення завдання виправлення та перевиховання ув'язнених. Замість системи ГУЛАГу формується система, в основні якої знаходиться виправно-трудова колонія. Ліквідація табірної системи мала позитивні наслідки і обумовлювалася як політичним рішенням – лібералізація суспільних відносин і критика культу особи, так і практичними – масові повстання в'язнів ГУЛАГу.

Можна констатувати, що в розвитку радянської кримінально-виконавчої системи можна прослідкувати два періоди продовж яких реалізувався різний ідеологічний і практичний підхід до системи виконання покарань: 1) 1920–1950-ті роки – виправно-трудоий; 2) після 1960-го року – виправний. Показово, що виправно-трудова система виконувала насамперед репресивно-каральні функції, а не забезпечувала практичну потребу в дешевій робочій силі чи місію виправлення осіб, що вчинили правопорушення. Становлення радянської правової системи пов'язане з комплексом насильницьких, репресивних заходів щодо різних верств населення, в тому числі й тих, які відбували покарання. Зі створенням ГУЛАГу було підготовлено ідеологічну і нормативно-правову базу для реалізації саме виправно-трудоого характеру процесу відбування покарань.

Таким чином, у період становлення і розвитку радянської державності відбулося не тільки формування нової кримінально-виконавчої системи, а й утвердження її виправно-трудоого характеру. Виконання покарання у вигляді виправних робіт пояснювалося рядом об'єктивних причин й ідеологією самого більшовизму. Виправно-трудоий підхід до реалізації системи виконання покарань не завжди передбачав ізоляцію засуджених від суспільства, що було можливим завдяки існуванню двох паралельних кримінально-виправних систем, одна з яких контролювалася НКВС, а інша Наркомом юстиції. Саме в межах НКВС було сформовано мережу виправно-трудоих таборів, в'язні яких використовувалися для колонізації віддалених територій, будівництві господарських об'єктів. Характерно, що процес позбавлення волі у радянських таборах завжди супроводжувався додатковими покараннями – голод і холод, повна відсутність побутових умов для проживання.

Основним органом, що здійснював контроль за виправно-трудою системою був ГУЛАГ, який став класичним символом тоталітаризму, хоч

з правової точки зору відповідав за виховання осіб, що вчинили злочин через суспільно-корисну працю. Ліквідація ГУЛАГ тільки частково спростила виправно-трудоий характер кримінально-виконавчої системи, яка набула класичних пенітенціарних ознак.

Література

1. Бандурка О. М., Денисова Т. А., Трубников В. М. Общая теория социальной адаптации освобожденных от отбывания наказания (правовой и социально-психологический анализ уголовно-исполнительной политики по реабилитации осужденных). Харьков; Запорожье: НУВДЗГУ, 2002. 440 с.
2. Вронська Т., Стяжкіна О. Мінусники: покарані простором. К.: Темпора, 2021. 456 с.
3. ГУЛАГ: Главное управление лагерей. 1918–1960: Справочник / Сост. А.И. Кокурин, Н.В. Петров. Под ред. А.Н. Яковлева. М.: 2000. 904 с.
4. Данильчук В., Михальчук Р. Нормативно-правові основи функціонування системи відбування покарань у виправно-трудоих таборах ГУЛАГу. *Інтермарум: історія, політика, культура*, № 10. 2022. С. 57–72. DOI: <https://doi.org/10.35433/history.112030%20>
5. Иванова Г.М. ГУЛАГ в системе тоталитарного государства. М.: 1997. 227 с.
6. Козак Р.А., Рідкобород Ю.В., Мелаш А.С. Зародження пенітенціарної системи в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*, 2021. № 10. С. 28–31. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-10/3>
7. *Министерство* внутренних дел. 1902–2002. Исторический очерк. М.: Объед. ред. МВД России, 2004. 647 с.
8. Пиндюрина Н. Соблюдение революционной законности в исправительно-трудовых учреждениях (октябрь 1917–1920 г.). *Труды ВШ МВД СССР*. 1957. № 2. С. 267–285.
9. Реабілітовані історією. Рівненська область (2013) / редкол. Тому (співгол.: М. Кривко, О. Губанов, відп. секр. А. Жив'юк); упоряд.: О. Білоконь, Р. Давидюк, А. Жив'юк (кер.) та ін. Кн. 3. Рівне: ПП ДМ. 620 с.
10. Россіхін В. Правове регулювання режиму у виправно-трудоих таборах у процесі ствердження командно-адміністративної системи в СРСР (1929–1938 рр.). *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*, 2012. №4(59). Ч. 1. С. 154–162.
11. Тараканов Ю. В. К вопросу о становлении советской пенитенциарной системы (1918–1922 гг.). *Известия Самарского научного центра Российской академии наук*. Т. 10, № 1, 2008. С. 99–104.
12. Упоров И. В. Пенитенциарная политика России в XVIII–XX вв.: Историко-правовой анализ тенденций развития. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 608 с.
13. Шкута О. О. Теоретико-прикладні засади функціонування кримінально-виконавчої системи України: дис. ... д-ра юрид. наук. Ірпінь, 2018. 482 с.

Анотація

Дем'янчук Т. Д. Виправно-трудоий характер радянської кримінально-виправної системи. – Стаття

У статті розкриваються історико-правові особливості становлення радянської кримінально-виконавчої системи, визначається її виправно-трудоий характер, реалізація якого дозволяє кваліфікувати її як інструмент тоталітаризму. Встановлено, що період 1920-1960-х років можна вважати часом

реалізації виправно-трудового підходу в кримінально-виконавчій системі УРСР. У розвитку радянської кримінально-виконавчої системи прослідковується два періоди продовж яких реалізувався різний ідеологічний і практичний підхід до системи виконання покарань: 1) 1920-1950-ті роки – виправно-трудовий; 2) після 1960-го року – виправний. Показово, що виправно-трудова система виконувала насамперед репресивно-каральні функції, а не забезпечувала практичну потребу в дешевій робочій силі чи місію виправлення осіб, що вчинили правопорушення. Становлення радянської правової системи пов'язане з комплексом насильницьких, репресивних заходів щодо різних верств населення, в тому числі й тих, які відбували покарання. Виконання покарання у вигляді виправних робіт пояснювалося рядом об'єктивних причин й ідеологією самого більшовизму. Виправно-трудовий підхід до реалізації системи виконання покарань не завжди передбачав ізоляцію засуджених від суспільства, що було можливим завдяки існуванню двох паралельних кримінально-виправних систем, одна з яких контролювалася НКВС, а інша Наркомом юстиції. Саме в межах НКВС було сформовано мережу виправно-трудових таборів, в'язні яких використовувалися для колонізації віддалених територій, будівництві господарських об'єктів. Основним органом, що здійснював контроль за виправно-трудовою системою був ГУЛАГ, який став класичним символом тоталітаризму, хоч з правової точки зору відповідав за виховання осіб, що вчинили злочин через суспільно-корисну працю. Ліквідація ГУЛАГ тільки частково спростила виправно-трудовий характер кримінально-виконавчої системи, яка набула класичних пенітенціарних ознак.

Ключові слова: кримінально-виправна система, виправно-трудове законодавство, ГУЛАГ, виправно-трудовий табір, права людини, УРСР.

Summary

Demyanchuk T. D. The correctional and labor nature of the Soviet criminal correctional system. – Article.

The article reveals the historical and legal features of the formation of the Soviet criminal-executive

system, defines its correctional and labor nature, the implementation of which allows to qualify it as a tool of totalitarianism. It was established that the period of the 1920s-1960s can be considered the time of implementation of the correctional labor approach in the criminal and executive system of the Ukrainian SSR. In the development of the Soviet criminal-executive system, two periods are traced during which different ideological and practical approaches to the system of execution of punishments were implemented: 1) 1920-1950s – correctional and labor system; 2) after 1960 – correctional. It is significant that the correctional labor system primarily performed repressive and punitive functions, and did not provide the practical need for cheap labor or the mission of correction of offenders. The formation of the Soviet legal system is associated with a complex of violent, repressive measures against various sections of the population, including those who were serving sentences. A number of objective reasons and the ideology of Bolshevism itself explained execution of punishment in the form of correctional labor. The correctional and labor approach to the implementation of the system of execution of punishments did not always involve the isolation of convicts from society, which was possible due to the existence of two parallel penal and correctional systems, one of which was controlled by the NKVD, and the other by the People's Committee of Justice. It was within the NKVD that a network of correctional labor camps was formed, the prisoners of which were used for the colonization of remote areas and the construction of economic facilities. The main body that exercised control over the correctional labor system was the Gulag, which became a classic symbol of totalitarianism, although from a legal point of view it was responsible for the education of persons who committed a crime through community service. The liquidation of the Gulag only partially simplified the correctional-labor nature of the criminal-executive system, which acquired classical penitentiary features.

Key words: criminal and correctional system, correctional and labor legislation, Gulag, correctional and labor camp, human rights, Ukrainian SSR.

УДК 340.12:008:34:339.92
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.3>

Ю. Є. Ковний
кандидат економічних наук, адвокат
orcid.org/0000-0002-1230-5050

ЗАХИСТ ПРАВ НАЦІОНАЛЬНИХ МЕНШИН НА МУНІЦИПАЛЬНОМУ РІВНІ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ АНАЛІЗ

Постановка проблеми. Реалізація прав національних меншин значною мірою залежатиме від політичної атмосфери, культурні та соціальні обставини, які існують у країні та за часів стрімких міграційних процесів, питання захисту прав меншин має стояти постійно актуальні на міжнародному рівні, на центральному рівні держави, а також на рівні муніципальному.

Для України проблема має дуальне значення. З одного боку ми маємо подолати спадок колишньої радянської імперії, оскільки з її розпадом на території України опинилися багато представників інших національностей. Це проблема притаманна для всіх пострадянських країн і країн сателітів. «Охорона меншин має бути всеосяжною, а в країнах, що виникли з часу розпаду СРСР особливу увагу необхідно звернути на так звані «нові меншини» [1]. Іншим питанням стало й те, що етнонаціональна політика має політизований характер і за весь час існування незалежної України проблему вирішували різновекторно, був відсутній єдиний стратегічний підхід.

На додаток до конституційне проголошення та утвердження цінностей на національному та міжнародному рівні, права людини вимагають ефективної системи захисту, яка загалом забезпечується гарантуванням основних принципів верховенства права. Проблема захисту прав меншин була актуальна в міжнародній спільноті протягом тривалого часу, і можна сказати, що вона представляє одну з надзвичайно важливих випробувань демократії в країні. Початок захисту меншин пов'язаний у тому числі з релігійними правами, так що між двома світовими війнами цим питанням займалася Ліга Націй, а після Другої світової війни цим почала займатися ООН.

Після Другої світової війни, ліберальні теоретики стверджували, що всі питання демократичного конституювання суспільства та соціальну справедливість можна досягти шляхом розвитку загальних громадянських та людських прав. Крім того, вважалося, що історично вже існувала модель, яка опосередковано захищала життя культурно неоднорідних груп шляхом забезпечення рівності їх членів перед законом: модель релігійної толерантності, тобто політичне відокремлення церкви від держави. Згідно з цю моделлю, етнічна приналежність, як і релігійність,

має бути чимось, що люди можуть вільно висловлюватися у своєму приватному житті, але це не стосується держави. Вважалося, що «етнічно нейтральна» держава не може надавати особливі колективні права національних меншин. Однак останнім часом з'явилися ліберальні теоретики, які переконливо стверджують, що ідея етнокультурної нейтральності є просто міфом¹.

Більше того науковці стверджують, що саме доктринальні суперечки породили створення в 1990-х роках «міжнародного (європейського) права меншин»² (Mesić, 2003).

Одним з ідеалів створення та постійного розвитку міжнародного права є захист прав людини, особливо захист тих прав, які набагато складніше досягти. Відсутність консенсусу для визначення деяких основних характеристик на міжнародному рівні, які б сприяли гарантуванню статусу меншини та реалізації прав меншини, свідчить про прагнення держав зберігати свою внутрішню компетентність у визначенні таких критеріїв. Тому етнонаціональна політика у цілісному механізмі нарантування потребує додаткового доктринального вивчення.

Стан дослідження. Громадська рівність, толерантність та громадянська згуртованість в час військового часу та протидії державі-агресору для України має суттєве значення. Дослідження етнонаціональної ідентичності, статусу народів та націй, прав національних меншин було предметом наукового аналізу представників різних шкіл права, зокрема варто відмітити доробки Н.П. Бортник, Я.С. Богів, І. Жаровської, Н. Ортинської, В.Б. Ковальчука, М.Ю. Щирби та інших. Достатньо вагомо проблему статусу національних меншин аналізували науковці європейської частини континенту: S. Anđelković, M. Krulj-Mladenović, S. Hobolt, R. Marković, R. Kastoryano та інші.

Однак питання має глобальний характер, більше того проблема урівноважування національних інтересів та прав національних меншин

¹ Kymlicka, Will, 2003: Multikulturalno građanstvo – liberalna teorija manjinskih prava, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb

² Mesić, Milan, 2003: Europski standardi manjinske zaštite i položaj manjina u Hrvatskoj, u: Identitet i razvoj: priključenje Hrvatske Europskoj Uniji, Filozofski fakultet, Zagreb

має «вічний» характер, тому деякі аспекти потребують додаткового комплексного аналізу.

Метою цієї наукової статті є проведення компаративістського аналізу захисту прав національних меншин на муніципальному рівні.

Виклад основних положень. Вагомо щоб державна політика не була націлена на асиміляцію національної меншини. Таке можливе також в разі визначення кількості представників національної меншини які мають проживати, щоб вважатися такими. Це неприпустимо, оскільки тоді права національні меншини отримують тільки в разі їх достатньої кількості, а такий прохідний поріг визначає держава. Тоді це означатиме, що ті меншини, які не відповідають прогнозованим критерієм, піддаються своєрідній системній асиміляції, яка є протиправною в сучасний етап розвитку цивілізації.

Науковці визначають національну меншину як групу чисельно меншу за решту населення держави, і чий члени, громадяни цієї держави, мають етнічні, релігійні або мовні характеристики, відмінні від решти населення та демонструють, хоча й неявно, почуття солідарності, яке спрямоване на збереження своєї культури, традицій, релігії чи мови» [2, с. 124].

В свою чергу федеральний уряд Німеччини вважає національними меншинами групи населення, які відповідають наступним п'яти критеріям: «1) бути громадянином Німеччини; 2) відрізнятися від більшості населення тим, що мають свою мову, культура та історія і, таким чином, їхня особлива ідентичність; 3) хочуть зберегти свою ідентичність; 4) вони традиційно проживають у Німеччині (зазвичай протягом століть), 5) вони живуть у Німеччині в межах традиційних поселень» [3]

«Національною меншиною є група громадян Хорватії, члени якої були

які традиційно проживають на території Республіки Хорватія та мають етнічні, мовні,

культурні та/або релігійні характеристики, які відрізняються від інших громадян і які

керуються бажанням зберегти ці характеристики»³

Польща Стаття 2. 1. Національною меншиною в розумінні цього ж закону є група польських громадян яка загально відповідає слідуючим критеріям: 1) є менш чисельна від решти населення Республіки Польща; 2) істотно відрізняється від решти громадян мовою, культурою або традицією; 3) прагне зберегти свою мову, культуру або традицію; 4) має почуття своєї історичної національної спільноти та спрямована на її виявлення і захист; 5) її предки проживали на сучасній тери-

торії Республіки Польща щонайменше 100 років; 6) ототожнюється з нацією зорганізованою у своїй державі⁴.

Етнічною меншиною в розумінні цього ж закону є група польських громадян яка загально відповідає слідуючим критеріям: 1) є менш чисельна від решти населення Республіки Польща; 2) істотно відрізняється від решти громадян мовою, культурою або традицією; 3) прагне зберегти свою мову, культуру або традицію; 4) має почуття своєї історичної національної спільноти та спрямована на її виявлення і захист; 5) її предки проживали на сучасній території Республіки Польща щонайменше 100 років; 6) не ототожнюється з нацією зорганізованою у своїй державі.

Відповідно до ст. 3 «Про національні меншини в Україні» до національних меншин належать групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою [4].

Правова сутність прав меншин на думку Р. Маркович полягає в захисті та розвитку детермінантів національних ідентичностей – мова, культура, релігія, звичаї тощо. Індивідуальні права здійснюються індивідуально, а колективні спільно з іншими, відповідно до Конституції, закону та міжнародних договорів [5, с. 67]

Механізм захисту прав включає комплекс нормативно-правового, правореалізаційного забезпечення, діяльності органів публічної влади всіх рівнів. Місцева влада відіграє в цьому механізмі значну роль, тому що концентрація національних меншин відбувається саме на території окремої громади.

Місцеві державні органи не тільки працюють щодо вдосконалення існуючої нормативної бази, але й наділені потенціалом громадської співучасті. Вони можуть співпрацювати з неурядовим сектором і, в тому числі ЗМІ, щодо підвищення обізнаності та створити атмосферу, яка сприятиме захисту інтересів національних меншин, визнання їх правових можливостей, захисту прав що визнані на міжнародному та національному рівнях, щоб зберегти їх національна самосвідомість. Боротьба з укоріненими упередженнями має бути постійною. Належної політики щодо меншин неможливо досягти, застосовуючи лише законодавство. Деякі автори вважають, що це створює високу дозу недовіри, яка накопичується і зростає під час кризи, так при соціальних кризах раніше накопичені погані почуття призводять до умов, які закінчуються насильством і злочинністю [2, с. 126].

Наприклад, закон про місцеве самоврядування Сербії (Zakon o lokalnoj samoupravi, 2018)

³ e Republic of Croatia The Constitutional Law on the Rights of National Minorities, Official Gazette, no. 155/2002, Article 5.

⁴ file:///C:/Users/%D0%98%D1%80%D0%B0/Documents/ustawa_o_MNiE_oraz_o_języku_regionalnym_w_języku_ukrainskim.pdf

передбачає що одним із повноважень муніципалітету є турбота про реалізацію, захист і заохочення прав людини та меншин. В цій державі представники меншин проживають у більшості муніципалітетів, але з їх кількість відрізняється, не всі муніципалітети є багатоетнічними. Всього таких 68 муніципалітетів у Сербії, з яких найбільше в автономному краї Воеводини.

Одне з найсуттєвіших прав, що забезпечується на місцевому рівні є право на користування мовою та писемністю. Це одне з основних прав, яке є необхідною умовою для здійснення багатьох інших прав людей, які належать до національних меншин. Відповідно до Закону про офіційне використання мов і писемності, офіційне використання — це використання мов і писемності

В державних органах, органах автономних провінцій, міст і муніципалітетів, установ, компанії та інших організаціях при здійсненні публічних повноважень. Вказаним Законом передбачено, що на території місцевого самоврядування, де традиційно проживають представники національних меншин, їх мова та писемність можуть перебувати в рівноправному офіційному вжитку, більше того одиниці місцевого самоврядування зобов'язані запровадити мову та писемність національних меншин у рівноправному офіційному використанні згідно зі своїм статутом, якщо відсоток членів цієї національної меншини в його загальній кількості сягає 15% жителів на цій території, за результатами останнього перепис населення. На територіях одиниць місцевого самоврядування, де мова а національної меншини введено в рівноправний офіційний вжиток назви органів які здійснюють публічні повноваження, назви органів місцевого самоврядування, населених пунктів, площ, вулиць та інші топоніми також мають бути написані мовою відповідно до традицій національних меншин і їх правопис. Збори місцевої громади мають визначити своїм статутом населені пункти, які відповідають цьому критерію. Угорська мова та письмо є регіональною мовою в органах місцевого самоврядування Автономного краю Воеводина. Словацька мова та писемність є в офіційному вжитку 13 міст і муніципалітетів, румунська в десяти, русинська в шести і хорватські в чотирьох муніципалітетах по всій Сербії.

Для порівняння згідно Закону України «Про засади державної мовної політики», що діяв в Україні до 2018 року (визнаний судом неконституційним через недотримання легітимної процедури його прийняття) ця межа була визначена ще менша – 10 відсотків і більше від чисельності її населення.

Розглянемо питання регіональної мови докладніше. Ст.1 Європейської Хартії регіональних мов або мов меншин термін «регіональні мови або мови меншин» означає мови, які: i) традиційно

використовуються в межах певної території держави громадянами цієї держави, які складають групу, що за своєю чисельністю менша, ніж решта населення цієї держави; та ii) відрізняються від офіційної мови (мов) цієї держави; він не включає діалекти офіційної мови (мов) держави або мови мігрантів [6].

Визнання мови національної меншини регіональною тягне за собою значне ускладнення процесу документообігу та документації. Кожне рішення та інший документ органу місцевого самоврядування потребує дублювання. Відповідно в штаті органів місцевої громади повинен бути спеціалізований перекладач. Також це значно здорожує витрати на утримання органів місцевого самоврядування та подвоює об'єм роботи.

Представники сербської школи права також мотивують нераціональність такого підходу. Запровадження однієї мови меншини в службові використання має далекосяжні наслідки, бо зобов'язує всі державні органи, що базуються в муніципалітеті, на мову та письмо національної меншини здійснювати їх офіційне використання. Також це надто обтяжує органи місцевого самоврядування та суди для вирішення складних проблем офіційної багатомовності самостійно та мати можливість приймати всі дії та акти в усіма офіційними мовами муніципалітету, де встановлено відсоток 15%, що нераціонально та економічно не виправдано. Мета захисту в ідентичність національних меншин та їхні мови могли б і реалізовувалися інакше» [7].

Прикладами адекватного підходу до критерію чисельності є Каринтія та Бургенланд (Австрія), де відсоток для визначення регіональної становить 20-25% населення. У Швейцарії Конституційний суд постановив, що мова «більшості населення» має бути прийнята до уваги і що «більшість населення» існує тоді, коли частка групи в муніципалітеті наближається до 50%.

Виникає питання: чи слід Україні повертатися до практики визначення регіональних мов? З одного боку наявність такого права створює додаткові можливості розвивати власну самобутність та є основою реалізації прав національних меншин. З іншого боку, попередньо визначений рівень (10%) тільки створює додаткові складності та економічно не виправдані витрати.

В праксіологічному аспекті, навіть при визначенні регіональної мови відсоток відраховується від результатів загальнодержавного перепису населення. Перепис населення – періодичне суцільне державне статистичне спостереження, що включає в себе збирання демографічних і соціально-економічних даних, які на встановлену дату характеризують чисельність та склад населення країни, а також оброблення, узагальнення, поширення та використання його результатів (ст. 1 ЗУ

«Про Всеукраїнський перепис населення»). Однак ця сфера має проблеми. Останній перепис населення проводився у 2001 році. За двадцять років підлягає зміні статистична інформація, яку вже не можна вважати репрезентативною, особливо в контексті міграції населення, глобалізаційних трансформацій, низького рівня народжуваності і безумовно військових дій на території України.

Проблема статусу національних меншин має комплексну основу. Окрім неналежного законодавства у сфері етнонаціональної політики, прогалин у сфері мовної політики залишається актуальним питання діяльності органів місцевого самоврядування. Територіальна громада в Україні є первинною ланкою забезпечення прав та законних інтересів мешканців. Процес децентралізації, що проходить в Україні з 2014 року супроводжується труднощами, що ще додатково ускладнює питання захисту представників національних меншин.

Проте слід констатувати відсутність належного законодавства. Про потребу створення комплексного Муніципального кодексу мова ведеться вже доволі давно. Нині чинним є спеціальний нормативний акт «Про місцеве самоврядування в Україні», який тільки опосередковано виконує належне регулювання. Однак і в ньому відсутні згадки про потребу захисту прав національних меншин. Тільки ст. 44, що розкриває унормування делегування повноважень районних і обласних рад відповідним місцевим державним адміністраціям і вказує, що в місцях компактного проживання національних меншин необхідним є розроблення програм їх національно-культурного розвитку. Вважаємо, що муніципальне законодавство потребує удосконалення за прикладом європейських країн та Сербії, законодавство якої розглядали вище. Пропонуємо до ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» до переліку принципів додати словосполучення «захист прав та законних інтересів представників національних меншин».

Висновок. Національні меншини зазвичай характеризуються компактным місцем проживання в межах окремої території. Місцеве самоврядування в механізмі захисту прав національних меншин відіграє суттєву роль, оскільки наділено потенціалом вирішувати справи місцевого значення та є більш приближеним елементом публічної влади до мешканців територіальної громади.

Доведено потребу створення спеціалізованого законодавства у сфері регіональних мов, вказано, що компаративний аналіз цієї проблеми доводить нераціональність встановлення низького відсотку представників національних меншин для визнання мови з регіональним значенням.

Вказано потребу удосконалення муніципального законодавства шляхом встановлення прин-

ципу захисту прав та законних інтересів національних меншин.

Література

1. United Nations Human Rights. Promoting and Protecting Minority Rights, A Guide for Advocates. United Nations Human Rights. 2012.
2. Anđelkovića S. J., Krulj-Mladenović M. Pregledni rad/ Review paper Legal mechanisms for the protection of the rights of national minorities in local self-government in the Republic of Serbia Pravni mehanizmi za zaštitu prava nacionalnih manjina u lokalnoj samoupravi u Republici *БизИнфо (Блаце)*, 2021, волумен 12, број 2, стр. 123-134, 124.
3. Nowak M. UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, Kehl. Engel Publishers. 2005.
4. Про національні меншини в Україні: закон України № 2494-XII від 25.06.1992 Відомості Верховної Ради України. 1992, № 36, ст. 529.
5. Marković R. Ustavno parvo. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje. 2013.
6. Європейська Хартія регіональних мов або мов меншин: Рада Європи від 05.11.1992 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_014#Text
7. Bašić G., Đorđević Lj. Ostvarivanje prava na službeni upotrebu jezika i pisanja nacionalnih manjina u Republici Srbiji. Zaštitnik građana. 2010.

Анотація

Ковний Ю. Є. Захист прав національних меншин на муніципальному рівні: компаративістський аналіз. – Стаття.

У цій статті проведено компаративістського аналізу захисту прав національних меншин на муніципальному рівні.

Вказано, що механізм захисту прав національних меншин включає комплекс нормативно-правового, правореалізаційного забезпечення, діяльності органів публічної влади всіх рівнів. Місцева влада відіграє в цьому механізмі значну роль, тому що концентрація національних меншин відбувається саме на території окремої громади.

Мотивовано, що національні меншини зазвичай характеризуються компактным місцем проживання в межах окремої території. Місцеве самоврядування в механізмі захисту прав національних меншин відіграє суттєву роль, оскільки наділено потенціалом вирішувати справи місцевого значення та є більш приближеним елементом публічної влади до мешканців територіальної громади.

Доведено потребу створення спеціалізованого законодавства у сфері регіональних мов, вказано, що компаративний аналіз цієї проблеми доводить нераціональність встановлення низького відсотку представників національних меншин для визнання мови з регіональним значенням.

Вказано на значні неточності щодо визначення статусу національних меншин в Україні з приводу відсутності реальної статистичної інформації. Дані останнього Всеукраїнського перепису населення для сучасного стану етнонаціональних відносин не є репрезентативними, оскільки відбулася значна зміна інформації, яку вже не можна вважати ключовою, особливо в контексті міграції населення, глобалізаційних трансформацій, низького рівня народжуваності і безумовно військових дій на території України.

Зазначено, що проблема статусу національних меншин має комплексну основу. Окрім неналежного законодавства у сфері етнонаціональної політики, прогалин у сфері мовної політики залишається актуальним питання діяльності органів місцевого самоврядування. Аргументовано потребу удосконалення муніципального законодавства шляхом встановлення принципу захисту прав та законних інтересів національних меншин.

Ключові слова: етнонаціональна політика, регіональна мова, місцеве самоврядування, мовна політика, національні меншини.

Summary

Kovnyi Yu. Ye. Protection of the rights of national minorities at the municipal level: a comparative analysis. – Article.

This article provides a comparative analysis of the protection of the rights of national minorities at the municipal level.

It is indicated that the mechanism of protection of the rights of national minorities includes a complex of normative and legal, law enforcement support, activities of public authorities at all levels. Local authorities play a significant role in this mechanism, because the concentration of national minorities occurs precisely on the territory of a separate community.

It is motivated that national minorities are usually characterized by a compact place of residence within a separate territory. Local self-government plays a significant role in the mechanism of protection of the

rights of national minorities, as it has the potential to resolve matters of local importance and is an element of public power closer to the residents of the territorial community.

The need to create specialized legislation in the field of regional languages is proven, it is indicated that a comparative analysis of this problem proves the irrationality of establishing a low percentage of representatives of national minorities to recognize a language with regional significance.

Significant inaccuracies in determining the status of national minorities in Ukraine due to the lack of real statistical information are indicated. The data of the latest All-Ukrainian population census are not representative of the current state of ethno-national relations, since there has been a significant change in information that can no longer be considered key, especially in the context of population migration, globalization transformations, low birth rates and definitely military actions on the territory of Ukraine.

It is noted that the problem of the status of national minorities has a complex basis. In addition to inadequate legislation in the field of ethno-national policy, the gap in the field of language policy remains a relevant issue of the activities of local self-government bodies. The need to improve municipal legislation by establishing the principle of protecting the rights and legitimate interests of national minorities is argued.

Key words: ethno-national policy, regional language, local self-government, language policy, national minorities.

УДК 340.115

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.4>**А. М. Кучук***orcid.org/0000-0002-5918-2035**доктор юридичних наук, професор,**професор кафедри права та методики викладання правознавства
Сумського державного педагогічного університету імені А.С.Макаренка***В. М. Пекарчук***orcid.org/0000-0002-7750-1474**доктор історичних наук, професор,**професор кафедри теорії та історії держави і права
Академії Державної пенітенціарної служби України*

ВПЛИВ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА НАЦІОНАЛЬНЕ ПРАВО: ПРОПЕДЕВТИЧНИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми та її актуальність. Тривалий час перебування Української держави в складі Радянського Союзу призвели до того, що і нині у юриспруденції подекуди превалює юридичний нормативізм. Наслідком чого є, зокрема, і не визнання того, що окрім нормативно-правового акту в Україні застосовуються й інші форми права, зокрема, судовий прецедент. При цьому зазвичай вказується на віднесення вітчизняної системи права до континентального типу системи права (хоча однією з властивостей цього типу є превалювання однієї з форм права, а не заборона використання інших).

Наведене визначає багато у чому і сприйняття практики Європейського суду з прав людини. Не дивлячись на законодавче визнання цієї практики джерелом національного права, і до сьогодні в правовому дискурсі зустрічаються публікації про закон як єдине джерело права в Україні.

У цьому ж контексті слід вказати і на законодавче закріплення принципу верховенства права у багатьох нормативно-правових актах, що регулюють діяльність органів публічної влади загалом і органів правопорядку, зокрема. Ми наголошуємо на цьому, оскільки таке закріплення здійснюється через бланкетну норму, яка зобов'язує відповідних суб'єктів аналізувати і застосовувати практику Європейського суду з прав людини.

Відзначимо, що діяльність означеної інституції Ради Європи має значний вплив на національну правову систему, що обумовлено значною мірою необхідністю виконання Україною вимог Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

У вказаному аспекті не можемо також не згадати і подання як Україною безпосередньо, так і фізичними і юридичними особами, які зазнали порушення прав через воєнні дії Росії, заяв проти Російської Федерації до Європейського суду з прав людини. Що є додатковим фактором значимості діяльності означеної інституції Ради Європи для

забезпечення людських прав та основоположних свобод в Україні, для удосконалення національної системи права.

Наведене й визначає актуальність обраної тематики та вказує на доцільність її розробки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Варто вказати, що тематика практики Європейського суду з прав людини та її впливу на національну систему права є предметом уваги вітчизняних вчених.

Серед тих науковців, предметом дослідження яких стала вказані аспекти діяльності Європейського суду з прав людини, слід відзначити І. Грицай, Д. Гудиму, М. Гультая, В. Завгороднього, Ю. Завгородню, М. Козюбру, М. Корнієнка, В. Костицького, М. Костицького, О. Мінченко, О. Орлову П. Рабіновича, М. Савенко, А. Чубенко та ін.

Окремо слід згадати монографічне дослідження В. Завгороднього, у якому серед іншого автором наводиться дефініція впливу практики цього Суду на правничу діяльність в Українській державі, а також вказуються напрями впливу, якими, на думку науковця є:

- інформаційно-психологічний вплив,
- регулятивний вплив,
- охоронний вплив,
- соціально-правовий вплив [1, с. 469].

У цьому контексті не можемо не навести слова А. Чубенко (за результатами пізнання впливу практики Європейського суду з прав людини на діяльність органу конституційної юстиції) про те, що «на наших очах формуються правові реалії глобалізованого світу, які все виразніше демонструють затвердження нового підходу до співвідношення міжнародного, національного та наднаціонального права в галузі захисту прав людини [2, с. 1011].

Наведені слова повною мірою характеризують взаємодію національного та міжнародного права (у контексті практики Європейського суду з прав

людини) та визначають необхідність постійного приділення уваги науковців окресленій тематиці, що є чинником посилення актуальності обраної проблематики.

Метою цієї статті є висвітлення загальних аспектів впливу практики Європейського суду з прав людини на національне право.

Виклад основного матеріалу. У черговий раз слід згадати приписи чинного законодавства, які визначають практику Європейського суду з прав людини як джерело національного права. Це безпосередньо встановлено ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», відповідно до якої національні суди мають застосовувати у своїй діяльності Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод і практику страсбурзького суду [3].

Україна приєдналась до вказаної Конвенції у 1997 році, взявши на себе зобов'язання реалізовувати її положення, імплементувати закріплені у ній вимоги у національне законодавство. Наголосимо, що Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу, вдається до аналізу правового регулювання питання, що вирішується, у різних державах-членах Ради Європи, намагаючись з'ясувати наявність чи відсутність консенсусу з відповідної проблематики, що, у свою чергу, виступає фактором гармонізації законодавства у межах держав Ради Європи.

Додатковим фактором, що посилює означену тенденцію гармонізації законодавства є прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини. Не вдаючись у дискусію щодо то як правильно визначати цю практику (як прецедент; як таку, що має властивості прецеденту; окремі рішення якої мають силу прецеденту та ін.), вкажемо, що на думку Д. Кухнюк (з якою ми цілком погоджуємось) за своєю природою практика означеного Суду є прецедентом, що має нормативне значення як для самого Суду, так і для органів судової влади в Україні [4, с. 11]. Не можемо також не згадати і наукову позицію Т. Стоянової, відповідно до якої досліджувана практика є особливим різновидом судового прецеденту, при цьому рішення цього Суду є обов'язковими не тільки для держави відносно якої прийнято рішення, але й усіх держав-учасниць Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [5, с. 57].

Зауважимо, що рішення означеної судової інституції Ради Європи передбачають вжиття державою не тільки індивідуальних заходів (зокрема, виплату справедливої сатисфакції), але і заходів загального характеру (що саме і відповідає предмету нашого дослідження; окрім уже означеної прецедентної складової рішення). Саме ця властивість практики Європейського суду з прав людини

і обумовлює значну її роль у здійсненні впливу на національну систему права.

Продемонструємо вплив Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і практики Суду на вітчизняне право наступними прикладами.

По-перше, згадаємо еволюцію самої Конвенції у контексті ставлення до смертної кари. Прийнята у 1950 році Конвенція передбачала можливість застосування як кримінального покарання смертної кари [6].

Винятковість застосування смертної кари встановлювалась протоколом № 6 до Конвенції, що був прийнятий у 1983 р. Натомість протокол № 13 до Конвенції (що прийнятий у 2002 році) містив заборону застосування смертної кари, не передбачаючи ніяких відступів від цієї заборони [6].

Членство України у Раді Європи та, відповідно, необхідність виконання приписів Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод були додатковим фактором накладення мораторію на застосування такого кримінального покарання як смертна кара, визнання цього покарання таким, що суперечить приписам Конституції України та не передбаченні такого покарання при прийнятті Кримінального кодексу України в 2001 році та його заміні на довічне позбавлення волі.

І уже в цьому аспекті не можемо не згадати рішення Європейського суду з прав людини у справі Вінтер та інші проти Сполученого Королівства, з прийняттям якого пов'язують «появу нового права» – права на надію [7], що суттєво впливає на сприйняття змісту довічного позбавлення волі. Право на надію обумовлює необхідність перегляду вироку в частині покарання та можливість звільнення особи у разі її виправлення. Доречно наголосити, що низка звернень до Європейського суду з прав людини від осіб, що перебували під юрисдикцією України, стосувалась саме недотримання Україною подібних вимог (в чому проявився прецедентний характер рішення Вінтер та інші проти Сполученого Королівства).

Додамо, що ціла низка рішень цього Суду Ради Європи у справах проти різних держав, стосувалась криміналізації чи декриміналізації діянь, притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, які на момент їх вчинення не були кримінально караними та ін.

Відповідно можна стверджувати про суттєвий вплив Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини на кримінальне право, зокрема, через його гуманізацію, зобов'язання зважати на права людини криміналізуючи відповідні діяння або, навпаки, не передбачаючи відповідальність за ті діяння, які повинні бути закріплені у кримінальному законодавстві.

По-друге, вкажемо на імплементацію вимог верховенства права у діяльність органів публічної влади. Верховенство права є цінністю західної правової традиції. Розглядаючи заяви осіб, Європейський суд з прав людини послідовно дотримується вимоги про необхідність дотримання державними органами під час обмеження людських прав положень верховенства права.

У цьому контексті варто вкотре згадати справу Волохи проти України, у якій серед іншого заявники скаржились на порушення їх конвенційних прав органами досудового розслідування, які провели таку слідчу дію як виїмку поштової кореспонденції, керуючись вимогами кримінально-процесуального законодавства, отримавши відповідний дозвіл суду на проведення. Однак, аналізуючи обставини справи та національне законодавство, Європейський суд з прав людини вказав, що обмеження права заявників за ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод не було здійснено «відповідно до закону», оскільки цю терміносполуку слід інтерпретувати не формально, як таку, що просто відсилає до окремого нормативно-правового акту та передбачає його наявність, а, в першу чергу, передбачає відповідність такого нормативного припису вимогам юридичної визначеності (що є складовим елементом верховенства права) [8].

Виконання Україною означеного рішення обумовило необхідність зміни кримінально-процесуального законодавства з метою запобігання подібних звернень до Суду.

Важливим у контексті нашого дослідження (і для розбудови вітчизняної системи права на засадах верховенства права та гуманізму) це рішення є й важливим у контексті розуміння співвідношення верховенства права та закону, у існуванні вимог до закону (і якщо закон не відповідає цим вимогам, він не набуває характеру права, не може застосовуватись до регулювання суспільних відносин).

Саме у межах цього аспекту впливу діяльності Європейського суду з прав людини на національне право у Конституцію України і національні закони було внесено низку змін, пов'язаних із закріпленням верховенства права як принципу діяльності органів правопорядку та інших органів публічної влади, а також формалізацією припису про необхідність сприйняття змісту цього принципу саме через його інтерпретацію Європейським судом з прав людини. Що, урахувавши застосування Судом принципу тлумачення норм Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод *mutatis mutandis*, обумовлює необхідність постійного вивчення практики цього Суду.

По-третє, це вплив на розуміння самого права та вторинності закону у порівнянні з правом. Частково цей аспект був висвітлений нами вище,

оскільки у справі Волохи проти України означений і цей аспект. На цьому контексті рішення ми наголошували раніше, зазначаючи, що «не будь-який закон (як нормативно-правовий акт, який має вищу юридичну силу) має імплемуватися (згадаємо закони нацистської Німеччини, за діяльність з реалізації яких понесли юридичну відповідальність лідери націонал-соціалістичної держави), а лише той, який відповідає принципу верховенства права» [9, с. 125–126].

У цьому ж аспекті слід згадати також рішення Наталія Михайленко проти України [10], у якій заявниця оскаржувала дії національної влади щодо недопущення її до судочинства. Йдеться про неприйняття її заяви про визнання її дієздатною. Цивільне законодавство не допускає подачі заяви людиною, що визнана обмежено дієздатною чи недієздатною. Відтак, національні суди діяли «відповідно до закону», однак це цивільне законодавство є таким, що порушує людські права, не встановлюючи, зокрема, періодичність перегляду таких рішень (у цьому контексті проведемо певні паралелі з уже згаданим вище рішенням у справі Вінтер та інші проти Сполученого Королівства).

У цій справі Європейський суд з прав людини відзначив, що такий підхід українського законодавства, за якого недієздатна особа не має права на безпосередній доступ до суду, не відповідає загальній тенденції, що існує в європейських державах [10] і, в кінцевому результаті визнав порушення Україною ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, фактично обумовлюючи необхідність для органів державної влади України внести відповідні зміни до цивільного законодавства.

Не можемо оминати увагою і справу «Корецький та інші проти України», у якій розглядалось питання відмови у реєстрації об'єднання громадян через невідповідність статутних документів вимогам закону. Київське міське управління юстиції свою відмову пояснювало приписами закону. Аналізуючи обставини справи, Європейський суд з прав людини вказав наступне: «Суд вважає, що положення Закону України «Про об'єднання громадян», які регулюють реєстрацію об'єднань громадян, є занадто розмитими, щоб бути достатньо «передбачуваними» для зацікавлених осіб, та надають державним органам занадто широкі межі розсуду у вирішенні питання, чи може певне об'єднання бути зареєстрованим. За такої ситуації доступна заявникам процедура судового перегляду не могла стати на заваді свавільній відмові у реєстрації» [11].

Висновки. Таким чином, участь України у Раді Європи, взяття на себе зобов'язань з дотримання вимог Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та виконання рішень Європейського суду з прав людини є факторами змін

національного права у контексті імплементації загальноєвропейських норм і концептів. Практика Європейського суду з прав людини відіграє важливу роль у зміні національної системи права як у частині розуміння самого права, так і через зміни ролі людських прав, які стають межами діяльності органів публічної влади, надаючи особі можливість діяти вільно.

Література

1. Завгородній В. А. Вплив практики Європейського суду з прав людини на юридичну діяльність в Україні: теоретичний, методологічний і прикладний аспекти: монограф. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2020. 536 с.
2. Чубенко А. А. Вплив практики Європейського суду з прав людини на конституційне судочинство в Україні. Правова доктрина – основа формування правової системи держави. 2013. С. 1009–1011.
3. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України від 23 лютого 2006 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.
4. Кухнюк Д. В. Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ. 2008.
5. Стоянова Т. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 6. С. 55–58.
6. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. *Урядовий кур'єр*. 2010. № 215.
7. Case of Vinter and others v. the United Kingdom, Application nos 66069/09, 130/10, 3896/10. 9 July 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664>
8. Case of Volokhy v. Ukraine, Application nos 23543/02. 2 November 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77837>
9. Кучук А. М. Основи теорії правового поліценризму: монограф. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; ЛІРА ЛТД, 2017. 312 с.
10. Case of Nataliya Mikhaylenko v. Ukraine. Application no 49069/11. 30 May 2013. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119975>
11. Case of Koretskyu and Others v. Ukraine. Application no 40269/02. 3 April 2008. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85679>

Анотація

Кучук А. М., Пекарчук В. М. Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне право: пропедевтичний аспект. – Стаття.

Стаття присвячена з'ясуванню загальних аспектів впливу практики Європейського суду з прав людини на національну систему права. Вказуються, що не дивлячись на законодавче визнання цієї практики джерелом національного права, і до сьогодні в правовому дискурсі зустрічаються публікації про закон як єдине джерело права в Україні. Наголошується, що актуальність теми посилюється ефективністю діяльності Європейського суду з прав людини.

Відзначається, що Україна приєдналась до вказаної Конвенції у 1997 році, взявши на себе зобов'язання реалізовувати її положення, імплементувати закріплені у ній вимоги у національне законодавство.

Наголошується, що розглядаючи справу, Європейський суд з прав людини вдається до аналізу правового регулювання питання, що вирішується, у різних державах-членах Ради Європи, намагаючись з'ясувати наявність чи відсутність консенсусу з відповідної проблематики. Що, у свою чергу, виступає фактором гармонізації законодавства у межах держав Ради Європи. Додатковим фактором, що посилює означену тенденцію гармонізації законодавства є прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини.

Зазначається, що рішення Європейського суду з прав людини передбачають вжиття державою не тільки індивідуальних заходів (зокрема, виплату справедливої сатисфакції), але і заходів загального характеру.

Аналізується три напрями впливу практики Європейського суду з прав людини на національне право. При цьому вказується на окремі рішення Суду у справах проти України. Наголошується на впливі практики Суду як на окремі галузі права – кримінальне, кримінально-процесуальне, цивільне – так і на право загалом.

Резюмується, що участь України у Раді Європи, взяття на себе зобов'язань з дотримання вимог Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та виконання рішень Європейського суду з прав людини є факторами змін національного права у контексті імплементації загальноєвропейських норм і концептів. Практика Європейського суду з прав людини відіграє важливу роль у зміні національної системи права як у частині розуміння самого права, так і через зміни ролі людських прав, які стають межами діяльності органів публічної влади, надаючи особі можливість діяти вільно

Ключові слова: верховенство права, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, національне право, Рада Європи.

Summary

Kuchuk A. M., Pekarchuk V. M. European Court of Human Rights practice's influence on national law: propaedeutic aspect. – Article.

The article is devoted to elucidating the general aspects of the European Court of Human Rights practice's influence on the national legal system. It is indicated that despite the legislative recognition of this practice as a source of national law, publications about the law as the only source of law in Ukraine are still found in the legal discourse. It is emphasized that the topicality of the topic is enhanced by the European Court of Human Rights activity's efficiency.

It is noted that Ukraine joined the specified Convention in 1997, taking upon itself the obligation to implement its provisions, and to implement the requirements fixed in it into national legislation. It is emphasized that when considering the case, the European Court of Human Rights resorts to an analysis of the legal regulation of the issue being resolved in various member states of the Council of Europe, trying to find out the presence or absence of consensus on the relevant issues. Which, in turn, acts as a factor in the harmonization of legislation within the Council of Europe member states. An additional factor strengthening the stated trend of harmonization of legislation is the precedent nature of the European Court of Human Rights decisions.

It is noted that the European Court of Human Rights decisions provide for the state to take not only individual measures (in particular, the payment of just satisfaction), but also measures of a general nature.

Three areas of the European Court of Human Rights practice influence on national law are analyzed. Herewith, individual decisions of the Court in cases against Ukraine are indicated. Emphasis is placed on the influence of the Court's practice both on certain branches of law – criminal, criminal and procedural, civil and on law in general.

It is summarized that Ukraine's participation in the Council of Europe, taking on obligations to comply with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms requirements and the implementation of the European Court of

Human Rights decisions are factors of changes in national law in the context of the European norms' and concepts' implementation. The practice of the European Court of Human Rights plays a crucial role in changing the national legal system, both in terms of the understanding of law itself, and through changes in the role of human rights, which become the limits of the public authorities activities, giving the individual the opportunity to act freely.

Key words: rule of law, European Court of Human Rights, Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, national law, Council of Europe.

УДК 342.365:342.156:342.511.1
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.5>

В. М. Мельник

orcid.org/0000-0001-5640-0351

кандидат політичних наук, юрист, член Американського товариства юридичної історії,
головний редактор

Наукового журналу «Аннали юридичної історії»,
асистент кафедри політології філософського факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
викладач кафедри філософії та суспільних наук
Вінницького національного медичного університету імені М. І. Пирогова

ПРАВОВА СУБ'ЄКТНІСТЬ РАНЬОСЕРЕДНЬОВІЧНОЇ ТЮРИНГІЇ: КОРОЛІВСЬКА ВЛАДА І РИМСЬКИЙ ФЕДЕРАТИВНИЙ РЕЖИМ

Землі «Вільної Держави Тюрингія» («*Freistaat Thüringen*»), з центром у м. Ерфурт, завжди характеризувалися широким масштабом міжкультурної історичної комунікації [1; 2]. Політико-правове підґрунтя сучасного утворення слід шукати не стільки в процесах поглинання Німецької Демократичної Республіки новочасною ФРН, скільки в розвиненій конституційній системі Німецького Райху 1871–1918 рр. [1, s. 73–80]. Разом із тим, історична Тюрингія, як і Саксонія, є однією з найстаріших ранньосередньовічних *політій* Німеччини.

Як відомо, назва «Тюрингія» походить від етноніма *Thoringi*.

Протягом II–III ст. н. е. етнонімом «*торінги*» себе іменували майбутні вестготи [3, с. 49], котрі в 150–240 рр. здійснили грандіозний міграційний перехід (зі Скандинавії та Південної Балтики до Північного Причорномор'я) [4, с. 141, 145–146]. «По дорозі» торінги (вестготи) й гревтунги (остготи) залишили плем'я «*Gepedes*» (гепідів) – гепіди заснували власне «*regnit*» («королівство») на теренах регіону *Позен* (сучасна т. зв. «Великопольща») [5, s. 111–115], попередньо винищивши тамтешніх бургундів. Припускаємо: частина торінгів, перебуваючи в контакті з гепідами, опанувала власну частку «*бурштинового шляху*» (лінія Балтика–Середземномор'я [5, s. 74–102]), внаслідок чого античні «*Thoringi*» спершу стали племенем «*T(h)ueringi*» та, врешті-решт, середньовічними «*тюрингами*» («*Thuringi*») [1, s. 16–17].

«*Regnum Thuringia*» опанувало верхів'я Ельби (Лаби), де взялося адмініструвати поставки бурштину – з Балтії до передових форпостів *limes* (римської прикордонної системи вздовж Рейну і Дунаю) [1; 2; 5]. В розвитку транзитної торгівлі тюрингам допомагали войовничі алемани й гепіди (принципові вороги бургундів) [5, s. 110].

Де-факто, тюринги перманентно контактували з римлянами [1, s. 15]. Разом із гепідами, тюринги прокладали порівняно безпечні шляхи на південь Балтійського моря римським купцям.

Де-юре, *Thuringi* ввійшли до переліку федератів *Imperium Romanum* після I Вселенського Нікейського Церковного Собору 325 р., ініційованого та очолюваного імператором Константином Святим (306–337) [6]. Вже в 332 р. імператор надав готам Дакії і Причорномор'я *lex foedus*, маючи на меті союзницьке підпорядкування готських дружин генеральному римському командуванню [3, с. 50; 7, s. 21]. Тоді ж, протягом 330-х рр., єпископська місія аріанина Вульфїлі (*Ulfilas*) займалася євангелізацією *Готії* (латиною – *Gothia*, давньогрецькою – *Γοθία*) та асоційованих із готами племен [3, с. 50]. Так, завдяки готам, аріанство розповсюдилося Гепідією та Тюрингією [8, с. 60–61]. Особливо багато для аріанізації германських федератів зробив прихильний аріанській ересі імператор Констанцій (337–361) [контекст: 9, с. 41, 61].

У 350-х рр. дружини тюрингів проходили службу в якості федератів полководця і майбутнього імператора Юліана Відступника (361–363) [6]. Дещо пізніше саме *Ельбська Тюрингія* прийняла складнощі Великого переселення народів [1, s. 15–16]. Коли в 375–376 рр. гуни зайняли сучасну Південну Україну [4, с. 156–158], то не лише розгромили Готію [10, с. 26], витіснивши основні племена *тервінгів* (*westgotiv*) до східноримської Фракії (південніше Дунаю) [9, с. 311], але й рушили через Дакію в степи Паннонії [11, с. 21]. Римляни не одразу налагодили належні дипломатичні контакти з гунськими вождями, котрі виявилися потужною об'єднавчою силою для раніше розрізнених племінних конгломератів – угрів, слов'ян, остготів, герулів, гепідів тощо [12, с. 65]. Ось чому східноримські провінції Балкан (Мезія, Фракія) першими зазнали нищівних атак нових войовничих сусідів [9, с. 46].

Германські племена, що контролювали бурштиновий торговельний шлях, вирішили скористатися досвідом утечі *тервінгів* (*westgotiv*) через Дунай і атакували західноримський *limes* (уздовж р. Рейн) [3, с. 69]. 31 грудня 406 р. бургунди,

алани, вандалы (асдинги й силінги), частково прирейнські франки – форсували Рейн і почали рух Галлією [12]. Попереднє скупчення різних германських народів між Ельбою та Рейном викликало багато конфліктів, що пізніше, століття потому, переросли в цілі династичні війни та масштабні кровні помсти [11, с. 17-26] (для прикладу, йдеться про взаємну боротьбу між саксами, франками і тюрингами [2; 7; 13]).

Відтак, *Regnum Thuringia* одним з перших прийняло маси германських племен Центрально-Східної Європи, наляканих гунським вторгненням [1, с. 17]. Організація гунської ставки в Західній Паннонії і подальші гунські домовленості про федератський режим із Західною Римською імперією (439 р.) [3, с. 44] юридично узадали тюрингів від гунів [контекст юридичної залежності: 14; 15].

Вочевидь, протягом 430-х рр., тюринги взяли участь в санкціонованому західноримським імператором Валентиніаном III (425-455) поході гунів на *Рейнське королівство бургундів* [12, с. 35-36]. Оскільки *burgundioni*, офіційно наділені Римом федератським статусом, перешкоджали роботі імперської адміністрації, активно долучалися до внутрішньополітичних інтриг, Західна частина Римської імперії домовилася з гунською ордою про погром бургундського *regnum* (ці події оспівані середньовічною «*Das Nibelungenlied*», «*Пісню про нібелунгів*» [12, с. 36]). Урешті-решт, франки й алемани поділили прирейнські землі, а їхні ситуативні союзники тюринги опанували широкий простір між Ельбою та баварською течією Дунаю.

Впевнені: *Regnum тюрингів* вийшло на політичну мапу Європи виключно завдяки гунському розгрому Рейнської Бургундії 430-х рр. До речі, протягом 439–451 рр. *Гунська конфедерація племен* теж володіла статусом римських федератів [3, с. 44; 12, с. 63], додатково роблячи тюрингів-тюрингів, герулів, ругів, гепідів, остготів носіями імперського *lex foedus*.

15 червня 451 р., за свідченнями Сідонія Аполінарія [12], тюринги-тюринги, вкупі зі союзними дружинами гунів, сарматів, остготів, гепідів, ругів, скірів, герулів, аланів, виступили проти західних римлян і федератів-вестготів Валентиніана III у знаменитій битві на Каталаунських полях (німецька історіографічна назва звучить більш демонстративно: *Völkerschlacht auf den katalaunischen Gefilden*) [1, с. 17]. Втім, подальші східноримські (візантійські) перемоги звели нанівець гунські старання 451–452 рр. У 453 р., після погрому бургундів, вчиненого спільно з тюрингами й гепідами, гунський каган Аттіла (434–453) загинув [12, с. 78], тоді як усобиця його синів дозволила колишнім найближчим гунським підлеглим племенам (тим самим гепідам, остготам і тюрин-

гам) розгромити залишки Гунської конфедерації в битві на р. Недао (притока Сави) [4, с. 168]. Відбулося це 454-го. Вже наступного, 455-го року, переможний східноримський імператор Маркіан (450-457) «дарував» гепідам *lex foedus* на Дакію, а остготам *lex foedus* на Паннонію. Залишки гунів (*Hunni*) повернулися до Північного Причорномор'я, де організували протоболгарські орди *кутригурів* (Нижнє Подніпров'я) та *утригурів* (Приазов'я, Подоння, Кубань) [4, с. 169-173].

Падіння Гунської конфедерації 454-455 рр. надало тюрингам більше політичної самостійності, аніж вони мали за готсько-гепідських чи пізніших гунських часів [1, с. 16-17]. На це вказує перша документальна згадка окремого короля – рекса Бізинуса (*Bisinus*) [16, Greg. Tour., II.12]. Хоча Бізинус відомий Григорію Турському лише приблизно з 459 р., але, завдяки дружбі з франкським королем Хільдеріком Меровінгом (батьком Хлодвіга), хроніст ясно вказує: на момент 459 р. Бізинус уже мав королівський статус [16, Greg. Tour., II.12]. Скоріше за все, Бізинус отримав відповідні регалії ще після битви на р. Недао, розгромної для гунів, де вирішилася доля Паннонії та Дакії [4, с. 168]. З огляду на логіку взаємовідносин східноримського імператора Маркіана з федератами-остготами й федератами-гепідами, маємо *гіпотетичні підстави* вважати, що бл. 455-456 рр. тюринги аналогічно отримали *lex foedus* на «Германію» («*Germania*»).

Франкський король Хільдерік Меровінг (457-481) скористався гостинністю Бізинуса I. Допоки серед салічних франків тривала усобиця, він певний час жив у Тюрингії [16, Greg. Tour., II.12]. Однак, прихисток Бізинуса Хільдеріку завершився драматично: назад, до Франкії, Хільдерік забрав із собою жінку Бізинуса – королеву тюрингів на ім'я Базина [16, Greg. Tour., II.12]. Від другого шлюбу Базини з Хільдеріком народився Хлодвіг I (481-511), який 486-го року завоював Галло-романський домен (Париж і Суассон), а в 507 р. окупував вестготську Аквітанію [3, с. 94-95]. Отож, поведінка Хільдеріка, його набіги на тюринзькі володіння, зробили франків і тюрингів кровними ворогами. (Хоча, слід визнати, саме ця поведінка фактично заснувала Династію Меровінгів та майбутню політику франків [17]).

Бізинус I правив *Regnum Thuringia* бл. 454-487 рр., послуговуючись, вочевидь, титулом вождя західноримських федератів. У 487-507 рр. королем обрався Бізинус II, одружений на Менії (представниці найзаможнішого лангобардського роду). В тому королівському шлюбі народилися знамітні ранньосередньовічні воїни – Герменефред, Бертахар, Бадеріх. Окремо слід відзначити доньку Бізинуса й Менії Ранікунду – лангобардську королеву в 510-512 рр. [18, Pauli Diac. Hist. Langob. I, 21].

Бізинус II зумів вберегти *Королівство тюрингів* від зазіхань кровного ворога Хлодвіга I завдяки авторитету остготського короля Теодоріха I Великого з роду Амалів – *рекса* остготів з 473 р., римського *патриція* і *консула* з 484 р., *магістра мілітум* для Італії та всього Заходу (493-526 рр.) [13].

Де-юре, Теодоріх Великий виступав *намісником* Східної Римської імперії (Візантії) в колишніх західноримських провінціях, крок за кроком підпорядковуючи особистій владі «*королівства*» вестготів, бургундів, вандало-аланів, алеманів, баварів, скірів, герулів, ругів, гепідів, лангобардів, саксів [11, с. 104-110]. У 507-511 рр. Теодоріх Великий утвердив свою політичну владу вдалим військовими діями, зупинив експансію Хлодвіга I в Південній Галлії [3, с. 96]. *Королівство тюрингів*, як і споріднені політії *гепідів* або *лангобардів*, офіційно *визнало* намісницьку владу Теодоріха Великого [11, с. 17; 19], автоматично підкорившись імператору Східної Римської імперії (Візантії).

Римський сенатор Флавій Кассіодор (Cassiodorus Senator, роки життя: 487-587) повідомляє про смерть Бізинуса II окремим рескриптом (від імені остготського рекса-намісника) [19]. Письмовим розпорядженням, у 507 р. Теодоріх Великий *визнав* королем тюрингів старшого сина Бізинуса II від лангобардки Менії – Герменефреда.

Факти дипломатичної переписки між Теодоріхом Великим і Герменефредом датуються часовим проміжком 507-511 рр. З юридичної точки зору вони яскраво свідчать: *rex Thuringiae* не володів достатньою *суб'єктністю*, аби вести перемовини з равеннським двором Теодоріха на одному дипломатичному рівні. Фактологія та риторика зазначеної переписки стверджують *зверхність* Теодоріха над Герменефредом і, навпаки, *підлеглість* Герменефреда Теодоріху. Це не лише зайвий раз підтверджує «особливий» набір «намісницьких» повноважень Теодоріха Великого Амала в якості східноримського (візантійського) *magister militum per Italia*, але й наголошує на традиційності такої практики *федератського* підкорення тюрингів Риму [20, Просор. BG., I.12].

Утім, веління Теодоріха Великого закономірно зустрічали опір серед інших «претендентів» на трон. Родинні чвари змусили Герменефреда, Бертахара і Бадеріха однаково коронуватися правителями Тюрингії та, врешті-решт, укласти *угоду* про поділ батьківських володінь [16, Greg. Tour., III.4]. Найбільш активну зовнішню політику одразу повів Герменефред – одружився на племінниці Теодоріха Великого Амалаберзі [13, с. 147]. Надалі Герменефред правив із Амалабергою спільно [1, с. 18]. Головні рішення вони приймали разом.

Ключовим напрямком *союзу Герменефред-Амалаберга* виявився опір наростаючим зазіхан-

ням франкської династії Меровінгів [1, с. 18-19]. За свідченнями Григорія Турського, Амалаберга запевнила Герменефреда: Тюрингія зможе набути політичної ваги тільки в об'єднаному форматі [16, Greg. Tour., III.4]. Тобто Герменефред й Амалаберга прагнули повернути територіальний *status quo* моменту смерті рекса Базинуса II (507 р.). Реалізуючи пораду жінки, 525-го Герменефред ліквідував брата Бертахара, а в 529 р. розгромив і вбив брата Бадеріха. Останнє Герменефреду дозволив здійснити ситуативний військовий союз із франкським королем Теодоріхом I Австразійським (511-534) [16, Greg. Tour., III.4].

Загальновідомо: ще рекс-намісник Теодоріх Великий Амал у 493-526 рр. розглядав терени *Magna Germania* (Лангобардію, Баварію, Тюрингію та Саксонію) як буферну зону східної експансії франків [11, с. 82, 97-110].

Стримувати франкський *Drang nach Osten* [10, с. 27], розпочатий невдалою спробою Хлодвіга I окупувати Ліонське королівство бургундів у 500 р. [3, с. 95], входило також в плани вищого військово-політичного керівництва Візантії [17]. Східна Римська імперія прагнула укріпити дунайські рубежі, зберігши контроль над федератами – остготами Паннонії і гепідами Дакії. Династична політика та військові акції італійських остготів Теодоріха Великого так само дозволяли сподіватися на укріплення візантійського впливу в межах *Magna Germania* [13]. Зростання франкської династії Меровінгів за рахунок бургундів, баварців чи тюрингів могло привести до зміни геополітичної ситуації – необхідності офіційному Константинополю домовлятися з кількома великими центрами прийняття рішень. Тим паче, що в 507 р. східноримський імператор Анастасій I (491-518) самостійно надав Хлодвігу I статус консула-суффекта на церемонії в м. Тур [3, с. 289]. Тобто Хлодвіг і його спадкоємці-Меровінги вважали себе династією, титулярно рівнозначною остготським Амалам, а, відтак, правомочною контролювати простори аріанської *Magna Germania* [16, Greg. Tour., II.38].

Отже, Константинополь не хотів підтримувати в Західній Європі одночасно два центри політичної сили – Остготію та Франкію. В роки остготських намісництв Теодоріха Великого (493-526), Аталаріха (526-534), Амаласунти (534-535), Східна Римська імперія всіляко сприяла зміцненню влади равеннського двору над Паннонією, Нориком, Рецією, Італією, Сицилією, Сардинією, Корсикою, Південною Галлією, Піренеями. Це відбувалося, незважаючи на аріанський характер християнського віросповідання остготів і підлеглих їм «*королівств*» *Magna Germania* (для прикладу, тюрингів, лангобардів чи гепідів; сакси залишалися язичниками). При цьому, Франкія Меровінгів, зусиллями Хлодвіга I, охрестилася

саме ортодоксальним обрядом (не єретично-аріанським), що надавало франкам додаткових стимулів і навіть законних прав перейняти намісницькі функції остготської династії Амалів над «провінціями Заходу».

Ситуація складалася парадоксально: ортодоксально-християнський Константинополь блокувався з аріанськими федератами-германцями для протидії політичному поступу ортодоксів-франків. На те існували свої геополітичні причини, серед яких – небажання Константинополя передавати франкам, об'єднаним Хлодвігом, портові центри галльського середземноморського узбережжя.

Тюрингія була лише маленьким елементом геополітичної стратегії Візантії та остготів [1, s. 17]. Так, король Герменефред і королева Амалаберга прагнули водночас ослабити брата-сепаратиста Бертахара та франкські австразійські дружини (візантійський інтерес тут безумовно присутній). Ось чому, в 529 р., ворог Меровінгів Герменефред таки уклав угоду з Франкією. Відповідно її положень, Королівство тюрингів ділилося навпіл – половина діставалася Герменефреду, половина франкам Теодоріха I Австразійського [16, Greg. Tour., III.4]. Подальша війна завершилася успішно для ситуативних союзників, але, коли змучені війною франкські дружини повернулися додому, рекс Герменефред публічно відмовився виконувати домовленості [16, Greg. Tour., III.4].

У 531 р. армії франкських королів Теодоріха I Австразійського та Хлотаря I вторглися до Тюрингії для «покарання» Герменефреда за «клятвопорушення» [16, Greg. Tour., III.7]. Битва на річці Унструт знищила більшу частину тюринзьких військ. Переможені заховалися в фортеці сучасного Бургшайдунгена (нинішня Саксонія-Анхальт) [1, s. 18].

Розгром франками військ Герменефреда на р. Унструт і полон доньки Бертахара Радегунди означали політичний кінець *Regnum Thuringia* [1; 2]. Повний крах призупинила тільки традиційна в династії Меровінгів усобиця – конфлікт Теодоріха Австразійського з Хлотарем [16, Greg. Tour., III.7]. Запідозривши брата в недобрих намірах, Хлотар припинив облогу Бургшайдунгена та повернувся до Галлії.

Крок Хлотаря змусив Теодоріха почати переговори з вождями саксонських племен [1, s. 18]. Сакси, давні та непримиренні вороги франків, колишні друзі східноримського намісника Теодоріха Великого Амала, спокусилися обіцянкою франків поступитися половиною Тюрингії (як свого часу Теодоріх Австразійський спокусився оманливими пропозиціями Герменефреда).

Однак, не довіряючи саксонським рексам, Теодоріх Австразійський паралельно вів таємні сепаратні переговори з обложеним Герменефре-

дом [16, Greg. Tour., III.7 et 8]. Зрештою, останній погодився визнати зверхність Франкії, залишивши за собою королівський титул тюринзького володаря і розпочавши війну проти саксів. (Мабуть, франки усвідомили військову міць саксів та розцінили їх більш потужними супротивниками, аніж тюрингів, ослаблених кількарічними братовбивчими війнами). Якщо франки дійсно остерігалися саксів як розумних та організованих воїнів, то вони точно не помилилися. 1 жовтня 531 р. сакси помстилися франкам і тюрингам за таємні сепаратні перемовини – самостійно захопили Бургшайдунген і винищили залишки боєдатних тюрингів.

Герменефред врятувався і продовжував опиратися франкам і саксам до 534 р. [1, s. 19], коли падіння Ліонської Бургундії та загальні геополітичні зміни в Середземномор'ї (для прикладу, вдалі військові кампанії Велізарія проти вандало-аланів, допомога остготської намісниці Амаласунти флоту Велізарія), таки примусили Герменефреда укласти договір із Теодоріхом I Австразійським про *патронат Франкії над Тюрингією* (одного германського «королівства» над іншим германським «королівством») [16, Greg. Tour., III.8]. Де-юре, Герменефред залишався королем, але, за наказом Теодоріха I Австразійського, був зрадницьки вбитий у м. Цюльпіх (нині – Північний Рейн-Вестфалія) [16, Greg. Tour., III.8].

З початку 535 р., більша частина Тюрингії ввійшла до складу *Королівства франків*, тоді як на північ від р. Унструт затвердилися сакси. Того ж року на сході колишньої Тюрингії почали з'являтися перші слов'янські племена [1, s. 19] – провісники майбутніх полабських слов'ян (нижньолужицькою – *Polabske Slowjany*). Єпископ Пуатьє Венанцій Фортунат (*Venantius Fortunatus*), рефлексуючи з приводу франкської військової кампанії 531-534 рр., написав цілу поему – «*De excidio Thoringiae*» («Про загибель Тюрингії») [21].

Зауважимо: з позиції римського публічного права, останнім королем тюрингів слід вважати Амалафріда – сина Герменефреда і Амалаберги.

В 540 р. Амалафрід склав присягу на вірність східноримському імператору Юстиніану Великому (527-565), а 552-го р. дуже допоміг візантійським федератам-лангобардам розгромити бунтівних гепідів, зупинивши можливий рух слов'ян до повсталі Північної Італії [20, Prosop. BG., IV.25]. Сліди Амалафрідового сина *Armaxica* (ще одного потенційно законного претендента на трон окупованої франками Тюрингії) загубилися у вихорах історії, але можна припустити, що саме Амалафрід (*Amalafridus*) офіційним Константинополем розцінювався як останній законний, призначений згідно правового режиму *lex foedus*, король Тюрингії – політичного утворення, що визнавалося федеративно пов'язаним із Римською імперією.

Література

1. Steffen Raßloff. Geschichte Thüringens. München: C. H. Beck, 2020. 128 s.
2. Steffen Raßloff. Mitteldeutsche Geschichte. Sachsen – Sachsen-Anhalt – Thüringen. Leipzig: Edition Leipzig, 2016. 240 s.
3. Мюссе Люсьен. Варварские нашествия на Европу: германский натиск. пер. с фр. А. П. Саниной. СПб: Евразия, 2008. 400 с.
4. Гумилёв Л. Н. Хунны в Азии и Европе. *Три китайских царства*. М.: Алгоритм, 2012. С. 106–175.
5. Urbanczyk Przemyslaw. Wladza i polityka we wczesnym sredniowieczu. Wroclaw: Fundacja na rzecz nauki polskiej, 2000. 276 s.
6. Машкин Н. А. История Древнего Рима. М.: Госполитиздат, 1950. 736 с.
7. Illustrierte Weltgeschichte. Unter redaction von Prof. Dr. Edv. Lehmann und Prof. Dr. Peter Petersen. Zweiter Band: Das Mittelalter. Berlin-Kopenhagen-Malmö-Amsterdam: Gefion-Verlag, 1930. 366 s.
8. Уманец А. Н., Шевченко Ю. А. Появление раннего христианства III-VII вв. в Северном Причерноморье. *Сіверщина в історії України. Збірник наукових праць*. Випуск 3. К., 2010. С. 60–67.
9. Статакопулос Дионисий. Краткая история: Византийская империя. М.: КоЛибри, Азбука-Аттикус, 2020. 320 с.
10. Халецки Оскар. История Центральной Европы с древних времен до XX века. Кипящий котел народов и религий на территории между Германией и Россией. Пер. с англ. Л. А. Карповой. М.: Центрполиграф, 2019. 543 с.
11. Хизер Питер. Восстановление Римской империи. Реформаторы Церкви и претенденты на власть. Пер. с англ. Л. А. Карповой. М.: Центрполиграф, 2015. 575 с.
12. Люттвак Э. Н. Стратегия Византийской империи. М., 2016. 664 с.
13. Ensslin W. Theoderich der Grosse. München: Münchner Verlag. 1947. 408 s.
14. Мельник В. М. Патронат, клієнтела, федералізм: етрусско-малоазійська концепція походження головних понять римського публічного права. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2022. № 3 (44). С. 26-30.
15. Мельник В. М. Елементи римсько-візантійського юридичного спадку: титулатура, статус, правосуб'єктність понять «царство» і «королівство». *Juris Europensis Scientia*. 2022. №3. С. 3-
16. Cregoire de Tours. Histoire des Francs. François Guizot (ed.). Clermont-Ferrand, 2011. 558 p.
17. Melnyk V. M. Political Byzantinism in the Legal History of Franks. *Vestnik of Saint Petersburg University. History*. 2020. Vol. 65, Issue 1. Pp. 228-244.
18. Paulus Diakonus. Geschichte der Langobarden. Essen und Stuttgart: Phaidon. 1986. 368 s.
19. Cassiodorus. Variae. Translated with Introduction and Notes by S. J. B. Barnish. *Translated Texts for Historians. Vol. 12*. Liverpool-Glasgow, 2006. 260 p.
20. Prokopios. The Wars of Justinian. Trans. by H. B. Dewing, revised by A. Kaldellis. Hackett Publishing Company, Inc., 2014. 642 p.
21. George Judith. Venantius Fortunatus: Personal and Political Poems. Liverpool: Liverpool University Press, 1995. 156 p.

Анотація

Мельник В. М. Правова суб'єктність ранньосередньовічної Тюрингії: королівська влада і римський федеративний режим. – Стаття.

Стаття розглядає історію права ранньосередньовічної Тюрингії через призму римського федеративного статусу. Основою публічно-правових відносин пізньоантичних римлян із так званими «варварами» виступав режим *lex foedus*. Отримання даного правового режиму з рук римського імператора сприяло легітимації та легалізації певного племінного союзу в очах суспільства Римської імперії. Цю ж саму модель публічно-правових відносин, описля кризи 476-480 рр., успадкувала Східна Римська імперія (Візантія). Тому особливі акценти авторської уваги приділяються насамперед імовірності візантійських політико-правових впливів у межах ранньосередньовічної Тюрингії. Племена тюрингів здавна відігравали важливу посередницьку економічну роль в межах бурштинового торговельного шляху, що проводив купців Середземномор'я до південного Балтійського узбережжя. Шлях давніх римлян у майбутні терени Померанії, Східної Пруссії і Литви лежав через басейни річок Ельба (Лаба), Одер (Одра) та Вісла. Ті басейни ділили близькі наддніпрянським готам союзи племен – гепіди й тюринги. Зокрема, тюринги отримали з провінцій Західної Римської імперії аріанський варіант християнського хрещення за часів імператора Констанція (337-361). В 439 р. тюринги діяли спільно з гунами, здобувши статус римських федератів задля ліквідації Рейнського королівства бургундів. Після краху Гунської конфедерації племен (454-455 рр.), нарешті з'являється перша документальна згадка про окремого короля тюрингів – рекса Бізинуса. Після 507 р. «Королівство тюрингів» визнало намісницьку владу остготського короля Теодоріха Великого. В 531-534 рр. тюринги відстоювали свою незалежність перед вторгненням франків. На початку 535 р. більша частина федератської території увійшла до складу Королівства франків, але офіційний Константинополь, щонайменше протягом 540-552 рр., продовжував визнавати законного спадкоємця Ама-лафріда самостійним королем Тюрингії.

Ключові слова: тюринги, федерати, Східна Римська імперія (Візантія), статус короля, статус намісника, статус імператора.

Summary

Melnyk V. M. Legal subjectivity of the early medieval Thuringia: kingship power and Roman *lex foedus*. – Article.

The article examines the history of law in early medieval Thuringia through the prism of the Roman federal status. The *lex foedus* regime was the basis of the public-legal relations between the late ancient Romans with the so-called “barbarians”. This legal regime obtaining from the hands of the Roman emperor contributed to the legitimation and legalization of a certain tribal union in the consciousness of the Roman Empire society. After the crisis of 476-480 AD the same model of public-legal relations was inherited by the Eastern Roman Empire (Byzantium). Therefore, special emphasis of the author's attention is paid primarily to the probability of Byzantine political and legal influences within the boundaries of early medieval Thuringia.

The Thuringian tribes were long played in important economic intermediary role within the Amber Trade Route that carried merchants from the Mediterranean to the southern Baltic coast. The path of the ancient Romans to the future territories of Pomerania, East Prussia and Lithuania lay through the basins of the rivers Elba (Laba), Oder (Odra) and Vistula. Those basins were divided by tribal alliances – Gepids and Thuringians. The Thuringians got the Arian version of Christian baptism from the provinces of the Western Roman Empire during the time of Emperor Constantius II (337-361 AD). In 439 AD, the Thuringians collected together with the Huns, receiving the status of Roman federates in order to eliminate the Kingdom of the Burgundians. After the

collapse of the Hunnic tribes confederation (454-455 AD), chronicles fixed the first mention of Thuringian king (Rex Bisinus). After 507 AD, the “Kingdom of the Thuringians” recognized the governorship of the Ostrogothic king Theodoric the Great. In 531-534 AD, the Thuringians defended their independence against the Franks invasion. At the beginning of 535 AD, most of the federated territory became the part of the Franks Kingdom. Official Constantinople continued recognized the Amalafrius legitimacy (as an independent king of Thuringia).

Key words: Thuringians, foederati, Eastern Roman Empire (Byzantium), king’s status, governor’s status, emperor’s status.

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.6>**І. В. Процюк***orcid.org/0000-0003-3088-1040**доктор юридичних наук, професор,**в.о. завідувача кафедри теорії права**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ПОДІЛ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ПРАВОВОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. Стаття 1 Конституції України визначає, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Побудова саме такої держави, в якій людина, її життя та здоров'я виступають найвищою соціальною цінністю є одним з найважливіших пріоритетів для України. Загальновідомо, що соціальна правова держава є такою організацією політичної влади, діяльність якої заснована на визнанні та реальному забезпеченні прав і свобод людини, верховенстві права і взаємній відповідальності особи і держави в якій на перше місце ставиться особистість, її життя, здоров'я та інші соціальні блага. Така держава є новим етапом у становленні і розвитку державності як такої. Недостатньо тільки проголосити державу соціальною і правовою, оскільки формування такої держави процес поступовий і постійний, що реалізується через складні реформи у сферах права, політики, економіки, культури, громадянського суспільства, особистості тощо. Така держава може розвиватися і функціонувати тільки на основі низки принципів, серед яких принцип поділу влади є загальновизнаною обов'язковою передумовою і фундаментальною засадою сучасної демократичної, правової й соціальної державності.

Класична теорія поділу влади формувалася як ідейне обґрунтування такої організації державної влади, яка унеможливило свавілля та забезпечує суспільну свободу і таким чином формує підґрунтя соціальної правової держави. На сучасному етапі розвитку цієї теорії поділ влади набуває додаткового призначення: він розглядається як необхідний інституційно-владний компонент розвиненої правової свободи, що ґрунтується на ідеї єдності й цілісності державної влади і відображає органічний зв'язок теорії поділу влади з теорією народного суверенітету. Остання передбачає наявність єдиного джерела державної влади – суверенного й повновладного народу, що передає частину належної йому влади державі, яка в особі її органів реалізує делеговані їй повноваження, забезпечує загальне благо. Саме тому поділ влади розглядається сьогодні як неодмінна ознака демократичної держави. Крім того, поділ державної влади продовжує визнаватися стрижневою умовою, компонентом правової соціальної держав-

ності, обов'язковим принципом організації її апарату, необхідним для забезпечення свободи й прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вирішення поставлених завдань у цій науковій статті передбачає аналіз праць науковців, які досліджували поняття демократичної, соціальної, правової держави, основоположні її принципи, серед яких виокремлюється принцип поділу влади. Метою статті є дослідження принципу поділу влади як основоположного принципу демократичної, соціальної, правової державності. Дану проблему розробляли в своїх працях сучасні науковці: Ю. Барабаш, Й. Благодж, Ю. Бисага, С. Бостан, Р. Гринюа, О. Дашковська, А. Заєць, М. Козюбра, А. Колодій, В. Ледаєв, В. Лемак, С. Льюкс, Н. Луман, О. Медушевського, Л. Наливайко, Н. Оніщенко, О. Петришин, В. Погорілко, В. Протасова, П. Рабінович, А. Селіванов, В. Серьогін, С. Серьогіна, О. Скрипнюк, В. Смородинський, В. Тацій, В. Федоренко, М. Цвік, В. Шаповал та ін.

Виклад основного матеріалу. Поділ влади є одним з найважливіших засобів забезпечення єдності державної влади, її організації на засадах демократії та народовладдя. Влада в демократичній правовій соціальній державі за умови розвинутого громадянського суспільства концентрується у народі і лише передається для її здійснення органам державної влади та місцевого самоврядування, зазнаючи при цьому певних трансформацій.

Важливо розуміти, що саме поділ державної влади дає змогу зберегти її вихідну єдність в народі, забезпечити повноцінне народовладдя, що є ознакою демократичної, соціальної, правової держави. Концентрація всієї або більшої частини влади в одному органі чи особі завжди призводить до втрати народом свободи, а відтак і влади. Ш.Л. Монтеск'є з цього приводу ще у XVIII сторіччі слушно зауважив: «Якщо влада законодавча і виконавча будуть об'єднані в одній особі чи установі, то свободи не буде, тому що можна остерігатись, що монарх чи сенат стануть видавати тиранічні закони для того, щоб також тиранічно застосовувати їх. Не буде свободи і в тому випадку, якщо судова влада не відокремлена від влади законодавчої і виконавчої. Якщо вона об'єднана з законодавчою владою,

то життя і свобода громадян попадуть у владу свавілля, бо суддя буде законодавцем. Якщо судова влада об'єднана з виконавчою, то суддя отримує можливість стати гнобителем» [16, с. 212]. За його концепцією для збереження свободи держава повинна мати три види влади – законодавчу, виконавчу й судову [13, с. 95–96].

Ш.-Л. Монтеск'є вперше виділив державні функції відповідно до установ, які існують і запропонував їх розподіл між незалежними органами, яким повинні відповідати поділені гілки влади держави. Він обґрунтував неприпустимість зосередження всієї повноти державної влади в одних руках: «Усе загинуло б, якби в тій самій особі чи установі, що складається із сановників, дворян чи простих людей, були поєднані ці три влади: влада створювати закони, влада здійснювати постанови загальнодержавного характеру й влада судити злочини чи позови приватних осіб» [16, с. 290–291].

Крім того, Ш.-Л. Монтеск'є розглядає інші можливі варіанти часткового заперечення цього принципу, що обов'язково призводить до тиранії. Першим варіантом є поєднання виконавчої й законодавчої влади при окремому існуванні влади судової, другим – виконавчої й судової при окремому існуванні законодавчої влади, третім – протистояння виконавчої влади поєднанню законодавчої й судової [13, с. 96–97].

Ш.-Л. Монтеск'є надає особливого значення системі взаємних стримувань і противаг між гілками влади. Наприклад, він наголошує на тому, що законодавчі органи не повинні збиратися з власної ініціативи і не в праві здійснювати саморозпуск. Час їх скликання і тривалість засідань визначаються виконавчою владою. Законодавчі збори не повинні мати влади судити особу виконавчої влади, а суди покликані стримувати закон для блага самого закону [17, с. 109]. У результаті поступового з'ясування прав і повноважень кожної з гілок державної влади він приходить до констатації досягнення стану повного їх збалансування й рівноваги [13, с. 100]. Ця ідея знайшла підтримку інших мислителів. Так, Ж.Ж. Мун'є, автор перших 3-х глав Декларації прав людини і громадянина зазначав: «Щоб гілки влади були дійсно розділені, вони не повинні бути цілком відокремлені одна від одної» [5, с. 34].

На підставі критичного аналізу попередніх конструкцій розглядуваної теорії поділу державної влади Ш.-Л. Монтеск'є надав їй класичного вигляду у формі тричленного поділу, збагативши її новими положеннями, які дали поштовх новому етапу розвитку цієї теорії. Він проголосив поділ державної влади політичним принципом державного устрою, який забезпечував свободу громадян у суспільстві. Ним уперше було підкреслено, що даний політичний процес означає не тільки простий поділ влади на законодавчу, виконавчу

й судову, але й її взаємне стримування і співпрацю.

На відміну від Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо висунув ідею суверенітету народу, стверджуючи, що суверенітет, який є виключно здійсненням загальної волі, ніколи не може відчужуватися, і що суверен, який є лише колективною істотою, може бути представлений лише самим собою: може передаватися влада, але не воля [9, с. 31]. Теоретично теорія народного суверенітету означала, що принцип поділу державної влади має другорядне значення [8, с. 481].

Ж.-Ж. Руссо розуміє поділ влади в державі як своєрідний поділ єдиного організму на функції: «Кожна вільна дія має дві причини, які, узгоджуючись, викликають її: одна з них — моральна, а саме воля, яка визначає дію, інша — фізична, а саме сила, яка виконує її... Політичний організм має ті самі рушійні причини. Тут також розрізняють силу і волю. Останню називають законодавчою владою, а першу називають виконавчою владою [10, с. 377–378]. Законодавча влада, на його переконання, належить народу й може належати лише йому; у цьому мислитель, безсумнівно, мав рацію [10, с. 378].

Світова конституційно-правова практика пішла шляхом закріплення принципу як народного суверенітету, так і поділу влади: вже перші Конституції США (1787 р.) і Франції (1791 р.) фіксують ці два принципи. У цілому ж можна констатувати, що вищезгадані теорії наклали відбиток на всі ліберальні конституції сучасності.

Визначаючи державу як об'єднання великої кількості людей, підлеглих правовим законам, І. Кант указував на наявність у ній 3-х влад, які становлять собою в загальний спосіб об'єднану триєдину волю. У принципі поділу державної влади філософ бачив найсуттєвішу належність правильного устрою держави: «...Про ці три види влади правильніше буде сказати, що ... воля законодавця бездоганна, здатність до виконання у верховного правителя нескорима, а вирок верховного судді незмінний» [12, с. 234, 237]. Він чітко відокремлює державу як соціальний феномен (царство свободи) від сукупності (системи) її органів (державного апарату), за допомогою яких здійснюється сам процес управління. І. Кант пише, що в кожній державі існують 3 загальним чином об'єднані влади: а) верховна (суверенітет) в особі законодавця, б) виконавча в особі правителя (який править відповідно до закону) й в) судова в особі судді (яка присуджує кожному своє відповідно до закону) [12, с. 220]. Але вони, на думку І. Канта, виступають виразниками єдиної волі, про що взагалі не говорив Ш.-Л. Монтеск'є. Учений розвиває ідею про координування всіх 3-х гілок влади, про підпорядкування їх одна одній з метою запобігання узурпації однієї з них

функцій іншої, а також думку про те, що шляхом об'єднання тих чи інших функцій вони кожному надають його права.

Французький мислитель Б. Констан розробив теорію, яка довгий час була загально визнаною доктриною буржуазних політиків Франції та інших країн. Найцікавішою й найбільш методологічно значимою у його вченні є ідея «нейтральної», «арбітражної» влади глави держави. Запропонована Б. Констаном система поділу й рівноваги гілок влади в конституційній монархії й сьогодні заслуговує на особливу увагу. Її основними елементами є: а) нейтральна влада, що уособлюється главою держави – монархом, який не повинен бути главою влади виконавчої. Монарх бере участь у здійсненні влади, попереджає конфлікти між її гілками, забезпечує їх погоджену діяльність. Йому належать право вето, розпуску виборної палати, він призначає членів спадкоємної палати перів, здійснює право помилування. Король наче стоїть вище над людськими хвилюваннями, утворюючи своєрідну сферу величі й безпристрасності, він не має жодних інтересів, окрім охорони порядку та свободи; б) влада виконавча, що здійснюється міністрами, відповідальними перед парламентом; в) влада законодавча, тобто «влада громадської думки». Це представницький орган, що має формуватися на засадах високого майнового цензу, оскільки тільки багаті люди мають освіту й належне виховання, необхідні для усвідомлення суспільних інтересів. Віднякам надати політичних прав не слід, тому що вони спробують використовувати їх для зазіхання на власність; г) самостійна судова влада. Окрім того, Б. Констан підкреслював важливість дії системи стримувань і противаг. Поділ влади, на його переконання, стає небезпечним і приносить нещастя, коли влада, якій доручено контролювати виконання законів, не має права виступити проти тих законів, які вона знаходить небезпечними [3, с. 374–384].

Важливою віхою в розвитку політико-правової думки щодо поділу влади є погляди видатного німецького мислителя Г. Гегеля. Уявлення Аристотеля і Платона про державу як досконалий, отже, первинний за своєю суттю стосовно окремого індивіда моральною цінністю, філософ поєднує із запозиченими в Ж.-Ж. Руссо тезами про свободу як принцип держави [7, с. 71–72]. У гегелівському трактуванні держава у своєму розвиненому вигляді становить собою конституційну монархію, засновану на поділі влади (на законодавчу, урядову і владу государя). При розробці власної концепції правової державності Г. Гегель, у цілому погоджуючись із ідеями Дж. Локка й Ш.-Л. Монтеск'є, називає належний поділ влади в державі гарантією публічної свободи. На його думку, поділ влади необхідно проводити таким чином, щоб зберегти органічну

єдність держави. При цьому, принципи самостійності, незалежності і взаємного обмеження влади, на його думку, невірні теоретично і хибні практично. Тому що при такому погляді передбачається ворожість, страх кожної з гілок влади перед тим, що інша влада щось здійснює проти неї як проти зла [6, с. 258]. А відповідно, це протирічить пануванню цілого, залежності й підпорядкованості різних гілок влади державній єдності, в чому полягає сутність внутрішнього суверенітету країни.

Аналіз цих наукових напрацювань дає змогу стверджувати, що теорія поділу державної влади є надбанням багатьох поколінь науковців, результатом багатовікової еволюції державності, пошуків найбільш дієвих механізмів, які охороняють суспільство і особу від авторитаризму та деспотизму. У системі чинників, які зумовили зародження й розвиток цієї теорії, насамперед варто назвати історичний процес, який виявив себе в переході до більш високого рівня соціальної й державної організації, які вилилися у формування концепції демократичної, соціальної, правової державності.

Уже перші конституційні системи намагалися втілити ідею поділу влади з метою якомога ефективнішого здійснення головної функції держави – охорони прав і свобод людини [20, с. 52]. З часу буржуазно-демократичних революцій XVII–XVIII століть, які завершилися перебудовою державного апарату на засадах теорії поділу державної влади, про її поділ у державі говорять як про конституційний принцип [1, с. 86], закріплення й реалізація якого характеризує державу як демократичну і правову. Теорія поділу державної влади стала настільки популярною, що провідні діячі більшості країн при розробці конституцій прагнули побудувати систему державного управління на її основі, але з урахуванням національних особливостей. Але вперше принцип поділу влади був трансформований у систему стримувань і противаг, засновану на проголошенні організаційної незалежності трьох гілок державної влади завдяки науковцям і політичним діячам США [21, с. 12].

Поділ влади поступово набув значення загально визнаного принципу демократичної правової держави. Так, у ст. 16 Декларації прав людини і громадянина, прийнятої 26 серпня 1789 р. Національними зборами Франції, проголошується: «Будь-яке суспільство, у якому не забезпечено користування правами й не проведено поділу влади, не має Конституції» [4, с. 328]. Звичайно, автори Декларації мали на увазі не просто певний письмовий текст, названий конституцією або основним законом держави. Під словом «конституція» вони розуміли демократичний конституційний устрій, заснований на визнанні й реалізації

лізації основних прав та свобод людини й поділі державної влади. Уперше в Європі в конституційному порядку поділ державної влади був сформульований в Конституції Франції 3 вересня 1791 р., а в Конституції Французької Республіки 1848 р. закріплено: «Поділ влади – це перша умова вільного правління» [4, с. 250].

Абсолютна більшість науковців визнають поділ державної влади умовою, ознакою або компонентом правової соціальної державності, необхідним для забезпечення свободи, прав людини. Форми закріплення принципу поділу влади в конституційних нормах різних країн відрізняються. У переважній більшості розвинених країн він виражається в структурно-функціональному визначенні кожного з вищих органів держави: глави держави, парламенту, уряду й вищих судів. У багатьох країнах поділ державної влади прямо проголошено в конституційних текстах і сформульовано у вигляді норми-принципу [11, с. 23], прикладом якої є положення ст. 6 Конституції: «Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову».

У ліберальній традиції, починаючи з А. Токвіля, прийнято розглядати поділ державної влади як один з елементів більш загального принципу її організації – принципу розосередження державної влади. Токвіль з'ясував, що однією із найсерйозніших перешкод свободи і, відповідно, демократії в цілому є надмірна централізація державної влади. Для того, щоб не допустити надмірної централізації державної влади необхідний поділ влади [15, с. 156].

Отже, поділ державної влади можна розглядати і як самостійний принцип механізму державної влади, і як найважливіший елемент більш загального принципу її розосередження. У всякому разі, зміст цього процесу – запобігти концентрації влади, що загрожує правовій свободі.

Щодо того, як саме повинні бути розділені гілки влади можна зробити висновок про три компоненти поділу державної влади – персональний, інституціональний і функціональний, тобто повинні бути різні державно-владні інститути, з різною непересічною компетенцією, яку виконують різні влади-функції, і від імені цих інститутів мають виступати різні політичні суб'єкти. Тут варто підкреслити, що при будь-якому варіанті організаційного відокремлення владних інститутів повинні бути так чи інакше розмежовані влади-функції – законодавча, виконавча і судова.

Стосовно класичної тріади державної влади вищесказане можна пояснити в такий спосіб. Якщо державно-владні інститути, які конституційно запрограмовані саме як законодавчий і виконавчий, і які виконують різні функції, але контролюються одним і тим же політичним суб'єктом, то тут ніякого поділу державної влади

на законодавчу й виконавчу згідно з традиційним, класичним підходом немає, тобто можлива інша модель поділу державної влади. Якщо законодавчий і виконавчий інститути контролюються різними суб'єктами, але їх компетенції перетинаються, накладаються одна на іншу, якщо якась компетенція останнього належить відразу до 2-х влад-функцій, то знову потрібно вести мову про порушення поділу державної влади на законодавчу й виконавчу. У парламентарних країнах уряд (виконавчий інститут) виконує також функцію законодавчу (разом з парламентом) і виконавчу – керує адміністративним апаратом.

Але якщо в розвиненій правовій державі, немає такого двоїстого поділу, то це ще не означає, що у сфері взаємовідносин законодавчого й виконавчого органів взагалі немає ніякого поділу державної влади.

Поділ державної влади, на нашу думку, можливий лише в правовій державі, де владні інститути наділяються виключно правовою, а не довільною, компетенцією. Оскільки взаємодія відповідних носіїв державної влади відбувається на основі компетенційних взаємозв'язків, необхідно визначитися з поняттям «компетенція державного органу». В літературі наголошується, що залежно від кількості елементів, які входять до структури компетенції, існує декілька підходів до тлумачення останньої: а) класичний (компетенція розглядається як сукупність повноважень і предметів відання), б) обмежувальний (смісл компетенції зводиться до предмету відання) і в) розширювальний (до її змісту включаються завдання, функції, форми, методи діяльності тощо) [19, С. 92–94].

У розглядуваному контексті важливим є також питання: чи повинні влади-функції розподілятися так, щоб гілки влади були рівні й відносно незалежні, а чи має бути одна верховна влада? У сучасній правовій науці інколи підкреслюється верховенство законодавчої влади. Так, наприклад, А. Колодій зауважує: «Все-таки абсолютної рівноваги влад у конституційній практиці не існує. Законодавча, безперечно, посідає провідне місце в теорії поділу влад, що пояснюється тим, що саме закони служать підвалинами функціонування інших гілок влади, саме на реалізацію останніх спрямована їх діяльність. Це підкреслював ще Дж. Локк, який виходив із взаємодії влад у державі, але визнавав їх взаємопідлеглість і вважав, що саме законодавча влада має бути верховною, а всі інші в особі якихось членів суспільства виходять з неї й підлеглі їй» [14, с. 119].

З цього приводу, думається, що хоча й у Ш.-Л. Монтеск'є йдеться про те, що законодавча влада (в силу її природи) займає визначальну позицію в поділі державної влади, навряд чи можна називати її верховною, оскільки в такому випадку інші влади будуть підлеглими, а це не

відповідає самому принципу цього поділу.

Тому, верховенство закону, тим більше обмежене конституцією, не можна ототожнювати з верховенством законодавця. Законодавчу владу не можна вважати верховною, бо при поділі державної влади ієрархії гілок влади немає, а система стримувань і противаг дозволяє главі виконавчої влади (главі держави) й суду конституційної юрисдикції контролювати законодавця (відкладальне вето, визнання закону неконституційним).

З нашого погляду, адекватне трактування співвідношення гілок влади наводить Р. Циппеліус: влада законодавча – це влада не верховна, а «програмує» в рамках конституції діяльність інших гілок (уряду й адміністрації, судової системи), які виступають не як підлеглі законодавцеві, а як такі, діяльність яких програмується законом. Завдяки такому програмуванню й конституційному закріпленню «програмує» і «програмованих» компетенцій і відбувається скоординована діяльність гілок влади [2, С. 317–318, 320].

Разом із тим слід підкреслити: оскільки поділ державної влади передбачає взаємоконтроль, стримування й противагу її гілок, то гілки влади, повинні так чи інакше, брати участь у законодавчому «програмуванні» – контролювати дотримання законодавцем прав людини й конституційно закріплених компетенцій (наприклад, сюди відносять відкладальне вето глави виконавчої влади або глави держави, судовий контроль за конституційністю законів). Як відзначає А. Шайо, «парламентське право приймати закони саме по собі мало що говорить про те, якою мірою парламент визначає зміст закону». Конституція встановлює межі законодавчого розсуду, а суди контролюють їх дотримання парламентом. Виконавча влада у більшості випадків має право законодавчої ініціативи й тим самим визначає зміст законів, а погроза президентського вето змушує парламент урахувати позицію глави виконавчої влади [22, с. 159, 163].

Логічно постає питання про значення в поділі державної влади суду конституційної юрисдикції. Дійсно, діяльність усіх гілок влади «програмується» основним законом країни, але саме орган конституційної юрисдикції визначає, що відповідає принципу поділу влади, а що суперечить. Більше того, конституційний суд може розширювати або змінювати ту ж конституційну «програму» тією мірою, якою дозволяє йому це робити сам основоположний закон.

На думку А. Шайо, там, де ведеться активне конституційне судочинство, регулюючи роль законодавчої влади, її межі встановлюються не стільки конституцією, скільки конституційним судом [22, с. 159–160]. «Відповідно до нової тенденції, яка виявилася головним чином після другої світової війни, суди вже не задовольня-

ються своєю традиційною роллю, застосуванням законів. Судді конституційних судів, порвавши з поглядами Ш.-Л. Монтеск'є, який називав судів вустами закону і вважав їх рівень нижчим рівня законодавчих органів, нині вже не просто займаються правотворчістю (що, до речі, вони, як і раніше, заперечують), а й впливають на напрямки законодавства й ефективність конституції» [22, с. 100].

Такі міркування наводять на думку про верховенство не законодавчої, а судової влади, яка в особі суду конституційної юрисдикції виступає останньою інстанцією і компетентна судити про конституційність актів інших гілок влади. Оскільки, конституційні суди (суди конституційної юрисдикції, що діють за європейською моделлю) здійснюють не тільки конкретний, а й абстрактний контроль за конституційністю законодавчих актів, дають нормативне тлумачення конституції й законів. Однак, це не говорить про верховенство судової гілки влади над іншими гілками влади, а більше про кооперацію й координацію між ними, оскільки рішення конституційного суду і інших судів не мають фактичної сили, якщо вони не враховуються законодавцем і не забезпечуються виконавчою владою. Отже, думається, що влади-функції доцільно організаційно розподілити з урахуванням 3-х компонентів поділу – інституціонального, функціонального й суб'єктного. При цьому не повинно бути будь-якої верховної гілки влади.

Теоретична модель поділу державної влади має формуватися на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Інституціональне вираження даного поділу може бути різним. Будь-яке нарощування гілок влади свідчить про ревізію класичної теорії поділу влади й порушення самого принципу поділу державної влади, бо немає такої функції держави – контролювати окремі державні інститути або засновувати самого себе. Існують контрольні функції окремих державних інститутів, але не держави в цілому. Що ж стосується заснування держави, то цей акт формально передує державі з її функціями.

Поділ державної влади не є абсолютним і його в жодному разі не можна розуміти як протистояння її гілок. Навпаки, конституція повинна виключати таку можливість. Тому кожна гілка влади має своє призначення й наділяється відповідною компетенцією, самостійна й незалежна в реалізації своїх повноважень. А разом ці гілки влади мають можливість взаємно стримувати й контролювати одна одну. Жодна з них не має права приймати на себе функції іншої, влади-функції не повинні перетинатися (функціональний аспект поділу влади), але діяти повністю окремо вони теж не в змозі. При цьому, поділ влади не слід розуміти як протистояння різних

гілок влади. Думається, що жодна влада не може брати на себе функції іншої, але кожна з них не може діяти самостійно, не враховуючи дію інших. Усі гілки влади повинні взаємно доповнювати одна одну, між собою вони мають зберігати необхідний зв'язок і взаємоузгодженість при прийнятті рішень. Саме таким чином створюється єдиний «політичний організм», що функціонуватиме з найбільшим коефіцієнтом корисної дії на благо всього суспільства [18, с. 73]. Тому гілки влади, при здійсненні своїх повноважень, мають зберігати взаємозв'язок і погодженість дій для реалізації єдиної державної влади.

Поділ державної влади можна розглядати як принцип устрою й функціонування державної влади, і як теорію, яка його вивчає. Принцип поділу є одночасно принципом демократичної правової держави й організації державної влади. Він містить глибокий демократичний зміст, тому що спрямований на недопущення концентрації державної влади в руках однієї людини, органу або групи людей, можливістю свавілля, а в кінцевому рахунку – на забезпечення політичної свободи людини і громадянина, що забезпечує засади побудови правової соціальної державності.

Існує чимало підходів до визначення сутності, соціального й наукового призначення теорії поділу державної влади. Уся різниця між ними полягає в різному розумінні принципу такого поділу й відповідного механізму стримувань і противаг, який становить фундамент даної теорії. Зміст даного принципу містить у собі ідеологічний, науковий і практичний складники. Як елемент ідеології, він відіграє найважливішу роль у теорії демократії і правової держави; з наукового погляду є засобом пізнання об'єктивної державно-правової дійсності; у практичному плані становить собою один з основних конституційних принципів організації діяльності державного механізму в демократичних правових державах.

Усі три складники досить тісно взаємодіють між собою й утворюють у сукупності єдине політико-правове явище. Тому в широкому значенні під поділом державної влади варто розуміти найважливіший елемент і ознаку правової соціальної держави, закріплену як принцип організації діяльності державного механізму в конституціях більшості демократичних держав.

Думається, що під принципом поділу державної влади варто розуміти раціональну організацію влади в правовій державі, за якої існують гнучкі взаємодія та взаємоконтроль вищих органів держави як частин єдиної державної влади через систему стримувань і противаг. У кожній сучасній демократичній державі в основі реалізації принципу поділу державної влади лежить функціональна визначеність кожної з гілок державної влади – законодавчої, виконавчої й судової. Можна

стверджувати, що за класичним підходом виокремлюються ці «влади-функції» – законодавча, виконавча й судова. Соціальне призначення й напрямок діяльності кожної з гілок влади втілюється в системі державних органів з відповідною компетенцією – повноваженнями і предметами відання.

Зауважимо, що жодна гілка влади не повинна мати ніякої переваги над іншою, оскільки є уособленою й самостійною в межах наданих їй повноважень (хоча в різні історичні періоди той чи інший державний орган працює особливо активно). Потрібно визнати, що функції державної влади взаємозалежні, отже, неможливо окреслити чіткі межі між гілками влади. Водночас необхідно з'ясувати повноваження, що належать до виняткової компетенції тієї чи іншої гілки. Рівновага влади зберігається завдяки ключовому складнику поділу державної влади – механізму стримувань і противаг, який, до речі, іноді трактується як окремий принцип організації державно-владних інститутів [1, с. 87–88]. Функціонування такої системи в остаточному підсумку визначає особливості практичної реалізації принципу поділу державної влади забезпечує побудову правової соціальної державності.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, виділимо певні аспекти власного розуміння принципу поділу державної влади, а саме:

1) поділ єдиної державної влади на гілки (галузі), представлені відповідними видами органів державної влади – носіями законодавчої, виконавчої й судової влади, які в рамках своєї компетенції задля здійснення своєї основної «влади-функції» є незалежними й самостійними;

2) відсутність органу, в якому концентрувалася б уся повнота державної влади;

3) наявність системи взаємних стримувань і противаг, яка передбачає: а) тісну компетенційну взаємодію й урівноваження гілок державної влади і б) контроль і компетенційне обмеження (взаємопроникнення) влади кожного органу держави, який уособлює певну гілку, для запобігання зосередженню влади в рамках будь-якої однієї гілки влади на шкоду двом іншим.

Природньо, при цьому, що у правових, соціальних, демократичних країнах втілюються різні моделі й конституційні механізми реалізації принципу поділу державної влади.

Література

1. Janda K., Berry J., Goldman J. The Challenge of Democracy. Government in America. 2nd edition. Boston : Houghton Mifflin Company, 1989. 738 p.
2. Zippelius R. Allgemeine Staatslehre : (Politikwissenschaft) : ein Studienbuch. 13., neubearbeitete Aufl. München: Beck, 1999. 465 s.
3. Антология мировой правовой мысли : в 5-ти т. / рук. наук. проекта Г.Ю. Семигин и др. Москва : Мысль, 1999. Т. 3. Европа. Америка: XVII–XX вв. 829 с.

4. Бостан Л. М., Бостан С. К. Б. Історія держави і права зарубіжних країн. 2-е вид. перероб. й доп. : Навч. посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2008. 730 с.
5. Веніславський Ф. Взаємодія гілок державної влади як принцип основ конституційного ладу України. *Право України*. 1998. № 1. С. 34–38.
6. Гегель Г. Философия права. Москва : Мысль, 1990. 524 с.
7. Дзьобань О.П. Теоретичні основи поділу та взаємодії влади (історико-філософський аспект). *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2004. № 11. С. 60–80.
8. Еллинек Г. Общее учение о государстве. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 752 с.
9. Ж.Ж. Руссо. Про суспільну угоду або принципи політичного права. Київ, Вид-во «Порт-Рояль», 2001. 348 с.
10. Жан-Жак Руссо. Суспільний договір : Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / Упор. : С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд. Київ: «Книги для бізнесу», 2008. 992 с.
11. Журавльова Г. Поділ влади в сучасній Україні (проблеми теорії та практики). *Право України*. 1998. № 11. С. 23–25.
12. Кант И. Собрание сочинений : в 6 т. Москва : Мысль, 1963–1966. Т. 4. Ч. 2. 472 с.
13. Коваленко А.А. Виконавча влада в системі поділу влади в концепції Ш.-Л. Монтеск'є: історико-політологічний аспект. *Держава і право: Зб. наук. праць. Юридичні і політологічні науки*. Київ : Інститут держави і права НАН України, 2001. Вип. № 9. С. 95–100.
14. Колодій А.М. Теорія розподілу влад і практика формування органів державної влади за новою Конституцією України. *Ідеологія державотворення в Україні: історія і сучасність* : матеріали науково-практичної конференції 22–23 листопада 1996 р. НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, Міністерство освіти і науки України, АПРН України. Київ : Генеза, 1997. С. 193–196.
15. Кормич А. І. Історія вчень про державу і право: навч. посібник. Київ : Правова єдність, 2009. 312 с.
16. Монтеск'є Ш.-Л. О духе законов: избранные произведения. Москва : Госполитиздат, 1955. 803 с.
17. Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник 6-е изд., перераб. и доп. Москва : Норма : ИНФРА-М, 2020. 464 с.
18. Процюк І.В. Поділ та єдність державної влади: Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2007. Випуск 14. С.70-77.
19. Серьогіна С.Г. Компетенція Президента України : теоретично-правові засади: дис. ... канд. юрид. наук : Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. Харків, 1998. 192 с.
20. Стецюк П.Б. Основи теорії конституції та конституціоналізму: Посібник для студентів. Частина перша. Львів : Астролябія, 2003. 232 с.
21. Цвик М.В., Дашковская Е.Р. О современной трактовке теории разделения властей. *Проблемы законности*. 1993. № 28. С. 10–16.
22. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) : пер. с венгр. Москва : Юрист, 2001. 292 с.

Анотація

Прочук І. В. Поділ державної влади як основоположний принцип правової соціальної держави. – Стаття.

Стаття присвячена закріпленню та реалізації в практиці функціонування демократичної, соціальної,

правової держави одного з основоположних принципів такої держави – принципу поділу влади. Автор зазначає, що соціальна правова держава є такою організацією політичної влади, діяльність якої заснована на визнанні та реальному забезпеченні прав і свобод людини, верховенстві права і взаємній відповідальності особи і держави в якій на перше місце ставиться особистість, її життя, здоров'я та інші соціальні блага. Функціонування такої держави можливе тільки на основі цілого ряду принципів, серед яких важливе місце займає принцип поділу влади, який забезпечує розосередження державної влади і збереження її в народі.

Автор акцентує увагу на тому, що потребують подальшого розвитку проблемні питання, пов'язані із розумінням сутності поділу влади, пошуком такої моделі організації взаємодії гілок влади, при якій зберігалась би єдність державної влади та визначенням факторів, що обумовлюють вибір державою тієї чи іншої модифікації принципу поділу влади.

Єдиним джерелом державної влади є народ України, що передає частину влади, яка належить йому, державі, яка в особі її органів реалізує делеговані їй повноваження і забезпечує загальне благо на основі реалізації основоположних принципів демократичної, соціальної, правової держави. Принцип поділу влади розглядається сьогодні як неодмінна ознака такої держави, спрямований на забезпечення свободи й прав людини.

Зазначається, що теорія поділу державної влади є надбанням багатьох поколінь мислителів, результатом еволюції державності, пошуків найбільш діючих механізмів, які охороняють суспільство і особу від деспотизму. У системі чинників, які зумовили зародження й розвиток цієї теорії, насамперед варто назвати історичний процес, який виявив себе в побудові більш високого рівня державної організації, які вилилися у формування концепції демократичної, соціальної, правової державності.

Автор зауважує, що зміст даного принципу містить у собі ідеологічний, науковий і практичний складові елементи. Як елемент ідеології, він відіграє найважливішу роль у теорії демократії і правової держави; з наукового погляду є засобом пізнання об'єктивної державно-правової дійсності; у практичному плані становить собою один з основних конституційних принципів організації діяльності державного механізму в демократичних державах.

Кожна гілка влади не повинна мати жодної переваги над іншою, оскільки є уособленою й самостійною в межах наданих їй повноважень. При цьому, зазначається, що функції державної влади взаємозалежні і тому неможливо окреслити чіткі межі між гілками влади. Основним призначенням цього принципу є розосередження державної влади в системі органів законодавчої, виконавчої і судової влади для збереження її єдності в народі. Така організація влади сприяє побудові демократичної, правової, соціальної держави.

Ключові слова: соціальна правова держава, принципи організації соціальної правової держави, суверенітет народу, принцип поділу державної влади.

Summary

Protsyuk I. V. The division of state power as a fundamental principle of the legal social state. – Article.

The article is devoted to the consolidation and implementation in practice of the functioning of a democratic, social, legal state, one of the fundamental principles of such a state – the principle of separation

of powers. The author notes that the social legal state is an organization of political power, the activity of which is based on the recognition and real provision of human rights and freedoms, the rule of law and mutual responsibility of the individual and the state, in which the individual, his life, health and other social benefits. The functioning of such a state is possible only on the basis of a number of principles, among which an important place is occupied by the principle of separation of powers, which ensures the decentralization of state power and its preservation among the people.

The functioning of such a state is possible only on the basis of a number of principles, among which the principle of separation of powers occupies an important place, which ensures the decentralization of state power and its preservation in the people.

The only source of state power is the people of Ukraine, which transfers part of the power that belongs to it to the state, which, in the person of its bodies, implements the powers delegated to it and ensures the common good based on the implementation of the fundamental principles of a democratic, social, legal state. The principle of separation of powers is considered today as an indispensable feature of such a state, aimed at ensuring freedom and human rights.

It is noted that the theory of separation of state power is the heritage of many generations of thinkers, the result of the evolution of statehood, the search for the most effective mechanisms that protect society and the individual from despotism. In the system of factors that

determined the origin and development of this theory, first of all, it is worth mentioning the historical process that manifested itself in the construction of a higher level of state organization, which resulted in the formation of the concept of democratic, social, and legal statehood.

The author notes that the content of this principle contains ideological, scientific and practical components. As an element of ideology, it plays the most important role in the theory of democracy and the rule of law; from a scientific point of view, it is a means of knowing the objective state-legal reality; in practical terms, it is one of the main constitutional principles of organizing the activities of the state mechanism in democratic states.

Each branch of government should not have any advantage over the other, since it is personified and independent within the limits of the powers granted to it (although in different historical periods one or another state body works particularly actively). At the same time, it is noted that the functions of state power are interdependent and therefore it is impossible to outline clear boundaries between the branches of power. The main purpose of this principle is the decentralization of state power in the system of legislative, executive and judicial authorities to preserve its unity among the people. Such an organization of power contributes to the construction of a democratic, legal, and social state.

Key words: social legal state, principles of organization of social legal state, sovereignty of the people, principle of separation of state power.

УДК 340.12
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.7>

В. Г. Савчук
orcid.org/0000-0002-2698-5966
аспірантка кафедри теорії права та прав людини
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

УНІВЕРСАЛЬНІСТЬ ТА КОМПЛЕКСНІСТЬ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ, АБО ТРИ ЧИ СІМ?

Ідею норм для вирішення (Entscheidungsnormen, norms for decision) конфліктів часто-густо пов'язують з іменем Євгена Ерліха, хоча про неї було відомо і до того (К.Г. Вехтер [1, с. 263] та ін.), а сьогодні вона оригінально розроблена Ф. Мюллером [2, с. 172–175], який в цьому аспекті заступає для сучасного юриста постать Ерліха. Найбільш цікавим науковим результатом Є. Ерліха в частині норм для вирішення є уявлення про те, що існують правові норми, які здатні розв'язувати як догматичні, так і соціологічно-правові проблеми, які постають перед юристом в процесі поведінки з правом. Уявлення, які концентруються навколо такого підходу, можна називати ранньою теорією норм для вирішення. Водночас її розбудова викликає багато сумнівів, з якими важко не погодитися. Тому виникає питання, чи не можна модифікувати згадану ерліхову теорію таким чином, щоб вона відповідала запитам сьогодення. Позитивна відповідь на це питання, яка виливається в сучасну теорію універсальних і комплексних норм для вирішення, уможливило звернення до винесеної в заголовок теми, яка в такій постановці буде мати не тільки історичний, але й *актуальний характер*.

Проблема, про яку йтиметься далі, виникає на перехресті ранньої соціологічної юриспруденції, репрезентованої Є. Ерліхом та ін., і сучасної теорії юридичної аргументації, репрезентованої Р. Алексі та ін. Так, Р. Алексі в своїй програмній статті «Логічний аналіз юридичних рішень» (першодрук 1980 р.), з-поміж іншого, ставить в цілому і загалом питання про відношення норм для вирішення Є. Ерліха [3, с. 22], з одного боку, та правил і принципів, з іншого. Проте посилення на ідею Є. Ерліха має радше церемоніальний, тобто нерозгорнутий, імпліцитний, і, схоже, випадковий характер. Однак до цього питання можна підійти з протилежного боку і розгорнути, експлікувати підходи до відповіді на нього.

В такому разі можна опиратися на публікації Р. Алексі насамперед з його пізнього періоду творчості, тобто етапу захисту своїх поглядів від серйозної критики, який розгортається з приблизно 2000 року. Основна ідея нашої статті запозичена із заголовку статті Р. Алексі «Два чи три?» (2010) [4]. В ній йдеться про те, скільки існує форм застосування права: дві – про них

спеціально йдеться у статті Р. Алексі «Про субсумцію та зважування. Структурне порівняння» (2003) [5] – чи три, тобто чи існує поряд з субсумцією (або дедукцією) і зважуванням ще одна форма? Відповідь Р. Алексі зводиться в цілому і загалом до того, що існує, тобто до «Три!». Наскільки це адекватно з погляду повноти як постановки проблеми, так і відповіді на неї, викликає деякі сумніви, які, наскільки видно, не розсіяні ні самим Р. Алексі, ні іншими авторами, наприклад, А. Кауфманом та ін.

Тому можна поставити таке питання, якщо не тільки три, то скільки? Відповідь на це питання в світлі до того ж комплексних норм для вирішення є невирішеною проблемою, розв'язання якої і пропонується далі.

Корпус текстів Є. Ерліха і Р. Алексі становить концептуальні рамки нашого дослідження. Крім того, ми опираємося на ідеологеми українських та іноземних авторів, які утворюють наше «передрозуміння» в сенсі Й. Ессера, яке імплікує подальший виклад. Йдеться про таких авторів, як: С.І. Максимов (правова реальність, переклад статей Р. Алексі), М.І. Козюбра (орієнтування теорії права на теорію юридичної аргументації), С.П. Рабінович (чинність права), В.В. Трутень (правіжні та інші основні норми), А.Г. Павлюк (відведення як абсолютне заперечення), Я. Шредер (історія 500 років юридичної методології) та ін.

Мета статті – визначити адекватний універсум міркування в частині проблем, з якими юрист стикається при поведінці з правом, і показати, що норма для вирішення є універсальним та комплексним способом їхнього розв'язання.

Для досягнення поставленої мети ми проаналізуємо такі питання: (1) як Є. Ерліх продемонстрував універсальний та комплексний характер норм для вирішення, (2) що собою являє адекватний універсум міркування про форми поведінки з правом, (3) яка регулятивна ідея найкраще підходить для аналізу в цілому і загалом згаданого універсуму, (4) як норми для вирішення комплексно проявляють себе в кожному із форм поведінки з правом.

(1) Творчий доробок Є. Ерліха в частині норм для вирішення і водночас в частині ставлення Є. Ерліха до юриспруденції інтересів можна розділити на 2 етапи. Перший період закриває відоме «Заснування соціології права» (1913) [6], в якому

існує цілий розділ, який називається «Норми для вирішення», проте теорія інтересів береться до уваги тільки лапідарно, а в другому періоді, тобто після 1913 року, Є. Ерліх будує свою теорію норм для вирішення на основі теорії інтересів (юриспруденції інтересів Ф. Гекка).

Продемонструвати тезис про те, як Є. Ерліх розуміє норми для вирішення конфліктів, можна на підставі «Заснування» як праці із першого періоду, де сказано, що: «суддя завжди сам мусить знайти норму для вирішення, чи він вирішує без правоположення чи на підставі правоположення; тільки в другому випадку суддівська норма для вирішення визначається вміщеною в правоположенні нормою для вирішення, в першому випадку вона, навпаки, знаходиться цілком вільно» [6, с. 140]. Цей пасаж слід розуміти так, що норми для вирішення мають стосунок як до зв'язаного, так і до вільного правознаходження, а тому є щодо цього функціонально універсальними.

Теза про комплексне розуміння цих норм Є. Ерліхом підтверджується таким фрагментом із його «Юридичної логіки» (1917/1918), який експлікує їхню структуру: «У матеріально-правовому правоположенні, яке містить норму для вирішення, правовий захист буде обіцятися інтересу завжди тільки під певними передумовами, які демонструють його (інтерес) як гідний захисту, і не проти всякого нападу, а завжди тільки проти певного виду нападів. ... Те, що правоположення говорить про передумови правового захисту й вид нападу, є результатом зважування інтересів, яке спершу показує авторові правоположення, що інтерес, який вимагає захисту, потрібно оцінювати, згідно з його обґрунтуванням і його змістом, вище, ніж інтерес, який спонукав іншу сторону до нападу. Якщо в правоположенні відмовляють інтересу в захисті, тим що задовольняється відведення або заперечення, то це тому, що інтерес нападника оцінюється вище» [7, с. 186–187]. Тут прямо згадуються абсолютні і відносні заперечення як винятки із потенційного правила (відповідно відведення і заперечення (у в.с.), третій вид основних норм – правіжні норми (Anspruch, право вимоги) – Ерліхом також не оминається [7, с. 10]).

Отже, Є. Ерліх розуміє норми для вирішення конфліктів як універсальні і комплексні норми, тобто як норми, які є результатом не тільки зв'язаного правоположеннями правознаходження (питання тлумачення права), але й вільного, незв'язаного чинними правоположеннями правознаходження (питання дальшого творення права в сенсі Савіньї [1, с. 228]), причому ці норми здатні захистити, хоч і не одночасно, як позивача, так і відповідача.

Викладене вище можна взяти за основу для аналізу норм для вирішення в контексті сучас-

ної теорії юридичної аргументації як складової частини юридичної методології.

(2) Сучасна теорія юридичної аргументації окреслює універсум форм поведінки з правом. Під формами поведінки з правом можна розуміти, – об'єднавши терміни Й. Фогеля («поведінки з правом» [8, с. 1]) і Р. Алексі (форми застосування правил і принципів: субсумція і зважування [9, с. 17]) в вислів «форми поведінки з правом», в центрі яких якраз і перебувають форми застосування двох типів правових норм, проте не тільки вони, – всі, на певному рівні абстракції, операції, пов'язані з правом. До форм поведінки з правом потрібно теж зарахувати порівняння випадків, аналіз правових рішень (преюдицій), а також аналіз побічних наслідків застосування правової норми (консеквенцій). Відмітимо, що всі перераховані нами форми можна знайти в творах Р. Алексі, проте з надзвичайно чітким акцентом на 2 формах правозастосування (субсумції і зважуванні).

Всі ці форми, за винятком консеквенцій, адекватно передають зміст юридичного силогізму, а разом з останньою утворюють відповідний універсум міркування, про який йтиметься далі з точки зору, по-перше, регулятивної і конститутивної ідеї права як філософсько-правових передумов оптимального, орієнтованого на І. Канта, праворозуміння, та, по-друге, універсальності та комплексності норм для вирішення.

(3) Серед декількох ідей, які можуть виконувати роль регулятивної ідеї права, нам найбільше імпонує ідея правильності права (або ідея правильного права як варіант). Це пояснюється тим, що цю ідею визнавав регулятивною в сенсі Р. Штамлера Є. Ерліх, який писав про це у своїй програмній праці «Вільне правознаходження і вільна правова наука» (1903) [10, с. 28]. Ідея правильного права у Штамлера орієнтує(ться) на соціальний ідеал, а тому можна говорити про соціальну правильність (позитивного) права.

Р. Алексі інакше вирішує питання про правильність права, оскільки він орієнтує(ться) насамперед на моральний ідеал [11, с. 13]. Такий комплементарний ідеал права – соціальний і моральний – дозволяє сказати, що в універсумі міркування про право мають бути і насправді є юридичні, моральні і соціальні елементи. Так, принципи репрезентують насамперед моральний ідеал, а побічні наслідки застосування правової норми – соціальний. Покажемо, як це потрібно розуміти, на прикладі аналізу форм поведінки з правом і норм для вирішення, тобто в контексті відповідної конститутивної ідеї права або праворозуміння.

(4) Так, Р. Алексі вважає формами застосування права субсумцію і зважування. Цим формам кореспондує прийнятий ним – від Р. Дворкіна – поділ норм на правила і принципи. Правила як

дефінітивні (остаточні) норми мають стосунок до субсумції, а принципи як *prima facie* (спростовно презумптивні) норми – до зважування. Субсумція у Алексі – це логічна операція, а зважування – арифметична. Субсумція і правила належать до виміру чинності права, а принципи і зважування – до виміру ваги. Остання теза також запозичується Р. Алексі у Р. Дворкіна і послідовно проводиться, наприклад, у запереченні можливості використання відношення «правило-виняток» щодо принципів.

Субсумція, в розумінні Р. Алексі, завжди має місце в процесі поведінки з правом, проте цей процес не обмежується тільки субсумцією. Схема субсумції – це схема так званого внутрішнього виправдання, яка має загалом таку добре відому логіку:

норма (питання права)

факт (питання факту)

рішення,

проте доповнену розщепленням «норми» на власне норму і її інтерпретацію, яка формалізується за допомогою ще одного засновку та такого поняття, як семантичні правила: семантичні правила – це, у підсумку, легальні, доктринальні або юдикатурні дефініції. Тому схема набуває такого вигляду, в якому питання права роздвоюється:

норма

інтерпретація норми

факт

рішення.

Схема внутрішнього виправдання чи субсумції має належно експлікувати всі засновки, проте насправді цього не відбувається, оскільки її істотним недоліком є те, що вона абстрагується від структури і змісту застосовної норми. Якщо ж структуру і зміст норми взяти до уваги, то схема субсумції набуває, на нашу думку, такого вигляду:

або норма а, або норма b, або норма с

інтерпретація або а, або b, або с норми

факт

рішення,

де норма а – це правообґрунтовальна норма сама собою, тобто без абсолютного і відносного заперечення, норма b – це правообґрунтовальна норма разом з абсолютним запереченням (абсолютна правозаперечна норма), норма с – це правообґрунтовальна норма разом з відносним запереченням (відносна правозаперечна норма).

Перший рядок говорить про завдання, яке повинен виконувати юрист тоді, коли він застосовує норму позитивного права. Йдеться якраз про формування норми для вирішення, яка може бути або нормою а, або нормою b, або нормою с. Такий процес можна називати також конкретизацією правової норми, що застосовується. Конкретизація може доповнюватися інтерпретацією норми для вирішення. Цим ми показали можливу різ-

ницю між інтерпретацією і конкретизацією. Конкретизація і інтерпретація – це сутність субсумції в частині формування норми для вирішення.

В термінології Р. Алексі, норма для вирішення в рамках субсумції – це не що інше, як правило. З цим варто погодитися і додати, це комплексне (правообґрунтовальне або правозаперечне) правило, яке належним чином проінтерпретоване.

Зважування є, отже, на думку Р. Алексі, формою застосування принципів. Особливість підходу цього автора, яка нам імпонує, полягає в тому, що зважування принципів може і має закінчуватися формуванням правила, тобто норми для вирішення, якщо взяти до уваги викладене вище. Так, він у своїй згаданій вище програмній статті детально це демонструє: в ній аналізується справа про розстріл солдат у Лебаху. Один із покараних злочинців, який мав достроково покинути заклад виконання покарання, протестує проти телеспектаклю, в якому називають його прізвище і демонструється фото. Справа розглядалася Федеральним конституційним судом Німеччини і була вирішена на користь злочинця, причому норма позитивного права, на яку можна було б прямо послатися, була відсутня.

Р. Алексі, проаналізувавши відповідне рішення, показує, що суд, по суті, сформулював, зваживши релевантні принципи, таку норму:

«Отже, у цілому повторне телевізійне повідомлення про тяжку злочинну дію, яке вже не покривається зацікавленістю в актуальній інформації, недопустиме у будь-якому разі тоді, коли воно наражає на небезпеку ресоціалізацію злочинця.» [3, с. 22].

Ця норма якраз і є нормою для вирішення в сенсі Є. Ерліха, проте з одним, на наш погляд, істотним недоліком. Це та норма, яку ми вище назвали нормою а, тобто чиста правообґрунтовальна норма. Водночас суд, по суті, не аналізував ті аспекти, які могли б послужити підставою для відповідного заперечення.

Так виникає проблема неповноти зважування принципів в першому періоді творчості Р. Алексі. На наш погляд, розв'язати цю проблему можна шляхом ще одного або декількох зважувань інших принципів. Ідея та сама, суд як законодавець, в сенсі ст. 1 швейцарського ЦК, має формувати не виключно норму а, але й, можливо, норму b або с. Це залежить від обставин справи, з одного боку, і від визнання можливості додаткових зважувань, з іншого.

Пізніше Р. Алексі задумується над згаданим вище питанням «Два чи три?», тобто намагається розширити універсум міркування з двох до трьох елементів за рахунок порівняння випадків. Ця проблема ставиться ним у статті «Теорія праводобування Артура Кауфмана» [12], а розв'язується у статті «Два чи три?».

Нас тут буде цікавити тільки той факт, що Р. Алексі тісно зближує порівняння випадків з субсумцією і зважуванням (про це свідчить структура і зміст статті). Можна сказати, що, на нашу думку, порівняння випадків – це опосередкована (правилами і/або принципами) форма застосування права. А це означає, що також порівняння випадків закінчується формуванням норм для вирішення, тобто, із застереженнями, правил в сенсі Р. Алексі. Порівняння випадків веде або прямо до правил, або непрямо через зважування принципів, яке має закінчуватися формуванням правила.

Що стосується правових рішень, або преюдицій, то тут, з часів Ерліха, говорять про індукцію. Ця індукція в світлі теорії поділу норм на правила і принципи дозволяє говорити про дефінітивні правові рішення (преюдиції), – це не що, як прецеденти в англо-американському розумінні, і його той чи той відповідник в континентальному праві, – та про *prima facie* правові рішення (преюдиції), тобто про те, що ще не стало прецедентом, але має такий потенціал.

Пояснити те, як утворюються при цьому норми для вирішення, досить легко, якщо погодитися з тим, що тут йдеться саме про індукцію, адже її суттю якраз і є утворення правил за такою, наведеною, наприклад, А. Кауфманом [12, с. 55], *mutatis mutandis* схемою:

рішення
факт
норма.

Ця норма якраз і є нормою для вирішення в експлікованому вище сенсі, це або з самого початку правило, або спочатку принцип, а потім правило із нашим застереженням про комплексність такого правила.

Так само легко пояснити особливості поведінки з побічними наслідками застосування правової норми, оскільки відмінність від преюдицій полягає тільки в тому, що вони завжди мають результатом утворення спочатку принципу, а потім правила. Це пояснюється тим, що, якщо вони відразу вели б до утворення правила, то це були б не побічні наслідки, оскільки побічні правові наслідки – за означенням і за суттю – це чисто емпіричне питання, яке в рамках вирішення проблеми неможливості логічного переходу від факту (досвіду) до норми потребує розв'язання тих проблем, які логікою не вирішуються.

Отже, ми показали, що тепер і справді закритий перелік із 7 форм поведінки з правом має завжди стосунок до норм для вирішення, а тому, оскільки йдеться про адекватний універсум міркування, ці норми є універсальними і мають бути при цьому комплексними, тобто враховувати відношення «правило-виняток (контрправило)», формою вияву якого є відношення правообґрун-

тувальних і правозаперечних правових норм. Ці норми якраз і є нормами для вирішення.

Висновки. Основний висновок зводиться до тези, що норми для вирішення мають універсальний і комплексний характер, оскільки вони, з одного боку, притаманні всім семи адекватним способам поведінки з правом, тобто у разі, коли юрист має справу – окремо чи в комбінації – з нормами (правилами і принципами), випадками, правовими рішеннями і побічними наслідками застосування правової норми (універсальність норм для вирішення), а з іншого боку, в кожній зі згаданих форм юрист повинен мати справу з правилами і винятками (комплексність норм для вирішення). Крім того, слід підкреслити, що

1. Вже у Є. Ерліха сформулювалося універсальне і комплексне розуміння норм для вирішення.

2. Універсум міркування про норми для вирішення складається не із 3, як, із застереженнями, у Р. Алексі, а із 7 форм поведінки з правом.

3. Норми для вирішення з точки зору теорії юридичної аргументації – це в кінцевому рахунку правила в сенсі Р. Алексі, які є комплексним результатом використання всіх 7 форм поведінки з правом.

4. Норми для вирішення співвідносяться з формами поведінки з правом так, що всі ці форми або розпочинаються (субсумція), або закінчуються нормою для вирішення із описаними вище особливостями.

5. Подальше дослідження може бути спрямоване на докладніше з'ясування того, як універсальний і комплексний характер норм для вирішення співвідноситься з протиставленням «правило-виняток (контрправило)».

Література

1. Schröder J. *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*. Band 1: 1500–1933. 3. Aufl. München : C.H. Beck, 2020. XX, 511 S.
2. Müller F. *Juristische Methodik*. 7. Aufl. Berlin : Duncker & Humblot, 1997. 443 S.
3. Alexy R. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. Elemente einer juristischen Begründungslehre* / Alexy, Robert (Hrg.). Baden-Baden, 2003. S. 9–35.
4. Alexy R. *Two or Three? On the Nature of Legal Principles* / ed. by Martin Borowski. Stuttgart, 2010 (= *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2010. Beiheft 119). S. 9–18.
5. Alexy R. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. *Ratio Juris*. 2003, № 16. S. 433–449.
6. Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 S.
7. Ehrlich E. *Die juristische Logik*. Tübingen : Mohr, 1918. VII, 337 S.
8. Vogel J. *Juristische Methodik*. Berlin [u.a.] : Gruyter, 1998. S. IX, 216.
9. Alexy R. *Ideales Sollen und Optimierung. Rechtsstaatliches Strafrecht : Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag / Saliger, Frank (Hrg.)*. Heidelberg, 2017. S. 17–30.

10. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft : Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. Maerz 1903. Leipzig : Hirschfeld, 1903. VI, 40 S.

11. Alexy R. Recht und Richtigkeit. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification* ; Festschrift for Aulis Aarnio / ed. by Werner Krawietz. Berlin, 2000. S. 3–19.

12. Alexy R. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung. *Verantwortetes Recht : die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns* ; Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München / Neumann, Ulfrid (Hrsg.). Stuttgart, 2005. S. 47–66.

Анотація

Савчук В. Г. Універсальність та комплексність норм для вирішення, або Три чи сім? – Стаття.

В статті йдеться про проблему, яка виникає на перетині (ранньої) соціологічної юриспруденції, репрезентованої Євгеном Ерліхом, та сучасної теорії юридичної аргументації, репрезентованої Робертом Алексі, а саме про відношення норм для вирішення як ідеї першого автора і так званих форм поведження з правом, експлікованих так чи так другим автором, передусім у його комплементарних статтях «Про субсумцію та зважування. Структурне порівняння» (2003) та «Два чи три?» (2010).

Мета статті – визначити адекватний універсум міркування в частині проблем, з якими юрист стикається при поведженні з правом, і показати, що норма для вирішення є універсальним та комплексним способом їхнього розв'язання.

Для досягнення поставленої мети ми проаналізуємо такі питання: (1) як Є. Ерліх продемонстрував універсальний та комплексний характер норм для вирішення, (2) що собою являє адекватний універсум міркування про форми поведження з правом, (3) яка регулятивна ідея найкраще підходить для аналізу в цілому і загалом згаданого універсуму, (4) як норми для вирішення комплексно проявляють себе в кожній із форм поведження з правом.

У підсумку констатується, що, по-перше, Є. Ерліх, досліджуючи функцію норм для вирішення, дійшов висновку, що такі норми можуть бути результатом як зв'язаного, так і вільного правознаходження, тобто вони мають щодо цього універсальний характер, а досліджуючи їхню структуру – що вони ґрунтуються на врахуванні інтересів обох учасників конфліктної ситуації, яка потребує правового розв'язання, тобто вони мають щодо цього комплексний характер.

Таке твердження стає відправним пунктом для аналізу норм для вирішення в контексті сучасної теорії юридичної аргументації.

По-друге, показано, що універсум міркування Р. Алексі, який включає такі форми поведження з правом, як: субсумція, зважування та порівняння випадків, тобто відповіддю на питання «Два чи три?» є «Три!», може бути розширений до семи складових, а саме доповнений ще формами поведження з правовими наслідками (преюдиціями) і побічними наслідками застосування правової норми (консеквенціями). Зважаючи на те, що поведження з випадками і правовими рішеннями також може мати дефінітивний (остаточний) і *prima facie* (спростовно презумптивний) характер, – як і у разі поведження з правовими нормами, – а побічні наслідки застосування правової норми можуть бути, за означенням та за своєю суттю, тільки *prima facie*, то на питання «Три чи сім?» потрібно відповісти «Сім!». Всі сім форм поведження з правом, які об'єднані проблематикою дедукції, зважування, порів-

няння і індукції, можна розуміти як елементи конститутивної ідеї права взагалі і теорії норм зокрема.

По-третє, показано, що регулятивною ідеєю права може бути ідея правильного права, підтримувана як Є. Ерліхом, так і Р. Алексі. Норми для вирішення в цілому і загалом є кроком на шляху до її реального втілення.

По-четверте, показано, як у кожній формі поведження з правом комплексно проявляє себе або може проявляти відношення правило-виняток.

Основний висновок зводиться до тези, що норми для вирішення мають універсальний і комплексний характер, оскільки вони, з одного боку, притаманні всім семи адекватним способам поведження з правом, тобто у разі, коли юрист має справу – окремо чи в комбінації – з нормами (правилами і принципами), випадками, правовими рішеннями і побічними наслідками застосування правової норми (універсальність норм для вирішення), а з іншого боку, в кожній зі згаданих форм юрист повинен мати справу з правилами і винятками (комплексність норм для вирішення).

Ключові слова: норма для вирішення, субсумція, зважування принципів, порівняння випадків, індукція і правове рішення, побічний наслідок застосування правової норми.

Summary

Savchuk V. G. Universal and comprehensive nature of norms for decision. Three or seven? – Article.

The article under studies deals with the issue that arises at the intersection of (early) sociological jurisprudence, represented by Eugene Ehrlich, and modern theory of juridical substantiation, represented by Robert Alexy. In other words, it regards the relationship between norms for decision as the idea of the former author and the so-called forms of handling law, explicated in one way or another by the latter author, especially in his complementary articles "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison" (2003) and "Two or Three?" (2010).

The purpose of the article is to determine the adequate universe of reasoning in terms of the problems that a lawyer faces when handling law, as well as to show that a norm for decision is a universal and comprehensive way to solve them.

In order to achieve the above goal, we will consider the following questions: (1) how did E. Ehrlich reflect the universal and comprehensive nature of norms for decision? (2) what is the adequate universe of reasoning on the forms of handling law? (3) which regulatory idea better suits the analysis on the whole, and the above universe, in particular? (4) how are norms for decision comprehensively manifested in each form of handling law?

In conclusion, the article claims that firstly, when studying the functions of norms for decision, E. Ehrlich drew a conclusion that such norms might result from both bound and free law-making (that is, they have a universal nature). At the same time, when studying the structure of norms for decision, E. Ehrlich found out that they rely on taking into consideration the interests of both parties of a legal dispute, the latter requiring a legal resolution. To put it differently, norms for decision are also of comprehensive nature.

This statement may be regarded as a starting point for the analysis of norms for decision in terms of modern theory of juridical substantiation.

Secondly, R. Alexy's universe of reasoning comprises such forms of handling law as subsumption, weighing and comparison of cases. In other words, the answer to the question "Two or Three?" is "Three!" In addition,

this universe of reasoning may be extended to seven constituents by supplementing it with the forms of handling legal effects (prejudices) and side effects of applying a legal norm (consequences). Taking into account that handling cases and legal decisions may also be of definitive (final) and *prima facie* (rebuttably presumptive) nature (as it happens while handling legal norms), and side effects of applying a legal norm (by their definition and essence) may be only of *prima facie* nature, – the answer to the question “Three or Seven?” is definitely “Seven!” All seven forms of handling law, which are united by the issues of deduction, weighing, comparison, and induction, may be perceived as the elements of the constitutive idea of law on the whole, and the theory of norms, in particular.

Thirdly, the regulatory idea of law may coincide with the “idea of correct law”, the latter being shared by both

E. Ehrlich and R. Alexy. Norms for decision on the whole and in general are a step towards the implementation of the above idea.

Fourthly, the article reveals how the correlation “rule-exception” may comprehensively manifest itself in each form of handling law.

The main conclusion of the article under discussion lies in assumption that norms for decision are of universal and comprehensive nature because on the one hand, they are inherent in all seven adequate forms of handling law (the universal nature of norms for decision), and on the other hand, within each of the above norms, a lawyer has to deal with rules and exceptions (the comprehensive nature of norms for decision).

Key words: norms for decision, subsumption, weighing of principles, comparison of cases, induction and legal decision, consequence of applying a legal norm.

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347.934

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.8>

В. В. Бойко

orcid.org/0000-0002-4723-5945аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справПРИНЦИП РОЗУМНОСТІ ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ:
ОКРЕМІ НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОЇ ДЕФІНІЦІЇ

Постановка проблеми. Не даючи принципу розумності легального чіткого визначення, Цивільний процесуальний кодекс України, тим не менш, оперує категорією «розумність» в її різноманітних аспектах – явно чи неявно. Найбільш помітним та уживаним у практичній площині цей принцип виражається в питанні дотримання розумних строків розгляду цивільних справ. Вітчизняні правники, представники цивілістики як науки та юристи-практики на таку категорію, як розумність строків розгляду цивільної справи судом, стали звертати помітну увагу на початку 2000-х р.р. унаслідок початку процесу ухвалення ЄСПЛ рішень проти України за заявами громадян, які скаржилися на порушення їх права на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), п. 1 якої передбачено, що, зокрема, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи *упродовж розумного строку* незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Це обумовлює вибір мети цієї статті – з'ясувати практичні аспекти прояву принципу розумності у цивільному судочинстві.

Звернення до процесуальної доктрини переконує, що принципи процесу завжди перебували у полі наукової уваги як вітчизняних так і зарубіжних вчених різних галузей права, зокрема: С. С. Бичкова, О. Г. Братель, С. В. Васильєв, Є. В. Васьковський, К. В. Гусаров, Н. Ю. Голубева, О. В. Дем'янова, А. І. Дрішлюк, В. В. Комаров, Д. Д. Луспеник, С. О. Короед, В. В. Луць, М. О. Рожкова, О. В. Рожнов, З. В. Ромовська, О. С. Ткачук, В. І. Тertiшніков, Г. П. Тимченко, С. Я. Фурса, М. Й. Штефан, В. В. Ярков та інші.

Виклад основної частини дослідження. Як відомо, Україна ратифікувала Конвенцію в 1997 році Законом № 475/97-ВР від 17 липня 1997 року. Проте і процес імплементації принципів та гарантій Конвенції в національне законодавство, і започаткування процесу застосування судами її норм через призму практики ЄСПЛ, відбувалися досить повільно. Аналізуючи причини

цього, погодимося з О. А. Гончаренко [2, с. 126] в тому, що тлумачення норм Конвенції ЄСПЛ здійснює за концепцією автономного тлумачення, формулюючи автономні поняття та оперуючи ними, а цей специфічний інструмент був невідомим і певною мірою чужим українській правовій системі. Тому знадобився певний час для того, щоб категорії, звичні для рішень ЄСПЛ, органічно увійшли до вітчизняного правозастосування. Одним із таких автономних понять, характерних для практики ЄСПЛ, якраз і є поняття розумного строку розгляду справи, зокрема й цивільної, а тому й цей концепт упроваджувався у вітчизняне правозастосування повільно.

Не зважаючи на ратифікацію Конвенції в 1997 році, поняття «розумний строк розгляду справи» не було відоме цивільному процесуальному законодавству України до 2004 року, адже ЦПК України 1963 року його не містив. Справді, поняття «розумний строк» стосовно розгляду цивільних справ вивчалось та дискутувалось, проте більшою мірою в контексті саме ст. 6 Конвенції, а не стосовно його особливостей застосування в аспекті національного законодавства.

Натомість уперше законодавче закріплення в процесуальному законодавстві вимога здійснити розгляд судом цивільної справи в розумний строк знайшла у ст. 157 ЦПК України в редакції 2004 року, якою було передбачено, що суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця. У виняткових випадках за клопотанням сторони, з урахуванням особливостей розгляду справи, суд ухвалою може продовжити розгляд справи, але не більш як на п'ятнадцять днів. Подібні вимоги ЦПК України в редакції 2004 року передбачав і для судів апеляційної інстанції, установлюючи в ч. 2 ст. 302 ЦПК України в цій редакції вимогу про те, що справа має бути призначена до розгляду у розумний строк, але не пізніше семи днів після закінчення дій підготовки справи до розгляду.

Із прийняттям Закону України № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [17] ЦПК України був викладений у новій редакції. І ми вважаємо за можливе констатувати, що в чинній його редакції поняттю розумності строків розгляду справи надано глибшого й ширшого значення, хоча нормативне закріплення не позбавлене певних формальних недоліків. Розпочнемо з такого недоліку.

Так, про розумний строк розгляду справи як такої прямо йдеться лише у ст. 275 ЦПК України, відповідно до якої суд розглядає справи у порядку спрощеного позовного провадження протягом розумного строку, але не більше шістдесяти днів з дня відкриття провадження у справі. Ні в розділах та главах ЦПК України, що стосуються розгляду судами першої інстанції справ у порядку позовного загального провадження, наказаного, окремого провадження, ні в розділах, які присвячені врегулюванню процесуальної діяльності апеляційного та касаційного судів, вказівок про дотримання судами розумних строків розгляду справ не міститься.

Постає закономірне запитання: невже протягом розумного строку має бути розглянута лише справа, яка розглядається лише судом першої інстанції та лише в порядку спрощеного позовного провадження? Відповідь, ми впевнені, очевидна, – ні. Навпаки, розумним має бути строк розгляду будь-яким судом будь-якої справи, та й загалом судового провадження як такого – від початку розгляду справи судом першої інстанції й до завершення її розгляду в суді касаційної інстанції. Проте законодавець чомусь виділив лише спрощене позовне провадження й лише для суду першої інстанції. Логічного пояснення цьому ми не бачимо, а тому вбачаємо тут формальний недолік законодавчої техніки.

Звісно, на нашу думку, цей недолік має бути усунутий, адже він утворює формальну диспропорцію в ЦПК України між його складовими. Однак ми вважаємо, що вказаний недолік не є істотним, адже змістове значення поняття розумності строків розгляду справи внаслідок цього не втрачається.

Вважаємо, що більш суттєвим та ємним за змістом є те, що тепер, за чинним ЦПК України, розумність строків розгляду справи судом належить до основних засад (принципів) цивільного судочинства. Указане передбачено п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК України. Та більше того, розумні строки розгляду справи судом – це конституційно встановлена основна засада здійснення судочинства будь-якого виду, а не лише цивільного, про що прямо передбачено п. 7 ст. 129 Конституції України.

Як зазначає І. О. Ізарова, з посиланням на класичну працю у сфері цивільного процесу [7, с. 132; 3, с. 214], принципи визначають самостійність галузі права на рівні з предметом і методом правового регулювання, тому вони виражають сутність конкретної галузі права, на їхній основі відбувається побудова всіх інших норм, інститутів, які не можуть суперечити принципам, тож принципи – це правові основи, які уособлюють сутність та єдність відповідної галузі права [7, с. 132; 3, с. 214]. У цьому напрямі ми поділяємо позицію Ізарової І.О., Машкова А., Братасюка М., Костенка О. стосовно того, що у вітчизняній правовій доктрині на зміну позитивістському підходу підходить природно-правовий підхід до здійснення наукових досліджень та розробки наукових концепцій, а отже, розумінні принципів права вже не передбачає їх обов'язкового законодавчого закріплення [7, с. 133; 12; 1; 9].

З огляду на таке, та враховуючи приписи ч. 1 ст. 2 ЦПК України, яка визначає завдання цивільного судочинства, вважаємо цілком очевидним і те, що розумність строків розгляду справи судом має загальний характер і як принцип судочинства повинен застосовуватися судами всіх інстанцій та ураховуватися при визначенні будь-яким судом порядку здійснення провадження в будь-якій справі й стосовно провадження будь-якого виду, навіть якщо про це не вказано прямо в спеціальній нормі процесуального закону як, наприклад, у ст. 275 ЦПК України для розгляду справи у порядку спрощеного провадження. Крім того, законодавець присвятив загальному поняттю розумності процесуальних строків окрему ст. 121 ЦПК України. Цією нормою передбачено (ч. 1 ст. 121 ЦПК України), що суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій.

Указана стаття міститься в Главі 6 «Процесуальні строки» Розділу I «Загальні положення» ЦПК України. Тому її приписи, так само як і приписи п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК України стосовно принципу розумності строків розгляду справи судом як засади цивільного судочинства, повинні застосовуватися при визначенні будь-яким судом порядку здійснення провадження в будь-якій справі й стосовно провадження будь-якого виду.

З огляду на це, видається логічним висновок про те, що розумні строки вчинення судом процесуальних дій у межах розгляду справи (незалежно від виду провадження чи інстанції суду) прогнозовано призведуть у результаті до дотримання розумних строків розгляду справи в цілому. Для досягнення цього результату внаслідок добросовісного і грамотного застосування судами ст. 121 ЦПК України не має суттєвого значення наявність чи відсутність окремої вказівки про необхідність дотримання вимоги розумного строку розгляду справи в усіх розділах (главах) ЦПК України, що

містять процесуальні норми про розгляд справ судами першої, апеляційної та касаційної інстанції та в різних видах проваджень.

У частині абстрактності загального поняття «розумність» відносно, зокрема, явищ чи вчинення діянь, як у цивільному праві, так і в цивільному процесуальному праві, ми погоджуємося з Лукьяненко М.Ф. [11, с. 225], яка вважає, що саме по собі поняття «розумність» у цивільному праві самостійного значення не має, а виступає лиш як ознака, якість іншого явища; розумність надає явищам характеру відносної визначеності й створює саме в сукупності з певними явищами оціночні поняття. Немає сумнівів і в тому, що оціночні поняття мають специфіку процесу їх реалізації внаслідок структурних та функціональних особливостей [11, с. 96].

Незважаючи на те, що Лукьяненко М.Ф. аналізувала поняття розумності в цивільному праві, такі висновки можна екстраполювати й на цивільний процес, адже і в цивільному процесуальному праві поняття «розумність», у тому числі в контексті застосування до строків розгляду справи судом, є оціночним. Характеристика цього поняття як оціночного спричиняє для суду необхідність знати, розуміти та правильно застосовувати його критерії, які б за відсутності визначення поняття принаймні давали змогу судам застосовувати це поняття з однаковими підходами. На нашу думку, це очевидно. Натомість цивільний процесуальний закон оперує поняттям «розумність», у тому числі стосовно строків (учинення процесуальних дій, розгляду справи в цілому), але не дає чіткого визначення поняття «розумний строк розгляду справи».

В якості антитези можемо зауважити, що про розумність процесуального строку йдеться в ч. 2 ст. 121 ЦПК України. Це справді так. Але для надання відповіді на питання того, чи є це визначенням поняття «розумний строк розгляду справи», слід надати додаткові аргументи, які підтвердять чи спростують наведену антитезу. Так, згідно з ч. 2 ст. 121 ЦПК України суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій. Строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню цивільного судочинства. Тобто в указаній нормі йдеться про розумні строки для вчинення процесуальних дій. При цьому, чинний ЦПК України не дає визначення поняттю «процесуальний строк», визначаючи лише види процесуальних строків (ст. 120 ЦПК України), правила його обчислення, перебіг, закінчення, зупинення (ст. ст. 122–125 ЦПК України), а також наслідки пропущення, поновлення та продовження процесуальних строків (ст. ст. 126–127 ЦПК України). Окрім того, бачимо, що в ч. 2 ст. 121 ЦПК України для розкриття змісту поняття «розум-

ний» строк, яке вже саме по собі є оціночним, уживає ще одне оціночне поняття – «достатній» час для вчинення процесуальної дії. Процесуальна норма, в якій містяться два оціночні поняття, обидва без нормативно визначених критеріїв, але одне з яких характеризує інше, на наше переконання, не може вважатися нормою, яка дає визначення терміну чи поняття. Адже по суті положення ч. 2 ст. 121 ЦПК України представляє собою відносно-визначену норму права, що містить складне оціночне поняття.

Тому, на нашу думку, ст. 121 ЦПК України безумовно може й повинна використовуватися для формування уявлення та розуміння поняття «розумний строк розгляду справи». Проте безпосередньо законодавчої дефініції цієї засади судочинства вказана стаття не є. З метою формування власного визначення поняття й принципу «розумний строк розгляду справи» під практичним кутом погляду зауважимо наступне.

Передусім привертає увагу роз'яснення вказаного поняття, як воно свого часу було дане Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у постанові від 17 жовтня 2014 року № 11 «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» [16]. У п. 3 цієї постанови Суд зазначив, що розумним, зокрема, вважається строк, що є об'єктивно необхідним для виконання процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень та розгляду і вирішення справи з метою забезпечення своєчасного (без не виправданих зволікань) судового захисту.

Проте, на наш погляд, дане роз'яснення не можна у повній мірі вважати визначенням поняття «розумний строк розгляду справи». Адже в указаному положенні не міститься жодних критеріїв, умов, ознак чи характеристик, наявності чи відсутності яких можна було б установити, щоб мати можливість зробити висновок стосовно тривалості судового розгляду (на предмет оцінки: була ця тривалість розумною або ж нерозумною).

Більше того, впевнені, що вжитий судом термін «об'єктивно необхідний» за змістом є невласним суті поняття «розумний строк розгляду справи» і не може бути застосований для формування його визначення, адже лексичне значення терміну «об'єктивний» – це той, який існує поза людською свідомістю і незалежно від неї; незалежний від волі, бажань людини [20]. Оскільки організація ведення судового процесу загалом, в тому числі й установлення строків для вчинення процесуальних дій, є завданням саме судді, то відповідно і його, судді, суб'єктивна воля так чи інакше впливатиме на цей процес. Про абсолютну об'єктивність тривалості розгляду справи, тобто повну незалежність від волі судді, йтися не може.

Науковці залишаються стриманими в питанні формулювання визначення поняття «розумний строк розгляду справи». Більшість учених доходять висновку, що це поняття розкривається більшою мірою не самим його визначенням, а критеріями, якими характеризується його зміст, спираючись на практику ЄСПЛ.

Наприклад, В. М. Кравчук, О. І. Угриновська максимально лаконічні. Вони визначають розумний строк розгляду справи як оціночне поняття й зазначають, що в кожному разі розумним слід вважати строк, необхідний суду для правильного вирішення справи у передбаченій законом процесуальній формі. Вони ж указують, що розумний строк не може бути чітко обмежений, проте для оцінки того, чи був даний термін, даних обставинах перевищений чи ні, необхідно опиратися на відповідні критерії [13, с. 417]. В. В. Васильченко під розумним строком пропонує розуміти найкоротший строк для розгляду та вирішення цивільної справи, достатній для надання своєчасного судового захисту порушених, невизаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Він же зазначає, що у кожному випадку розумність і тривалість судового провадження має оцінюватися у відповідності з конкретними обставинами справи та з врахуванням критеріїв, що склалися в практиці ЄСПЛ [22, с. 408–409]. С. С. Бичкова уживає схоже формулювання й стверджує, що розумний строк – це найкоротший строк розгляду і вирішення цивільної справи, достатній для надання своєчасного (без невинуватених зволікань) судового захисту порушених, невизаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів у цивільно-правових відносинах [21, с. 265].

Подібні висновки стосовно обов'язковості врахування певних, напрацьованих практикою ЄСПЛ, критеріїв для оцінки тривалості судового провадження з точки зору дотримання розумних строків розгляду справи роблять С. В. Дяченко та Н. О. Зборовська, аналізуючи принцип розумних строків у цивільному судочинстві [5], В. О. Лягута, вивчаючи критерії визначення розумних строків [10], Т. А. Цувіна, досліджуючи особливості обчислення розумного строку судового розгляду цивільних справ у контексті практики ЄСПЛ [23], П. Д. Гуїван, даючи оцінку українським законодавчим та правозастосовчим реаліям розумного строку розгляду справи [4], О. С. Захарова, розглядаючи процесуальні строки як гарантію своєчасного розгляду цивільної справи [68], К. О. Кисла та С. В. Дяченко, оцінюючи відповідальність за затягування провадження [8], а також С. В. Дяченко та Н. О. Зборовська, узагальнюючи дослідження стосовно принципу розумних строків у цивільному судочинстві [5], Н. Ю. Сакара., розмірко-

вуючи над правовою природою розумного строку розгляду справи [19], та інші.

Викликає інтерес аналіз правової природи «розумного строку» судового розгляду, здійснений Н. Ю. Сакарою, яка внаслідок вивчення з посиланням на доктрину підсумовує, що це поняття можна розцінювати як оціночне, під яким у науці цивільного процесуального права прийняти розуміти загальне, абстрактне, нечітке, поняття, яке виражене в джерелах права, що регулюють порядок цивільного судочинства, та необхідне для того, щоб надати правозастосувачу в рамках конкретної справи відносну свободу дій. Такі поняття орієнтовані на те, щоб судові органи конкретно, з врахуванням особливостей тієї чи іншої ситуації, оцінили фактичну обстановку та конкретизували загальну формулу закону [19, с. 87; 14, с. 33, 37].

Поділяючи наведену позицію авторів, продовжимо її тим, що оціночні поняття, вживані в законі, не потребують жорсткого нормативного регулювання в своїй наповненості змістом. Навпаки, такі категорії, а особливо якщо йдеться про розумність, добросовісність, справедливість, які за своєю суттю є категоріями філософськими, якраз і покликані дати судді можливість розглядом кожної конкретної справи демонструвати не формальне додержання приписів закону, а панування верховенства права в державі, адже, як відомо, розуміння права не дає підстав для його отождолення із законом, який іноді може бути й несправедливим [18].

Закон, у тому числі й процесуальний, сам по собі – набір абстрактних норм і правил, а набирає він «людських рис» і стає справедливим чи несправедливим у процесі його застосування в конкретній ситуації, спорі, конфлікті, до конкретних суб'єктів, із врахуванням конкретних обставин, особливо в процесі розгляду справи судом та в результаті розгляду – в ухвалені судом рішенні. Упевнені, що розумність строків розгляду справи віддзеркалює справедливість ведення судового процесу як такого. Строки розгляду справи так само великою мірою залежать від судді, а тому передусім суддя повинен розуміти зміст цього поняття як концепту та грамотно і добросовісно його використовувати.

Категорії «найкоротший строк», «своечасний», «без невинуватених зволікань», за допомогою яких законодавець намагався дати визначення «розумному строку судового розгляду» є суб'єктивними, тобто залежать від розсуду особи, яка здійснює оцінку строків [19, с. 86]. Такі самі категорії, в тій чи іншій інтерпретації, вживають і науковці. Тобто так чи інакше, але тривалість судового розгляду справи значною мірою залежить від суб'єктивних характеристик судді.

З цього приводу Н. Ю. Сакара справедливо зауважує, що така правова аксіома, по-перше,

є загальним орієнтиром для кожного судді під час розгляду та вирішення цивільної справи, тобто суддя має намагатися розглянути справу у найкоротші строки, не допускаючи поведінки, яка може бути оцінена як така, що призвела до затягування розгляду справи. По-друге, необхідність розгляду справи у розумні строки є незаперечною, тобто її не можна спростувати, оскільки кожна держава, яка ратифікувала Конвенцію, взяла на себе зобов'язання забезпечити права, закріплені в ній. По-третє, розумні строки судового розгляду існують паралельно зі службовими строками, закріпленими на рівні чинного законодавства, тобто паралельно з процесуальними нормами, в яких вказуються проміжки часу, протягом яких суд зобов'язаний вирішити справу. Вони визначають належні часові виміри цивільного процесу. По-четверте, розумні строки судового розгляду закріплені в п. 1 ст. 6 Конвенції й сприяють забезпеченню справедливості судового розгляду, досягненню доступності правосуддя. По-п'яте, для розумних строків судового розгляду притаманний самостійний зміст, відмінний від змісту службових строків, що вироблений прецедентною практикою Європейського суду з прав людини та становить ідеальну часову модель відправлення справедливого правосуддя [19, с. 89-90]. Унаслідок такої характеристики Н. Ю. Сакара пропонує аліне визначення «розумного строку» судового розгляду справи: «розумний строк» судового розгляду справи є оціночним поняттям, правовою аксіомою, що виникла на підставі п. 1 ст. 6 Конвенції та рішень ЄСПЛ щодо його тлумачення, та становить ідеальну часову модель відправлення правосуддя [19, с. 90].

Як бачимо, визначення Н. Ю. Сакарою поняття «розумний строк» розгляду справи виходить за межі процесуального закону як такого. Більше того, Н. Ю. Сакара вважає, що розумні строки судового розгляду існують паралельно зі службовими строками, закріпленими на рівні чинного законодавства, тобто паралельно з процесуальними нормами, в яких вказуються проміжки часу, протягом яких суд зобов'язаний вирішити справу.

З цим важко не погодитися, оскільки поняття «розумний строк» розгляду справи є комплексним оціночним поняттям, своєрідним концептом, але його не можна віднести до процесуальних строків як таких.

Ми вже згадували Лукьяненко М.Ф. та її висновок, що саме по собі поняття «розумність» самостійного значення не має, а виступає лиш як ознака, якість іншого явища; розумність надає явищам характеру відносної визначеності й створює саме в сукупності з певними явищами оціночні поняття [11, с. 225]. Цілком підтримуємо такий висновок і вважаємо, що поняття «розум-

ний строк» розгляду справи не є процесуальним строком у класичному розумінні процесуального строку, притаманному цивільному процесуальному праву. Термін «розумний», якщо він застосовується до строку розгляду справи судом, виступає ознакою цього строку. При цьому ознакою, яка не має чітко визначених законом меж.

Висновки. Не зважаючи на ратифікацію Конвенції в 1997 році, поняття «розумний строк розгляду справи» не було відоме цивільному процесуальному законодавству України до 2004 року, адже ЦПК України 1963 року його не містив. Справді, поняття «розумний строк» стосовно розгляду цивільних справ вивчалось та дискутувалось, проте більшою мірою в контексті саме ст. 6 Конвенції, а не стосовно його особливостей застосування в аспекті національного законодавства.

Розумним має бути строк розгляду будь-яким судом будь-якої справи, та й загалом судового провадження як такого – від початку розгляду справи судом першої інстанції й до завершення її розгляду в суді касаційної інстанції. Виділення законодавцем лише спрощеного позовного провадження й лише для суду першої інстанції є недоліком законодавчої техніки, хоча і неістотним, адже змістове значення поняття розумності строків розгляду справи внаслідок цього не втрачається. Такий недолік утворює формальну диспропорцію в ЦПК України між його складовими.

Розумність строків розгляду справи судом має загальний характер і як принцип судочинства повинен застосовуватися судами всіх інстанцій та ураховуватися при визначенні будь-яким судом порядку здійснення провадження в будь-якій справі й стосовно провадження будь-якого виду, навіть якщо про це не вказано прямо в спеціальній нормі процесуального закону як, наприклад, у ст. 275 ЦПК України для розгляду справи у порядку спрощеного провадження. Крім того, законодавець присвятив загальному поняттю розумності процесуальних строків окрему ст. 121 ЦПК України. Цією нормою передбачено (ч. 1 ст. 121 ЦПК України), що суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій.

Розумні строки вчинення судом процесуальних дій у межах розгляду справи (незалежно від виду провадження чи інстанції суду) прогнозовано призведуть у результаті до дотримання розумних строків розгляду справи в цілому. Для досягнення цього результату внаслідок добросовісного і грамотного застосування судами ст. 121 ЦПК України не має суттєвого значення наявність чи відсутність окремої вказівки про необхідність дотримання вимоги розумного строку розгляду справи в усіх розділах (главах) ЦПК України, що містять процесуальні норми про розгляд справ судами першої, апеляційної та касаційної інстанції та в різних видах проваджень.

Література

1. Братасюк М. Природно-правовий підхід у контексті сучасного правничого методологування. *Публічне право*. 2013. № 4 (12). С. 203–210.
2. Гончаренко О. А. «Розумний строк» розгляду справи у практиці Європейського суду з прав людини. *Форум права*. 2012. № 3. С. 126–131.
3. Гражданский процесс. Под ред. В. В. Яркова. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. 703 с.
4. Гуйван П. Д. Розумний строк розгляду справи. Українські законодавчі та правозастосовні реалії. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 3. С. 144–149.
5. Дяченко С. В., Зборовська Н. О. Принцип розумних строків у цивільному судочинстві. *Південноукраїнський правничий часопис*. № 3. 2019. С. 110–113.
6. Захарова О. С. Процесуальні строки як гарантія своєчасного розгляду цивільної справи. *Форум права*. 2014. № 4. С. 142–146.
7. Ізарова І. О. Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу: монографія. К.: ВД «Дакор», 2015. 336 с.
8. Кисла К. О., Дяченко С. В. Відповідальність за затягування провадження як приклад порушення принципу розумності строків у цивільному процесі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 6. С. 114–117.
9. Костенко О. Що є право? Про основи «натуралітичної» юриспруденції у світлі соціального натралізму. *Право України*. 2010. № 4. С. 83–91.
10. Лагута В. О. Критерії визначення розумних строків. *Форум права*. 2013. № 3. С. 328–332.
11. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут, 2010. 423 с.
12. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи: курс лекцій. К.: Четверта хвиля, 2008. 464 с.;
13. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України. Кравчук В. М., Угриновська О. І. 2-ге вид., перероб. і доп. Х.: Фактор. 2010. 786 с.
14. Опалев Р. О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве. М.: Волтерс Клувер, 2008. 248 с.
15. Петро Гуйван. Значення темпоральних чинників у практиці Європейського суду з прав людини. Поняття розумного строку розгляду справи в національному судочинстві (частина 1). *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 6. С. 24–28.
16. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 року № 11 «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14#Text>.
17. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовт. 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.
18. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі N 1-33/2004 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.
19. Сакара Н. Ю. Про правову природу «розумного строку» судового розгляду. *Юрист України*. 2014. № 3. С. 84–91.
20. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970-1980). URL: <http://sum.in.ua/s/ob.jektyvnyj>.
21. Цивільне процесуальне право України: Підручник: Бичкова С. С., Бірюков І. А., Бобрик В. І. та ін.; За заг. Ред. С. С. Бичкової. К.: Атіка, 2009. 760 с.
22. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. За ред. Є. О. Харитонova, О. І. Харитоновой, В. В. Васильченка, Н. Ю. Голубевої. Х.: Одиссей, 2009. 952 с.
23. Цувіна Т. А. Особливості обчислення розумного строку судового розгляду цивільних справ у контексті практики Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності*. 2015. Вип. 130. С. 95–104.

Анотація

Бойко В. В. Принцип розумності під час розгляду цивільних справ: окремі недоліки законодавчої дефініції. – Стаття.

Стаття присвячена з'ясуванню практичних аспектів прояву принципу розумності у цивільному судочинстві.

Встановлено, що не зважаючи на ратифікацію Конвенції в 1997 році, поняття «розумний строк розгляду справи» не було відоме цивільному процесуальному законодавству України до 2004 року, адже ЦПК України 1963 року його не містив. Справді, поняття «розумний строк» стосовно розгляду цивільних справ вивчалось та дискутувалось, проте більшою мірою в контексті саме ст. 6 Конвенції, а не стосовно його особливостей застосування в аспекті національного законодавства.

Доведено, що розумним визначатися строк розгляду будь-якої справи будь-яким судом та загалом судового провадження як такого – від початку розгляду справи судом першої інстанції й до завершення її розгляду в суді касаційної інстанції. Констатовано, що виділення законодавцем лише спрощеного позовного провадження й лише для суду першої інстанції є недоліком законодавчої техніки, що утворює формальну диспропорцію в ЦПК України між його складовими хоча. При цьому доведено, що змістове значення поняття розумності строків розгляду справи внаслідок цього не втрачається. Обґрунтовано, що розумність строків розгляду справи судом має загальний характер і як принцип судочинства повинен застосовуватися судами всіх інстанцій та ураховуватися при визначенні будь-яким судом порядку здійснення провадження в будь-якій справі й стосовно провадження будь-якого виду, навіть якщо про це не вказано прямо в спеціальній нормі процесуального закону як, наприклад, у ст. 275 ЦПК України для розгляду справи у порядку спрощеного провадження.

Доведено, що розумні строки вчинення судом процесуальних дій у межах розгляду справи (незалежно від виду провадження чи інстанції суду) прогнозовано призведуть у результаті до дотримання розумних строків розгляду справи в цілому. Для досягнення цього результату внаслідок добросовісного і грамотного застосування судами ст. 121 ЦПК України не має суттєвого значення наявність чи відсутність окремої вказівки про необхідність дотримання вимоги розумного строку розгляду справи в усіх розділах (главах) ЦПК України, що містять процесуальні норми про розгляд справ судами першої, апеляційної та касаційної інстанції та в різних видах проваджень. Констатовано, що

стаття 121 ЦПК України може й повинна використовуватися для формування уявлення та розуміння поняття «розумний строк розгляду справи», хоча безпосередньою законодавчою дефініцією цієї засади судочинства вказана стаття не є.

Ключові слова: цивільний процес, судове провадження, принцип розумності, розумний строк, процесуальна діяльність, спрощене провадження

Summary

Boiko V. V. The principle of reasonability when considering civil cases: certain shortcomings of the legislative definition. – Article.

The article is devoted to clarifying the practical aspects of the manifestation of the principle of reasonableness in civil proceedings.

It has been established that despite the ratification of the Convention in 1997, the notion of “reasonable time for consideration of the case” was not known to the civil procedural legislation of Ukraine until 2004, as the Civil Procedure Code of Ukraine of 1963 (hereinafter – the CPC of Ukraine) did not include it. In fact, the notion of “reasonable time” in relation to civil cases has been studied and discussed, but to a greater extent in the context of Article 6 of the Convention, and not in relation to its specific application in the aspect of national legislation.

It has been proved that it is reasonable to determine the term of consideration of any case by any court and in general court proceedings as such – from the beginning of consideration of the case by the court of first instance to the trial completion in the court of cassation. It has been stated that the assignment by the legislator only of summary actions and only for the court of first

instance is a shortcoming of the legislative technique, which establishes formal disproportion in the CPC of Ukraine between its components. At the same time, it has been proved that the importance of the notion of reasonableness of the time frame is therefore not lost. It has been substantiated that the reasonableness of the terms of consideration of the case by the court is of a general nature and as a principle of proceedings should be applied by courts of all instances and taken into account when determining any court proceedings in any case, even if this is not expressly stated in a special rule of procedural law (for example, in Art. 275 of the CPC of Ukraine for consideration of the case in summary hearing).

It has been proved that reasonable terms of commission of procedural actions by court within consideration of the case (regardless of the type of proceedings or instance of a court) are expected to result in a reasonable time frame for the overall consideration of the case as a whole. To achieve this result through fair and competent application by the courts of Article 121 of the CPC of Ukraine, it is not essential that there is or is not a separate indication of the need to comply with the requirement of a reasonable time in all sections (chapters) of the CPC of Ukraine, containing procedural rules for consideration of cases by courts of first, appeal and cassation and in various types of proceedings. It has been stated that Article 121 of the CPC of Ukraine can and should be used to form an idea and understanding of the concept of “reasonable time for consideration of the case”, although direct legislative definition of this principle of justice is not enshrined in this article.

Key words: civil proceedings, court proceedings, reasonableness principle, reasonable term, procedural activity, simplified proceedings.

УДК 346.14: 347.65:64-057.212:347.238.3
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.9>

Г. М. Будурова

orcid.org/0000-0003-4526-5339

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри господарського права і процесу

Національного університету «Одеська юридична академія»

О. П. Подцерковний

orcid.org/0000-0003-1095-3481

доктор юридичних наук, професор,

завідувач кафедри господарського права і процесу

Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОНАСТУПНИЦТВО ПРАВ ТА ОBOB'ЯЗКІВ УПРАВИТЕЛЯ БАГАТОКВАРТИРНИМ БУДИНКОМ ПРИ СТВОРЕННІ ПІДПРИЄМСТВА ШЛЯХОМ ВИДІЛУ

Постановка проблеми. Господарське законодавство України регламентує організаційно-правові засади здійснення господарської діяльності. Для окремих її видів встановлюються підвищені публічні вимоги, обумовлені складністю надаваних послуг/робіт, підвищеними фінансовими ризиками, небезпекою для населення та навколишнього середовища, значенням для держави і суспільства тощо. Для суб'єктів господарювання, які бажають займатись такою діяльністю, це обертається необхідністю отримання дозвільних документів, дотримання кваліфікаційних, репутаційних, організаційно-корпоративних та інших вимог, набуття певного майна та ексклюзивних прав, проходження складних процедурних правил укладання договорів тощо.

Неспроможність окремих суб'єктів господарювання досягти відповідного рівня вимог стає для них серйозним викликом та спонукає вишукувати лазівки у законах та інші незаконні способи набуття права займатись бажаною діяльністю. У свою чергу, суб'єкти господарювання, що набули таке право, також можуть бути зацікавлені у подальшому прихованому продажі вигідного «бізнесу» особам, які б за жодних умов не могли б ним займатися через невідповідність критеріям, що пред'являються нормативними актами до учасників подібних конкурсів та інших кваліфікаційних процедур.

Подібна ситуація має місце і на ринку житлово-комунальних послуг та управління багатоквартирними житловими будинками. Так, останніми роками, із запровадженням суворих вимог щодо порядку укладання договору з надання послуг з управління багатоквартирними будинками та кваліфікаційних, організаційних та інших вимог до особи-управителя, почастишали випадки передачі прав переможця цього конкурсу особам, які у ньому участі не приймали. Однією з таких «схем» є заснування нових юридичних

осіб суб'єктом господарювання-переможцем конкурсу з визначення управителя шляхом виділу, яким права та обов'язки управителя передаються нібито в порядку правонаступництва.

Положення профільних законів щодо окремих загальних питань у сфері здійснення управління багатоквартирними житловими будинками роз'яснюються актами Міністерства розвитку громад та територій України (наприклад, щодо форм управління, правил надання відповідних послуг, ціни на послуги з управління тощо). Наукові праці у цій сфері також здебільшого зосереджені на дослідженні ефективності управління багатоквартирним будинком [1], аналізі переваг та недоліків окремих форм управління [2], [3], тому такі вузькоспеціалізовані питання щодо передавання прав та обов'язків управителя іншій особі, в тому числі, шляхом правонаступництва, вимагають дослідження.

З огляду на відсутність чітких законодавчих вказівок та усталеної судової практики з цього питання, **метою цієї статті** є визначення правомірності переходу прав та обов'язків управителя, призначеного за конкурсом в порядку ч. 5 ст. 13 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» за договорами надання послуг з управління багатоквартирними будинками іншій особі та/або іншим особам створений/им шляхом виділу.

Виклад основного матеріалу. Порядок укладання, зміни і припинення договорів про надання послуг з управління багатоквартирним будинком регламентований ч. 1 ст. 15 Закону України «Про житлово-комунальні послуги»: «Договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком (зміни до нього) від імені всіх співвласників багатоквартирного будинку укладається з визначеним відповідно до законодавства управителем співвласником (співвласниками), уповно-

важеним (уповноваженими) на це рішенням зборів співвласників. Такий договір підписується на умовах, затверджених зборами співвласників, та є обов'язковим для виконання всіма співвласниками. У випадках, визначених законом, договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком укладається від імені співвласників багатоквартирного будинку уповноваженою особою органу місцевого самоврядування» (ч. 1 ст. 15 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» [4]).

Останній випадок, зокрема, передбачений ч. 5 ст. 13 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» (далі – Закон): «У разі якщо протягом одного року з дня набрання чинності цим Законом співвласники багатоквартирного будинку, в якому не створено об'єднання співвласників, не прийняли рішення про форму управління багатоквартирним будинком, управління таким будинком здійснюється управителем, який призначається на конкурсних засадах виконавчим органом місцевої ради, на території якої розташований багатоквартирний будинок. У разі якщо місцевою радою або її виконавчим органом відповідно до законодавства прийнято рішення про делегування іншому органу – суб'єкту владних повноважень функцій із здійснення управління об'єктами житлово-комунального господарства, забезпечення їх утримання та ефективної експлуатації, необхідного рівня та якості послуг, управитель призначається на конкурсних засадах таким органом» [5].

Вирішення питання про правомірність переходу прав та обов'язків управителя, призначеного за конкурсом в порядку ч. 5 ст. 13 Закону за договорами надання послуг з управління багатоквартирними будинками іншій особі та/або іншим особам створеній/им шляхом реорганізації, в т.ч. через виділ, вимагає з'ясування того, чи допускають спірні правовідносини правонаступництво і на яких підставах воно відбувається.

При універсальному правонаступництві до новоутвореної юридичної особи переходить уся сукупність прав та обов'язків юридичної особи, що припиняється. У разі правонаступництва однієї особи – а саме це виникає у разі реорганізації шляхом перетворення – правосуб'єктність новоствореної особи тотожна правосуб'єктності нової особи (навіть ЄДРПОУ не змінюється). У разі правонаступництва при злитті та приєднанні правонаступники набувають усіх без винятку прав та обов'язків юридичної особи. Натомість, при сингулярному правонаступництві обсяг правосуб'єктності новоутвореної особи є відмінним від правосуб'єктності юридичної особи-засновника (яка, до слова, продовжує функціонувати), що викликано власне лише частковим переданням майна та

чітко обмеженого кола прав і обов'язків, що охоплюються правонаступництвом.

Іншими словами, універсальне правонаступництво, що виникає при перетворенні, злитті та приєднанні, презюмує автоматичний, безумовний і всеохоплюючий (повний) перехід усього майна, прав та обов'язків від суб'єкта, що припиняється, до нового суб'єкта. Подібне правило не поширюється на сингулярне правонаступництво в силу різноманітних звичаєвих, договірних та законодавчих процедур щодо належного оформлення та переходу майна, прав та обов'язків. Власне існування розподільчого балансу, за яким передається майно при поділі та виділі, коли цей баланс має на меті конкретизацію обсягу майна та відповідних майнових прав і обов'язків, що передаються новій юридичній особі, підтверджує «сингулярність» (від латинського «singulus» — «одиничний»), тобто вибірковість відповідної передачі.

Адже, як правильно зазначає О.А. Беляневич, внаслідок злиття, приєднання або перетворення правонаступником завжди буде одна особа, будь-який розподіл прав та обов'язків при таких видах реорганізації неможливий [6].

Оскільки як науковою спільнотою, так і судовою практикою неодноразово наголошувалось на принципових відмінностях між універсальним та сингулярним правонаступництвом, а виділ не визнається різновидом припинення або реорганізації юридичної особи, а є одним зі способів створення нової юридичної особи (див., наприклад, постанову Великої Палати Верховного Суду від 30.06.2020 р. у справі № 264/5957/17 [7]) є підстави вважати, що перехід прав та обов'язків у такому випадку є формою договірного правонаступництва, яке має місце при заміні сторони у зобов'язанні, і не є безумовним та автоматичним.

До такого висновку можна дійти аналізуючи, серед іншого, і згадану Постанову ВП ВС у справі № 264/5957/17: «36. ... не є підставою для закриття провадження у справі повністю або частково інформація про припинення шляхом ліквідації юридичної особи-сторони у справі (інформація про відсутність універсального правонаступництва юридичної особи), якщо спірні правовідносини допускають сингулярне правонаступництво прав та обов'язків цієї особи, і до такого припинення відбулася заміна відповідної юридичної особи як сторони у зобов'язанні, якого стосується спір» [7]. Тут слід зазначити, що суд розмежовує питання матеріального і процесуального правонаступництва, але процесуальне правонаступництво у будь-якому разі не може виникнути за відсутності матеріального правонаступництва у спірних правовідносинах, яке є первісним, вихідним. Іншими словами, суд допускає можливість процесуального правонаступництва у випадку належного

оформлення матеріального сингулярного правонаступництва, яке має відбутися не інакше, як шляхом «заміни відповідної юридичної особи як сторони у зобов'язанні, якого стосується спір» [7].

Оскільки потенційний/бажаний перехід прав та обов'язків, що виникли з договорів, стороною яких є юридична особа, з якої здійснюється виділ, передбачає заміну сторони у зобов'язанні, та за умови відсутності законодавчих норм щодо такого переходу, вважаємо обґрунтованим вчинення такої заміни із обов'язковим дотриманням законодавчих засад договірної права.

Слід підкреслити, що у випадку відсутності чіткого правового регулювання певного питання, для його вирішення мають бути, у першу чергу, використані принципи спеціального галузевого законодавства, у даному випадку – цивільного і господарського. Це дозволяє зробити процес правозастосування ефективним, гнучким і одночасно максимально адекватним стану існуючих економіко-правових відносин, а саме право набуватиме в такий спосіб ознак формальної врегульованості та захищеності.

У зв'язку із цим, цілком обґрунтованою видається вимога щодо необхідності належного оформлення переходу частини майна, окремих прав та обов'язків від існуючої юридичної особи утвореній у результаті виділу новій юридичній особі не лише шляхом перелічення у розподільчому балансі, а й шляхом укладення відповідних договорів щодо заміни сторони у зобов'язанні. Зауважимо, що виділ є окремим випадком створення нової юридичної особи і насамперед пов'язується не з об'єктивною необхідністю заміни однієї особи правонаступником (універсальне правонаступництво, що тягне за собою припинення «старої» юридичної особи), а з особистим, вільним бажанням існуючої юридичної особи передати конкретні права та обов'язки, майно іншій і замінити себе у зобов'язанні.

Відтак, за відсутності прямої вказівки закону на такий автоматичний перехід при сингулярному правонаступництві і автоматичне продовження чи збереження дії укладеного договору, новоутворений суб'єкт може стати новою стороною договору лише за умови акцептування/схвалення такої заміни іншою стороною такого договору, оскільки первісна сторона договору не припиняється як юридична особа і продовжує існувати.

Прямим підтвердженням цього висновку слугують і положення ч.3 та ч. 4 ст. 109 ЦК України про взаємну субсидіарну і солідарну відповідальність юридичної особи, з якої був здійснений виділ, та юридичної особи, що утворилася внаслідок виділу, за зобов'язаннями, які були передані новій особі, і зобов'язаннями, що залишилися [8]. Цим встановлюється триваюча взаємопов'язаність двох суб'єктів та навіть стає підґрунтям

для визнання окремими науковцями юридичної особи, створеної в результаті виділу, залежним господарським товариством (ст. 118 ЦК України) або залежним (дочірнім) підприємством (ст. 126 ГК України) [9, 166]. Однак це не означає, що відповідна залежність уможливорює довільну передачу певного комплексу прав та обов'язків в результаті виділу.

Оскільки договір про надання послуг з управління багатоквартирним житловим будинком є двосторонньо зобов'язуючим, заміна управителя має відбуватися з урахуванням положень ЦК України щодо заміни кредитора і боржника в договорі (ст.ст. 512–521).

Одразу зазначимо про неможливість застосування до досліджуваних питань положень п. 2.ч. 1 ст. 512 ЦК України, які передбачають підставою заміни кредитора у зобов'язанні правонаступництво. Системне тлумачення положень ЦК України дозволяє стверджувати, що у даному випадку маються на увазі випадки універсального правонаступництва, тоді як при сингулярному правонаступництві до правонаступника переходить тільки певне право кредитора, як, наприклад, при договірній передачі прав вимоги (цесії). Підставою ж для заміни кредитора внаслідок правонаступництва (так само, як і внаслідок виконання зобов'язання за боржника поручителем, майновим поручителем або іншою особою) буде пряма вказівка акта цивільного законодавства (ч. 3 ст. 11 ЦК України), а також настання певних обставин, які мають юридичне значення (наприклад, перетворення юридичної особи при реорганізації).

Відповідно до положень ч. 3 ст. 512 ЦК України кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це прямо заборонено договором або законом. Такий випадок, зокрема, передбачено у ст. 515 ЦК України: «Заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю». Не обмежуючи переліку таких зобов'язань, законодавець визначив їх узагальнюючу ознаку – пов'язаність з особою кредитора, тим самим орієнтуючи на можливість існування широкого переліку зобов'язань, які в силу пов'язаності із особою кредитора, не можуть виконуватися на користь іншої особи.

Звертає на себе увагу та обставина, що в аналізованому випадку йдеться про передання від існуючої юридичної особи до новоствореної юридичної особи прав та обов'язків, тісно пов'язаних з конкретною організацією або підприємством. Цей «особистий» зв'язок обумовлений спеціальним порядком набуття цих прав та обов'язків існуючою юридичною особою (за конкурсом) та кваліфікаційною оцінкою спроможності існуючої юридичної особи здійснювати ці права та

обов'язки (прим. – надавати послуги управителя), що передбачає наявність в такої особи досвіду надання послуг у цій сфері, необхідного майна/обладнання, підготовлених кадрів тощо. І якщо навіть припустити, що новоутворена особа формально буде наділена майном, необхідним для надання відповідних послуг, компетенційним вимогам (наявності досвіду) вона об'єктивно не зможе відповідати. Як і не відповідатиме законодавчо закріпленому правилу набуття комплексу прав та обов'язків управителя за договором, бо не приймала участі у конкурсі щодо визначення переможця і навіть не існувала на момент його оголошення та проведення.

Тобто, законодавча заборона заміни кредитора у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, обумовлена передусім тією обставиною, що такі зобов'язання за своєю природою не пристосовані до такої передачі і (крім випадків, наприклад, перетворення) не можуть гарантувати повної/універсальної тотожності правосуб'єктності первісного суб'єкта новозаміненому.

Якщо оцінювати правомірність заміни старої юридичної особи на новоутворену в частині прав та обов'язків її як боржника (переведення боргу) за договором управління багатоквартирним житловим будинком, то така заміна може відбутися в силу приписів ст. 520 ЦК України лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Крім того, ст.ст. 521, 513 ЦК вимагають вчинення правочину щодо заміни боржника у зобов'язанні у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання [8].

Разом із тим, у відносинах між управителем та споживачами комунальних послуг, а також органом місцевого самоврядування, який проводить відповідний конкурс, важко чітко кваліфікувати відносини – кредитор-боржник.

Особливо чітко така неможливість спостерігається при укладанні організаційно-господарських договорів та договорів із обмеженням принципу свободи договору через численні формальні вимоги, серед яких проведення конкурсу, процедур публічних закупівель, укладання господарських договорів на організованих ринках капіталу, організованих товарних ринках, ярмарках та публічних торгах тощо, під час яких до учасників пред'являються численні кваліфікаційні вимоги та вимоги дотримання процедурних правил.

Не випадково, в одній зі своїх постанов Велика Палата Верховного Суду (від 10 листопада 2020 року у справі № 638/22396/14-ц), розглядаючи питання можливості відступлення прав вимоги за договором за участю спеціального суб'єкта, дійшла висновку, що така можливість є допустимою лише за умови, що правонаступником також є спеціальний суб'єкт:

«49. Як вбачається з встановлених судами обставин, з укладенням оспорюваного договору про відступлення права вимоги, відбулася заміна кредитодавця, який є фінансовою установою, що має право на здійснення операцій з надання фінансових послуг, на фізичну особу, яка не може надавати фінансові послуги згідно з наведеними нормами права.

50. Фактично сторони спірних договорів уклали ряд угод, завдяки яким здійснили перехід права на вимогу іпотечного майна від банку до фізичної особи. При цьому, оскільки договір факторингу не може бути укладений між банком та фізичною особою, задіяли спосіб переходу формально начебто правильний, проте за змістом такий, що лише приховав дійсні наміри сторін.

51. Крім того, відступлення прав за іпотечним договором ТОВ «Арма Факторинг» могло вчинити лише за умови одночасного здійснення відступлення права вимоги за основним зобов'язанням (кредитним договором) шляхом укладення договору факторингу, стороною якого ОСОБА_1 бути не міг» [10].

Як видається, подібний підхід до оцінювання правомірності переходу прав та обов'язків за договором від однієї особи до третіх осіб має бути застосований у кожному випадку, коли законодавець висуває чіткі умови укладення певного договору – і щодо наявності спеціального суб'єктного складу договірних відносин, і щодо процедури.

Зокрема, відповідно до положень п. 7 ч. 1 ст. Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» управитель багатоквартирного будинку (далі – управитель) – фізична особа – підприємець або юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка за договором із співвласниками забезпечує належне утримання та ремонт спільного майна багатоквартирного будинку і прибудинкової території та належні умови проживання і задоволення господарсько-побутових потреб.

Як вже зазначалось, порядок укладання, зміни і припинення договорів про надання послуг з управління багатоквартирним будинком передбачено Законом «Про житлово-комунальні послуги», а укладення договору від імені співвласників багатоквартирного будинку уповноваженою особою органу місцевого самоврядування – ч. 5 ст. 13 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» [5]. Таким чином, управителем за договором управління багатоквартирним житловим будинком може бути особа – суб'єкт підприємництва, яка перемогла у конкурсі, що проводиться виконавчим органом місцевої ради. При цьому необхідною складовою відповідного конкурсу є пошук суб'єкта, який здатен запропонувати найкращі організаційно-технічні, кадрові та інші

умови «здійснення управління об'єктами житлово-комунального господарства, забезпечення їх утримання та ефективної експлуатації, необхідного рівня та якості послуг» (ч. 5 ст. 13 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку»)[5].

Відповідні критерії встановлені наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 13.06.2016 р. № 150 «Про затвердження Порядку проведення конкурсу з призначення управителя багатоквартирного будинку». Абз. 1 п. 5 Порядку встановлює, що переможцем конкурсу визначається його учасник, що набрав максимальну кількість балів щодо об'єкта конкурсу. Відповідна кількість балів визначається: «ціною послуги» – до 35 балів; «рівнем забезпеченості учасника конкурсу матеріально-технічною базою» – до 15 балів; «наявністю персоналу, що відповідає кваліфікаційним вимогам до професій працівників та має необхідні знання і досвід (з урахуванням договорів щодо залучення співвиконавців)», – до 15 балів; «фінансовою спроможністю учасника конкурсу» – до 15 балів; «наявністю досвіду роботи з надання послуг у сфері житлово-комунального господарства – до 20 балів (п. 6 розділу IV) [11].

Крім того, згідно з п. 2 розділу III Порядку учасники конкурсу мають право, крім передбачених конкурсною документацією, подавати у складі конкурсної пропозиції також інші документи, що підтверджують досвід роботи з надання послуг у сфері житлово-комунального господарства, рівень кваліфікації, знання та досвід персоналу (нагороди, дипломи, свідоцтва, сертифікати, рекомендації тощо).

Права переможця конкурсу обтяжені у цьому випадку публічним елементом, що робить їх необігоздатними. Як відомо, виключенням з загальної презумпції вільної оборотоздатності (вільного відчуження або переходу від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином) зобов'язальних майнових прав, є приписи ч. 1 ст. 178 ЦК України, які передбачають їх невіддільність від фізичної або юридичної особи [8]. Саме наявність публічних конкурсних процедур набуття прав та обов'язків управителя багатоквартирного будинку прив'язує відповідний комплекс прав та обов'язків до особи – переможця конкурсу та перешкоджає його вільній обігоздатності.

У результаті будь-якої договірної форми передачі прав та обов'язків від однієї особи до іншої, а також при поділі чи виділі, правонаступник не може вважатися таким, що повною мірою відповідає тим умовам та конкурсним критеріям, які існували на момент проведення конкурсу та, відповідно, стали підставою для перемоги у конкурсі.

Більш того, навіть злиття та приєднання як форма реорганізації, не призводить до правонаступництва, яке означає повну відповідність новоутвореної особи публічним конкурсним критеріям. Позаяк в результаті злиття чи приєднання може погіршитися стан активів новоутвореного суб'єкта, збільшене боргове навантаження та погіршена репутація новоутвореного суб'єкта всупереч критеріям конкурсу.

По суті, лише перетворення як форма реорганізації юридичної особи за загальним правилом може означати перехід усіх прав та обов'язків, навіть обтяжених публічним елементом, від особи, що припиняється, до нової особи без шкоди публічним інтересам. Адже саме перетворення має характер такої трансформації правосуб'єктності особи, яка повною мірою – якщо не порушує законодавчих вимог щодо організаційно-правової форми особи, яка виграла публічний конкурс – цілісно зберігає усі організаційно-технічні, майнові, репутаційні та реєстраційні елементи правосуб'єктності при реорганізації юридичної особи.

Сингулярне правонаступництво в силу свого обмеженого характеру почасти не дозволяє встановити факт переходу прав та обов'язків за договорами до нової юридичної особи за розподільчим балансом. Особливо, коли відсутня інформація щодо предмета й істотних умов договору, за яким відбулося відступлення прав та передання обов'язків, неможливо встановити точний зміст і обсяг правонаступництва прав та обов'язків за зобов'язаннями, визначеними окремими договорами, вид та форму договору про заміну сторони в зобов'язанні, відповідність таких правочинів ознакам, які мають бути притаманні відповідним договорам тощо (див., наприклад, п. 106 постанови ВП ВС від 11.09.2018 р. у справі № 909/968/16 [12]).

Висновки. Передача прав та обов'язків управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним житловим будинком на суб'єкта, утвореного в результаті виділу (сингулярне правонаступництво), який не приймав участь у конкурсі і не був визнаний переможцем, є прямим порушенням законодавчих приписів ЦК України, Законів України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», «Про житлово-комунальні послуги» та суперечить основним засадам цивільного законодавства – свободі договору, справедливості, добросовісності, розумності.

Використання непередбачених публічними процедурами засобів для довільного передання прав та обов'язків управителя, визначеного на основі публічного конкурсу, на користь третій особі, яка не брала участі у такому конкурсі, з урахуванням відсутності публічної перевірки відповідності такої особи законодавчим приписам щодо здатності здійснювати відповідну діяльність,

ризиків обходу вимог закону та публічного конкурсу в інтересах окремих осіб, має ознаки зловживання правом, коли за зовнішньою правомірністю дій особи можуть приховуватися наміри суб'єкта господарювання обійти умови конкурсу та надати право здійснення відповідної діяльності особам, які у конкурсі не приймали участь, що всупереч справжньому призначенню права на виділ.

Отже, передача в результаті виділу прав та обов'язків управителя багатоквартирного будинку суперечить публічним інтересам, порушує правовий господарський порядок, спотворює результати конкурсних процедур та засади економічної конкуренції, загрожуючи отриманням певними особами економічних переваг в неконкурентний спосіб. Така діяльність створює серйозні ризики і для потенційних споживачів послуг у вигляді їх ненадання чи неналежного надання через передання прав та обов'язків управителя новоутвореним організаціям, які не мають технологій, репутації, технічного та кадрового забезпечення діяльності у цій сфері.

Література

1. Кіріс С.П. Ефективність управління багатоквартирним будинком. *Вісник ХДУ. Серія Економічні науки*. 2021. № 41. URL : <http://ejournal.kspu.edu/index.php/ej/article/view/702>
2. Мирза С.С. Порівняльно-правовий аналіз форм управління багатоквартирним будинком, передбачених чинним законодавством України. *Актуальні проблеми удосконалення чинного законодавства України*. 2017. № 40. С. 117–120.
3. Мороз Н.В., Малетич Т.І. Інноваційні способи управління багатоквартирними житловими будинками. *Механізм регулювання економіки*. 2013. № 4. С. 164–172.
4. Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 09.11.2017 р. № 2189-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018, № 1, С. 1.
5. Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку: Закон України від 14.05.2015 р. № 417-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/417-19> (Дата звернення 11.11.2022).
6. Беяневич О.А. Питання правонаступництва при реорганізації суб'єкта господарювання шляхом злиття. URL : <https://coordynata.com.ua/pitanna-pravonastupnictva-pri-reorganizacii-subekta-gospodaruvanna-slahom-zlitta>
7. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30.06.2020 р. у справі № 264/5957/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458888> (Дата звернення 20.11.2022).
8. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2003, №№ 40–44, С. 356.
9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. За ред. О.В. Дзери (кер.авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. I. 752 с.
10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 10 листопада 2020 року у справі № 638/22396/14-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217995> (Дата звернення 20.11.2022).
11. Про затвердження Порядку проведення конкурсу з призначення управителя багатоквартирного будинку: Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 13.06.2016 р. № 150. *Офіційний вісник України*. (2016). № 52, стор. 69, стаття 1844, код акта 82323/2016.
12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 вересня 2018 року у справі № 909/968/16. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76860058>. (Дата звернення 10.11.2022).

Анотація

Будунова Г. М., Подцерковний О. П. Правонаступництво прав та обов'язків управителя багатоквартирним будинком при створенні підприємства шляхом виділу. – Стаття.

У статті досліджується питання правомірності переходу прав та обов'язків управителя, призначеного за конкурсом в порядку ч. 5 ст. 13 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», за договорами надання послуг з управління багатоквартирними будинками іншій особі та/або іншим особам, створеній/им шляхом виділу.

Доведено, що сингулярне правонаступництво в силу свого обмеженого характеру не дозволяє встановити факт переходу прав та обов'язків за договорами до нової юридичної особи за розподільчим балансом.

Підкреслено, що у результаті будь-якої договірної форми передачі прав та обов'язків від однієї особи до іншої, а також при поділі чи виділі, правонаступник не може вважатися таким, що повною мірою відповідає тим умовам та конкурсним критеріям, які існували на момент проведення конкурсу та, відповідно, стали підставою для перемоги у конкурсі.

Обґрунтовано, що передача прав та обов'язків управителя за договором про надання послуг з управління багатоквартирним житловим будинком на суб'єкта, утвореного в результаті виділу (сингулярне правонаступництво), який не приймав участь у конкурсі і не був визнаний переможцем, є прямим порушенням законодавчих приписів ЦК України, Законів України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», «Про житлово-комунальні послуги» та суперечить основним засадам цивільного законодавства – свободі договору, справедливості, добросовісності, розумності.

Використання непередбачених публічними процедурами засобів для довільного передання прав та обов'язків управителя, визначеного на основі публічного конкурсу, на користь третій особі, яка не брала участі у такому конкурсі, має ознаки зловживання правом. Такий спосіб передання прав (без публічної перевірки відповідності такої особи законодавчим приписам щодо здатності здійснювати таку діяльність) створює ризики обходу вимог закону в інтересах окремих осіб, коли за зовнішньою правомірністю дій особи можуть приховуватися наміри суб'єкта господарювання обійти умови конкурсу та надати право здійснення відповідної діяльності особам, які у конкурсі не приймали участь. Відповідні дії суперечать справжньому призначенню права на виділ.

Ключові слова: правонаступництво, сингулярне правонаступництво, створення юридичної особи, реорганізація, управитель багатоквартирним будинком, конкурс.

Summary

Budurova H. M., Podtserkovnyi O. P. Succession of the rights and obligations of the manager of an apartment building upon creation of an enterprise by separation. – Article.

The article studies the question of the legality of the transfer of rights and duties of the manager appointed by tender in accordance with Part 5 of Art. 13 of the Law of Ukraine «On Peculiarities of Exercising the Right of Ownership in an Apartment Building», according to contracts for the provision of services for the management of apartment buildings to another entity and/or other entities created by separation.

It has been proven that singular legal succession, due to its limited nature, does not allow establishing the fact of the transfer of rights and obligations under contracts to a new legal entity according to the distribution balance.

It is emphasized that as a result of any contractual form of transfer of rights and obligations from one person to another, as well as in the case of division or separation, the successor cannot be considered as fully meeting the conditions and tender criteria that existed at the time of the tender and, accordingly, became the basis for winning the tender.

It is substantiated that the transfer of the rights and responsibilities of the manager under the contract for the provision of services for the management of an apartment

residential building to an entity formed as a result of a separation (singular legal succession), which did not participate in the tender and was not recognized as the winner, is a direct violation of the legislative prescriptions of the Central Committee of Ukraine, the Laws of Ukraine «On Peculiarities of Exercising the Right of Ownership in an Apartment Building», «On housing and communal services» and contradicts the basic principles of civil legislation – freedom of contract, justice, good faith, reasonableness.

The use of means not provided for by public procedures to arbitrarily transfer the rights and duties of the manager, determined on the basis of a public tender, to the benefit of a third person who did not participate in such a tender, has signs of abuse of rights. This method of transfer of rights (without public verification of the compliance of such entity with the legal prescriptions regarding the ability to carry out such activities) creates risks of circumventing the legal requirements in the interests of some entities, when the intentions of the business entity to circumvent the conditions of the tender and grant the right to carry out the relevant activity to entities which did not participate in the tender. The corresponding actions are contrary to the true purpose of the right to secede.

Key words: legal succession, singular legal succession, creation of a legal entity, reorganization, manager of an apartment building, tender.

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.10>

С. М. Лепех

orcid.org/0000-0002-2111-1100*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теорії права та прав людини
Українського католицького університету*

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ ПРО НАДАННЯ СПОЖИВЧИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

Постановка проблеми. Як зазначається у Концепції оновлення Цивільного кодексу України [1] (пункт 5.34), перманентне ускладнення економічного обороту і диференціація договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, поява нових (непоіменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків зумовлює необхідність комплексного перегляду норм підрозділу 1 розділу III Книги п'ятої ЦК України. В процесі рекодифікації національного цивільного законодавства особлива увага має бути приділена аналізу засад застосування договірних конструкцій для забезпечення нормального функціонування ринку фінансових послуг. Специфіка цієї сфери вимагає поєднання публічних та приватних засад правового регулювання. При цьому, як зазначає Панова Л., адміністративні та цивільні правовідносини у сфері банківської діяльності не мають загальних або спільних підстав. Вони існують у правовому симбіозі [2, с. 101–106]. Однак, роль договору як регулятора суспільних відносин залишається вкрай важливою, в тому числі, і для впорядкування механізму надання споживчих фінансових послуг. Особливості застосування договору як самостійного регулятора приватних відносин визначені статтею 6 ЦК України. Договір є індивідуальним актом, в якому абстрактна модель стосунків сторін, змодельована в законодавчій нормі, застосовується для врегулювання відносин конкретних суб'єктів. На думку Луця В.В., в механізмі правового регулювання договірних відносин договір є основною ланкою, яка тісно пов'язана з іншими елементами цього механізму і забезпечує його ефективність в цілому [3, с. 12]. Перед юридичною наукою в цілому і цивілістикою зокрема постає завдання розробити таку теорію цивільно-правового договору, яка враховуватиме особливості правового регулювання договірних відносин на національному і наднаціональному рівнях та тенденції трансформації приватного права в умовах глобалізації [4, с. 16]. Одним із аспектів цього завдання є окреслення особливостей правової природи споживчих договорів про надання фінансових послуг.

Досліджуючи характеристики договору як підстави виникнення цивільно-правового зобов'язання, Васильєва В.В. наголошує, що особливості

договору як правочину полягають у тому, що він запускає механізм реалізації норми, визначає початок виникнення, зміст та обсяг договірних зобов'язань, а також виступає джерелом індивідуальних правил поведінки [5, с. 6]. Практика розроблення договірних прав в межах ЄС йде тим шляхом, що пропонується врегулювання тільки загальних положень про договори, з нормативним закріпленням лише окремих видових конструкцій (наприклад, загальних вимог до договорів про передачу майна у власність, надання послуг) або ж врегулювання окремих видів договорів, які обґрунтовано потребують уваги з боку законодавця через їхню специфічність і зміст, а також можливість зловживань із боку сторін за договором (до прикладу, договір дарування, окремі види послуг) [6, с. 51].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Специфіка договірних регулювань зобов'язань в сфері фінансових послуг обумовлює зосередження на них уваги законодавців і як наслідок тенденцію деталізації законодавчих механізмів застосування договірних конструкцій у цій сфері. Особливості поняття та правової природи таких договорів досліджувались такими вітчизняними науковцями як Амеліна А.С., Безклубий І.А., Дроздова Н.В. та ін., однак, проблемні питання надалі залишаються дискусійними і потребують подальших наукових досліджень.

Метою статті є аналіз поняття, особливостей правової природи договорів про надання споживчих фінансових послуг з метою вдосконалення відповідних договірних конструкцій для забезпечення процесу рекодифікації та гармонізації національного законодавства із засадами ЄС.

Виклад основного матеріалу. Стаття 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», не зважаючи на назву, не містить визначення поняття договору про надання фінансових послуг. У статті 9 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії», яка має назву «Договір про надання фінансової послуги» визначення поняття такої домовленості немає, хоча зазначається, що фінансова послуга надається на підставі договору, який укладається, змінюється, припиняється, виконання зобов'язань за яким забезпечується відповідно до вимог цивільного законодавства України,

з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом та спеціальними законами.

Дроздовою Н.В. запропоновано поняття договору про надання фінансових послуг як довірчого (фідуціарного) правочину, згідно з яким послугонадавач (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб'єкт господарювання) надає за попереднім замовленням послугоотримувача (клієнта) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах [7, с. 7]. З назви випливає, що за правовою природою така домовленість має бути спрямована на надання послуг. Відповідно до частини 1 статті 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. До загальних ознак, що об'єднують усі договірні зобов'язання, які опосередковують надання послуг, Федорченко Н.В. пропонує відносити такі як 1) діяльність виконавця не виражається в речовому результаті; 2) виконавець не гарантує досягнення передбачуваного результату; 3) чинним законодавством не передбачено контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і можливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору; 4) споживання посередницької послуги відбувається в процесі її надання [8, с. 321].

Глави, яка б передбачала загальні положення щодо надання фінансових послуг ЦК України не містить, для цих потреб є спеціальне законодавство. Дроздовою Н.В. виявлено місце договору про надання фінансових послуг як загально-родового правочину в системі групи зобов'язань з надання послуг грошово-кредитного характеру, що обумовлено притаманною їм специфікою предмету і об'єкту, характером їх зустрічного надання і визначеного статусу послугонадавача [7, с. 8].

Класифікації договірних зобов'язань про надання послуг в науковій літературі різняться і за критеріями, і за кількістю груп (типів), видів. Дискусійним є питання щодо місця окремих видів договорів про надання фінансових послуг серед них. Так, до прикладу, виділяють зобов'язання про надання послуг фактичного, юридичного, фактичного та юридичного (змішаного) характеру, а також окремо кредитно-грошового характеру, до яких включають позику, факторинг, страхування, кредит і банківські послуги [9, с. 7]. Телестаковою А.А. обґрунтовано необхідність покладення в основу класифікації договорів про надання послуг економічних категорій та в залежності від спрямованості цієї послуги на конкретний об'єкт з-поміж інших виділено

договори про надання послуг з фінансовими активами (банківські, операції з цінними паперами) [10, с. 7–8]. Голіна О.В. залежно від характеру діяльності договори про надання послуг поділяє на: договори про надання юридичних послуг, тобто які пов'язані із встановленням, зміною, припиненням прав і обов'язків замовника, або пов'язані з наданням замовнику допомоги в реалізації належних йому прав або виконанні обов'язків (договір доручення); договори, спрямовані на надання фактичних послуг, тобто договори про надання послуг, які споживаються в процесі їх надання і не пов'язані з установленням, зміною, припиненням прав і обов'язків замовника (договір зберігання); договори, що поєднують послуги юридичні і фактичні (договір експедиції, договір управління майном); договори про надання фінансових послуг, тобто договори, що ведуть до виникнення у замовника можливості одержання певного доходу (факторинг, банківський вклад, страхування) [11, с. 328]. Отже, автор для виокремлення договірних конструкцій в сфері досліджуваних послуг виділяє таку спільну ознаку як можливість отримати дохід замовником, однак, така можливість може виникати у нього і в разі замовлення інших послуг (наприклад, управління майном). Бервено С.М. вважає, що й самі договори про надання фінансових послуг можуть бути юридичного, фактичного характеру і поділяє їх на три групи: 1) договори про надання фінансових послуг юридичного характеру (факторинг, банківська гарантія, комісія щодо фінансових активів тощо); 2) договори про надання фактичних фінансових послуг (зберігання фінансових активів); 3) договори про надання юридичних і фактичних фінансових послуг (договірне управління фінансовими активами, агентські послуги щодо фінансових активів тощо) [12, с. 256]. При цьому, аналізуючи поійменовані договори, передбачені ЦК України, класифікує їх на типи за юридичною направленістю (юридичним змістом), а договори, передбачені главами 67, 71–74, характеризує одночасно як «4) договори, направлені на встановлення зобов'язань із надання фактичних послуг» та «7) договори, направлені на встановлення зобов'язань з надання фінансових послуг» [12, с. 219]. Або класифікуючи види послуг, які можуть надаватися за підприємницькими договорами, науковці пропонують поряд із юридичними, фактичними, змішаними виділяти ще фінансові, при цьому не уточнюючи чи самостійною є ця група (тип) договорів [13, с. 220–221].

Не можна погодитись із висловленою в літературі позицією щодо правової природи договорів про надання фінансових послуг як змішаних. Так, на думку Трища Р.І. та Кузь С.В., особливість договорів про надання фінансових послуг як договорів змішаного типу в цивільному праві, полягає

в тому, що завжди одним із учасників правочину виступає банк чи інша нефінансова установа у встановлених законом випадках, а предметом дій, як правило, є грошові кошти або інші фінансові активи [14, с. 210]. Очевидно, що зазначені ознаки не мають жодного відношення до характеристики договору як змішаного. Застосування конструкції змішаного договору в цій сфері є можливим за умови, що така домовленість міститиме елементи різних видів договорів, одним із яких може бути й договір про надання фінансових послуг.

Ромовська З.В. відносить договори позики, банківського вкладу та кредиту до групи договорів про передання права власності, а договір страхування – до групи договорів про виконання робіт і надання послуг [15, с. 4]. Таке акцентування уваги на призначенні окремих досліджуваних договорів слугувати підставою набуття речових прав на майно є дуже слушним і вказує на додатковий правовий результат, якого сторони прагнуть досягти. Олюхою В.Г. обґрунтовується висновок про те, що побудова структурної системи договорів можлива і доцільна з використанням одного правового чинника – прав та обов'язків, обумовлених предметом договору, який на кожному етапі поділу відповідно деталізується. При цьому, договори про надання фінансових послуг автор відносить до різних груп: позику, банківський вклад, банківський рахунок, факторинг – до договорів про кредитування та здійснення розрахунків, а страхування – до договорів про надання послуг [16, с. 10]. Схожий підхід було запропоновано Веретельник Л.К., яка відносить досліджувані договори до різних типів: позики – до договорів про передачу майна (речей, товару) у власність, страхування – до договорів про мінімізацію ризиків, а банківського вкладу, кредиту, банківського рахунку, факторингу – до договорів, пов'язаних із проведенням розрахунків і кредитуванням [17, с. 6–7]. Ідея щодо відокремлення договорів, які опосередковують обіг фінансових засобів в окрему самостійну групу (тип) підтримується й іншими науковцями. Так, Харитонов Є.О. та Харитонova О.І., аналізуючи окремі види договорів, зазначають, що вони можуть бути згруповані таким чином: договори про передачу майна у власність, договори про передачу майна у тимчасове користування; договори про надання послуг; договори про виконання робіт; договори у кредитно-розрахункових відносинах; договори про спільну діяльність; договори про забезпечення зобов'язань [18, с. 250]. Також в науковій літературі договори з цінними паперами, емісії електронних грошей, позики, кредиту, страхування пропонують виділяти як договори з фінансовими ресурсами [19, с. 570]. Окремі аспекти такої тенденції спостерігаються і в судовій прак-

тиці. Велика Палата Верховного Суду теж пропонує своє тлумачення щодо співвідношення правової сутності послуги в цілому та фінансової послуги, зокрема, депозитної. Так, в Постанові від 25.01.2022 року № 761/16124/15-ц (провадження № 14-184 цс 20) зауважує, що «не всі договори, які опосередковують зобов'язальні відносини з фінансовими ресурсами, вписуються у класичну модель послуг» [20]. Очевидно, що формування підходу щодо виокремлення усіх чи частини досліджуваних договорів в самостійну групу (тип) обумовлено особливостями економічної та правової сутності фінансової послуги.

Дійсно, договорами про надання фінансових послуг опосередковується обіг майнових благ – фінансових засобів, тобто саме таких активів як об'єктів цивільних прав, цільове використання яких обумовлене, насамперед, метою отримання прибутку або іншої майнової вигоди замовником такої послуги, зокрема, споживачем, або визначеною ним третьою особою. Забезпечити такий корисний ефект дії або діяльності, що становить економічну сутність фінансової послуги, може спеціальний суб'єкт як професійний учасник цього ринку. До того ж, притаманною для цих договорів є додаткова спрямованість на настання також інших правових результатів, яких сторони одночасно прагнуть досягти (до прикладу, передання права власності на фінансові засоби чи права вимоги), тобто на підставі досліджуваних договорів може відбуватися зміна власника або іншого володільця фінансових засобів.

Значна частина договорів про надання фінансових послуг є споживчими. Як зазначає Боднар Т.В., класифікація договорів на підприємницькі і договори споживання дозволяє не лише з'ясувати мету укладення таких договорів, але і визначити особливості їх правового регулювання, зокрема, порядку укладання, зміни і розірвання, визнання недійсним тощо [21, с. 52]. Зважаючи на відсутність законодавчого визначення поняття та особливостей споживчих договорів, науковці намагаються з'ясувати специфіку таких правочинів в різних сферах і виокремити узагальнені ознаки та сформувати відповідну дефініцію. Так, Банасевич І.І. до ознак споживчого договору відносить: суб'єктний склад; мету, з якою придбавається, замовляється або використовується відповідний товар, робота чи послуга; покладення на підприємця переддоговірною обов'язку надати повну та достовірну інформацію про товари, роботи та послуги, наявність особливих способів захисту суб'єктивних прав споживачів та підвищену відповідальність підприємців у разі невиконання чи неналежного виконання споживчого договору [22, с. 79]. Хаврук В.О. зазначає, що для віднесення договорів до споживчих неодмінною ознакою крім публічно-правового характеру є від-

платність [23, с. 54]. Яновицькою Г.Б. виділено такі основні ознаки споживчих договорів: 1) особливий суб'єктний склад, який передбачає наявність суб'єкта підприємницької діяльності або самозайнятої особи та фізичної особи – споживача; 2) публічність споживчого договору; 3) засада приєднання до умов договору, запропонованих суб'єктом підприємницької діяльності; 4) оплатність; 5) присутність обов'язкової інформаційної складової характеристики предмета споживчого договору; 6) консенсуальний характер [24, с. 13]. Натомість Банасевич І.І. наголошує на тому, що не всякий публічний договір є споживчим, а тільки той, в якому контрагентом суб'єкта підприємницької діяльності, який здійснює діяльність із передання товарів, надання послуг чи виконання робіт, буде фізична особа-споживач, яка придбаває відповідні товари, роботи чи послуги для задоволення особистих потреб. Крім того, не кожен споживчий договір є публічним, а тільки той, який прямо визнаний таким законом. Наприклад, договір про надання споживчого кредиту є споживчим договором, однак не є публічним договором, адже чинним законодавством не передбачено обов'язку банку чи іншої фінансової установи встановлювати у кредитних договорах однакові умови для всіх позичальників [22, с. 79]. У сфері надання споживчих фінансових послуг не усім договірним конструкціям притаманний публічний характер, також за моментом укладення є не лише консенсуальні, але й реальні договори.

Висновки. Зважаючи на особливості правової природи досліджуваних зобов'язань, можна зробити висновок, що за договором про надання споживчих фінансових послуг надавач вчиняє дію чи здійснює діяльність з фінансовими засобами в інтересах споживача з метою отримання ним чи третьою особою прибутку чи іншої майнової вигоди для задоволення особистих, сімейних потреб, не пов'язаних із підприємницькою або незалежною професійною діяльністю.

Література

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. https://yurincom.com/legal_news/new_legislation/kontseptsiia-onovlennia-tsyvilnoho-kodeksu-ukrainy/
2. Панова Л. В. Банківські правовідносини: приватно-правовий і публічно-правовий аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2020. № 46. С. 101–106.
3. Луць В.В. Системоутворююча роль категорії «договір» у приватному праві України. *Приватне право і підприємництво*. 2018. № 18. С. 10–14.
4. Резніченко С.В. Поняття цивільно-правового договору: класичний, інструментальний та інтегративний підходи. *Часопис цивілістики*. 2018. Вип. 29. С. 14–17.
5. Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. 23 с.
6. Черняк О.Ю., Абросімов С.А. Оновлення парадигми договірного права в контексті рекодифікації

цивільного законодавства України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Випуск 6. Том 2. С. 49–52.

7. Дроздова Н.В. Договір про надання фінансових послуг в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2005. 27 с.
8. Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія / Н.В. Федорченко. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.
9. Цивільне право (особлива частина). Курс лекцій: навч. посіб./ За ред. І.В. Спасибо-Фатеевої. Харків: ЕКУС, 2022. 640 с.
10. Телестаківа А.А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 25 с.
11. Голіна О.В. Питання класифікації договорів з надання послуг у господарській сфері. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского*. Серія «Юридические науки». Том 26 (65). 2013. № 2-1 (Ч. 1). С. 324–331.
12. Бервено С.М. Проблеми договірного права України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
13. Луць В.В., Великанова М.М. Договори в цивільному праві України: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 264 с.
14. Триш Р.І., Кузь С.В. Договір про надання фінансових послуг як змішаний вид договору у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 3. С. 208–212.
15. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Договірне право: Академічний курс. Львів: ПАІС, 2020. 464 с.
16. Олюха В.Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. 20 с.
17. Веретельник Л.К. Систематизація договорів у цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2007. 19 с.
18. Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр. / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. 2-е вид., перероб. і доп. Одеса: Фенікс, 2011. 456 с.
19. Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печенный, В. И. Крат и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.
20. Постанова ВП ВС від 25.01.2022 № 761/16124/15-ц (14-184 цс 20) <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103133074>
21. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: заг. положення. Навч. посіб. К.: Юстініан. 2007. 280 с.
22. Банасевич І.І. Споживчий договір: поняття та ознаки. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Випуск 5. Том 1. С. 76–80.
23. Хаврук В. О. Проблеми правового забезпечення договірних форм надання споживчих послуг. *Пріоритетні напрямки розвитку правової системи України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (25-26 жовтня 2013 р.)*. Х., 2013. 164 с. С. 52–56.
24. Яновицька Г.Б. Цивільно-правові засоби захисту прав споживачів в Україні: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Львів, 2021. 34 с.

Анотація

Лепех С. М. Правова природа договорів про надання споживчих фінансових послуг. – Стаття

У статті досліджуються проблеми визначення поняття та окреслення особливостей правової природи

договорів про надання споживчих фінансових послуг. В процесі рекодифікації національного цивільного законодавства як етапу гармонізації його із засадами ЄС виникла потреба переглянути засади застосування договірних конструкцій для забезпечення нормального функціонування ринку фінансових послуг. Специфіка цієї сфери вимагає поєднання публічних та приватних засад правового регулювання.

Чинне національне законодавство не містить визначення поняття договору про надання фінансових послуг, його пропонують лише науковці. Автор звертає увагу на те, що в науковій літературі виділяють ознаки зобов'язань про надання послуг, але пропонують різні підходи до виокремлення місця договорів про надання фінансових послуг в системі підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань. Виділяють два основних варіанти вирішення цієї проблеми. Так, частина науковців виділяє ці домовленості як підгрупу договорів про надання послуг, а інші – як самостійну групу. В судовій практиці формується тенденція підтримки самостійності цієї групи зобов'язань. При цьому, заперечується позиція характеристики такого договору як змішаного. Також акцентується увага на те, що не усі споживчі договори про надання фінансових послуг є публічними. За моментом укладення такі договори можуть бути не лише консенсуальні, але й реальні.

В статті проаналізовано позиції науковців щодо правової природи цих домовленостей в системі цивільно-правових договорів. Усі вони звертають увагу на специфіку фінансових послуг. Зважаючи на особливості правової природи досліджуваних зобов'язань, можна зробити висновок, що за договором про надання споживчих фінансових послуг надавач вчиняє дію чи здійснює діяльність з фінансовими засобами в інтересах споживача з метою отримання ним чи третьою особою прибутку чи іншої майнової вигоди для задоволення їхніх особистих, сімейних потреб, не пов'язаних із підприємницькою або незалежною професійною діяльністю.

Ключові слова: фінансова послуга, фінансові засоби, споживач, договір про надання фінансових послуг.

Summary

Lepek S. M. The legal nature of agreements on providing consumer financial services. – Article

The article analyses the problems of delineating the features of the legal nature of agreement on providing financial services. In the process of recodification of national civil legislation as a stage of its harmonizing with the principles of the EU, there was a necessity to review the principles of applying contractual structures to ensure the normal functioning of the financial services market. The specifics of this sphere require a combination of public and private principles of legal regulation.

The current national legislation doesn't contain a definition of the concept of an agreement on providing financial services; it's proposed only by scientists. The author pays attention to the fact that in the scientific literature, features of obligations of providing services are distinguished, but different approaches are offered to distinguishing the place of agreements on providing financial services in the system of grounds for the emergence of civil legal obligations. There are two main options for solving this problem. Thus, some scientists distinguish these agreements as a subgroup of contracts for providing services, and others – as an independent group. In judicial practice, there is a tendency to support the independence of this group of obligations. At the same time, the position of characterizing this contract as mixed is denied. Also, the author pays attention to the fact that not all agreements on providing financial services are public. At the moment of conclusion, such agreements can be not only consensual but also real.

The article analyzes the positions of scientists on the legal nature of these agreements in the system of civil contracts. All of them pay attention to the specifics of financial services. Given the peculiarities of the legal nature of the researched obligations, we can conclude that under the agreement on providing consumer financial services, the provider acts or carries out activities with financial means in the interests of the consumer for its purpose, of the family needs which are not related to entrepreneurial or independent professional activity.

Key words: financial service, financial means, consumer, agreement on providing financial services.

УДК 347.453

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.11>

С. А. Пилипенко

orcid.org/0000-0002-3346-3840*кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ*

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ НАДАННЯ В ОРЕНДУ ОБ'ЄКТІВ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ

Актуальність дослідження. Правочини, предметом яких є нерухоме майно, вважаються однією із найпоширеніших підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань. Серед таких правочинів особливе місце посідає договір оренди об'єктів житлової нерухомості. Не зважаючи на те, що правовій природі зазначеного договору цивілістами було присвячено немало праць, все ж існує коло питань, які залишилися поза увагою науковців. Зокрема, останнім часом, у зв'язку із нестабільністю функціонування банківської системи та валютного ринку, набувають популярності інвестиції в нерухоме майно, у тому числі житлової нерухомості. Тобто і фізичні особи, і суб'єкти підприємницької діяльності все активніше використовують квартири і житлові будинки разом із земельними ділянками, на яких вони розташовані, як інвестиційну нерухомість, що приносить відносно стабільний фінансовий прибуток. Вказаний факт не дозволяє розглядати договори оренди житлової нерухомості виключно через призму цивільно-правових норм, які регулюють найм (оренду) житла, що й обумовлює актуальність обраної тематики дослідження.

Метою статті є дослідження правової природи та сутності договору оренди об'єктів житлової нерухомості з огляду на подвійність правової природи регулювання відносин найму в контексті здійснення надання послуг оренди житлових приміщень як виду підприємницької діяльності.

Стан дослідження теми. Теоретичною основою дослідження стали праці О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, А. С. Довгерт, Ю. В. Морозової, В. Я. Романіва, В. О. Гончаренка, І. І. Позова, І. Р. Калаура, О. М. Семеньки та інших. Однак існуючі наукові доробки, присвячені правовій природі договору оренди (найму) не враховують особливостей правового регулювання досліджуваних правовідносин за участю суб'єкта господарювання як орендаря, що потребує здійснення подальших досліджень у рамках обраної теми.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Податкового кодексу України (далі – ПК України), об'єктами житлової нерухомості є будівлі, віднесені відповідно до законодавства до житлового фонду, дачні та садові будинки. Згідно

із п.п. 14.1.129.1 п.п. 14.1.129 п. 14.1 ст. 14 ПК України до будівель, віднесених до житлового фонду включаються житлові будинки, у тому числі садибного типу та житлові будинки квартирного типу різної поверховості, прибудови до житлового будинку, а також котеджі. При цьому, вказані об'єкти мають бути призначеними для постійного чи тимчасового проживання у них. У зв'язку із цим виникає питання, які саме норми мають регулювати правовідносини, які складаються щодо оренди об'єктів житлової нерухомості: закріплені в § 4 гл. 58 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) «Найм будівлі або іншої капітальної споруди» чи гл. 59 ЦК України «Найм (оренда) житла». На думку І. І. Позова не є предметом договору найму будівлі або іншої капітальної споруди житлові будинки, хоча вони і є будівлями капітального типу (ст. 380 ЦК України), але користування ними здійснюється на підставі договору найму (оренди) житла. При цьому науковець вважає, що вилучення будівель житлового призначення з переліку об'єктів, які можуть бути предметом договору найму будівлі (споруди), має важливе юридичне значення [1, с. 125-126]. Такої ж позиції дотримується В. О. Гончаренко, вказуючи, що норми § 4 гл. 58 ЦК України застосовуються лише щодо оренди будівлі або іншої капітальної споруди (їхні окремі частини) та не можуть бути використані з метою правового регулювання відносин, що виникають щодо споруд житлового призначення [2, с. 14]. О. М. Семенька вказує, що відповідно до ЦК України житло як об'єкт нерухомості виокремлено в окрему правову категорію і не може ототожнюватися з об'єктами, речові права щодо яких виникають з підстав, визначених § 4 гл. 58 «Найм (оренда)» ЦК України [3, с. 56]. Хоча у § 4 гл. 58 ЦК України жодним чином не зазначено, що будівлі або інші капітальні споруди мають бути саме нежитлового призначення, очевидно, що доволі однозначна позиція вчених обґрунтовується тим, що житло як об'єкт нерухомості у ЦК України виокремлюється в окрему правову категорію, а крім того щодо оформлення та державної реєстрації прав, що виникають із договорів найму будівлі (споруди) та найму (оренди) житла також передбачаються різні правила.

Для того, щоб погодитися із наведеними вище твердженнями, або спростувати їх, доцільно з'ясувати визначення поняття «будівля (споруда)» та «житло», а також потенційний суб'єктний склад правовідносин щодо оренди житлової нерухомості. Так, згідно Державного класифікатора будівель та споруд ДК 018-2000 затвердженого та введеного в дію наказом Держстандарту України від 17 серпня 2000 р. № 507, «споруди» – це будівельні системи, пов'язані з землею, які створені з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт. «Будівлі» – це вже різновид споруди, що складаються з несучих та огорожувальних або сполучених (несуче-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів. До будівель відносяться: житлові будинки, гуртожитки, готелі, ресторани, торговельні будівлі, промислові будівлі, вокзали, будівлі для публічних виступів, для медичних закладів та закладів освіти та інше. Так само відповідно до ДБН А.2.2-3:2014 «Склад та зміст проектної документації на будівництво», затверджених наказом Міністерства регіону України від 04.06.2014 р. № 163 будівля – це різновид споруди, що складається з несучих та огорожувальних або сполучених (несуче-огорожувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для життєдіяльності людей та виробництва продукції, а будинок – це різновид будівлі, яка призначена, як правило, для проживання та обслуговування людей. Таким чином, поняття «будівля» вужче за поняття «споруда», але ширше за поняття «будинок» за рахунок цільового призначення та вибору варіантів їх використання.

У свою чергу відповідно до ст. 379 ЦК України житлом фізично особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Згідно зі ст. 6 Житлового кодексу (далі – ЖК) жилі будинки і жилі приміщення призначаються для постійного або тимчасового проживання громадян, надання приміщень у жилих будинках для потреб промислового характеру забороняється. Як зазначає Н. Марценко, у цивільному праві житло розглядається як різновид нерухомості, з визначеними щодо неї правами, функціонально призначеної для проживання фізичної особи [4, с. 122]. Однак питання не лише у самому функціональному призначенні, але і придатності для проживання. Наприклад, ДБН В.2.2-15:2019 Житлові будинки. Основні положення, зазначаються вимоги до окремих елементів житлових будівель, рівень комфорту (у тому числі мінімальні площі та висота приміщень), вимоги до мереж та комунікацій тощо.

Однак в сучасних умовах, починаючи із запровадження обмежувальних карантинних заходів із метою запобігання поширенню на території України коронавірусної хвороби (COVID-19) у 2020 році, а в подальшому і введенням воєнного стану в Україні 24 лютого 2022 року, мільйони людей були і залишаються вимушеними працювати дистанційно, облаштувавши робоче місце вдома. По суті, таке пристосування до обставин, що склалися, не суперечить нормам ЖК та ЦК України, якщо тільки житло не використовується для промислових потреб або стосується діяльності, пов'язаної із переобладнанням житлових приміщень для діяльності, перерахованої у п. 5.40 ДБН В.2.2-15:2019 Житлові будинки. Основні положення, яка здебільшого стосується запобігання порушенню прав та законних інтересів інших мешканців житлових будинків. Тобто законодавством України не забороняється використовувати житло, окрім проживання в ньому, для надання здійснення господарської діяльності, пов'язаної із наданням консультацій (наприклад адвокатом чи психологом), провадженням освітньої діяльності, зйомкою нині популярних відеоблогів для YouTube або зйомки кінофільмів тощо. Подібний підхід відображено зокрема і в практиці Європейського суду з прав людини, згідно якого поняття «житло» у розумінні ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4 листопада 1950 р.) охоплює не лише житло фізичних осіб, але й може поширюватися навіть на офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення [4, с. 123].

Саме тому видається, що у разі використання об'єктів житлової нерухомості (капітальних будівель і споруд, їх окремих частин) не лише із метою проживання, але й з іншою допустимою господарською метою, то цілком допустимо поширювати на договори оренди такого нерухомого майна положення § 4 гл. 58 ЦК України, адже вони враховують особливу цінність такого нерухомого майна, а також надання наймачеві права користування земельною ділянкою, чого в свою чергу не враховують положення ЦК України про оренду житла. Як вірно відзначає В. О. Гончаренко, договір оренди будівлі завжди передбачає порядок використання земельної ділянки, на якій вона розташована, тому цей договір є змішаним із договором найму (оренди) земельної ділянки [2, с. 15]. У свою чергу норми про найм житла застосовуються до регулювання правовідносин з оренди об'єктів житлової нерухомості субсидіарно в частині використання будівлі (або її частини) безпосередньо для проживання.

Договір оренди (найму) об'єктів житлової нерухомості вважається відплатним, оскільки з моменту укладення договору у наймача виникає

обов'язок вносити плату за користування такими об'єктами. Тобто, з одного боку наймач, виплачуючи встановлену суму наймодавцеві, одержує у користування його майно, а з іншого боку, наймодавець, надаючи право користування об'єктом житлової нерухомості, одержує право на плату за найм [5, с. 129]. Однак варто звернути увагу і на те, що систематичне надання в оренду власного або орендованого нерухомого майна з метою отримання постійного доходу, у тому числі об'єктів житлової нерухомості, може бути також видом господарської діяльності, якщо орендодавцем є юридична особа чи фізична особа-підприємець. Так, згідно ст. 3 Господарського кодексу України (далі – ГК України) під господарською діяльністю 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 визначеність. Господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва – підприємцями. Відповідно до ст. 43 ГК України (свобода підприємницької діяльності) підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом.

Згідно положень ст. 259 ГК України окремий вид господарської діяльності може складатися з єдиного простого процесу або охоплювати ряд процесів, кожний з яких входить до відповідної категорії класифікації. Складовою частиною національної системи класифікації є національні класифікатори. Так, відповідно до Класифікації видів економічної діяльності (КВЕД) ДК 009:2010, прийнятої Наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 № 457 основний принцип КВЕД полягає в об'єднанні підприємств, що виробляють подібні товари чи послуги або використовують подібні процеси для створення товарів чи послуг (тобто сировину, виробничий процес, методи або технології), у групи. Основне призначення КВЕД – визначати та кодувати основні та другорядні види економічної діяльності юридичних осіб, відокремлених підрозділів юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців. Об'єктами класифікації у КВЕД є види економічної діяльності юридичних осіб, відокремлених підрозділів юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, що їх на вищих рівнях класифікації групують у галузі. Зокрема, КВЕД передбачає таку галузь економічної діяльності як «Операції з нерухомим майном», яка включає, серед іншого, КВЕД 68.20 «Надання в оренду й експлуатацію власного чи орендованого нерухомого майна». Цей клас як раз включає 1) надання в оренду та управління власним або орендованим нерухомим майном: багатоквартир-

ними будівлями та житлом; нежитловими будівлями, у тому числі виставковими залами, складськими приміщеннями; земельними ділянками (з будь-яким цільовим призначенням); 2) надання будівель, упоряджених або неупоряджених квартир чи апартаментів для довготермінового використання зазвичай на умовах щомісячної або річної оплати.

У контексті надання в оренду об'єктів житлової нерухомості цікавим є підхід, сформульований у ПК України. Зокрема, згідно листа ДФС від 19.01.2016 №919/6/99-99-19-03-02-15 надання послуг із оренди майна за договором оренди є операцією з постачання послуг, адже під постачанням послуг, відповідно до підпункту 14.1.185 пункту 14.1 статті 14 ПКУ, розуміється будь-яка операція, що не є постачанням товарів, чи інша операція з передачі права на об'єкти права інтелектуальної власності та інші нематеріальні активи чи надання інших майнових прав стосовно таких об'єктів права інтелектуальної власності, а також надання послуг, що споживаються в процесі вчинення певної дії або провадження певної діяльності. Така ж позиція викладена у листі ДФС України від 04.08.2016 р. №26595/7/99-99-15-03-02-17 «Про податок на додану вартість [щодо порядку застосування норм податкового законодавства в частині податку на додану вартість при оподаткуванні операцій з надання в оренду рухомого та нерухомого майна]».

Крім того, згідно ст. 283 ГК України за договором оренди одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний строк у володіння та користування майно для здійснення господарської діяльності. Об'єктом оренди можуть бути: нерухоме майно (будівлі, споруди, приміщення).

Таким чином, якщо орендодавцем об'єкта житлової нерухомості є суб'єкт господарювання, що здійснює економічну діяльність з надання в оренду й експлуатацію власного чи орендованого нерухомого майна (у тому числі об'єктів житлової нерухомості) іншому суб'єкту господарювання для здійснення підприємницької діяльності (наприклад для надання в суборенду чи для управління нерухомим майном за винагороду або на основі контракту (діяльність агентств зі стягування орендної плати) тощо), правова регламентація договору оренди житлової нерухомості матиме подвійне місцезнаходження – у господарському та цивільному праві.

Більше того, об'єкти житлової нерухомості можуть включатися до складу інвестиційної нерухомості суб'єкта господарювання. Так, за визначенням Міжнародного стандарту бухгалтерського обліку (МСБО) 40, інвестиційна нерухомість – це нерухомість (земля чи будівля, або частина будівлі, або їх поєднання) утримувана (власником або

орендарем згідно з угодою про фінансову оренду) з метою отримання орендних платежів або збільшення вартості капіталу чи для досягнення обох цілей [6]. Як відзначає Н. Ф. Яремчук, інвестиційна нерухомість по праву власності дає можливість користування, володіння і розпорядження нею для отримання фінансових доходів та збільшення вартості власного капіталу [7].

Отже, з одного боку, договір найму об'єктів житлової нерухомості є одним із видів цивільно-правових договорів, спрямованих на тимчасову передачу майна в користування за плату і є підставою виникнення правовідносин, пов'язаних із використанням об'єкта нерухомості для проживання. При цьому форма і зміст правочину буде регулюватися нормами цивільного права. З іншого боку, в частині систематичного використання житлової будівлі з метою надання послуг оренди як виду підприємницької діяльності або отримання доходів від інвестиційної нерухомості на вказані правовідносини будуть поширюватися господарсько-правові норми.

Висновок. На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що під об'єктами житлової нерухомості розуміються будівлі, призначені та придатні для проживання людей (житлові, садові, дачні будинки, а також їхні частини). Оскільки оренда будівель та інших капітальних споруд, а також оренда житла (у тому числі житлових будинків) регулюється різними нормами цивільного законодавства, серед науковців склалася думка, що будівлі та інші капітальні споруди, які передаються в оренду, мають саме нежитлове призначення, хоча у ЦК України це прямо не закріплено. Цей факт не виключає поширення на правовідносини оренди об'єктів житлової нерухомості норм, закріплених у § 4 гл. 58 ЦК України. Крім того, варто враховувати, що в сучасних умовах житлові приміщення можуть також використовуватися як робоче приміщення для здійснення діяльності непромислового характеру. Також визнання законодавцем такого виду економічної діяльності, як «надання в оренду й експлуатацію власного чи орендованого нерухомого майна», який серед іншого передбачає і довгострокову оренду будівель житлового призначення, а також розвиток операцій з інвестиційною нерухомістю, свідчить про можливість поширення на вказані правовідносини також господарсько-правового регулювання. Вказане дозволяє зробити висновок про подвійну правову природу договорів оренди житлової нерухомості, зокрема якщо орендарем виступає суб'єкт підприємницької діяльності або у разі використання об'єкта оренди для здійснення непромислової господарської діяльності.

Література

1. Позов І. І. Особливості правового регулювання договору найму будівлі або іншої капітальної споруди. *Часопис цивілістики*. 2016. Випуск 18. С. 124–129.
2. Гончаренко В. О. Оренда будівлі або іншої капітальної споруди під час дії обмежувальних карантинних заходів. *Juris Europensis Scientia*. 2020. Випуск 2. С. 13–16.
3. Семенька О. М. Договір найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди за цивільним законодавством України. : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Одеса, 2018. 186 с.
4. Марценко Н. Порівняльно-правова характеристика поняття житла у національному та міжнародному праві. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. Випуск 4 (16). С. 121–125.
5. Калаур І. Р. Договір найму (оренди) житла як підстава виникнення зобов'язання про передачу майна в користування. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України : зб. наук. статей*. 2012. Вип. 28. С. 125–133.
6. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку (МСБО) 40 «Інвестиційна нерухомість»: Стандарт, Міжнародний документ від 01.01.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_026#Text (дата звернення: 30.10.2022).
7. Яремчук Н. Ф. Сутність інвестиційної нерухомості та її правовий зміст. Облік і фінанси АПК. URL: <https://magazine.faaf.org.ua/sutnist-investiciynoi-neruhomosti-ta-ii-pravoviy-zmist.html> (дата звернення: 30.10.2022).

Анотація

Пилипенко С. А. До питання про правову природу надання в оренду об'єктів житлової нерухомості. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню актуальних питань правової природи договору оренди об'єктів житлової нерухомості. Розглядаються нормативні підходи до розуміння оренди нерухомого майна, призначеного для проживання у ньому людей, встановлені у цивільному, господарському та податковому законодавстві. Розмежовуються поняття споруди, будівлі та житлового будинку. Автором досліджується, які саме норми мають регулювати правовідносини, які складаються у сфері оренди об'єктів житлової нерухомості: положення, закріплені в § 4 глави 58 ЦК України «Найм будівлі або іншої капітальної споруди» чи положення глави 59 ЦК України «Найм (оренда) житла». У статті аналізується поняття житла, характерне для національного та міжнародного правового регулювання. Вказується на необхідність розширення розуміння житла не лише як певного приміщення для проживання, але і як місця, призначеного для інших видів життєдіяльності людини, у тому числі дистанційної роботи. Зазначається, що норми про найм житла застосовуються до регулювання правовідносин з оренди об'єктів житлової нерухомості субсидіарно в частині використання будівлі (або її частини) безпосередньо для проживання, поряд із нормами про оренду будівлі як виду капітальної споруди. У свою чергу положення § 4 глави 58 ЦК України застосовуються для врахування умов використання земельної ділянки у разі оренди будівлі, зокрема житлового будинку тощо.

Також у статті надання в оренду об'єктів житлової нерухомості суб'єктами господарювання розглядається як окремий вид економічної діяльності, яка здійснюється для систематичного отримання доходу від підприємництва. Відображається існуючий підхід до надання в оренду об'єктів житлової нерухомості як операції з постачання послуг. Розглядається можливість надання будівель житлового призначення для ведення деяких видів господарської діяльності. Автором аналізується тенденція використання об'єктів житлової нерухомості в інвестиційній діяльності та надання в оренду інвестиційної нерухомості з метою отримання орендних платежів як фінансового доходу.

Ключові слова: договір оренди будівлі; договір оренди (найму) житла; надання послуг; об'єкти житлової нерухомості; інвестиційна нерухомість.

Summary

Pylypenko S. A. On the question of the legal nature of the rent of residential real estate objects. – Article.

The article is devoted to the study of topical issues of the legal nature of the lease agreement for residential real estate. Regulatory approaches to understanding the lease of real estate intended for people to live in it, established in civil, economic and tax legislation, are considered. The concepts of construction, structure and residential building are distinguished. The author examines what kind of rules should govern the legal relations that develop in the field of rental of residential real estate: the provisions enshrined in § 4 of Chapter 58 of the Civil Code of Ukraine "Renting

a building or other capital structure" or the provisions of Chapter 59 of the Civil Code of Ukraine "Hiring (renting) housing". The article analyzes the concept of housing, which is typical for national and international legal regulation. It is noted the need to expand the understanding of housing not only as a specific room for living, but also as a place intended for other types of human activity, including remote work. It is indicated that the rules on renting housing are applied to the regulation of legal relations on the lease of residential real estate objects in a subsidiary way in terms of using the building (or part of it) directly for living, along with the rules on renting a building. In turn, the provisions of § 4 of Chapter 58 of the Civil Code of Ukraine are applied to take into account the conditions for using a land plot in the case of renting a building, in particular a residential building, etc.

Also in the article, the provision of residential real estate for rent by business entities is considered as a separate type of economic activity carried out for the systematic receipt of income from entrepreneurship. The existing approach to the provision of rental of residential real estate objects as a service provision operation is displayed. The possibility of providing residential buildings for conducting certain types of economic activity is being considered. The author analyzes the trend in the use of residential real estate in investment activities and the provision of investment property for rent in order to receive rental payments as financial income.

Key words: building lease agreement; lease agreement (hiring) of housing; provision of services; residential real estate; investment property.

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 342.72

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.12>**К. В. Вербицька***orcid.org/0000-0003-3051-5286**студентка IV курсу**Навчально-наукового інституту права та інноваційної освіти
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ***Р. В. Карпенко***orcid.org/0000-0001-8484-710X**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри цивільно-правових дисциплін**Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОТРЕБ ВИМУШЕНИХ ПЕРЕСЕЛЕНЦІВ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

В даний час, в умовах збройного конфлікту, проблема взаємодії особистості з державою, а також реалізації прав і свобод спільно з обов'язками громадян приймають виняткове значення. Першочергової уваги потребують відносини між державою та внутрішньо переміщеними особами, що виникли в 2014 році з початком війни на сході України, та набули більш загального значення 24 лютого 2022 року з початком повномасштабного вторгнення на територію України Російської Федерації. Слід виділити актуальність теми дослідження, оскільки визначення правового статусу внутрішньо переміщених осіб активно обговорюється в науковому співтоваристві.

Питання забезпечення захисту прав переселенців мало велику кількість недоліків в період 2014 року, при цьому правове закріплення статусу переселенців відображалось в чинних нормах права і, відповідно, у врегульованих юридичних взаєминах. Однак, практичної реалізації не вистачало, відповідно з чим дану проблематику досліджували такі вчені як: В.О. Антонова, Е. Лібанова, Т. Семигіна, Н. Гусак, О. Більовський, О. Балакірева та ін.

На сьогодні, залишається невирішеним питання реалізації гарантій вимушених переселенців в Україні. Перш за все, це стосується доступу до безпечних умов життя, допомоги в матеріальному забезпеченні, працевлаштуванні, соціальній адаптації до нового місця проживання.

Постановка завдання. Завданням даної наукової роботи є перш за все аналіз вже здобутих наукових пропозицій щодо врегулювання житлових потреб потребуючої категорії громадян. Здійснити характеристику національної законодавчої сфери щодо врегулювання цього питання, та схарактеризувати її відповідність до гарантій між-

народного права. Доцільно зробити тлумачення положень щодо регламентації правового статусу вимушених переселенців, здійснити відповідні підсумки.

Результати дослідження. Захист переселенців від соціальних ризиків може здійснюватися як у спеціальних формах, розрахованих виключно на них (наприклад, надання житлового приміщення з фонду житла, призначеного для їхнього тимчасового поселення), так і в рамках загальних організаційно-правових форм соціального захисту. Варто звернути увагу на нормативне закріплення прав та гарантій для внутрішньо переміщених осіб.

Основним законом України закріплено фундамент щодо особливого статусу переселенців на території України, окрім того, в 2014 Верховною радою України був прийнятий Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» відповідно до якого правовий статус переселенців набував значення в функціонуванні різних сфер суспільства. Перш за все, закріплюється право особи на захист від примусового переміщення на будь-якій території України, сприяння держави щодо надання особам кредитів чи іншої фінансової допомоги для забезпечення житлом [1]. Однак, на практичному рівні все є більш неврегульованим. Неочікуваний характер подій на території України зумовив наявність великої кількості проблемних положень, що до цього часу є невирішеними. Перш за все, варто зазначити, що дискримінація щодо внутрішньо переміщених осіб є наявною навіть попри заборону її виявлення. Через прояв дискримінації у великій кількості переселенців виникає проблема щодо оренди житла, через невпевненість орендаря щодо оплати послуг. Крім того, дискримінація впли-

ває на особу також в сфері працевлаштування на новому місці перебування, через недостатність документів для влаштування на нову роботу, чи за інших обставин, що не залежать від неї. Врегулювання цієї проблеми є частковим.

Відповідно до п. 4 ст. 7 Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» особа може отримувати допомогу по безробіттю, якщо останнє місце роботи було втрачене. Однак, кошти що отримує переселенець не можуть забезпечити реалізацію всіх його потреб, тому перед кожною особою постає завдання конкурувати з місцевим населенням. Через велику кількість переміщених осіб в західних областях України деякі ресурси стали обмеженими, так, наприклад, зросла потреба щодо місця в школах та дитячих садках, брак робочих місць, та інше. Через це, у місцевого населення виникає невдоволення своїм правовим становищем, через що дискримінація щодо ВПО збільшується [2, с. 15]. Варто зазначити і позитивний аспект, що супроводжується допомогою волонтерів щодо забезпечення всім необхідним ВПО на перший час, включаючи надання житла, харчування, медичної та психологічної допомоги. Волонтерська діяльність набагато полегшує становище, що виникає в державі, однак, на нашу думку, держава як найшвидше повинна сприяти врегулюванню даної проблематики та створити єдиний державний центр щодо допомоги ВПО за всіма керівними принципами з питань внутрішньо переміщених осіб, які були ратифіковані Україною.

На сьогодні, в юридичну термінологію входить нове поняття «шелтер», що тлумачиться як притулок, тобто, місце, де тимчасово проживають особи, які тимчасово постраждали від війни. В більшості випадків, наявність шелтерів це діяльність волонтерів, які надають допомогу людям на всій території країни.

Важливим є зазначити, що сфера волонтерської діяльності відбувається на рівні державного рівня. На сьогодні в Україні діє волонтерська Р2Р-платформа «СпівДія», вона була ініційована Координаційним штабом з гуманітарних та соціальних питань Офісу Президента України. На офіційному сайті СпівДії можна як надати допомогу так і отримати, позитивним є те, що допомога надається на різних рівнях, тому вона має комплексний характер. На сайті СпівДії – <https://spivdiia.org.ua/> [3], можна отримати всю необхідну інформацію щодо отримання допомоги чи її надання. Допомога здійснюється також щодо підприємців права яких були порушені, СпівДія може надати стартовий капітал чи допомогу щодо реабілітації бізнесу. Важливим є наявність психологічної допомоги особам, які її потребують, це може відбуватися як індивідуальна чи, групова консультація. Функціональні можливості цієї

платформи дозволяють обмінюватися знаннями та досвідом в інтерактивному режимі, проводити первинну підготовку волонтерів з використанням електронних ресурсів, збирання аналітики та всебічну оцінку учасників, що є позитивним.

До речі, повертаючись до питання гарантій забезпечення житлом ВПО виникають деякі проблемні питання, чіткої організаційної системи щодо розміщення ВПО в безпечних житлових приміщеннях не було, через що, на сьогодні велика кількість переселенців перебуває в державних помешканнях, що не призначені для проживання. В перші місяці війни потребуючу категорію громадян приймали в школах, студентських гуртожитках, коледжах, університетах, через що на початку вересня ВПО стикнулися з проблемою пошуку нового житла, через потребу студентів та школярів навчатися офлайн у закладах освіти. Щодо цієї ситуації дала коментар Віце-прем'єр Ірина Верещук, та наголосила на «неможливості примусового виселення даної категорії осіб з приміщень якщо для них не буде надано альтернативного місця проживання» [4]. На нашу думку, ця подія цілком порушує права ВПО, відповідно до частини 8 статті 11 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», місцеві державні адміністрації в межах своїх повноважень забезпечують надання у тимчасове користування внутрішньо переміщеним особам житлового приміщення або соціального житла, придатного для проживання» [1]. Отже, кожна особа має право на отримання тимчасового житла, хоча б до закінчення військових дій, а виселення, є прямим порушенням цього права. Як альтернатива також можливо виділення чи придбання земельних ділянок в сільській місцевості [7; 8] для ВПО за кошти приватних спонсорів, державних чи муніципальних організацій.

На сьогодні, проблема подальшого розміщення осіб чи надання житла знаходиться на контролі Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України. Обов'язок впровадження політики щодо ВПО та створення дієвого механізму щодо захисту їх прав і свободи здійснює Департамент соціально-гуманітарної політики та внутрішньо переміщених осіб який керує процесами надання гуманітарної вимоги в рамках укладених меморандумів з міжнародними організаціями. Офіційний сайт Міністерства соціальної політики України надає відповідну статистику щодо осіб які чекають на отримання грошової допомоги, на 05.10.2022 року 2941 184 осіб включено до списків міжнародних організацій [5]. Наразі, ми говоримо про «Допомогу, що здійснюється на трьох основних рівнях: державному, міжнародному та волонтерському. Державні органи в свою чергу здійснюють верифікацію даних особи, що подала заяву, та приймають

рішення щодо надання гуманітарної допомоги. Позитивним є існування Єдиного державного реєстру отримувачів гуманітарної допомоги, що фактично виокремлює статус ВПО та закріплює за нею право отримати допомогу.

Розглянемо ще один масштабний проєкт щодо допомоги ВПО. З метою запобігання даної проблеми на сьогодні Міністерством розвитку громад та територій України було запроваджено проєкт «Прихисток», що діє на державному рівні та здійснює свою діяльність на волонтерських засадах. Дана платформа передбачає спільне проживання в будинку з його власником, чи без нього на будь-який термін. Порядок надання такої можливості під впливом інтеграційних процесів є доволі легким, потребуючій категорії громадян варто здійснити пошук на державному сайті <https://prykhystok.gov.ua/> [6] та зв'язатися з особою, що надає притулок.

Висновки. Отже, маємо невтішний висновок щодо діяльності державних органів в сфері забезпечення прав ВПО на даний період. Перш за все, проблемні аспекти реалізації пов'язані з стрімкою появою воєнних дій на території України, що супроводжувалася практичною неможливістю допомоги особам в перші місяці війни. З часом ситуація набула значних змін, та на сьогодні в повному обсязі функціонує система «Підтримка з надання гуманітарної допомоги потребуючій категорії населення. Позитивним аспектом, на нашу думку, є діяльність волонтерський платформ, що забезпечують житлом більшість переселенців на сьогодні. В Україні існує низка волонтерських організацій, діяльність яких є ефективною, та забезпечує простий спосіб надання допомоги, що є інтерактивним та модернізованим. Допомога в більшості випадків здійснюється через онлайн ресурси, що прискорює процес їх надання та отримання. Інститут допомоги ВПО на сьогодні є розвинутим в порівнянні з 2014 роком, однак, все ще потребує корегування в питанні організаційних заходів забезпечення житлом.

Література

1. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII : станом на 3 серп. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1706-18#Text> (дата звернення: 20.10.2022).
2. Лібанова Е. Вимушені переселенці: вчора, сьогодні, завтра. Український географічний журнал. 2014. № 3. С. 13–18.
3. СпівДія. З'єднуємо потреби країни з можливостями допомоги. URL: <https://spivdiia.org.ua/> (дата звернення: 16.10.2022).
4. Не можна виселяти ВПО із закладів освіти без надання альтернативного прихистку | Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України. URL: <https://minre.gov.ua/news/ne-mozhna-vyselyaty-vpo-iz-zakladiv-osvity-bez-nadannya-alternatyvnogo-prykhystku?fbclid=IwAR1051c37IFwh>

MhBtBUo6RH8d5aL8GewIRJnumDjlJ2sZ9tZgs2d3b-hB68 (дата звернення: 21.10.2022).

5. Міністерство соціальної політики України. Міністерство соціальної політики України. URL: <https://www.msp.gov.ua/news/22252.html> (дата звернення: 21.10.2022).

6. Прихисток – прихисти своїх. Прихисток – прихисти своїх. URL: <https://prykhystok.gov.ua/find> (дата звернення: 17.10.2022).

7. Тимченко Л. М., Седих Ю. О. Правова природа та особливості договору купівлі-продажу земельних ділянок. Молодий вчений № 11(99), 2021. С. 323–326. URL: <https://molodyivchenyi.ua/index.php/journal/article/view/2570> (дата звернення: 21.10.2022).

8. Krystyna Rezvorovych World experience of the land sale market reform: a temporal legal measure. Philosophy, economics and law review. Volume 1, 2021. P. 76–85. URL: https://phelr.dduvs.in.ua/wp-content/uploads/2021/12/1r/Phelr%20Review_21-22.12.2021-6-76-85.pdf (дата звернення: 21.10.2022).

Анотація

Вербицька К. В., Карпенко Р. В. Забезпечення потреб вимушених переселенців на території України : актуальні питання. – Стаття.

В умовах воєнного стану на території України виникла низка проблем щодо врегулювання питань в сфері забезпечення внутрішньо переміщених осіб загальними потребами для життя. Це викликає значний науковий інтерес до аналізу житлової політики України із забезпечення житлом внутрішньо переміщених осіб, причин, які гальмують реалізацію нормативно-правових приписів у цій сфері, а також до вироблення науково обґрунтованих пропозицій, спрямованих на поліпшення житлового становища цієї категорії громадян України. Дослідження проблеми нормативно-правового забезпечення житлової політики України та механізму її реалізації присвячені праці таких науковців, як О. С. Аврамов, О. В. Білоцький, М. К. Галянич, С. В. Клименко, О. В. Коваль, О. О. Коляда, В. Є. Львов, О. М. Непомнящий, М. В. Скаржинський, Т. М. Тилик, Т. Р. Федосеева та ін. Але проблеми реалізації житлових прав вимушених переселенців майже не розглядалися. Здебільшого вони проводилися в площині складання певних звітів Державної служби статистики, Міністерства соціальної політики, громадських і благодійних організацій, які включено в орбіту цієї проблеми.

Актуальність теми дослідження визначається тенденцією до вимушеного переселення осіб з територій на який відбуваються бойові дії.

Величезні катаклізми соціального економічного, політичного характеру, які торкнулися мільйонів осіб. Сотні тисяч українців вимушені покинути домівки та переселятися в безпечні для життя місця чи в Україні, чи за її межами.

Дана наукова стаття містить загальну характеристику сучасних способів вирішення проблеми щодо допомоги ВПО, надання грошової допомоги, забезпечення житлових потреб, створення відповідних гуманітарних центрів, що надають допомогу даній категорії осіб.

У статті аналізується правове забезпечення житлових прав внутрішньо переміщених осіб в Україні. Зазначається, що нормативні приписи та встановлені ними гарантії на практиці не реалізуються. Велике значення у забезпеченні внутрішньо переміщених осіб житлом в Україні мають інститути громадянського суспільства, як громадські, так і благодійні організації, волонтери.

У статті висвітлені проблеми дискримінації ВПО, що супроводжуються проблемою працевлаштування, пристосування в новому місці проживання. Зайнятість цієї категорії людей часто залежить від допомоги держави та волонтерських центрів. Наукова стаття містить характеристику основних нормативно правових актів якими регулюються питання статусу ВПО та способів їх захисту від зовнішніх факторів.

Ключові слова: внутрішньо переміщена особа, статус ВПО, житло, гарантії, воєний стан, переселенець, вимушене переміщення, тимчасове житло, допомога, внутрішньо переміщена сім'я, соціальна робота, нормативно-правова база, захист конституційних прав, соціальна адаптація, соціальна інтеграція, правове забезпечення, житлові права, вимушені переселенці, інститути громадянського суспільства.

Summary

Verbytska K. V., Karpenko R. V. Ensuring the needs of forced migrants on the territory of Ukraine: current issues. – Article.

In the conditions of martial law on the territory of Ukraine, a number of problems arose regarding the settlement of issues in the field of providing internally displaced persons with general necessities for life

This arouses considerable scientific interest in the analysis of Ukraine's housing policy to provide housing for internally displaced persons, the reasons that inhibit the implementation of regulations in this area, as well as in the development of scientifically based proposals aimed at improving the housing situation of this category of citizens of Ukraine. The study of the problem of regulatory and legal support of the housing policy of Ukraine and the mechanism of its implementation is devoted to the work of such scientists as O.E. Avramov, O.V. Bilotskyi, M.K. Galyantych, S.V. Klymenko, O.V. Koval, O.O. Kolyada, V.E. Lviv, O.M. Nepomniachy, M.V. Skarzhynskyi, T.M. Tilyk, T.R. Fedoseeva and others.

But the problems of realizing the housing rights of forced migrants were almost not considered. For the most part, they were conducted in the area of compiling certain reports of the State Statistics Service, the Ministry of Social Policy, public and charitable organizations, which are included in the orbit of this problem.

The relevance of the research topic is determined by the tendency to forced resettlement of people from the territories where hostilities are taking place.

Huge social, economic and political cataclysms that affected millions of people. Hundreds of thousands of Ukrainians are forced to leave their homes and move to safer places, either in Ukraine or abroad.

This scientific article contains a general description of modern methods of solving the problem of helping IDPs, providing monetary assistance, providing housing needs, creating appropriate humanitarian centers that provide assistance to this category of people.

The article analyzes the legal provision of housing rights of internally displaced persons in Ukraine. It is noted that the regulations and the guarantees established by them are not implemented in practice. Institutions of civil society, both public and charitable organizations, and volunteers are of great importance in providing internally displaced persons with housing in Ukraine.

The article highlights the problems of discrimination of IDPs, which are accompanied by the problem of employment, adjustment in a new place of residence. The employment of this category of people often depends on the help of the state and volunteer centers. The scientific article contains a description of the main regulatory legal acts that regulate the status of IDPs and methods of their protection from external factors.

Key words: internally displaced person, IDP status, housing, guarantees, martial law, displaced person, forced displacement, temporary housing, assistance, internally displaced family, social work, legal framework, protection of constitutional rights, social adaptation, social integration, legal support, housing rights, forced migrants, institutions of civil society.

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.13>**Н. М. Полховська***orcid.org/0000-0001-5707-501X**аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін**Національної академії внутрішніх справ*

ГЕНЕЗА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОФЕСІЙНИХ СПІЛОК ПРАЦІВНИКІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Постановка проблеми. Україна як демократична, соціальна й правова держава вживає заходів щодо втілення в життя загальнолюдських цінностей, прав та свобод особистості. Становлення України як незалежної держави та обрання європейського вектору розвитку є передумовою високого рівня соціально-економічного добробуту та захисту прав і свобод громадян, важливим з яких є право на працю та на об'єднання у професійні спілки.

Держава визнає професійні спілки повноважними представниками працівників і захисниками їх трудових, соціально-економічних прав та інтересів в органах державної влади та місцевого самоврядування, у відносинах з власником або уповноваженим ним органом, а також з іншими об'єднаннями громадян [1].

Сучасні виклики, що постали сьогодні перед нашою державою, зокрема збройна агресія РФ, пандемія коронавірусної хвороби (COVID-19), корупція та інші, посилюють роль професійних спілок, тим самим активізується їх захисна функція – відстоювання інтересів працівників профспілковими організаціями. Проте з боку населення, на жаль, рівня довіри до діяльності профспілкових організацій знижується.

Поміж іншого, нагальним вбачається вдосконалення правового регулювання створення та діяльності громадських організацій, у тому числі й професійних спілок, зокрема професійних спілок працівників правоохоронних органів як одного з ключових елементів громадянського суспільства.

Сучасні тенденції соціально-економічного розвитку нашої країни вимагають від вітчизняного законодавця вдосконалення механізму реалізації конституційних положень щодо забезпечення права на життя та безпеку для життя та здоров'я середовище застосування праці, зокрема включення прав працівників правоохоронних органів у сфері охорони праці до елементів їх правового статусу. Своєю чергою, службово-трудова діяльність працівників правоохоронних органів буде ефективною завдяки забезпеченню належного рівня правового та соціального їх захисту.

В умовах реформування правоохоронної системи України більш глибокого дослідження потребує питання правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників пра-

воохоронних органів. Без здійснення діяльності спеціально уповноважених на це суб'єктів трудового права, поміж яких є і професійні спілки, неможливе належне забезпечення охорони праці працівників правоохоронних органів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблем діяльності професійних спілок як суб'єктів трудового права, їх правового статусу присвячено наукові доробки М. Г. Александрова, С. С. Алексєєва, Б. К. Бегічева, Я. І. Безуглої, О. М. Бондаренка, К. М. Варшавського, В. С. Венедиктова, І. С. Войтинського, Ю. М. Гершанова, Л. Я. Гінцбурга, Г. С. Гончарової, В. М. Горшенєва, В. М. Догадова, І. В. Зуба, Р. І. Кондратьєва, А. М. Курінного, Л. І. Лазор, Р. З. Лівшиця, М. І. Матузова, А. Р. Мацюка, А. В. Міцкевича, Г. К. Москаленка, Б. П. Пастухова, П. Д. Пилипенка, В. І. Прокопенка, О. І. Процєвського, З. К. Симорота, О. В. Смирнова, В. І. Смолярчука, І. О. Снігірьової, В. Г. Ротаня, Є. Б. Хохлова, А. І. Цепіна, Б. О. Шеломова, Г. І. Чанишевої, Л. С. Явіча, І. М. Якушева, О. М. Ярошенко та інших учених.

Однак, незважаючи на ґрунтовні дослідження, залишається низка питань щодо закріплення правового статусу професійних спілок та повноважень, що є одним з найбільш дискусійних у правовій науці. Ураховуючи обставини, що склалися, належне правове регулювання правового статусу професійних спілок, в тому числі професійних спілок працівників правоохоронних органів, є невід'ємною складовою реформування і сприяє підвищенню ефективності функціонування правоохоронної системи загалом.

Метою статті є дослідження генези правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників правоохоронних органів, а також аналіз практики застосування законодавства з досліджуваного питання.

Виклад основного матеріалу. Загальною декларацією прав людини, прийнятою Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй 10 грудня 1948 р., закріплено право кожної людини створювати професійні спілки і входити до професійних спілок для захисту своїх інтересів (ст. 23) [2].

Міжнародна організація праці 17 червня 1948 р. ухвалила Конвенцію про свободу асоціації

та захист права на організацію (набрала чинності 4 липня 1950 р.), якою передбачено, що працівники та роботодавці мають право створювати на свій вибір організації без попереднього на те дозволу, а також право вступати в такі організації з єдиною умовою підлягати статутам цих останніх (ст. 2) [3].

Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. передбачено право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави (ст. 11) [4].

Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права, прийнятим 16 грудня 1966 р., визначено, що «кожна людина має право на свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів. Користування цим правом не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи громадської безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень користування цим правом для осіб, що входять до складу збройних сил і поліції» (ст. 22) [5].

Відповідно до ст. 36 Конституції України «Громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей» [6].

Також Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» передбачено, що громадяни України мають право на основі вільного волевиявлення без будь-якого дозволу створювати професійні спілки з метою представництва, здійснення і захисту своїх трудових та соціально-економічних прав та інтересів, вступати до них та виходити з них на умовах і в порядку, визначених їх статутами, брати участь у роботі професійних спілок [7].

Отже, сьогодні професійна спілка діє відповідно до Конституції України, Законів України «Про об'єднання громадян», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про соціальний діалог в Україні», «Про колективні договори і угоди», Кодексу законів про працю України, інших законів і нормативно-правових

актів України, з урахуванням норм і принципів міжнародного права, конвенцій Міжнародної організації праці, яка є спеціалізованою установою Організації Об'єднаних Націй, та згідно зі Статутом самої організації.

До речі, за часів незалежності України з ініціативи профспілок нашою державою ратифіковано 8 основних Конвенцій Міжнародної Організації Праці (№№ 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 і 182), які стосуються трудових прав та відносин. Саме у цих конвенціях і рекомендаціях закріплені права професійних спілок та гарантії їх діяльності.

Сьогодні професійні спілки є найвпливовішими й наймасовішими громадськими об'єднаннями, які виражають і захищають соціально-трудова інтереси працюючих. Профспілки мають давню історію становлення і розвитку на території України, вивчення якої, а також дослідження правового регулювання їх правового статусу, дасть змогу ширше зрозуміти функції діяльності профспілок, у яких виражається їх сутність і реальна роль.

Вітчизняні науковці, досліджуючи історію становлення профспілок з часів створення першого профспілкового осередку на теренах України, а також правове регулювання їх правового статусу, виокремлюють декілька етапів. Так, А. Р. Мацюк окреслює три етапи становлення профспілок: 1) 1921–1929 рр.; 2) 1929–1992 рр.; 3) 1992 р. – дотепер [8, с. 132]. На переконання Ю. М. Гришиної таких етапів п'ять: 1) 1817–1917 рр.; 2) профспілки доби УНР (1917–1919 рр.); 3) профспілки в УРСР (1919–1990 рр.); 4) профспілки в незалежній Україні (1990–2004 рр.); профспілки періоду постпомаранчевої революції [9, с. 114]. На думку Ф. А. Цесарського, їх дев'ять: 1) 1906–1917 рр.; 2) 1917–1922 рр.; 3) 1922–1933 рр.; 4) 1933–1955 рр.; 5) 1955–1958 рр.; 6) 1958–1965 рр.; 7) 1965–1970 рр.; 8) 1970–1990 рр.; 9) з 1991 р. й до тепер [10, с. 7].

Поява першої профспілкової організації на теренах сучасної України датується 6 листопада 1817 р., коли у приватній друкарні м. Львова було створено захисну організацію працюючих під назвою «Стоваришування взаємної допомоги членів друкарської справи». Проте на той час діяльність профспілок не була врегульована нормами права. Згодом основні умови створення профспілок було регламентовано цісарським патентом, який набув чинності 20 грудня 1859 р. [11, с. 118].

Кінець XIX – початок XX ст. ознаменувався створенням нових профспілкових організацій та виробленням основних принципів профспілкової роботи, які не втратили своєї актуальності дотепер. Передусім йдеться про захист трудових прав, економічних інтересів та соціальних гарантій працюючих, розвиток соціального діалогу та колективно-договірні відносини.

Варто вказати, що на кінець 1905 р. в Україні налічувалося сто сім професійних спілок: тридцять – в Одесі, вісімнадцять – у Києві, тринадцять – у Харкові, одинадцять – в Катеринославі, десять – у Миколаєві, двадцять сім – у Полтаві. Також були створені Центральні бюро професійних спілок у Києві, Катеринославі та Одесі [12].

Перший міжспілковий орган – Центральне бюро професійних спілок (ЦБПС) було створене в Харкові у вересні 1905 р. Першим юридичним актом, що закріплював за найманими працівниками право на створення профспілок стали «Тимчасові правила про професійні товариства», введені 4 березня 1906 р. [13, с. 23].

Поява перших колективних договорів між підприємцями та працівниками припадає на період революції 1905–1907 рр. Саме цей факт засвідчив здатність працівників виробляти і відстоювати нові умови найму та можливість закріплювати їх у відповідних правових документах.

Не вдаючись в подробиці історичних етапів становлення та розвитку професійних спілок, лише зазначимо, що, як переконують статистичні документи першої половини 20-х рр. ХХ ст., саме в той час починають формуватися галузеві профспілки. Так, наприклад, на кінець 1920 р. профспілки РОБОС налічували 76 266 осіб – робітників освіти, робітників розумової праці, профспілок Медсандруку, Радторгслужбовців тощо [14, с. 14–17].

В Україні втручання в незалежність профспілок було розпочате в квітні 1921 р. на Всеукраїнському з'їзді профспілок. Саме з цього періоду починається наступ на їхню нейтральність й нав'язується повна залежність українського профруху від Всесоюзної центральної ради професійних спілок (ВЦРПС) – органу, що здійснював керівництво всією діяльністю профспілок СРСР у проміжках між з'їздами. З середини 1960-х до середини 1980-х років профспілкові організації остаточно сформували певну модель, яка відповідала радянському суспільству [15].

У жовтні 1990 р. Установчим з'їздом професійних організацій України було оголошено про створення правонаступниці Укрпрофради – Федерації незалежних профспілок України (ФНПУ), діяльність якої спрямовується на виконання своїх основних функцій щодо соціального захисту.

З становленням України як незалежної держави розпочалася консолідація профспілкових об'єднань. Станом на 1998 рік вже було 10 національних міжгалузевих об'єднань і 14 галузевих профспілок, що не ввійшли до складу міжгалузевих центрів. Найчисленнішою серед них була Федерація профспілок України, котра об'єднувала 17,7 млн осіб. Усього до профспілок України входило 23,5 млн осіб [16].

15 вересня 1999 р. було схвалено спеціальний закон, який визначав особливості правового

регулювання, засади створення, права й гарантії діяльності профспілок, – Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [7].

Своєю чергою, особливості застосування цього Закону у Збройних Силах України (для військовослужбовців), Національній поліції, Державній кримінально-виконавчій службі України, Службі безпеки України, Службі зовнішньої розвідки України встановлюються відповідними законами.

Отже, історично започатковані в епоху зародження капіталізму з метою здійснення колективного захисту трудових прав та інтересів найманих робітників, професійні спілки сьогодні набули значного авторитету у суспільстві та державі і залишаються найефективнішими захисниками трудових прав та інтересів своїх членів [17].

Поділяємо слушну думку Н. А. Циганчук, яка стверджує, що, незважаючи на те, що профспілки можуть вступати у відносини, які регулюються різними галузями права (конституційним, адміністративним, цивільним, соціального забезпечення тощо), визначальними є відносини, що регулюються трудовим правом, оскільки основним завданням професійних спілок є захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів своїх членів. Саме трудове право концентрує абсолютну більшість прав та обов'язків профспілок, що дають змогу визначити їх правове становище, правосуб'єктність і розглядати їх як суб'єктів трудового права, які за законом мають правовий статус [18, с. 132]. Учена доводить, що правовий статус забезпечує профспілкам можливість брати участь у конкретних соціально-трудовах правовідносинах. Права профспілок у сфері праці – основна частина їх правового статусу, тобто сукупності прав та обов'язків, якими вони наділені. Проте це не лише права у сфері праці, а й права профспілок як юридичної особи, і право на участь в управлінні державними соціальними фондами, права в галузі екології, приватизації тощо. Зміст статусу профспілок у сфері праці (як суб'єктів трудового права) характеризується обсягом закріплених за ними юридичних можливостей.

У сучасній юридичній літературі правовий статус визначають як визнану Конституцією та законами сукупність вихідних і невід'ємних прав та обов'язків людини, а також повноважень державних органів, громадських організацій і посадових осіб [19]. Саме представництво інтересів трудящих, участь у регулюванні трудових відносин, контроль за дотриманням законодавства про працю та охорону праці вважається незмінною частиною правового статусу профспілок. Сталість, послідовність змісту правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права обумовлені самим існуванням трудових відносин між працівниками та роботодавцями, необхідністю захисту прав та

інтересів трудящих у цих відносинах. Своєю чергою, Н. А. Циганчук, досліджуючи точки зору на суть представництва, доходить висновку, що представництво – це форма реалізації основних напрямів діяльності профспілок, спрямованих на захист основних прав та законних інтересів членів профспілки при захисті індивідуальних трудових відносин та всіх найманих працівників при колективних трудових відносинах. Отже, підтримуємо позицію вченої, що правовий статус профспілок – це їх базове правове становище в суспільстві, яке являє собою певні правовідносини профспілок з державою та з іншими суб'єктами правовідносин при реалізації профспілками представницької та захисної функцій [18, с. 132].

Відповідно до Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» здійснення представництва та захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки є метою створення професійних спілок [7]. Ураховуючи характер виконуваних профспілками функцій, а саме представницьку (представництво інтересів трудящих), захисну (відстоювання інтересів працівників) та контрольну (за додержанням законодавства про працю), чинне законодавство України особливу увагу звертає на розвиток правового статусу професійних спілок як суб'єкта трудового права.

Своєю чергою, правовий статус профспілок визначається щодо їх законних представників прав та інтересів найманих працівників, зокрема профкомів організацій, який може здійснювати нагляд за охороною праці, або ж виступати від імені трудового колективу.

Науковці стверджують, і ми цілком поділяємо таку думку, що правовий статус профспілок становлять і закріплені в законодавстві права та обов'язки, які поділяються на права і обов'язки, що належать профспілкам як громадській організації, і права та обов'язки, якими володіють виборні виконавчі профспілкові органи – ради і комітети.

Наявність загальних прав і прав, конкретизованих для окремих профспілкових органів, забезпечує єдину для всіх профспілок правову основу їх діяльності та її необхідну диференціацію. Динаміка й розвиток правового статусу профспілок відбуваються за рахунок зміни форм реалізації наданих профспілкам прав, включення в статус прав, яких раніше не було, що зумовлено розвитком економічних та соціальних відносин [18, с. 132].

Отже, правовий статус профспілок становлять права, обов'язки, визначені розділом II Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (соціальні та майнові), юридичні гарантії їхньої діяльності, тобто загальна система умов, засобів і способів забезпечення прав та обов'язків профспілок, і відповідаль-

ність суб'єктів цих правовідносин. Державний контроль і державний примус як засоби впливу на суб'єктів суспільних відносин з метою дотримання ними правових норм виступають основою юридичних гарантій.

Все наведе вище стосується і галузевих профспілок, зокрема профспілок працівників правоохоронних органів, а саме профспілки атестованих працівників органів внутрішніх справ, Всеукраїнської професійної спілки працівників органів державної податкової служби, Всеукраїнської профспілки військових, працівників правоохоронних органів та учасників бойових дій, Всеукраїнської профспілки Національної поліції, Всеукраїнської професійної спілки Міністерства внутрішніх справ України, профспілкових організацій та профгруп в органах внутрішніх справ, підрозділах, установах і навчальних закладах системи МВС, Первинної профспілкової організації Національного агентства України з питань запобігання корупції, Первинної профспілкової організації Апарату Ради національної безпеки і оборони України, Первинної профспілкової організації державної судової адміністрації України, Об'єднаної профспілкової організації Державної прикордонної служби України, Об'єданого комітету Профспілки Служби безпеки України, Профспілки працівників Збройних Сил України, Первинної профспілкової організації працівників Генеральної прокуратури України, Первинних організацій профспілок обласних прокуратур, Незалежних професійних спілок працівників прокуратури областей, Профспілки прокуратури Західного регіону України з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері. Всі вони є членами профспілкового руху України.

Професійні спілки працівників правоохоронних органів діють на підставі Конституції України, Кодексу законів про працю України, Законів України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про об'єднання громадян», «Про соціальний діалог в Україні», «Про колективні договори і угоди», Статутів профспілки, інших законів та нормативно-правових актів України, загальноприйнятих норм і принципів міжнародного права, Конвенцій Міжнародної організації праці.

Структура цих профспілок визначається Статутом. Профспілки будуються за галузевим принципом і складаються з первинних організацій (які можуть об'єднуватися в об'єднання), територіальних (об'єднання первинних організацій, районні, міські, міськрайонні, міжобласні), регіональних (обласні, Київська міська, Кримська республіканська) організацій. Профспілки у своїй діяльності незалежні від органів державної влади, місцевого самоврядування, роботодавців та їх об'єднань, політичних партій, інших громадських

організацій, їм не підзвітні і не підконтрольні. Профспілки самостійно організовують свою діяльність, проводять збори, конференції, засідання утворених ними органів, інші заходи, які не суперечать законодавству.

Наприклад, відповідно до Статуту Професійна спілка працівників державних установ України є всеукраїнською добровільною неприбутковою громадською організацією, члени якої пов'язані спільними інтересами за родом їхньої професійної (трудової) діяльності (служби, навчання), створеною з метою представництва та здійснення захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів її членів. Профспілка об'єднує працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, правоохоронних органів, службовців Збройних сил України, інших державних установ, організацій, підприємств, банківських та фінансових установ, страхових компаній і суміжних за родом діяльності інших організацій незалежно від форм власності та видів господарювання, учнів та студентів, які навчаються у відомчих навчальних закладах, осіб, які звільнились у зв'язку з виходом на пенсію або тимчасово не працюють [20].

Своєю чергою, Профспілка працівників державних установ міста Києва об'єднує близько чотирьохсот організацій чисельністю понад сорок тисяч членів, зокрема профспілкових організацій, які діють в органах прокуратури, Служби безпеки України та Національної поліції. Профспілка почала своє існування 30 червня 1975 р., коли рішенням Президії Української республіканської ради профспілок було створено Київський міський комітет профспілки працівників державних установ [21].

Висновок. Підсумовуючи, зазначимо, що сьогодні професійні спілки вважаються найвпливовішими та наймасовішими громадськими об'єднаннями, що виражають і захищають соціально-трудові інтереси працюючих. Чинним законодавством України чітко не врегульовано порядок виникнення професійних спілок, тому мають місце ситуації, коли професійні спілки набувають цивільної і трудової правосуб'єктності.

Правовий статус профспілок – це їхні певні правовідносини з державою та іншими сторонами правовідносин з приводу представництва і захисту профспілковими організаціями прав та інтересів найманих працівників. Правовий статус профспілок становлять права та обов'язки, що визначені розділом II Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (соціальні та майнові), юридичні гарантії їхньої діяльності (загальна система умов, засобів і способів забезпечення прав та обов'язків профспілок) і відповідальність суб'єктів цих правовідносин.

Дослідження генези правового регулювання правового статусу професійних спілок, зокрема

і профспілок працівників правоохоронних органів дало підстави стверджувати, що на часі реформування профспілкового руху та формування теоретичної і практичної бази їхньої діяльності за європейським зразком.

Література

1. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII. Редакція від 19 серпня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#top>
2. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 10 груд. 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text
3. Конвенція про свободу асоціації та захист права на організацію від 4 липня 1950 р. № 87. Генеральна конференція Міжнародної організації праці. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_125#top
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини). Міжнародний документ, Протокол від 4 листоп. 1950 р. Рада Європи. (Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97, з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11, 14 та 15 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12, 13 та 16). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
5. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. Міжнародний документ від 16 груд. 1966 р. (Міжнародний пакт ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII (2148-08) від 19 жовт. 1973 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text
6. Конституція України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. Редакція від 1 січ. 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
7. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 верес. 1999 р. № 1045-XIV. Редакція від 19 серп. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1045-14#top>
8. Мацюк А. Р. Функції профспілок у становленні соціально-партнерських відносин при укладенні колективних договорів і угод. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 130–140.
9. Гришина Ю. М. Захисна функція профспілок: історичний аспект змістовних змін від виникнення профспілок до набуття Україною незалежності. *Митна справа*. 2015. № 2. С. 113–118.
10. Цесарський Ф. А. Захисна функція профспілок, форми її реалізації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення». Харків, 2004. 21 с.
11. Соломінчук В. В. Зародження законодавства про професійні спілки на теренах України. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова*. Серія: Економіка і право. 2015. № 28. С. 117–123.
12. Ельницький А. М. История рабочего движения в России. Харьков: Пролетарий, 1925. 32 с.
13. Колесников Б. А. Нариси з історії профспілкового руху в Україні. Харків: Український робітник, 1927. 178 с.
14. Профсоюзы Украины в цифрах статистический справочник за 1921–1925 гг. Харьков: Украинский рабочий, 1926. 209 с.
15. Тарасенко Н. Профспілки в Україні як чинник соціально-політичного розвитку: історичний досвід,

сучасний стан і перспективи. *Центр досліджень соціальних комунікацій НБУВ СІАЗ НЮБ ФПУ*. URL: http://nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2444:profspilki-v-suchasnij-ukrajini-2&catid=63&Itemid=393

16. 7 фактів із історії профспілок в Україні. Як виникли профспілки в Україні і як змінювалася їхня діяльність у різні історичні періоди ХХ століття? URL: <https://nachasi.com/creative/2017/05/02/unions-history/>

17. Мельник К. Ю. До проблеми функціонування професійних спілок у Національній поліції України. *Проблеми розвитку соціально-трудова права та профспілкового руху в Україні*: матеріали VIII Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 28 трав. 2020 р.) / за заг. ред. К. Ю. Мельника; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків: ХНУВС, 2020. С. 49–51.

18. Циганчук Н. А. Проблеми правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 1. С. 131–137.

19. Прокопенко В. І. Трудове право України: підручник. Харків: Консум, 2000. 480 с.

20. Статут професійної спілки працівників державних установ України, зареєстровано Міністерством юстиції України 20 січня 2000 р. Свідоцтво № 1312. URL: <http://www.ppdu-kr.org/uploads/doc/1-2000.pdf>

21. Профспілка працівників державних установ міста Києва. *Офіційний вебсайт*. URL: <https://profspilka.com.ua/pro-profspilku/istoriya-profspilky/>

Анотація

Полховська Н. М. Генеза правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників правоохоронних органів. – Стаття.

У сучасних умовах євроінтеграційних процесів в Україні важливого значення набувають питання правового регулювання створення та діяльності громадських організацій, у тому числі й професійних спілок, зокрема професійних спілок працівників правоохоронних органів як одного з ключових елементів громадянського суспільства.

Сучасні виклики, що постали сьогодні перед нашою державою, посилюють роль професійних спілок, тим самим активізується їх захисна функція – відстоювання інтересів працівників профспілковими організаціями.

Дослідження генези правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників правоохоронних органів набуває особливої актуальності. При дослідженні генези правового регулювання правового статусу професійних спілок особливу увагу приділено періоду після становлення України як незалежної держави.

В умовах реформування правоохоронної системи України більш глибокого дослідження потребує питання правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників правоохоронних органів. Без здійснення діяльності спеціально уповноважених на це суб'єктів трудового права, поміж яких є і професійні спілки, неможливе належне забез-

печення охорони праці працівників правоохоронних органів.

Правовий статус профспілок визначено як їхні певні правовідносини з державою та іншими сторонами правовідносин з приводу представництва і захисту профспілковими організаціями прав та інтересів найманих працівників. Правовий статус профспілок становлять права та обов'язки, що визначені розділом II Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (соціальні та майнові), юридичні гарантії їхньої діяльності (загальна система умов, засобів і способів забезпечення прав та обов'язків профспілок) і відповідальність суб'єктів цих правовідносин.

Ключові слова: профспілкова організація, професійні спілки працівників правоохоронних органів, правовий статус профспілок, суб'єкти трудового права, профспілковий рух.

Summary

Polkhovska N. M. Genesis of the legal regulation of the legal status of trade unions of law enforcement officers. – Article

In the modern conditions of the European integration processes in Ukraine, the issue of legal regulation of the creation and activity of public organizations, including trade unions, in particular trade unions of law enforcement officers as one of the key elements of civil society, is of great importance.

The modern challenges faced by our state today strengthen the role of trade unions, thereby intensifying their protective function – defense of the interests of workers by trade union organizations.

The study of the genesis of the legal regulation of the legal status of trade unions of law enforcement officers is gaining special relevance. When studying the genesis of the legal regulation of the legal status of trade unions, special attention is paid to the period after Ukraine became an independent state.

In the context of reforming the law enforcement system of Ukraine, the issue of legal regulation of the legal status of professional unions of law enforcement officers requires a more in-depth study. Without the activity of specially authorized subjects of labor law, among which there are also trade unions, it is impossible to properly ensure the labor protection of employees of law enforcement agencies.

The legal status of trade unions is defined as their certain legal relations with the state and other parties to legal relations regarding the representation and protection of the rights and interests of employees by trade union organizations. The legal status of trade unions is the rights and obligations defined by Chapter II of the Law of Ukraine “On Trade Unions, Their Rights and Guarantees of Activity” (social and property), legal guarantees of their activity (a general system of conditions, means and methods of ensuring rights and obligations of trade unions) and the responsibility of the subjects of these legal relations.

Key words: trade union organization, professional unions of law enforcement officers, legal status of trade unions, subjects of labor law, trade union movement.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 35.071.94(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.14>**В. В. Грицько***orcid.org/0000-0001-6213-749X**доктор філософії,**старший викладач кафедри географії та суспільних дисциплін**Мукачівського державного університету*

ВПЛИВ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ НА ЗМІЦНЕННЯ РОЛІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Історія децентралізації держави є історією суперечностей, пов'язаних із пошуком найкращої форми організації державної влади. Стійкий погляд на децентралізацію як на процес, за якого в межах централізованої держави утворюються самостійні одиниці, що є носіями місцевого самоврядування (громади), потребують вироблення нових підходів до аналізу його змісту.

Україна підтвердила свій європейський вектор розвитку, після Революції Гідності, державно-управлінську практику української держави, наприклад, принципи, які декларуються в сучасній європейській моделі публічного управління державою «Good Governance» («Належне врядування»). Тобто запровадження цієї моделі повинно стати новим етапом реалізації реформи публічного управління в Україні [1].

У теоретичних і практичних дослідженнях поняття «децентралізація» є багатоаспектним та розглядається різнопланово. На семантичному рівні децентралізація (від латинського *de* – протиставлення, *centralis* – центральний) трактується як знищення, ослаблення або скасування централізації [2, с. 249].

Тобто це система розподілу функцій і повноважень між державними і місцевими рівнями управління з розширенням прав останніх. Роль децентралізації управління в процесах становлення інституту місцевого самоврядування є визначальною, оскільки децентралізація є своєрідною системою управління, за якої частина функцій центральної влади переходить до органів місцевого самоврядування.

Функції, які зазначаються в схваленій Кабінетом Міністрів України 1 квітня 2014 року Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (далі – Концепція), спричинені політичними процесами, що відбуваються в державі й суспільстві на шляху євроінтеграції.

Проте зміни, які були втілені в окремих положеннях вище зазначеного нормативно-правового акту, не покращили ситуацію з місцевим самоврядуванням, оскільки для досягнення ефективного результату необхідно застосовувати комплексний підхід до реформування системи місцевого самоврядування, тобто прийняти якісно новий Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», який би повною мірою відповідав міжнародним стандартам та положенням Європейської хартії місцевого самоврядування.

У Концепції зазначається, що в Україні ефективного та швидкого розв'язання потребують такі проблеми:

- погіршення якості та доступності публічних послуг внаслідок ресурсної неспроможності переважної більшості органів місцевого самоврядування здійснювати власні й делеговані повноваження;
- складна демографічна ситуація в більшості територіальних громад;
- нерозвиненість та неспроможність форм прямого народовладдя, неспроможність членів громад до солідарних дій, спрямованих на захист своїх прав та інтересів, у співпраці з органами місцевого самоврядування і місцевими органами виконавчої влади та досягнення спільних цілей розвитку громади;
- зниження рівня професіоналізму посадових осіб місцевого самоврядування, зокрема внаслідок низької конкурентоспроможності на ринку праці, зниження рівня престижності посад, що призводить до низької ефективності управлінських рішень;
- надмірна централізація повноважень органів виконавчої влади та фінансово-матеріальних ресурсів. Також концепція визначає конкретні шляхи і способи розв'язання проблеми [3].

На реалізацію концепції, зокрема на реформування організації влади, 4 вересня 2015 р. було прийнято Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» [4].

Національний інститут стратегічних досліджень розробив конкретний план з 5-ти необхідних кроків для проведення реформи, зокрема:

- визначити територіальну основу органів місцевого самоврядування та виконавчої влади;
- створити трирівневу систему адміністративно-територіального устрою в Україні;
- розмежувати повноваження між органами місцевого самоврядування різних рівнів. Необхідно найбільш важливі для людей повноваження передати на найближчий до людей рівень влади;
- розмежувати повноваження між органами місцевого самоврядування та виконавчої влади. Передати основні повноваження місцевих державних адміністрацій органам місцевого самоврядування. виконавчій владі залишити тільки право контролю. Визначити, скільки ресурсів треба на кожному рівні та оновити бюджетну систему;
- громади повинні мати власні бюджети, можливість об'єднувати зусилля і фінанси, вони повинні мати ресурси для вирішення загальних питань розвитку.

Також органам місцевого самоврядування необхідно бути підзвітними перед виборцями і державою. Населення (виборці) зрозуміють, що від їхнього голосування залежить, як працюватиме для них місцева влада, а отже, від них самих залежить якість життя [5].

В аналітичній записці Національного інституту стратегічних досліджень розглядаються ризики, які можуть виникнути в Україні в процесі здійснення реформи місцевого самоврядування та адміністративно-територіального Устрою держави. Прогнози, серед іншого, побудовані на основі використання досвіду зарубіжних країн, які зіткнулися з певними проблемами під час запровадження адміністративно-територіальних реформ. Надано рекомендації щодо заходів, які мають пом'якшити вплив на політичний процес негативних явищ, супутніх процесові децентралізації.

Для досягнення в Україні повної децентралізації влади потрібен доволі складний і тривалий процес, але необхідний для формування самостійних та дієздатних територіальних громад. На сьогодні перед Україною стоїть завдання створення власної моделі децентралізації.

Система управління, що склалася в нашій країні (уряд – область – район – сільська рада), позбавила місцеві органи можливості здійснювати ефективну політику в інтересах громадян, що мешкають у відповідній місцевості. Про доцільність децентралізації свідчить і практика зарубіжних країн. Так, наприклад, 85% бюджетів місцевих територіальних громад у Польщі використовуються без узгодження із центральними органами влади, у Швейцарії кожна територіальна громада

сама вирішує відсоток податків, який вона буде надавати центрУ [6, с. 56].

Враховуючи вищевикладене, проведення адміністративно-територіальної реформи передбачає утворення в рамках держави самостійних одиниць як носіїв місцевого самоврядування, а також надання таким самоврядним одиницям широкого кола прав та повноважень.

У наукових дискусіях дуже часто виникає питання про те, яка модель місцевого самоврядування краще: «сильна рада – слабкий мер» чи протилежна – «слабка рада – сильний мер». Деякі автори дотримуються думки, що впровадження системи «слабкий мер – сильна рада» може породжувати негативні наслідки, оскільки посадова особа, яка обирається всім населенням, «не може бути кишеньковою» [7, с. 164].

Відтак, характеризуючи сучасну модель місцевого самоврядування в Україні, в літературі вказується на «певний дуалізм». З одного боку – сільський, селищний, міський голова, який обирається територіальною громадою на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування, а з іншого – рада.

Втім, статус голови місцевої ради «не врівноважений» зі статусом сільської, селищної, міської ради, саме на нього перед радою покладено відповідальність за наслідки роботи як виконавчого органу, так і за власну діяльність аж до припинення наданих йому повноважень за рішенням відповідної ради, передбачених законом.

Важливим принципом децентралізації є принцип субсидіарності. Відповідно до даного принципу, найбільше повноважень повинні мати ті органи влади, які найближчі до людей, і на рівні яких вирішення необхідних завдань чи надання послуг є найефективнішим та найменш затратним. Як зазначає Н.О. Чудик, держава ніколи не дійде до проблем кожного села чи міста, кожної вулиці чи двору [8, с. 79].

Формування механізму раціоналізованого Управління місцевими справами покликане насамперед узгодженістю в положеннях діючого законодавства щодо сфер компетенції місцевих органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також проблематикою форм і методів управлінської діяльності місцевих рад та їхніх виконавчих органів.

Реформування організації та функціонування органів місцевого самоврядування і, як наслідок, підвищення ефективності їхньої управлінської діяльності спричинено об'єктивними закономірностями соціально-економічного буття, адже від регулювання та управління місцевими справами залежить реалізація гарантованих Конституцією України соціальних, економічних та інших прав і свобод громадянина.

Ще одним актуальним питанням процесу децентралізації є фінансування. На сьогодні більшість сільських рад є дотаційними, тобто вони не в змозі самостійно забезпечити свою діяльність, такі території ще називають депресивними.

Щоб стимулювати об'єднання територіальних громад, доцільно передбачити державну підтримку, розмір якої має бути пропорційним до розміру новоствореної громади. Законодавством передбачено перехід на прямі міжбюджетні відносини з Державним бюджетом України [9].

Проте від часу прийняття Конституції України та базових нормативно-правових актів з питань місцевого самоврядування розвиток місцевого самоврядування фактично здійснювався лише на рівні територіальних громад міст обласного значення, оскільки переважна більшість територіальних громад через їхню надмірну подрібненість та надзвичайно слабку матеріально фінансову базу виявилися неспроможними виконувати всі повноваження органів місцевого самоврядування.

В Україні створено близько 11 тис. територіальних громад, у більшості з них не утворено виконавчі органи відповідних сільських рад, відсутні бюджетні установи, комунальні підприємства тощо. Органи місцевого самоврядування таких громад практично не можуть здійснювати надані їм законом повноваження. Дотації потребують 5419 бюджетів місцевого самоврядування, з яких становить понад 70% в 483 територіальних громад та 90% утримуються за рахунок коштів державного бюджету [9].

Здійснення постійної фінансової підтримки через районні бюджети малочисельних територіальних громад із використанням системи дотацій вирівнювання є обтяжливим для державного бюджету та стримує розвиток малих міст і великих селищ. удосконалення потребує також система територіальної організації влади з метою підвищення ефективності управління суспільним розвитком на відповідній території.

Збереження диспропорційності адміністративно-територіального устрою як основи існування нераціональної територіальної організації влади (відсутність цілісної території адміністративно-територіальної одиниці базового рівня, перебування територіальної громади села, селища, міста у складі іншої територіальної громади або на території іншої адміністративно-територіальної одиниці, територіальної громади району в місті) призводить до конфлікту компетенцій як між органами місцевого самоврядування, так і між місцевими органами виконавчої влади.

Проведення структурних реформ дасть змогу досягти стійкого економічного ефекту за умови гармонізації пріоритетів і етапів зазначених реформ із реформою місцевого самовряду-

вання та територіальної організації влади. Водночас, визначаючи перспективи децентралізації в Україні, дослідники зауважують на очікуваних ризиках, що може спричинити цей процес.

Ризики децентралізації в Україні:

- Труднощі, що виникнуть під час перегляду меж адміністративно-територіальних одиниць, що найімовірніше, знайдуть своє вираження в укрупненні територіальних громад (з метою забезпечення їх фінансової спроможності);

- Послаблення державного контролю органів місцевого самоврядування за реалізацією повноважень, які будуть їм передані, що ускладнюється слабкістю інститутів громадянського суспільства;

- Загострення проблем бюджетної системи в питанні фінансування повноважень органів місцевого самоврядування, загроза його зриву;

- Зниження якості місцевого управління та легітимності прийнятих рішень, зумовлене низьким рівнем компетентності посадових осіб місцевого самоврядування та недосконалістю системи добору до депутатських повноважень;

Вплив децентралізації в Україні на зміцнення органів місцевого самоврядування:

- посилення правової, організаційної та матеріальної спроможності територіальних громад, органів місцевого самоврядування, провадження їх діяльності з дотриманням принципів та положень Європейської хартії місцевого самоврядування;

- впровадження механізму здійснення місцевими державними адміністраціями та населенням контролю за наданням органами місцевого самоврядування, територіальними органами центральних органів виконавчої влади публічних послуг;

- запровадження стандартів (нормативів) якості публічних послуг, що надаються населенню органами місцевого самоврядування базового та регіонального рівня, критеріїв оцінювання якості;

- створення сприятливих правових умов для максимально широкого залучення населення до прийняття управлінських рішень, а також розвитку форм прямого народовладдя;

- формування ефективної територіальної системи органів місцевого самоврядування та місцевих органів виконавчої влади для забезпечення сталого соціально-економічного розвитку відповідних адміністративно-територіальних одиниць;

- визначення чітких меж кожної адміністративно-територіальної одиниці, забезпечення юрисдикції органів місцевого самоврядування на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці та недопущення наявності в межах території громади інших адміністративно-територіальних одиниць такого ж рівня;

– забезпечення розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування базового та регіонального рівня, місцевими державними адміністраціями та територіальними органами центральних органів виконавчої влади.

Таким чином, децентралізація відкриває значні перспективи для забезпечення спроможності місцевого самоврядування самостійно вирішувати питання місцевого життя, зокрема, підвищення ролі громадян, їхнього впливу на процес прийняття і втілення рішень щодо забезпечення умов соціального та економічного розвитку суспільства.

Тобто основними шляхами впровадження реформ із децентралізації в Україні є: розмежування повноважень, прав та обов'язків різних рівнів влади відповідно до сутності правової, демократичної держави та громадянського суспільства, що дозволить досягти балансу інтересів у системі публічних відносин; розробка та реалізація ефективної регіональної політики, спрямованої на забезпечення рівномірного місцевого і регіонального розвитку; забезпечення втілення принципу субсидіарності як способу подолання конфлікту інтересів між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування; забезпечення розширення прав територіальних громад щодо вирішення проблем їх життєзабезпечення.

Аналізуючи вище викладене, можна дійти висновку, що децентралізація відкриває значні можливості для самостійного забезпечення місцевого самоврядування під час вирішення питань місцевого життя, зокрема, підвищення ролі громадян, їхнього впливу на процес прийняття та втілення рішень щодо забезпечення умов соціального та економічного розвитку суспільства.

Варто зазначити, що будь-які зміни несуть за собою низку проблем і ризиків, які треба подолати задля досягнення бажаного результату. Так, наслідком реформи з децентралізації влади в Україні, попри труднощі, які виникають у процесі її впровадження, стає формування нової демократичної моделі управління, орієнтованої на збільшення повноважень територіальних громад. Впровадження децентралізації сприятиме посиленню демократії в державі та формуванню громадянського суспільства. У результаті реформування місцевого самоврядування та децентралізації влади основою нової системи місцевого самоврядування стають об'єднані територіальні громади, які утворюються на добровільній основі за законодавчо визначеною процедурою з власними органами самоврядування, в тому числі виконавчими органами рад. Реформування має сприяти поліпшенню життя українських громадян, розбудові правової, сучасної, ефективної, конкурентно спроможної держави.

Література

1. Ткачук А. Про якірну точку та можливості сільського розвитку. *Економіка АПК*. 2019. № 2. URL: <http://www.csi.org.ua/pro-yakirnu-tochku-ta-mozhlyvosti-sil'skogo-rozvytku> (дата звернення: 20.09.2022).
2. Романенко О.Р. Фінанси: підручник. Київ: Центр навчальної літератури, 2003. 312 с.
3. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. *Урядовий кур'єр*. 2014. 9 травня.
4. Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України від 2015 р. № 13. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. С. 91.
5. Доповідна записка Національного інституту стратегічних досліджень: веб-сайт. URL: <https://niss.gov.ua/publikacii/analitichni-dopovidi/decentralizaciya-i-formuvannya-politiki-regionalnogo-rozvitku-v> (дата звернення: 28.09.2022).
6. Журавель Я.В. Адміністративно-правовий статус органів місцевого самоврядування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.07 Київ, 2007. 22 с.
7. Ткачук А., Агранов Р., Браун Т. Місцеве самоврядування: світовий та Український досвід: довідник. Київ, 1997. 188 с.
8. Чудик Н.О. Децентралізація влади – шлях до народовладдя. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. № 3. URL: <http://app.tneu.edu.ua/index.php/apps/article/view/17/0> (дата звернення: 05.10.2022).
9. Глушенко Ю. Місцеве самоврядування в Україні: проблеми розвитку та фінансового забезпечення. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2015. № 11. URL: [http://www.dridu.dp.ua/vydavnytvo/2015/2015_04\(27\)/28.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vydavnytvo/2015/2015_04(27)/28.pdf) (дата звернення: 05.10.2022).
10. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 06.08.2014 р. № 385. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-%D0%BF> (дата звернення: 05.10.2022).

Анотація

Грицько В. В. Вплив децентралізації на зміцнення ролі органів місцевого самоврядування в Україні. – Стаття.

У статті проаналізовано теоретичні та практичні аспекти децентралізації як фундаменту в утвердженні демократії в Україні. Розкрито основні напрямки впливу децентралізації на зміцнення ролі органів місцевого самоврядування в Україні. Доведено важливість запровадження реформи з децентралізації влади на шляху розвитку України. Питання децентралізації виходить на перший план в умовах кризового періоду розвитку української державності, оскільки саме цей процес є однією з базових умов незалежної та ефективної діяльності органів місцевого самоврядування.

Формування органів місцевого самоврядування, організація та діяльність яких базується на принципах Європейської хартії місцевого самоврядування, є одним з найважливіших та найактуальніших завдань розбудови України як демократичної держави. Без проведення реформ органів місцевого самоврядування та здійснення процесів децентралізації неможливо вийти на новий рівень у соціально-економічному та культурному розвитку територіальних громад і

регіонів, підвищити рівень та якість життя більшості громадян України.

Місцеве самоврядування є основою кожної демократичної держави, оскільки забезпечує можливість громадян реалізувати своє право на участь в управлінні публічними справами. У функціонуванні місцевого самоврядування важливе значення має діяльність органів, адже саме вони покликані на професійній основі забезпечувати ефективне управління публічними справами в інтересах кожного члена територіальної громади.

Об'єднані територіальні громади, крім зростання власних фінансових можливостей, у результаті децентралізації мають й інші інструменти забезпечення економічного розвитку – здійснення зовнішніх запозичень, самостійне обрання установ з обслуговування коштів місцевих бюджетів відносно розвитку та власних надходжень бюджетних установ. Децентралізовано повноваження у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства, органам місцевого самоврядування надано право самостійно визначати містобудівну політику.

Після прийняття низки законів щодо децентралізації повноважень і регулювання земельних відносин громади дістануть право розпоряджатися землями за межами населених пунктів. Верховною Радою України прийнято закони, які надають можливість децентралізувати частину повноважень ЦОВВ щодо надання базових адміністративних послуг: реєстрацію нерухомості, бізнесу, місця проживання особи – передавши їх на рівень громад.

Напрацьовані законопроекти, покликані чітко розмежувати повноваження у сфері освіти, охорони здоров'я, дозвілля, соціально-економічного розвитку, інфраструктури між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади на кожному з територіальних рівнів адміністративно-територіального устрою держави.

Ключові слова: децентралізація влади, держава, демократія, демократичне управління, громадянське суспільство, місцеве самоврядування.

Summary

Hrytsko V. V. Impact of decentralization on strengthening the role of local self-government bodies in Ukraine. – Article.

The article analyzes the theoretical and practical aspects of decentralization as a foundation for the

implementation of democracy in Ukraine. The current directions of the impact of decentralization on the strengthening of the field of targeted crime in Ukraine are revealed. The importance of approving the process of decentralization of power on the way to the revival of Ukraine has been proven.

The issue of decentralization comes to the fore in the crisis period of the development of Ukrainian statehood, since this process is one of the basic conditions for the independent and effective activity of local self-government bodies.

Formation of targeted communication organizations, organization and activities based on the principles of European targeted communication, is one of the most important and topical tasks of building Ukraine as a democratic country. It is impossible to reach a new level in socio-economic and cultural development without the implementation of targeted communication and decentralization processes the typical communities and regions, to raise the level and quality of life of the majority of citizens of Ukraine. Local government is the cornerstone of every democratic life, as it provides the opportunity for citizens to exercise their right to participate in the management of public affairs. In the functioning of targeted communication, the activity of gangs is of great importance, since they are the ones called upon for professional purposes to ensure effective management of public bodies in the interests of each member of the local community.

As a result of decentralization, united territorial communities, in addition to increasing their own financial capabilities, have other tools for ensuring economic development – external borrowing, independent selection of institutions for servicing local budget funds in relation to development and own revenues of budgetary institutions. Powers in the field of architectural and construction control and improvement of urban planning legislation have been decentralized, local self-government bodies have been given the right to independently determine urban planning policy.

Draft laws designed to clearly demarcate powers in the field of education, health care, leisure, socio-economic development, infrastructure between local self-government bodies and executive power bodies at each of the territorial levels of the administrative-territorial system of the state.

Key words: decentralization of power, money, democracy, democratic management, civil service, local government.

УДК 347.965.42(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.15>**Т. А. Кобзева***orcid.org/0000-0001-6176-0239**доктор юридичних наук, професор,**доцент кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки
Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету***Г. Ю. Міхновський***orcid.org/0000-0001-5743-1651**аспірант кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки
Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ В РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Важливим досягненням в законодавчих процесах процесуального права стало прийняття нового Закону України «Про медіацію» від 16.11.2021 р. (далі – Закон), що дозволило закріпити процедуру медіації, як важливу процедуру врегулювання спорів, на офіційному, нормативному рівні та ввести деякі зміни до вже існуючих законів.

Не є виключенням і процесуальні галузі права, такі як адміністративний процес, господарський процес, цивільний процес, кримінальний процес. Зміни до цих галузей були внесені вищезазначеним Законом, остаточно закріпивши процедуру медіації й різні аспекти її застосування в різних ситуаціях, які виникають в судових процесах.

Існує нагальна потреба в детальному аналізі положень Закону України «Про медіацію», завдяки яким було змінено положення законодавства в різних галузях процесуального права України. Це дозволить не тільки порівняти положення про процедуру медіації в різних галузях процесуального права, а й віднайти напрямки подальшого вдосконалення цих процесів.

Нормативно-правовою базою дослідження є ряд законів України, а саме: Конституція України, Кодекс адміністративного судочинства України, Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України та Кримінальний процесуальний кодекс України.

Виклад основного матеріалу статті. Саме право на застосування процедури медіації закріплено в Основному Законі України, а саме в ст. 124 Конституції України закріплено наступне положення про те, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, однак законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок врегулювання спорів [1].

Слід зазначити, що основним нормативно-правовим актом, завдяки якому були внесені зміни про врегулювання спорів до чинного законодавства від 16 листопада 2021 р. стало прийняття Закону України «Про медіацію».

Перш за все, необхідно визначити саме поняття медіації. Так, його визначення наведено в п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону де вказано, що медіація – позасудова добровільна, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів.

Також, Розділом IV. «Прикінцеві та перехідні положення» вищезазначеного Закону були внесені зміни до багатьох законодавчих актів України в різних галузях процесуального права. В самому Законі містяться такі положення, як: принципи медіації; статус медіатора (вимоги до медіатора, підготовка медіаторів, права та обов'язки медіатора, норми професійної етики медіатора, реєстри медіаторів, відповідальність медіатора); проведення медіації (підготовка до медіації, порядок проведення медіації та підстави її припинення, права та обов'язки сторін медіації, зміст договору та угоди проведення медіації) [2].

Перейдемо безпосередньо до галузей процесуального права. Так, щодо адміністративного процесу, то завдяки Закону України «Про медіацію» в Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України) були внесені наступні зміни стосовно регулювання процедури медіації:

- сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом (ч. 1 ст. 17 КАС України);

- сторони можуть досягнути примирення, у тому числі шляхом медіації, на будь-якій стадії судового процесу, що є підставою для закриття провадження в адміністративній справі (ч. 5 ст. 47 КАС України);

- особа не може бути представником, якщо вона є чи була медіатором під час проведення медіації щодо спору, пов'язаного із справою, що розглядається в суді (ч. 3 ст. 58 КАС України);

- не можуть бути допитані як свідки особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці

відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням послуг медіації під час проведення позасудового врегулювання спору (п. 2 ч. 1 ст. 66 КАС України);

- проведення медіації не впливає на перебіг строку звернення до адміністративного суду (ч. 6 ст. 122 КАС України);

- при вирішенні питання про розподіл судових витрат суд враховує дії сторони щодо досудового вирішення спору (у випадках, коли відповідно до закону досудове вирішення спору є обов'язковим) та щодо врегулювання спору мирним шляхом під час розгляду справи, стадію розгляду справи, на якій такі дії вчинялись (п. 4 ч. 9 ст. 139 КАС України);

- в позовній заяві зазначаються відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору – у випадку, якщо законом встановлений обов'язковий досудовий порядок врегулювання спору (п. 6 ч. 5 ст. 160 КАС України);

- позовна заява повертається позивачеві, якщо позивач не надав доказів звернення до відповідача для досудового врегулювання спору у випадках, в яких законом визначено обов'язковість досудового врегулювання, або на момент звернення позивача із позовом не сплив визначений законом строк для досудового врегулювання спору (п. 4 ч. 4 ст. 169 КАС України);

- у підготовчому засіданні суд з'ясовує чи бажають сторони вирішити спір шляхом примирення, провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації (п. 2 ч. 2 ст. 180 КАС України);

- суд може оголосити перерву у підготовчому засіданні у разі необхідності, зокрема, у випадку якщо сторони домовилися провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації (п. 5 ч. 6 ст. 181 КАС України);

- у випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається (ч. 3 ст. 185 КАС України);

- під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору (ч. 4 ст. 186 КАС України);

- під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору (ч. 5 ст. 186 КАС України);

- у разі невиконання ухвали суду про затвердження умов примирення вона може бути подана

для її примусового виконання в порядку, визначеному законодавством для виконання судових рішень (ч. 3 ст. 191 КАС України);

- суд зупиняє провадження у справі в разі звернення обох сторін з клопотанням про надання їм часу для примирення, у тому числі шляхом медіації (п. 4 ч. 1 ст. 236 КАС України);

- окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції щодо затвердження умов примирення сторін (п. 8 ч. 1 ст. 294 КАС України) [3].

Згідно з вищезазначеними положеннями вважаємо, що законодавцем були враховані усі аспекти адміністративного процесу, за якими особи можуть досягти згоди у врегулюванні спору на будь-якому етапі судового процесу, як до початку судового засідання, так і безпосередньо до винесення офіційного рішення суду по справі. Також було враховано конфіденційність діяльності медіаторів, неприпустимість залучення медіатора досудового засідання у вигляді представника однієї з сторін, можливість залучення суддів до процедури медіації та призупинення справи на будь-якому етапі при домовленості сторін проведення процедури медіації, як засобу врегулювання спору.

Важливою також є думка А. Андреева який вважає, що «сьогодні в Україні існує правове підґрунтя для функціонування інституту в адміністративному судочинстві, однак практична його реалізація сторонами адміністративного спору залишається надзвичайно низькою, що свідчить про недостатню обізнаність населення про можливість врегулювання спору за допомогою альтернативних методів вирішення конфліктів, а також про необхідність трансформації національного законодавства з метою чіткого врегулювання медіаційної процедури» [4, с. 158].

Розглянемо цивільне та господарське процесуальне законодавство. Ці дві галузі дуже схожі за змістом, положеннями про застосування процедури медіації в Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України) та Господарському процесуальному кодексі України (далі – ГПК України) передбачено наступне:

- сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом (ч. 1 ст. 16 ЦПК України; ч. 1 ст. 19 ГПК України);

- сторони можуть примиритися, у тому числі шляхом медіації, на будь-якій стадії судового процесу (ч. 7 ст. 49 ЦПК України; ч. 7 ст. 46 ГПК України);

- особа не може бути представником, якщо вона є чи була медіатором під час проведення медіації щодо спору, пов'язаного із справою, що розглядається в суді (ч. 3 ст. 61 ЦПК України; ч. 3 ст. 59 ГПК України);

– не можуть бути допитані як свідки особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням послуг медіації під час проведення позасудового врегулювання спору (п. 2 ч. 1 ст. 70 ЦПК України; п. 2 ч. 1 ст. 67 ГПК України);

– при вирішенні питання про розподіл судових витрат суд враховує дії сторони щодо досудового вирішення спору та щодо врегулювання спору мирним шляхом під час розгляду справи, стадію розгляду справи, на якій такі дії вчинялися (п. 4 ч. 3 ст. 141 ЦПК України; п. 4 ч. 5 ст. 129 ГПК України);

– у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем до початку розгляду справи по суті суд у відповідній ухвалі чи рішенні у порядку, встановленому законом, вирішує питання про повернення позивачу з державного бюджету 50 відсотків судового збору, сплаченого при поданні позову, а в разі якщо домовленості про укладення мирової угоди, відмову позивача від позову або визнання позову відповідачем досягнуто сторонами за результатами проведення медіації – 60 відсотків судового збору, сплаченого при поданні позову (ч. 1 ст. 142 ЦПК України; ч. 1 ст. 130 ГПК України);

– позовна заява повинна містити відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору, якщо такі проводилися, в тому числі, якщо законом визначений обов'язковий досудовий порядок врегулювання спору (п. 6 ч. 3 ст. 175 ЦПК України; п. 6 ч. 3 ст. 162 ГПК України);

– заява повертається у випадках, коли до заяви не додано доказів вжиття заходів досудового врегулювання спору у випадку, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом (п. 7 ч. 4 ст. 185 ЦПК України; п. 6 ч. 5 ст. 174 ГПК України);

– у підготовчому засіданні суд з'ясовує чи бажають сторони вирішити спір шляхом примирення, провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації (п. 2 ч. 2 ст. 197 ЦПК України; п. 2 ч. 2 ст. 182 ГПК України);

– суд може оголосити перерву у підготовчому засіданні у разі необхідності, зокрема, у випадку якщо сторони домовилися провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації (п. 5 ч. 5 ст. 198 ЦПК України; п. 5 ч. 5 ст. 183 ГПК України);

– у випадку недосагнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається (ч. 2 ст. 202 ЦПК України; ч. 2 ст. 187 ГПК України);

– під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного

врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору (ч. 4 ст. 203 ЦПК України; ч. 5 ст. 188 ГПК України);

– під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору (ч. 5 ст. 203 ЦПК України; ч. 6 ст. 188 ГПК України);

– у разі невиконання затвердженої судом мирової угоди ухвала суду про затвердження мирової угоди може бути подана для її примусового виконання в порядку, передбаченому законодавством для виконання судових рішень (ч. 3 ст. 208 ЦПК України; ч. 3 ст. 193 ГПК України);

– суд зобов'язаний зупинити провадження у справі в разі звернення обох сторін з клопотанням про зупинення провадження у справі у зв'язку з проведенням медіації (п. 4¹ ч. 1 ст. 251 ЦПК України; п. 3¹ ч. 1 ст. 227 ГПК України);

– провадження у справі зупиняється на час проведення медіації, але не більше дев'яноста днів з дня постановлення судом ухвали про зупинення провадження у справі (п. 3¹ ч. 1 ст. 253 ЦПК України; п. 3¹ ч. 1 ст. 229 ГПК України);

– окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції щодо затвердження мирової угоди (п. 11 ч. 1 ст. 353 ЦПК України; п. 10 ч. 1 ст. 255 ГПК України) [5; 6].

Отже, в цивільному та господарському законодавстві бачимо схожі норми з іншими процесуальними актами, проте у порівнянні з адміністративним процесом тут вже є різні положення. Так, в цивільному і господарському процесі, на відміну від адміністративного процесу, існують такі положення як: повернення 50 відсотків судового збору у разі укладення мирової угоди; повернення 60 відсотків судового збору у разі застосування процедури медіації; зупинення провадження не більше як на дев'яноста днів з дня постановлення судом ухвали про зупинення провадження у справі.

За дослідженнями М. В. Жущман було визначено декілька прогалин в медіаційній сфері цивільного судочинства, якими є «відсутність граничного строку медіації може призвести до того, що медіація буде використовуватися для штучного затягування вирішення спору. Можливе умисне затягування часу медіації однією зі сторін, яка, насправді не маючи бажання домовлятися, буде використовувати медіацію для відтягування розгляду спору по суті у суді. Крім того, не врахована можливість проведення медіації колегіально декількома медіаторами тощо» [7, с. 130].

Цікавим є дослідження мирного врегулювання спорів у рамках кримінального процесу, так як

Законом України «Про медіацію» не внесено ніяких змін стосовно застосування процедури медіації в кримінальному законодавстві.

В кримінальному законодавстві взагалі не існує поняття медіації, використовуються засади примирення сторін. Наприклад в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) існують наступні положення:

- на всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження (ч. 4 ст. 56 КПК України);

- не можуть бути допитані як свідки особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні, – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК України);

- вирок суду першої інстанції на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим може бути оскаржений в апеляційному порядку (ч. 3 ст. 394 КПК України);

- у кримінальному провадженні можуть бути укладені такі види угод: угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості (ст. 468 КПК України);

- ініціювання та укладення угоди; зміст угоди про примирення; зміст угоди про визнання винуватості; наслідки укладення та затвердження угод; загальний порядок судового провадження на підставі угод; вирок на підставі угод (ст.ст. 469, 471-475 КПК України);

- у разі невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості потерпілий чи прокурор відповідно мають право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, з клопотанням про скасування вироку. Клопотання про скасування вироку, яким затверджена угода, може бути подано протягом встановлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 476 КПК України) [8].

Особлива частина Кримінального кодексу України (далі – КК України) також містить положення про примирення сторін, а саме:

- звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України);

- призначення покарання у випадку затвердження вироком угоди про примирення (ч. 5 ст. 65 КК України);

- пом'якшення покарання у зв'язку з добровільним відшкодуванням завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (п. 2 ч. 1 ст. 66 КК України);

- звільнення від відбування покарання з випробуванням у зв'язку з затвердженням угоди про примирення або про визнання вини (ч. 2 ст. 76 КК України) [9].

Відповідно до вищезазначеного, у порівнянні з адміністративним, цивільним та господарським процесом, в кримінальному процесі не існує процедури медіації. Натомість, у кримінальному процесі визначені засади примирення сторін та визнання винуватості, про що складаються спеціальні угоди з потерпілою стороною, або з прокурором.

За дослідженнями Н. Турман «основне спрямування даного інституту – це задоволення/відновлення прав потерпілого та заохочення позитивної посткримінальної поведінки суб'єкта злочину. Крім того, на забезпечення дієвості правових механізмів інституту примирення, його цілей і мети великий вплив мають «складні» зв'язки між принципами публічності і диспозитивності» [10, с. 276].

Особливої уваги слід приділити ст. 389¹ КК України, в якій зазначено, що умисне невиконання засудженим угоди про примирення або про визнання винуватості карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років [9].

Питання виконання рішень, яке прийняте сторонами при вирішенні спору із залученням медіатора є дуже актуальним на сьогоднішній день. Досі не існує належного механізму дії для осіб спору, якщо одна з них не виконали умови за підсумками досудового розгляду справи то він може знову звернутися до суду.

На даний момент, в ст. 18 Закону України «Про медіацію» стосовно вищезазначеного моменту зазначається наступне: у разі невиконання чи неналежного виконання угоди за результатами медіації звернутися до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу в установленому законом порядку. Також, в статтях 20 та 21 вищезазначеного Закону вказано, що у договорі про проведення медіації зазначається про відповідальність медіатора (медіаторів) та сторін медіації за порушення умов договору про проведення медіації та в угоді за результатами медіації зазначаються узгоджені сторонами медіації зобов'язання, способи та строки їх виконання, а також наслідки їх невиконання або неналежного виконання [1].

Проте, в ч. 3 ст. 191 КАС України вказано, що у разі невиконання ухвали суду про затвердження умов примирення вона може бути подана для її примусового виконання в порядку, визначеному законодавством для виконання судових рішень, але як показує судова практика, то дані обста-

вини додають навантаження на судову систему та займають доволі багато часу для відновлення прав іншої сторони [3].

Висновки. Отже, як бачимо процедура медіації чітко визначена в адміністративному, господарському та цивільному процесі. Завдяки прийняттю Закону України «Про медіацію» було прийнято ряд законодавчих змін до вищезазначених галузей процесуального права, завдяки чому процедура медіації закріпилася в нормативно-правових актах й дозволила зняти значну завантаженість з судової системи України. В кримінальному процесі і на сьогодні існує процедура примирення сторін, яка дуже схожа з процедурою медіації. Основною проблемою сьогодні залишається питання виконання рішень, які прийняті за результатами застосування процедури медіації. Найкращим прикладом врегулювання даного питання є ст. 389¹ КК України в якій визначено покарання за невиконання рішень прийнятих за угодами про примирення.

Для покращення засад застосування процедури медіації й виконання рішень, які прийняті за результатами застосування процедури медіації пропонуємо доповнити Закон України «Про медіацію» ст. 22. «Відповідальність сторін», за якою невиконання умов за підсумками досудового розгляду справи буде вважатися обтяжуючою обставиною. В адміністративному процесі можна доповнити ст. 35 Кодексу України про адміністративні правопорушення новим пунктом 7) «навмисне невиконання рішення, яке прийняте сторонами при вирішенні спору із залученням медіатора».

Щодо цивільного та господарського процесу то в ч. 3 ст. 193 ГПК України та ч. 3 ст. 208 ЦПК України вже визначено, що у разі невиконання мирової угоди ухваленої судом вона може бути подана для її примусового виконання, проте ці положення також слід доповнити частиною 4 в обох статтях, в якій буде передбачено стягнення додаткових штрафних санкцій за невиконання мирової угоди. На нашу думку, невиконання мирової угоди створює обставини повторного звернення до суду й навантаження судової системи, а в деяких випадках створює додаткові витрати для фізичних чи юридичних осіб у зв'язку із затриманням виконання умов іншою стороною угоди, на що слід ввести додаткове покарання особи, щоб уникнути створення ситуацій невиконання мирових угод в цивільному та господарському процесі.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2020 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 01.10.2022 р.).

2. Про медіацію : Закон України від 16.11.2021 р. № 1875-IX. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2022. № 7. Ст. 51. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#n205> (дата звернення: 01.10.2022 р.).

3. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України 06.07.2005 р. № 2747-IV. Дата оновлення: 10.09.2022 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013. № 35–36. № 37. Ст. 446. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 02.10.2022 р.).

4. Андреев А. Поняття та сутність функцій медіації в адміністративному судочинстві. Науковий вісник Дніпропетровського ДУВС. Дніпро, 2021. № 2. С. 155–159.

5. Господарський процесуальний кодекс : Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-ХІІ. Дата оновлення: 07.05.2022 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992. № 6. Ст. 56. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 03.10.2022 р.).

6. Цивільний процесуальний кодекс : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Дата оновлення: 07.08.2022 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#n7880> (дата звернення: 03.10.2022 р.).

7. Жущман М. В., Острогляд Д. А., Чернявська Д. С., Целиковська О. А. Медіація у цивільному судочинстві. Юридичний науковий електронний журнал. Харків, 2021. С. 128–130.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України 18.04.2010 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 01.10.2022 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013. № 9–10. № 11–12. № 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 05.10.2022 р.).

9. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 19.08.2022 р. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 05.10.2022 р.).

10. Турман Н. Поняття та значення угоди про примирення у кримінальному процесі України. Підприємство, господарство і право. Чернівці, 2017. С. 273–277.

Анотація

Кобзєва Т. А., Міхновський Г. Ю. Нормативно-правове закріплення застосування процедури медіації в різних галузях процесуального права України. – Стаття.

Дана стаття присвячена дослідженню нормативно-правового закріплення застосування процедури медіації й їхнє порівняння в різних галузях процесуального права України, таких як адміністративний процес, господарський процес, цивільний процес та кримінальний процес.

Було зосереджено увагу на прийнятті Закону України «Про медіацію» на основі якого й проведено все подальше дослідження застосування процедури в різних галузях процесуального права України.

Авторами було розкрито поняття і сутність процедури медіації, основні законодавчі зміни останніх років стосовно застосування процедури медіації, основні аспекти застосування процедури медіації в різних ситуаціях й на різних стадіях судового процесу у всіх галузях процесуального права України (адміністративній, господарській, цивільній та кримінальній).

Виявлено положення про повернення частини судового збору в адміністративному, господарському, цивільному процесі при заключенні мирової угоди між сторонами спору.

Проаналізовано засади процедури примирення в кримінальному процесі України, її відмінності із застосуванням процедури примирення в адміністративному, господарському, цивільному процесі України.

Зосереджено увагу на питанні виконання рішень, яке прийняте сторонами при вирішенні спору із залученням медіатора, а також на тому, що досі не існує належного механізму дії для осіб спору, якщо одна з них не виконала умови за підсумками досудового розгляду справи.

Було відмічено, що невиконання мирової угоди створює обставини повторного звернення до суду й навантаження судової системи, а в деяких випадках створює додаткові витрати для фізичних чи юридичних осіб у зв'язку із затриманням виконання умов іншою стороною угоди.

Запропоновано доповнити законодавство України положеннями про відповідальність сторін, за якою невиконання умов за підсумками досудового розгляду справи буде вважатися обтяжуючою обставиною.

Ключові слова: медіація, процедура медіації, врегулювання спору, адміністративний процес, господарський процес, цивільний процес, кримінальний процес.

Summary

Kobzeva T. A., Mikhnovskyi H. Yu. Regulatory and legal establishment of the application of mediation procedure in different branches of procedural law of Ukraine. – Article.

This article is devoted to the study of legal consolidation of the application of the mediation procedure and their comparison in different areas of procedural law of Ukraine, such as administrative proceedings, economic proceedings, civil proceedings and criminal proceedings.

Attention was focused on the adoption of the Law of Ukraine "On Mediation", on the basis of which all further research was conducted on the application of the procedure in various areas of procedural law of Ukraine.

The authors revealed the concept and essence of the mediation procedure, the main legislative changes in recent years regarding the application of the mediation procedure, the main aspects of the mediation procedure in different situations and at different stages of litigation in all branches of procedural law of Ukraine (administrative, commercial, civil and criminal).

The provision on the return of a part of the court fee in administrative, economic, civil proceedings upon the conclusion of a settlement agreement between the parties to the dispute has been revealed.

The principles of the conciliation procedure in the criminal process of Ukraine, its differences with the application of the conciliation procedure in the administrative, economic, civil process of Ukraine are analyzed.

Attention is focused on the implementation of decisions made by the parties in resolving a dispute involving a mediator, as well as on the fact that there is still no proper mechanism of action for litigants if one of them does not meet the conditions of pre-trial proceedings.

It was noted that non-fulfillment of the settlement agreement creates the circumstances of repeated appeals to the court and the burden of the judicial system, and in some cases creates additional costs for individuals or legal entities in connection with the delay in the fulfillment of the terms by the other party to the agreement.

It is proposed to supplement the legislation of Ukraine with provisions on the responsibility of the parties, according to which non-compliance with the results of the pre-trial proceedings will be considered an aggravating circumstance.

Key words: mediation, mediation procedure, dispute settlement, administrative process, economic process, civil process, criminal process.

УДК 342.9:35.086(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.16>**Є. В. Михайловська***orcid.org/0000-0001-6814-8843**доктор філософії за спеціальністю 081 Право,
заступник завідувача кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово економічної безпеки**Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету***А. Д. Скорик***orcid.org/0000-0001-5223-3955**студентка II курсу магістратури**Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету*

ПРОТОКОЛИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ЮРИДИЧНА СИЛА ДОКУМЕНТУ ТА ПОМИЛКИ ПРИ ОФОРМЛЕННІ

Вступ. Відповідно до даних звіту судів першої інстанції щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення за 2021 рік (зведений), на протязі минулого року судами першої інстанції було всього розглянуто близько одного мільйона справ про адміністративні правопорушення та 478 131 осіб було притягнуто до адміністративної відповідальності. Близько 7,7% від загальної кількості справ про адміністративні правопорушення у судах першої інстанції, а саме 74980 справ, містили неналежно оформлені протоколи про адміністративні правопорушення, інші матеріали, що підтверджують факт вчинення адміністративного правопорушення та були повернуті для належного оформлення до органу, який склав справу про адміністративне правопорушення [1]. Таке колосальне завантаження первинної ланки системи правосуддя цією категорією справ підтверджує гіпотезу щодо того, що станом на сьогодні, одним із найбільш розповсюджених видів правопорушень є адміністративне правопорушення (проступок). Водночас процесуальна якість справ про адміністративне правопорушення, що надсилаються до суду, є недостатньою.

Згідно положень статей 254–255 Кодексу України про адміністративні правопорушення, далі – КУпАП, у разі вчинення особою діяння, яке містить ознаки адміністративного правопорушення, уповноважені на те посадові особи (для прикладу, посадові особи органів Національної поліції України, Державної прикордонної служби України, Служби безпеки України та ін.) вправі скласти протоколи про адміністративні правопорушення [2]. Згодом протокол про адміністративне правопорушення та матеріали про вчинене адміністративне правопорушення відповідно до статті 257 КУпАП надсилаються (надаються) органу (посадовій особі), уповноваженому(ій) розглядати справи про адміністративні правопорушення [3].

Постановка проблеми. У 2021 році в судах апеляційної інстанції перебувало на розгляді 27 949 справ за апеляційними скаргами у справах про адміністративні правопорушення. За результатами перегляду із них було скасовано 5958 постанов по справах про адміністративні правопорушення, що складає близько 21,5% від загальної кількості прийнятих постанов [4]. Зокрема, це, свідчить про недостатній рівень законності, обґрунтованості, вмотивованості, справедливості, логічності, грамотності, дотримання культури оформлення протоколів про адміністративні правопорушення, що надсилалися на розгляд до судів першої інстанції, та в цілому – про допущення уповноваженими посадовими особами великої кількості помилок у процесі складання вищевказаних протоколів. В тому числі, але не виключно, вказані обставини є одними із основних причин негативної статистики щодо частого скасування постанов по справах про адміністративні правопорушення. У таких умовах, стає очевидною потреба дослідження питань юридичної сили та найбільш розповсюджених помилок в процесі складання протоколів про адміністративні правопорушення, з метою формулювання шляхів вирішення існуючих процесуальних проблем та дотримання прав і свобод людини і громадянина, збереження авторитету органів державної влади в майбутньому.

Аналіз останніх досліджень. До дослідження питань юридичної сили та недоліків змісту протоколів про адміністративні правопорушення зверталися наступні науковці: Ю. П. Битяк, Л. В. Коваль, В. А. Гуменюк, З. С. Гладун, А. І. Миколенко, М. І. Городиський, М. В. Лошицький, Т. П. Мінка та ін. У цьому аспекті окремої уваги заслуговує дисертаційне дослідження О. М. Ярмач «Протокол про адміністративне правопорушення як джерело доказів у провадженні в справах про адміністративні правопорушення» [5].

Мета статті полягає у визначенні типових помилок, які допускаються уповноваженими на те посадовими особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення, а також в дослідженні окремих аспектів юридичної сили та змісту протоколів про адміністративні правопорушення.

Виклад основного матеріалу статті. Прийнято вважати, що юридична сила будь-якого офіційного документа – це його внутрішня властивість, яка надається документу діючим законодавством, компетенцією органу, що його видав, та встановленим порядком оформлення документа. Вищевказані риси відрізняють документ від інших носіїв інформації, що фіксують об'єктивну реальність (для прикладу, фізичні об'єкти, машинні носії тощо) [6, с. 17]. Значення юридичної сили документу полягає у його здатності діяти та спричиняти юридично значущі наслідки – зумовлювати виникнення, зміну, припинення правових відносин.

Протокол про адміністративне правопорушення є офіційним документом, який повинен відповідати певним вимогам. Таким чином, вирішуючи питання щодо юридичної сили протоколу про адміністративне правопорушення, насамперед потрібно звертатись до питань відсутності недоліків його змісту, наявності відповідних повноважень у посадової особи, що складає такий протокол та визначення інших помилок, які допускаються вищевказаними особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення.

Стаття 256 чинного КУпАП є імперативною нормою, яка встановлює вимоги до змісту протоколу про адміністративне правопорушення. Зокрема, із змісту цієї статті випливає, що у протоколі про адміністративне правопорушення обов'язково зазначаються: дата та місце його складання; посада, прізвище, ім'я, по батькові посадової особи, яка складала протокол; відмітка про роз'яснення особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, її прав та обов'язків; відомості щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності; місце, час вчинення та суть адміністративного правопорушення; норма закону, яка передбачає відповідальність за таке правопорушення; прізвища, адреси свідків й потерпілих, прізвище викривача (за наявності його письмової згоди), якщо вони існують; пояснення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності; інші відомості, що мають значення для вирішення справи; інформація про заподіяння матеріальної шкоди (якщо правопорушенням заподіяно таку шкоду); підпис особи, яка складала протокол, та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності; підпис свідків і потерпілих (при їх наявності таких осіб та за їх бажанням). У випадку відмови особи, яка притя-

гається до адміністративної відповідальності, від підписання протоколу, в ньому робиться відповідний запис.

Згідно статті 278 КУпАП, орган (посадова особа) при підготовці до розгляду справи про адміністративне правопорушення вирішує, зокрема, питання правильності складання протоколу та інших матеріалів справи про адміністративне правопорушення [2]. Далі з'ясуємо типові помилки, які допускаються уповноваженими на те посадовими особами, при оформленні адміністративних матеріалів. Із аналізу наявних поглядів правників щодо цього питання та судової практики випливає, що найбільш розповсюдженими помилками при складанні протоколів про адміністративні правопорушення є наступні:

1. Протокол складений не уповноваженою на те посадовою особою. Вичерпний перелік осіб, уповноважених складати протоколи про адміністративні правопорушення щодо конкретних видів правопорушень, визначається статтею 257 КУпАП. Складання протоколу не уповноваженою на те особою є підставою повернення його на доопрацювання, адже неналежним чином оформлений протокол породжує перешкоди для повного та об'єктивного з'ясування усіх обставин справи та не може бути належним та допустимим доказом вчинення правопорушення. Станом на сьогодні, судами при розгляді справ про адміністративні правопорушення активно використовується правова позиція, викладена у Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» № 11 від 17 жовтня 2014 року, згідно якої: «Норми КУпАП не забороняють повернення протоколу про адміністративне правопорушення, складеного не уповноваженою на те посадовою особою або без додержання вимог статті 256 цього Кодексу вмотивованою постановою суду для належного оформлення» [7].

2. Неправильне визначення суб'єкта адміністративного правопорушення. Окремі склади адміністративних правопорушень передбачають наявність спеціального суб'єкта, щодо якого може наставати адміністративна відповідальність. У такому разі відсутність спеціального статусу в особи, яка притягається до адміністративної відповідальності спричиняє відсутність події та складу адміністративного правопорушення, що має наслідком закриття провадження у справах про адміністративні правопорушення. Для прикладу, див. Постанову Яремчанського міського суду Івано-Франківської області по справі № 354/573/21 від 21 квітня 2021 року: «Системний аналіз зазначених норм законодавства України дає підстави зробити висновок, що в даному

випадку суб'єктом адміністративного правопорушення, відповідальність за яке передбачена ч. 1 ст. 44-3 КУпАП (в редакції на час складання протоколу про адміністративне правопорушення) є: суб'єкт господарювання або його посадова особа, наділена відповідними організаційно-розпорядчими повноваженнями. Однак матеріали справи не містять доказів, які б свідчили, що ОСОБА_1 є фізичною особою-підприємцем або безпосереднім суб'єктом господарювання, що здійснює відповідну діяльність, а тому не може бути суб'єктом правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 44-3 КУпАП» [8].

3. Неправильна кваліфікація адміністративного правопорушення. Підставою притягнення особи до адміністративної відповідальності є протокол про адміністративне правопорушення. Неправильна кваліфікація порушення спричиняє складання протоколу за неналежне порушення та, як наслідок, відсутність протоколу за реально вчинене правопорушення. Таким чином, провадження у справах про адміністративне правопорушення закривається з підстав відсутності події та складу правопорушення. Зауважуємо, що КУпАП не передбачає можливості перекваліфікації дій правопорушника. Зокрема, це підтверджується й даними судової практики, наприклад, див. Постанову Богородчанського районного суду Івано-Франківської області по справі № 338/66/21 від 04 березня 2021 року: «Слід також зауважити, що можливість перекваліфікації дій правопорушника чинним КУпАП не передбачена, а обставини, викладені у протоколі про адміністративне правопорушення щодо ОСОБА_1, не підтверджені належними доказами» [9].

4. До протоколу не долучено достатніх доказів, які б свідчили про наявність складу адміністративного правопорушення та підтверджували б обставини, викладені у фабулі протоколу (для прикладу, фото, відеозапису, пояснення свідків тощо). У свою чергу, суд не наділений правом самостійно збирати докази, адже згідно частини 2 статті 251 КУпАП, обов'язок щодо збирання доказів покладається на осіб, уповноважених на складання протоколів про адміністративні правопорушення [2]. Відсутність достатніх доказів зумовлює закриття провадження у справах про адміністративне правопорушення. Для прикладу, див. Постанову Малиновського районного суду міста Одеси по справі 521/5374/21 від 17 травня 2021 року: «Враховуючи неповноту даних та неправильність оформлення матеріалів про адміністративне правопорушення працівниками ГУ ДПС в Одеській області, суд вважає в матеріалах справи відсутні достатні і беззаперечні докази, які б свідчили про вчинення ОСОБА_1 адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 163 КУпАП (яке зазначено в протоколі), а тому у суду

немає ніяких підстав вважати, що ОСОБА_1 порушив закон» [10].

5. Неповно зазначено відомості щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Протокол про адміністративне правопорушення повинен містити усі необхідні відомості щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності з метою встановлення дійсних обставин справи й ідентифікації особи правопорушника. Недотримання цієї вимоги стає підставою відправлення протоколу на доопрацювання. Прикладом може слугувати Постанова Заліщицького районного суду Тернопільської області по справі № 597/566/19 від 25 квітня 2019 року: «Судом встановлено, що при оформленні даного адміністративного матеріалу старшим оперуповноваженим сектору протидії корупції управління захисту економіки в Тернопільській області Департаменту захисту економіки Національної поліції України капітаном поліції ОСОБА_3 допущено ряд недоліків, а саме: невірно зазначені відомості про особу, яка притягається до адміністративної відповідальності. Враховуючи вищенаведене, з метою повного та об'єктивного розгляду даної справи, вважаю, що матеріали справи про притягнення до адміністративної відповідальності ОСОБА_2 за ознаками ч. 1 ст. 172-6 КУпАП необхідно направити до Департаменту захисту економіки національної поліції Управління захисту економіки в Тернопільській області для належного оформлення та усунення вищенаведених недоліків» [11].

6. Не зазначено порушену норму закону. Неподинокими є випадки, коли у протоколі про адміністративне правопорушення не зазначається конкретний пункт, стаття нормативно-правового акту (конкретна заборона), яка була порушена особою. Як правило, у такому разі матеріали справи про адміністративне правопорушення підлягають поверненню для належного оформлення органу, який склав протокол про адміністративне правопорушення. Для прикладу, див. Постанову Червонозаводського районного суду м. Харкова по справі № 646/464/21 від 26 лютого 2021 року: «З метою усунення зазначених недоліків матеріали справи підлягають поверненню для належного оформлення органу, який склав протокол про адміністративне правопорушення. Крім того, під час усунення недоліків необхідно конкретизувати, порушення якого саме підпункту пункту 2.3 ПДР інкримінується ОСОБА_1» [12].

7. Не розкрито суті адміністративного правопорушення, а саме – не зазначені конкретні дії особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Протокол про адміністративне правопорушення повинен містити всю необхідну інформацію щодо неправомірних дій особи, що забезпечить їх правильну кваліфікацію та

притягнення особи до відповідальності за відповідною статтею КУпАП. У такому випадку суди притримуються практики, у відповідності до якої направляють протокол про адміністративне правопорушення для належного оформлення до органу, який його склав. Наприклад, див. Постанову Арцизького районного суду Одеської області по справі № 492/359/21 від 05 квітня 2021 року: «Крім того, в зазначених протоколах про адміністративні правопорушення належним чином не розкрито суть адміністративного правопорушення. Тому, при доопрацюванні справи про адміністративні правопорушення необхідно усунути вищенаведені недоліки» [13].

8. Відсутність у протоколі дати та часу вчинення адміністративного правопорушення. Як правило, за таких обставин суд направляє адміністративні матеріали на доопрацювання органу, який склав протокол про адміністративне правопорушення. Для прикладу, див. Постанову Южного міського суду Одеської області по справі № 519/703/21 від 30 липня 2021 року: «При підготовці матеріалів до судового розгляду суддею встановлено, що протокол про адміністративне правопорушення не відповідає вимогам ст. 256 КУпАП, а саме: в протоколі про адміністративне правопорушення не зазначено дату та час вчинення адміністративного правопорушення. Враховуючи те, що матеріали справи не містять всіх необхідних відомостей, які необхідні для забезпечення правильного розгляду справи, суд, не має можливості в повному обсязі з'ясувати обставини правопорушення та забезпечити своєчасне виконання постанови, тому адміністративний матеріал слід направити на доопрацювання органу, який склав протокол про адміністративне правопорушення» [14].

9. При складанні протоколу особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, не роз'яснюються її права й обов'язки. Відповідно до частини 4 статті 256 КУпАП, при складанні протоколу особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, роз'яснюються її права та обов'язки, передбачені статтею 268 цього Кодексу, про що робиться відмітка у протоколі. Проте існують випадки, коли посадові особи, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, не роз'яснюють особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, її права та обов'язки та не роблять відповідну відмітку в протоколі. Для прикладу, див. Постанову Херсонського апеляційного суду по справі № 766/23017/18 від 18 квітня 2019 року: «Вказане свідчить про те, що при складанні протоколу про адміністративне правопорушення було порушено право на захист ОСОБА_1, оскільки йому не було роз'яснено права та обов'язки, передбачені ст. 268 КУпАП, не було надано права дати пояснення і зауваження щодо змісту протоколу,

а також не було вручено копію протоколу. Зазначене підтверджується змістом протоколу, в якому відсутні дані про роз'яснення ОСОБА_1 його прав. З наведених вище мотивів та, враховуючи правове значення протоколу про адміністративне правопорушення, який не тільки визначає суть адміністративного правопорушення, поставленого особі у провину, а також є доказом в справі про адміністративне правопорушення відповідно до ст. 251 КУпАП, постанову судді підлягає скасуванню, а провадження у справі закриттю на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП за відсутністю в діях ОСОБА_1 складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 183-1 КУпАП» [15].

10. Заповнення реквізитів протоколу нерозбірливим почерком. Відповідно до пункту 6 розділу II Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції, усі реквізити протоколу про адміністративне правопорушення заповнюються чорним чорного або синього кольору, розбірливим почерком, державною мовою [3]. Акцентуємо увагу на тому, що судова практика щодо дотримання цієї вимоги складання протоколу про адміністративне правопорушення є суперечливою – одні суди вказують серед підстав неправомірності складання протоколу про адміністративне правопорушення нерозбірливий почерк, в той час як інші – не визначають протокол неправомірно складеним. Однак, у будь-якому разі, ця підстава може стати первинною для подальшої аргументації необхідності повернути протокол на доопрацювання. Це підтверджується Постановою Кузнецовського міського суду Рівненської області по справі № 565/974/17 від 09 червня 2017 року: «Протокол про адміністративне правопорушення серії АА № 543305 від 27.05.2017 року заповнений нерозбірливим почерком, зокрема, більшість слів в протоколі не можна прочитати, а можна лише припустити, яке слово написано. У даному протоколі неможливо прочитати адресу місця проживання особи, яка притягається до адміністративної відповідальності та прізвище, ім'я другого свідка. Окрім цього, в протоколі по батькові особи, яка притягається до адміністративної відповідальності написано з перекресленням. Таким чином, протокол про адміністративне правопорушення підлягає поверненню до Варашського ВП ГУНП в Рівненській області, для належного оформлення» [16].

Усе це свідчить про те, що правовими наслідками недотримання уповноваженими посадовими особами вимог законодавства при складанні протоколів про адміністративне правопорушення, можна визначити: повернення *протоколу* про адміністративне правопорушення на *доопрацювання* до органу, який його склав; закриття провадження в справі про адміністративне правопорушення з підстав відсутності події та складу

правопорушення; скасування постанови по справі про адміністративне правопорушення.

Висновки. Результати здійсненого аналізу дозволяють зробити висновок про те, що типовими помилками, які допускаються уповноваженими на те посадовими особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення є наступні: 1) протокол складений не уповноваженою на те посадовою особою; 2) неправильне визначення суб'єкта адміністративного правопорушення; 3) неправильна кваліфікація адміністративного правопорушення; 4) до протоколу не долучено достатніх доказів, які б свідчили про наявність складу адміністративного правопорушення; 5) неповно зазначено відомості щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності; 6) не зазначено порушену норму закону; 7) не розкрито суті адміністративного правопорушення; 8) відсутність у протоколі дати та часу вчинення адміністративного правопорушення; 9) при складанні протоколу особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, не роз'яснюються її права й обов'язки; 10) заповнення реквізитів протоколу нерозбірливим почерком.

У свою чергу, недоліки змісту протоколу про адміністративне правопорушення можуть ставити під сумнів його юридичну силу – протокол про адміністративне правопорушення, що складений із помилками, в підсумку може не спричинити настання адміністративної відповідальності та стати причиною закриття провадження в справі про адміністративне правопорушення з підстав відсутності події та складу правопорушення.

На наш погляд, шляхами вирішення вищевказаних процесуальних проблем є, насамперед, введення комплексного підходу до освіти, підготовки, підвищення кваліфікації працівників правоохоронних органів, а також впровадження належного методичного забезпечення процесу складання протоколів про адміністративні правопорушення. Окрім того, у цьому аспекті вагомим значення набуває освоєння працівниками правоохоронних органів засобів, прийомів та правил юридичної техніки.

Література

1. Звіт судів першої інстанції щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення № 1-п, зведений за 2021 рік. *Судова влада України*. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvitnist_21
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-2-X: станом на 6 листопада 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
3. Про затвердження Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції: Наказ від 06.11.2015 р. № 1376: станом на 24 вересня 2021р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1496-15>

4. Звіт судів апеляційної інстанції щодо розгляду апеляційних скарг у справах про адміністративні правопорушення № 2-п, зведений за 2021 рік. *Судова влада України*. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvitnist_21

5. Ярмук О. М. Протокол про адміністративне правопорушення як джерело доказів у провадженні в справах про адміністративні правопорушення : автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2014. 27 с.

6. Царьова І. В. Юридичне документознавство: навч. посіб. Дніпро : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2017. 172 с.

7. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.10.2014 р. № 11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14>

8. Постанова Яремчанського міського суду Івано-Франківської області від 21.04.2021 р. по справі № 354/573/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96488404>

9. Постанова Богородчанського районного суду Івано-Франківської області по справі № 338/66/21 від 04.03.2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95345991>

10. Постанова Малиновського районного суду міста Одеси від 17.05.2021 р. по справі 521/5374/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97123057>

11. Постанова Заліщицького районного суду Тернопільської області по справі від 25.04.2019 р. по справі № 597/566/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81451971>

12. Постанова Червонозаводського районного суду м. Харкова від 26.02.2021 р. по справі № 646/464/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95168364>

13. Постанова Арцизького районного суду Одеської області від 05.04.2021 р. по справі № 492/359/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96065506>

14. Постанова Южного міського суду Одеської області від 30.07.2021 р. по справі № 519/703/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98672830>

15. Постанова Херсонського апеляційного суду від 18.04.2019 р. по справі № 766/23017/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81258499>

16. Постанова Кузнецовського міського суду Рівненської області від 09.06.2017 р. по справі № 565/974/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67012993>

Анотація

Михайловська Є. В., Скорик А. Д. Протоколи про адміністративні правопорушення: юридична сила документу та помилки при оформленні – Стаття.

Стаття присвячена визначенню типових помилок, які допускаються уповноваженими посадовими особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення, а також дослідженню окремих аспектів юридичної сили та змісту протоколів про адміністративні правопорушення. В статті проаналізовано наявну судову практику з вищевказаного питання в Україні.

Встановлено, що помилками, які допускаються уповноваженими посадовими особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення є: складання протоколу не уповноваженою на те посадовою особою; неправильне визначення суб'єкта адміністративного правопорушення; неправильна кваліфікація адміністративного правопорушення; відсутність

у протоколі дати та часу вчинення адміністративного правопорушення; заповнення реквізитів протоколу нерозбірливим почерком та ін.

Акцентовано увагу на тому, що недоліки змісту протоколу про адміністративне правопорушення можуть ставити під сумнів його юридичну силу – протокол про адміністративне правопорушення, що складений із помилками, в підсумку може не спричинити настання адміністративної відповідальності.

Сформульовано висновок щодо того, що помилки, допущені уповноваженими посадовими особами, при складанні протоколів про адміністративні правопорушення, визнаються судами як обставини, які унеможливають притягнення осіб до адміністративної відповідальності та є причиною закриття провадження в справі про адміністративне правопорушення з підстав відсутності події та складу правопорушення.

Запропоновано із метою збереження авторитету органів державної влади та покращення процесуальної якості протоколів про адміністративні правопорушення: ввести комплексний підхід до освіти, підготовки, підвищення кваліфікації працівників правоохоронних органів; впровадити належне методичне забезпечення процесу складання протоколів про адміністративні правопорушення; забезпечити освоєння працівниками правоохоронних органів засобів, прийомів та правил юридичної техніки.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, протокол про адміністративне правопорушення, помилки при складанні протоколу про адміністративне правопорушення, уповноважена посадова особа.

Summary

Mykhailovska Ye. V., Skoryk A. D. Protocols on administrative offenses: the legal force of the document and errors in execution. – Article.

The article is devoted to the definition of typical mistakes made by authorized officials when drawing up

protocols on administrative offenses, as well as to the study of certain aspects of the legal force and content of protocols on administrative offenses. The article analyzes the available judicial practice on the above-mentioned issue in Ukraine.

It has been established that the mistakes made by authorized officials when drawing up protocols on administrative offenses are: drawing up the protocol by an official who is not authorized to do so; incorrect definition of the subject of the administrative offense; incorrect qualification of an administrative offence; the absence of the date and time of the commission of the administrative offense in the protocol; filling in details of the protocol in illegible handwriting, etc.

Attention is focused on the fact that the shortcomings of the content of the protocol on an administrative offense may call into question its legal force – the protocol on an administrative offense, drawn up with errors, may not result in administrative liability in the end.

The conclusion was formulated that mistakes made by authorized officials when drawing up protocols on administrative offenses are recognized by the courts as circumstances that make it impossible to bring people to administrative responsibility and are the reason for closing proceedings in the case of an administrative offense due to the absence of an event and the nature of the offense.

In order to preserve the authority of state authorities and improve the procedural quality of protocols on administrative offenses, it is proposed to introduce a comprehensive approach to education, training, and advanced training of law enforcement officers; implement proper methodological support for the process of drawing up protocols on administrative offenses; to ensure that law enforcement officers master the means, techniques and rules of legal technology.

Key words: administrative offense, protocol on administrative offense, errors in drawing up protocol on administrative offense, authorized official.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.17>**Р. Ю. Павлюк***orcid.org/0000-0002-3598-1086**аспірантка кафедри конституційного, міжнародного права
та публічно-правових дисциплін**Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ЕКСПЕРТА ЯК УЧАСНИКА АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми. Відповідно до Конституції України, Україна є правовою державою, в основу діяльності якої покладено реалізацію її основних функцій, як зовнішніх так внутрішніх, з допомогою чіткого розподілу гілок влади, а також забезпечення належним чином прав та свобод людини і громадянина. У разі порушення прав і свобод фізична чи юридична особа має право відповідно до Конституції звертатися за захистом права до суду. Закон надає можливість оскаржувати незаконність дій, рішень чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, які є суб'єктами владних повноважень, до адміністративних судів. Бувають ситуації, коли розглядаючи такі адміністративні провадження, треба залучення експерта для проведення експертизи в адміністративному судочинстві. Зважаючи на це, важливим є чітко окреслення його статусу саме в адміністративному судочинстві, адже від цього залежить остаточне рішення по справі. Дослідження процесуального порядку залучення та участі експерта в адміністративному судочинстві має вагоме значення, оскільки є гарантією дотримання засад адміністративного судочинства. Також необхідним є чітко відобразити структурні елементи, що входять до процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства присвятили свій науковий доробок такі вчені як: В. Б. Авер'янов, С.С. Бичкова, О.Ф. Дорошенко, О.М. Михайлов, А.В. Панчишин та інші автори.

Метою статті є з'ясування поняття процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства та обґрунтування пропозицій щодо удосконалення структури процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства.

Виклад основного матеріалу. Перш, ніж перейти до дослідження змісту та структури процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства, варто розкрити зміст «правовий статус», оскільки правовий статус визначає юридичні властивості, якості, що

є характерними для всіх інших статусів. Правовий статус є ширшим поняттям і включає відповідно в себе також і процесуальний статус в адміністративному судочинстві. В.Д.Юрчишин, під правовим статусом експерта пропонує розуміти сукупність всіх прав та обов'язків, що передбачені законодавством України [1, с. 119].

Статус – правове становище осіб тощо [2, с. 858]; правове становище осіб, організацій, установ тощо; становище індивіда або групи осіб щодо інших індивідів або груп у соціальній системі; встановлене нормами права положення його суб'єктів, сукупність їх прав та обов'язків [3, с. 572]. Часто в юридичній літературі вживається також і термін «правовий статус» та «правове положення». Слід зауважити, що дані терміни є рівнозначними і тотожними, оскільки законодавство, судова практика та міжнародно-правові акти не розрізняють їх і вживають в однаковому розумінні. Проте ми вважаємо, що доцільніше вживати все ж таки термін «правовий статус». Поняття «правовий статус» розглядають:

1) правовий статус – це визначене нормативно-правовими актами правове становище фізичної або юридичної особи, що характеризується сукупністю її прав, обов'язків, гарантій та відповідальності [4, с. 74];

2) юридична міра соціальної свободи суб'єкта права, що визначає межі, в яких можуть відбуватися кількісні зміни його правового становища [5, с. 550];

3) сукупність юридичних прав, свобод і обов'язків особи, які закріплені в діючому законодавстві і складають соціально допустимі і необхідні потенційні можливості особи мати суб'єктивні права і обов'язки і реалізувати їх в системі суспільних відносин [6, с. 100];

4) встановлене правовими нормами положення його суб'єктів, сукупність їх прав та обов'язків, що у концентрованому вигляді відображається у законах, положеннях, статутах та інших нормативно-правових актах про відповідні органи, установи [7, с. 186];

5) сукупність або систему всіх належних громадянину суб'єктивних юридичних прав, свобод і обов'язків, що визначають його правове

становище в суспільстві, яке закріплене в чинному законодавстві та інших формах права [8, с. 86–87];

6) систему взаємопов'язаних прав і свобод та обов'язків, які закріплені в законодавстві і визначають правове положення особи в суспільстві [9, с. 207];

7) система законодавчо встановлених та гарантованих державою прав, свобод, законних інтересів і обов'язків суб'єкта суспільних відносин [10, с. 366];

8) сукупність прав і обов'язків, що визначають юридичний стан особи, державного органу чи міжнародної організації; комплексний показник становища певного прошарку, групи чи індивідів у соціальній системі, один з найважливіших параметрів соціальної стратифікації [11, с. 225];

9) комплекс суб'єктивних прав та юридичних обов'язків [12, с. 69];

10) комплексну категорію, яка відображає весь комплекс зв'язків особистості із суспільством, державою, колективом, оточуючими людьми [13, с. 97];

11) багатоаспектна, комплексна, універсальна категорія, що має чітку стабільну структуру та встановлює характер і принципи взаємодії суб'єктів суспільних відносин між собою, а також шляхом визначення прав, обов'язків та гарантій їх реалізації визначає місце суб'єкта у системі правовідносин [14, с. 52].

Щодо того, що слід розуміти під «процесуальним статусом експерта», то теж є різні погляди:

1) С.С. Бичкова виділяє такі його елементи як суб'єктивні цивільні процесуальні права; юридичні цивільні процесуальні обов'язки; законний цивільний процесуальний інтерес [15, с. 16];

2) О.Ф. Дорошенко під процесуальним статусом експерта розуміє сукупність прав та обов'язків експерта й гарантії їх реалізації [16, с. 64].

3) А.В. Дудич процесуальний статус експерта розглядає як сукупність прав, гарантій їх реалізації, обов'язків та відповідальності [17, с. 80].

Варто зауважити, що процесуального статусу експерта особа набуває з моменту призначення її судом або залучення стороною справи. Відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАСУ) рішення про допуск до участі у справі експерта та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом, а ст. 68 визначає, що експертом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями, необхідними для з'ясування відповідних обставин справи [18]. Відповідно до ст. 10 закону України «Про судову експертизу» судовими експертами можуть бути особи, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань [19]. Як бачимо, законодавець використовує два терміни «експерт» та «судовий експерт», хоча мова йде про одного учасника судочинства. Діяльність

судового експерта пов'язана із цілями правосуддя та встановленням відповідних обставин справи. Тому на нашу думку, в КАСУ (в ст. 68) та інших процесуальних кодексах має вживатися термін «судовий експерт», визначення якого має бути чітко сформульовано у відповідності до Закону України «Про судову експертизу».

Судовий експерт виступає самостійним учасником адміністративного судочинства, він належить до осіб, які відіграють допоміжну роль у адміністративному судочинстві та сприяє здійсненню правосуддя, ознакою яких є відсутність юридичної заінтересованості у результатах справи. З огляду на це, згідно норм КАСУ, не може бути експертом особа: 1) якщо він брав участь у справі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, адвокат, секретар судового засідання або надавав правничу допомогу стороні чи іншим учасникам справи в цій чи іншій справі; 2) якщо він прямо чи опосередковано заінтересований в результаті розгляду справи; 3) якщо він є членом сім'ї або близьким родичем (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї або близький родич цих осіб) сторони або інших учасників судового процесу, або осіб, які надавали стороні або іншим учасникам справи правничу допомогу у цій справі, або іншого судді, який входить до складу суду, що розглядає чи розглядав справу; 4) за наявності інших обставин, які викликають сумнів у неупередженості або об'єктивності; 5) він перебував або перебуває в службовій або в іншій залежності від учасників справи; 6) він проводив ревізію, перевірку тощо, матеріали яких використовуються при розгляді даної справи; 7) з'ясування обставин, які мають значення для справи, виходить за межі сфери його спеціальних знань [18].

Набувши процесуального статусу судового експерта, даний учасник набуває комплекс прав і обов'язків, несе юридичну відповідальність.

Висновки і пропозиції. Діяльність судового експерта пов'язана із цілями правосуддя та встановленням відповідних обставин справи. Тому, на нашу думку, в КАСУ (в ст. 68) та інших процесуальних кодексах має вживатися термін «судовий експерт», визначення якого має бути чітко сформульовано у відповідності до Закону України «Про судову експертизу». Отже, процесуальний статус судового експерта в адміністративному судочинстві – це сукупність наданих йому процесуальним законодавством прав та обов'язків, реалізація яких забезпечується законодавчо визначеними гарантіями та відповідальністю. Основу процесуального статусу судового експерта в адміністративному судочинстві становлять права, обов'язки, гарантії та відповідальність.

Література

1. Юрчишин В.Д. Висновок експерта як джерело доказів у кримінальному процесі України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Віталій Дмитрович Юрчишин. Івано-Франківськ, 2007. 227 с.
2. Словник іншомовних слів : 23.000 слів та термінологічних словосполучень / [Л. О. Пустовіт, О.І. Скопненко, Г. М. Сютя та ін.]. К. : Вид. «Довіра» – УНВЦ «Рідна мова», 2000. 1018 с.
3. Тлумачний словник української мови. Уклад. Ковальова Т.В., Коврига Л.П. Харків. Синтекс. 2005. 672 с.
4. Добкін М.М. Адміністративно-правовий статус виконавчих органів міських рад / дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2009. 213 с.
5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підручник. 2-е вид., переробл. і доповн. Харків. Еспада, 2009. 752 с.
6. Котюк В. О. Теорія права: Курс лекцій : навч. посібник [для юрид. фак. вузів]. К. : Вентурі, 1996. 208 с.
7. Юридична енциклопедія за ред. Ю.С. Шемчуценка. Київ. Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана. Т. 5: П–С. 2003. 736 с.
8. Кравчук М.В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права: навчальний посібник. 3-тє вид., змін. й доповн. Тернопіль. Карт-бланш, 2002. 247 с.
9. Волинка К. Г. Теорія держави і права : навч. посіб. К. : МАУП, 2003. 240 с.
10. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ. Юрінком Інтер. 2006. 688 с.
11. Політичний енциклопедичний словник: навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів за ред. Ю.С. Шемчуценка, В.Д. Бабкіна. Київ. Генеза. 1997. 400 с.
12. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посібник / П. М. Рабінович. Вид. 6-е. Х. : Консум, 2002. 160 с.
13. Панчишин А.В. Поняття, ознаки та структура категорії «правовий статус» // *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. С. 95–98.
14. Михайлов О.М. Правовий статус інших учасників адміністративного судочинства в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2015. 238 с.
15. Бичкова С.С. Цивільний процесуальний статус експерта. *Криміналістичний вісник*. 2012. № 1(17). С. 15–21.
16. Дорошенко О.Ф. Судова експертиза як засіб доказування при розгляді цивільних справ щодо порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності: Дис. ... канд. юрид. наук 12.00.03. К., 2007. 207 с.
17. Дудич А.В. Експерт як учасник кримінального провадження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 253 с.
18. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року № 2747-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#n10066> (дата звернення: 21.11.2022).
19. Про судову експертизу: закон України від 25 лютого 1994 року № 4038-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#n64> (дата звернення: 21.11.2022).

Анотація

Павлюк Р. Ю. Поняття та зміст процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства. – Стаття.

В даній статті досліджуються питання процесуального статусу експерта як учасника адміністративного

судочинства. Проаналізовано позиції вчених науковців щодо поняття «правовий статус» та підтримана думка про рівнозначність термінів «правовий статус» та «правове положення». Також висвітлена позиція про те, що процесуальний статус експерта як учасника адміністративного судочинства є галузевим правовим статусом, який вже конкретизує зміст загального правового статусу щодо адміністративно-процесуальних правовідносин. Правовий статус експерта співвідноситься з процесуальним як загальне та спеціальне. Наголошено також у статті і на тому, що дослідження змісту процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства неможливе без з'ясування основних напрямків його діяльності, які допомагають розкрити місце, роль та соціальне призначення експерта. Експерт є учасником адміністративного судочинства та вступає в особливий вид правових відносин – адміністративно-процесуальні, а отже, має відповідний процесуальний статус.

У даній статті ми обговорили проблемні аспекти визначення структурних елементів процесуального статусу експерта як учасника адміністративного судочинства. Також було висвітлено положення про те, що процесуальний статус експерта як учасника адміністративного судочинства – це сукупність наданих йому процесуальним законодавством прав та обов'язків, реалізація яких забезпечується законодавчо визначеними гарантіями та відповідальністю. Діяльність судового експерта пов'язана із цілями правосуддя та встановленням відповідних обставин справи. Тому запропоновано в КАСУ (в ст.68) та інших процесуальних кодексах вживати термін «судовий експерт», визначення якого має бути чітко сформульовано у відповідності до Закону України «Про судову експертизу». Судовий експерт виступає самостійним учасником адміністративного судочинства, він належить до осіб, які відіграють допоміжну роль у адміністративному судочинстві та сприяє здійсненню правосуддя, ознакою яких є відсутність юридичної заінтересованості у результатах справи.

Ключові слова: процесуальний статус, адміністративне судочинство, експерт, структура процесуального статусу, права і обов'язки експерта.

Summary

Pavliuk R. Yu. The concept and content of the procedural status of an expert as a participant in administrative proceedings. – Article.

This article examines the issues of the procedural status of an expert as a participant in administrative proceedings. The positions of scientists regarding the concept of “legal status” were analyzed and the opinion on the equivalence of the terms “legal status” and “legal position” was supported. Also highlighted is the position that the procedural status of an expert as a participant in administrative proceedings is a sectoral legal status, which already specifies the content of the general legal status regarding administrative-procedural legal relations. The legal status of an expert is related to the procedural as general and special. The article also emphasizes that the study of the content of the expert's procedural status as a participant in administrative proceedings is impossible without clarifying the main directions of his activity, which help to reveal the place, role and social purpose of the expert. An expert is a participant in administrative proceedings and enters into a special type of legal relationship – administrative-procedural, and therefore has a corresponding procedural status.

In this article, we discussed the problematic aspects of determining the structural elements of the procedural

status of an expert as a participant in administrative proceedings. It was also highlighted the provision that the procedural status of an expert as a participant in administrative proceedings is a set of rights and obligations granted to him by procedural legislation, the implementation of which is ensured by legally defined guarantees and responsibilities. The activity of a forensic expert is related to the goals of justice and establishing the relevant circumstances of the case. Therefore, it is proposed to use the term “forensic expert” in the CAS (in Article 68) and other procedural codes, the definition

of which must be clearly formulated in accordance with the Law of Ukraine “On Forensic Expertise”. A judicial expert acts as an independent participant in administrative proceedings; he belongs to the persons who play an auxiliary role in administrative proceedings and contributes to the administration of justice, whose feature is the absence of legal interest in the results of the case.

Key words: procedural status, administrative proceedings, expert, structure of procedural status, rights and duties of an expert.

УДК 342.951:[354.32:351.854](477)
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.18>

А. Г. Халілова
orcid.org/0000-0001-8702-9188
аспірантка кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

МІСЦЕ МІНІСТЕРСТВА ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ УПРАВЛІННЯ НАУКОЮ

Постановка проблеми. Найбільш вагомим і важливим показником розвиненості держави є рівень розвитку наукової діяльності. Ефективне функціонування науки неможливо без створення та діяльності оптимальної системи суб'єктів управління науковою та науково-технічною діяльністю. Так, основним завданням органів управління науковою сферою є забезпечення узгодженості у функціонуванні окремих сфер наукової та науково-технічної діяльності. Центральним органом виконавчої влади в системі органів управління наукою є Міністерство освіти і науки України (далі – МОН України, Міністерство). Для визначення місця МОН України у системі суб'єктів управління наукою важливим є розуміння сутності публічного адміністрування у сфері науки.

Стан наукового дослідження проблеми. Аналізу поняття «публічне адміністрування», «державне управління» та «адміністративно-правовий статус» приділено значну увагу у наукових працях таких вчених, як В. Б. Авер'янова, В. К. Колпакова, О. Ю. Оболенського, Ю. П. Битяка, Н. П. Матюхіної, О. О. Бригінець, Р. С. Мельника, В. М. Бевзенка, О. Ф. Скакун та ін. Водночас проблематиці публічного адміністрування у сфері науки присвячені праці – Т. І. Білоус-Осінь, Д. О. Кришталь, Р. В. Неколяк та ін. При цьому низка питань, пов'язаних із публічним адмініструванням наукової діяльності залишається недослідженими, чим підтверджується актуальність обраної теми.

Метою статті є з'ясування місця Міністерства освіти і науки України у системі управління наукою.

Виклад основного матеріалу. Передусім необхідно зазначити про різноманітність думок вчених щодо визначення поняття державного управління. На думку В. Б. Авер'янова, державне управління – це особливий та самостійний вид діяльності держави, яку здійснює система спеціальних державних органів – органів виконавчої влади [1, с. 6]. У свою чергу В. К. Колпаков державне управління визначає як специфічну діяльність держави, що дістає вияв у функціонуванні її органів, які безперервно, плановірно, владно і в рамках правових установлень впливають на суспільну систему з метою її вдосконалення відповідно до державних інтересів. [2, с. 16].

Проте, враховуючи тенденцію останніх років до поширення вживання науковцями поняття «публічне адміністрування» замість «державного управління», вважаємо за необхідне проаналізувати наукові праці з окресленої проблематики. Щодо співвідношення понять «державне управління» і «публічне адміністрування» серед вчених панує думка про те, що державне управління має більш вузький характер, головним для нього є держава і державна влада. Для публічного адміністрування ж головним є суспільство і публічна влада [3, с. 35].

Відсутність законодавчої дефініції поняття «публічне адміністрування» призвело до широкого тлумачення його на сторінках наукової літератури. Так, А. Ф. Мельник та О. Ю. Оболенський наголошують, що публічне управління направлено на реалізацію публічних інтересів та складається з двох елементів: державного та громадського управління, які своєю взаємодією доповнюють один одного. Державне управління здійснює управлінський вплив на всі галузі життєдіяльності суспільства. При цьому зростає роль і громадських структур в управлінні не тільки громадськими, а й державними справами, у розв'язанні суспільних проблем [4, с. 303].

В нашому дослідженні приєднуємося до позиції Н. П. Матюхіної, яка визначає публічне адміністрування, як регламентовану законами та іншими нормативно-правовими актами діяльність суб'єктів публічного адміністрування, спрямовану на здійснення законів та інших нормативно-правових актів шляхом прийняття адміністративних рішень, надання встановлених законами адміністративних послуг [5, с. 9].

Враховуючи викладене, під публічним адмініструванням у сфері науки варто розуміти засновану на приписах законодавства діяльність уповноважених суб'єктів щодо формування та практичної реалізації державної політики у сфері науки.

Провідним суб'єктом публічного адміністрування у сфері наукової та науково-технічної діяльності є МОН України. Так, говорячи про адміністративно-правовий статус органу виконавчої влади, слід мати на увазі сукупність певних елементів, за допомогою яких зазначеному суб'єкту надається правосуб'єктність у певній сфері. Більшість науковців схожі в тлумаченні

змісту поняття «адміністративно-правовий статус» та поділяють його на певні блоки, зокрема: цільовий, структурно-організаційний та компетенційний. О. О. Бригінець зазначає, що до адміністративно-правового статусу державного органу входить: 1) цільове призначення, що охоплює принципи, цілі, завдання і функції органу державної влади; 2) структурно-організаційна форма побудови органу державної влади, що включає в себе регулювання порядку створення, реорганізації, ліквідації, процедури діяльності, право на офіційні символи, лінійну і функціональну підпорядкованість; 3) компетенція, яка передбачає сукупність владних повноважень стосовно: а) прав і обов'язків, пов'язаних зі здійсненням влади, участю в управлінських відносинах, а також правом видавати певні адміністративні акти; б) підпорядкованості, правового закріплення об'єктів, предметів і справ, на яких поширюються владні повноваження [6, с. 172]. Як слушно зауважують Р. С. Мельник та В. М. Бевзенко, виконавча влада є основним суб'єктом державного управління, який уповноважений виконувати приписи законодавства, що і є першорядним завданням органів виконавчої влади [7, с. 139]. У Законі України «Про наукову і науково-технічну діяльність» надається перелік суб'єктів державного регулювання та управління у сфері наукової діяльності, до яких, окрім інших, відноситься центральний орган виконавчої влади що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері наукової і науково-технічної діяльності [8], тобто МОН України є одним з головних елементів системи суб'єктів управління наукою.

Слід зазначити, що МОН України реалізує свою діяльність на основі Конституції, законів України, постанов Верховної Ради України та указів Президента України. Найбільш повне та чітке закріплення завдань, функцій та повноважень МОН України надане у спеціальному нормативно-правовому акті – Положенні про Міністерство освіти і науки України [9]. Відповідно до останнього МОН України є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах освіти і науки, наукової, науково-технічної діяльності, інноваційної діяльності в зазначених сферах, трансферу (передачі) технологій, а також забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері здійснення державного нагляду (контролю) за діяльністю закладів освіти, підприємств, установ та організацій, які надають послуги у сфері освіти або провадять іншу діяльність, пов'язану з наданням таких послуг, незалежно від їх підпорядкування і форми власності [9].

Завдання, мета та функції органу виконавчої влади є визначальними для розуміння характеру

його діяльності. Вищезазначене Положення у п. 3 окреслює такі основні завдання МОН України: 1) забезпечення формування та реалізації державної політики у сферах освіти і науки, наукової, науково-технічної діяльності та інноваційної діяльності в зазначених сферах, трансферу (передачі) технологій; 2) забезпечення формування та реалізації державної політики у сфері здійснення державного нагляду (контролю) за діяльністю закладів освіти, підприємств, установ та організацій, які надають послуги у сфері освіти або провадять іншу діяльність, пов'язану з наданням таких послуг, незалежно від їх підпорядкування і форми власності.

З огляду на наведене можна дійти висновку, що першорядним завданням Міністерства як суб'єкта публічного адміністрування науковою діяльністю є формування та реалізація державної політики у сфері науки та у сфері державного контролю суб'єктів, які надають послуги у цих сферах. При цьому, головним у функціонуванні органів публічної адміністрації є виконання свого соціального призначення саме через взаємодію з іншими суб'єктами стосовно виконання покладених на них функцій та повноважень.

Іншими складовими, які характеризують адміністративно-правовий статус МОН України є структурна організація цього органу. Очолює міністерство – міністр, який визначає напрямки розробки державної політики міністерством; представляє законопроекти, розроблені МОН України у Верховній Раді та її органах; виступає від імені міністерства у відносинах з іншими органами державної влади та іншими суб'єктами; є розпорядником коштів міністерства, виділених на реалізацію програм. Апаратом міністерства у МОН України керує державний секретар, який підзвітний і підконтрольний Міністру, а також забезпечує організацію виконання доручень міністра та організацію роботи з документами в міністерстві; призначає на посади та звільняє з посад державних службовців та працівників (осіб найнятих за трудовим законодавством) апарату міністерства та ін. [9].

У системі МОН України функціонують директори, які є самостійними структурними підрозділами апарату міністерства, зокрема: 1) Директорат європейської інтеграції, бюджетування та узгодження політик; 2) Директорат цифрової трансформації; 3) Директорат дошкільної, шкільної, позашкільної та інклюзивної освіти; 4) Директорат професійної освіти; 5) Директорат фахової передвищої, вищої освіти; 6) Директорат науки та інновацій.

З огляду на предмет нашого дослідження вважаємо за необхідне детальніше розглянути діяльність Директорату науки та інновацій, основними завданнями якого є забезпечення формування та

реалізація державної політики у сферах науки, наукової, науково-технічної діяльності, інноваційної діяльності в зазначених сферах, трансферу (передачі) технологій. До структури директорату входять експертні групи, які виконують завдання у науковій сфері, в межах своєї компетенції: 1) експертна група з питань розвитку науки, основним завданням якої є аналіз ситуації у сфері наукової та науково-технічної діяльності, з урахуванням різноманітних соціальних аспектів, на основі цього розробляє нормативно-правові акти з модернізації державної політики у сфері науки та проводить фінансові розрахунки для реалізації наукової політики; 2) експертна група з питань розвитку інновацій, яка розробляє акти модернізації та ефективного функціонування у сфері інновацій та трансферу технологій, здійснювати фінансово розрахунки, необхідні для реалізації національної політики у сфері інновацій та надає пропозиції щодо розробки державної політики у сферах інноваційної діяльності; 3) експертна група з питань моніторингу і оцінювання наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності здійснює контроль над виконанням державної наукової та інноваційної політики та забезпечує доступ до джерел наукової інформації; 4) експертна група з питань інтеграції до Європейського дослідницького простору – сприяє адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу та забезпечує міжнародне науково-технічне співробітництво [10].

Окрім експертних груп до структури Директорату входить Головне управління з реалізації політик у сфері науки та інновацій, яке включає відділ державної атестації; відділ розвитку науки; відділ державного замовлення, державних програм та проектів та сектор реалізації міжнародних науково-інноваційних проектів. До основних завдань управління входить: здійснення організаційно-методичного забезпечення державної акредитації наукових установ; координація наукової діяльності; контроль за розвитком пріоритетних напрямків науки; забезпечення виконання зобов'язань у сфері науки і технологій, взятих за міжнародними договорами України та інші [11].

Наступним важливим структурним елементом у дослідженні адміністративно-правового статусу МОН України є компетенція, яка охоплює предмет відання, повноваження та територіальні межі діяльності. З огляду на взаємопов'язаність правових категорій «функції» та «повноваження» вважаємо за доцільне розглядати їх у взаємозв'язку.

Пропонуємо класифікувати функції МОН України за змістом – на функції загальні (прогнозування, планування, організації, регулювання, координації, контроль-наглядові), спеціальні (здійснення безпосередніх дій у сфері науки)

і допоміжні (функції кадрового, матеріально-технічного та інформаційного забезпечення).

Проаналізуємо виконання деяких з окреслених функцій через повноваження, які закріплені у Положенні про Міністерство освіти та науки України та у Законі України «Про наукову та науково-технічну діяльність» [8; 9].

Для реалізації загальних функцій МОН України наділено наступними повноваженнями: забезпечення виконання зобов'язань, що випливають із членства України в міжнародних організаціях у сфері наукової і науково-технічної діяльності; контроль за діяльністю підприємств, установ та організацій, що належать до сфери його управління; координація реалізації державної політики у сфері наукової і науково-технічної діяльності іншими центральними органами виконавчої влади, Національною академією наук України та національними галузевими академіями наук та ін.

Задля виконання спеціальних функцій МОН України уповноважено на формування та забезпечення функціонування системи атестації педагогічних, зокрема керівних, наукових і науково-педагогічних кадрів, організацію атестації щодо присвоєння їм кваліфікаційних категорій, педагогічних та вчених звань і підвищення їх кваліфікації тощо.

З метою здійснення допоміжних функцій МОН України здійснює організаційно-методичне забезпечення державної атестації наукових установ, веде Державний реєстр наукових установ, яким надається підтримка держави; організовує планово-фінансову роботу апарату МОН, на підприємствах, в установах та організаціях, що належать до сфери його управління, забезпечує організацію та вдосконалення бухгалтерського обліку тощо.

Таким чином, виходячи з вищевикладеного, зазначимо, що завдяки діяльності Директорату науки і інновацій, який уповноважений діяти у сфері наукової та інноваційної діяльності, вважаємо, що повноваження Міністерства не обмежуються лише сферою освіти, а й є різноманітними у сфері науки.

Отже, МОН України є центральним суб'єктом публічного адміністрування у науковій сфері. Це відображується у окресленій місії МОН України, яка полягає у розвитку науки як невід'ємної складової національної культури та освіти; створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності та забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє сформулювати певні висновки. МОН України є центральним органом виконавчої влади

у системі публічного адміністрування наукою, що підтверджується особливостями його адміністративно-правового статусу. Для сприяння розвитку наукової та науково-технічної діяльності, важливим є вдосконалення системи управління фінансового забезпечення наукової діяльності. З досвіду європейських країн вбачається, що держава є важливим джерелом фінансової підтримки науки, тому збільшення фінансування наукових досліджень через МОН України та включення таких повноважень до його компетенції буде позитивно впливати на розвиток наукової діяльності в цілому.

Література

1. Авер'янов В. Б. Державне управління в Україні: навчальний посібник. Київ: Соми, 1999. 265 с.
2. Колпаков В. К. Адміністративне право України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 736 с.
3. Таран, Є.І. Співвідношення понять «державне управління», «публічне адміністрування» та «публічне управління» у трансформаційних процесах України. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Державне управління*, Том 31 (70), № 2, 2020. С. 33–37.
4. Мельник А.Ф., Оболенський О. Ю., Васіна А. Ю. Державне управління: підручник. Київ: Знання, 2009. 582 с.
5. Битяк Ю. П., Матюхіна Н. П., Ковтун М. С. та ін. Основи публічного адміністрування: навч. посіб. / Харків: Право, 2018 / за заг. ред. Н. П. Матюхіної. 172 с.
6. Бригінець О. О. Адміністративно-правовий статус Державної податкової служби України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2011. 220 с.
7. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник. Київ: Ваіте, 2014. С. 139.
8. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26.11.2015 № 848-VIII. Відомості Верховної Ради, 2016, № 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/848-19>
9. Про затвердження Положення про Міністерство освіти і науки України. Постанова Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 630. *Офіційний вісник України*. 2014. № 95, Ст. 2729. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/630-2014-p#Text>
10. Про упорядкування структури апарату центральних органів виконавчої влади, їх територіальних підрозділів та місцевих державних адміністрацій: Постанова Кабінету Міністрів України від 12.03.2005 р. № 179. *Офіційний вісник України*. 2005 р., № 11, стор. 17, Ст. 522. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2005-p#Text>
11. Міністерство освіти і науки України: офіційний сайт. URL: <https://mon.gov.ua/ua>

Анотація

Халілова А. Г. Місце Міністерства освіти і науки України в системі управління наукою. – Стаття.

Стаття присвячена характеристиці адміністративно-правового статусу Міністерства освіти і науки України як центрального суб'єкта в системі публічного адміністрування наукової та науково-технічної діяль-

ності України. Проаналізовано такі понятійні категорії як «державне управління» та «публічне адміністрування», визначено їх співвідношення. У науковій статті розглянуто питання, з'ясування яких спрямовано на розуміння змісту адміністративно-правового статусу Міністерства освіти і науки України, його сутнісних ознак та особливостей.

Проблема теоретичного дослідження адміністративно-правового статусу Міністерства освіти і науки України є важливою в контексті наближення української науки до європейського та світового наукового простору. Актуальність дослідження адміністративно-правового статусу Міністерства освіти і науки України базується на постійно зростаючій ролі наукової та науково-технічної діяльності у забезпеченні розвитку та, відповідно, конкурентоспроможності держави на світовій арені, що супроводжується значним посиленням впливу державних органів на формування та реалізацію наукової державної політики.

У статті визначено, що для здійснення публічного адміністрування у сфері наукової та науково-технічної діяльності Міністерство освіти і науки України має чітко визначені завдання, функції та повноваження, які закріплені у законодавстві України. У науковому дослідженні пропонується класифікація функцій Міністерства освіти і науки України за змістом – на загальні, спеціальні та допоміжні функції. Проаналізовано виконання окремих функцій через повноваження Міністерства.

Надана характеристика організаційно-структурної побудови Міністерства освіти і науки України. Виокремлена компетенція та структура Директорату науки та інновацій – самостійного структурного підрозділу апарату Міністерства освіти і науки України. У статті запропоновано запозичення позитивного зарубіжного досвіду українським Міністерством освіти і науки, зокрема у питаннях фінансування та встановлення для наукових досліджень соціально важливих цілей для суспільства.

Ключові слова: адміністративно-правовий статус, наука, Міністерство освіти і науки України, публічне адміністрування, управління наукою.

Summary

Khalilova A. H. The place of the Ministry of Education and Science of Ukraine in the management system of science. – Article.

The article is devoted to the characteristics of the administrative and legal status of the Ministry of Education and Science of Ukraine as a central entity in the system of public administration of scientific and technical activities of Ukraine. Such conceptual categories as «state administration» and «public administration» are analyzed, and their relationship is determined. The article examines the questions, the clarification of which is aimed at understanding the content of the concept of the administrative-legal status of the Ministry of Education and Science of Ukraine, its essential features and peculiarities.

The problem of researching the administrative and legal status of the Ministry of Education and Culture of Ukraine is important in the context of the approach of Ukrainian science to the European scientific space. The relevance of the study of the administrative and legal status of the Ministry of Education and Science of Ukraine is based on the constantly growing role of scientific activity in ensuring the development and competitiveness of the state on the world stage, which

is accompanied by the strengthening of the influence of state bodies on the formation and implementation of scientific state policy.

The article defines that the Ministry of Education and Science of Ukraine has clearly defined tasks, functions and powers to carry out public administration in the field of scientific and scientific and technical activities. The study proposes a classification of the functions of the Ministry of Education and Science of Ukraine by content – into general, special and auxiliary functions. The performance of certain functions through the powers of the Ministry is analyzed.

The description of the organizational and structural construction of the Ministry of Education and Science of Ukraine is given. The competence and structure of the Directorate of Science and Innovations, which is an independent structural unit of the Ministry's apparatus, is highlighted. The article proposes the borrowing of positive foreign experience by the Ukrainian Ministry, in particular in matters of financing and setting socially important goals for society for scientific research.

Key words: administrative and legal status, science, Ministry of Education and Science of Ukraine, public administration, science management.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.19>

Г. М. Андрусяк

orcid.org/0000-0003-1681-7384

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального права і процесу

Волинського національного університету імені Лесі Українки

**ВИПРАВДАНИЙ РИЗИК (СТАТТЯ 42 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ):
ДО ПРОБЛЕМИ ДОЦІЛЬНОСТІ ІСНУВАННЯ ЯК САМОСТІЙНОЇ ОБСТАВИНИ,
ЩО ВИКЛЮЧАЄ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ**

Постановка проблеми. У статті 42 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачається така обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виправданий ризик. Як передбачено у цій статті, не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам. Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій. Вказана обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, у судовій практиці зустрічається вкрай рідко.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У теорії кримінального права України проблема доктринального дослідження діяння, пов'язаного з ризиком, також не отримала належного розвитку. Виокремимо фактично лише три комплекси праці з відповідної проблематики, а саме дослідження О. І. Ющик («Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України» (м. Одеса, 2004 р.)) [1], М. В. Анчукової «Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння» (м. Харків, 2004 р.) [2], В. В. Бондарчук «Кримінально-правова характеристика діяння, вчиненого в умовах виправданого професійного ризику» (м. Київ, 2014 р.) [3]. Фундаментальне наукове дослідження всіх обставин, що виключають протиправність діяння, провів Ю. В. Баулін, приділивши серед них увагу й виправданому ризику [4].

Окрім комплексних досліджень проблеми діяння, пов'язаного з ризиком, як обставини,

що виключає протиправність діяння, у теорії кримінального права здійснювалося висвітлення, зокрема, окремих проблем, пов'язаних з характеристикою ознак виправданого ризику у кримінальному праві України (А. Я. Билиці [5]), характеристики такого виду виправданого ризику, як ризик у сфері медичної діяльності (Г. В. Чеботарьова [6], А. Байда, М. Пилипенко, В. Макітренко [7], кримінально-правових аспектів застосування інституту виправданого ризику при здійсненні оперативно-розшукової діяльності (С. А. Кузьмін [8], В. Ю. Артемов [9], О. В. Шамара, В. В. Комашко [10]). Проте зазвичай вказана обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, характеризується у позитивному напрямку, тобто як така, що заслуговує на існування у КК України. До слова, у проєкті КК України, що на сьогодні розробляється в Україні, ця обставина також збережена у структурі обставин, що виключають протиправність діяння (ст. 2.9.7) практично дослівно з чинного КК України [11]. Водночас, на нашу думку, такий позитивний наратив стосовно виправданого ризику, як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, є сумнівним, про що йтиметься нижче.

Мета статті полягає у тому, що виявити доцільність існування виправданого ризику як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, у кримінальному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. О. І. Ющик, досліджуючи сучасну регламентацію діяння, пов'язаного з ризиком, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн, виокремлює такі особливості регулювання вказаної обставини у ньому: 1) кримінальне законодавство англосаксонської сім'ї ризиковане діяння оцінюється виправдане, якщо воно не містить злочинної недбалості; 2) кримінальне законодавство романо-германської системи права регламентує ризик в межах такої обставини, що виключає протиправність діяння, як здійснення свого законного права чи

професійних обов'язків; 3) сучасне кримінальне законодавство держав Східної Європи містить окрему статтю про виправданий (обґрунтований) ризик [1, с. 5]. До аналогічного висновку дійшла й В. В. Бондарчук, на думку якої «нормативне закріплення виправданого ризику як обставини, що виключає злочинність діяння, характерне для кримінальних кодексів пострадянських держав та інших держав Східної Європи» [3, с. 8].

У теорії кримінального права України по-різному визначають відмінність між виправданим ризиком та крайньою необхідністю. Так, О. І. Ющик стверджує, що «більшість авторів не відносили діяння, пов'язане з ризиком, до обставин, що виключають злочинність діяння, вважаючи, що заходи, які застосовуються особою в умовах виправданого ризику, за правовою природою близькі до крайньої необхідності» [1, с. 7]. Проте ця вчена так не вважає та вказує на відмінність між цими обставинами, яка, на її думку, полягає в тому, що «при крайній необхідності в особи немає іншого вибору, крім як завдання певної шкоди, а в ситуації діяння, пов'язаного з ризиком, є вибір між традиційними і ризикованими засобами відвернення шкоди та ймовірність настання більшої шкоди, якщо буде обрано неризикований засіб» [1, с. 7]. На думку М. В. Анчукової, джерелом небезпеки за виправданого ризику є потенційна небезпека (небезпека втраченої вигоди – за термінологією авторки), тоді як джерелом небезпеки за крайньої необхідності є виключно реальна шкода. Окрім того, на її думку, відмінність між вказаними обставинами полягає ще й у тому, що заподіяння шкоди інтересам, що охороняються законом, у ситуації ризику лише можливе, однак не є неминучим, а відмова від ризикованого діяння не завжди пов'язана з настанням суспільно небезпечних наслідків. За крайньої необхідності наслідки повинні настати неминуче [2, с. 108]. На думку В. В. Бондарчук, «виокремлення діяння, пов'язаного з ризиком, в межах інституту обставин, що виключають злочинність діяння, насамперед, детерміновано спрямованістю застосовуваних дій на досягнення значної суспільно корисної мети. Ця ознака компенсує заподіювану правоохоронюваним інтересам шкоду, незважаючи на те, що шкідливі наслідки є реальними, а бажані результати можуть бути досягнутими. Соціальним підґрунтям діяння, пов'язаного з ризиком, є необхідність забезпечення постійного суспільного розвитку, який може бути пов'язаний із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам. ... Така природа не є характерною для жодної обставини, а тому може бути констатована як унікальна, що підкреслює доцільність її виокремлення як самостійного елементу аналізованого інституту, який не може бути охоплений жодним іншим елементом» [3, с. 172]. Ю. В. Бау-

лін пише про те, що підставами для кваліфікації діяння, вчиненого особою, як такого, що було здійснено в умовах виправданого ризику, є такі: 1) наявність об'єктивної ситуації, що свідчить про необхідність досягнення значної суспільно корисної мети (наприклад, – загроза життю хворого); 2) неможливість досягнення цієї мети неризикованим діянням; якщо буде встановлено, що особа, яка вчинила це діяння, мала реальну можливість досягти поставленої мети неризикованими діями, але цією можливістю не скористалася й заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам; 3) ужиття особою запобіжних заходів для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам; які повинні бути достатніми (з погляду суб'єкта) для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам і дозволяти особі обґрунтовано, а не легковажно розраховувати на відвернення шкоди [4]. М. Василенко та О. Козін більш детально розмежовують виправданий (за їх термінологією – обґрунтований) ризик та крайню необхідність. Так, за крайньої необхідності «для деяких категорій осіб їх дія у такому стані є обов'язком, а ризик виступає як виключно суб'єктивне право будь-якого суб'єкта; при крайній необхідності спонукальним мотивом дій суб'єкта є загрозна небезпека суспільно значущим інтересам, а при ризикі – досягнення соціально значущої мети, небезпека в даному випадку може і не загрожувати; при крайній необхідності порівнянню підлягає тяжкість шкоди заподіяної і такої, що запобіг, а при ризикі акцент робиться на порівняння ступеня вірогідності спричинення шкоди ...; при крайній необхідності відбувається свідоме спричинення шкоди, а при ризикі шкода цілеспрямовано не заподіюється, враховується лише вірогідність його спричинення; коли мета крайньої необхідності – зберегти статус-кво (діючу систему суспільних цінностей), мета статична, а при ризикі мета – досягнення розвитку суспільних відносин, мета динамічна; а також у разі, коли при крайній необхідності має місце зовнішня небезпека, а при ризикі джерело небезпеки представляє сам суб'єкт» [12, с. 46–47].

Окремі науковці, як про це зазначає О. І. Ющик, насправді не вбачають відмінностей між виправданим ризиком та крайньою необхідністю. Наприклад, В. О. Навроцький вважає, що у разі, коли здійснюється кримінально-правова кваліфікація діяння як такого, що пов'язане з ризиком, слід виходити не лише з положень ст. 42 КК України, а й з тих умов, які виписані законодавцем для крайньої необхідності. Йдеться, зокрема, про визначення співрозмірності між фактично заподіяною шкодою та тим суспільно корисним результатом, який міг би бути досягнутий. На його думку, ризик є своєрідним способом запобігання ситуації крайньої необхідності, коли відвертається віддалена та абстрактна небезпека, щоб вона

не переросла у реальну. Окрім того, В. О. Навроцький вважає, що у разі, якщо ризиковане діяння не призвело до очікуваного результату, і виникла небезпека, що безпосередньо загрожує охоронюваним законом правам, то виникає стан крайньої необхідності, а заподіяна шкода оцінюється з урахуванням положень ст. 39 КК України [13, с. 507]. П. В. Мельник, характеризуючи виправданий виробничо-технологічний ризик, пише про те, що дія джерела підвищеної небезпеки за його наявності фактично подібна до крайньої необхідності, а саме мета на досягнення в конкретній обстановці реального усунення потенційної шкоди у вигляді техніко-технологічних недоліків або упущених можливостей; обґрунтований розрахунок відвернути таку шкоду (упущені можливості) навіть ціною складних, інколи небезпечних зусиль, але явно виправданого характеру [14, с. 287].

Аналіз судової практики за Єдиним державним реєстром судових рішень засвідчує, що така обставина, що виключає протиправність діяння, як виправданий ризик, застосовується вкрай рідко. Нам фактично вдалося віднайти лише одну справу, в якій касаційний суд напряду застосовував до обвинуваченого норму, передбачену ст. 42 КК України. Йдеться про загальновідому справу генерал-майора В. Назарова. За вироком Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 27.03.2017 ОСОБА_1 було засуджено за ч. 3 ст. 425 КК України на 7 років позбавлення волі [15]. Ухвалою Дніпровського апеляційного суду від 11.12.2020 цей вирок суду залишено без зміни [16]. Згідно з вироком суду першої інстанції недбале ставлення до військової служби полягало в тому, що 11.06.2014 був розроблений Замисел застосування сил та засобів Збройних Сил України (далі – ЗСУ), інших військових формувань щодо прикриття державного кордону, зокрема, щодо перевезення 13.06.2014 повітряним транспортом додаткових сил і засобів на аеродром м. Луганськ для посилення дислокованого на ньому підрозділу, а також забезпечення для цього зони ізоляції аеродрому для прийняття літаків транспортної авіації. Достовірно знаючи про те, що аеродром м. Луганська перебуває в оточенні сил противника, які регулярно здійснюють його обстріли, а також те, що противник має на озброєнні переносні зенітно-ракетні комплекси (далі – ПЗРК) і інші засоби ураження літаків із землі, та усвідомлюючи, що політ літаків на вказаний аеродром буде здійснюватися, в тому числі над територією противника на відстань понад 40 км, ОСОБА_1 будь-яких управлінських рішень не прийняв, наказів, директив, розпоряджень або вказівок щодо застосування підпорядкованих військ (сил) не віддав. З метою організації виконання вказаної частини Замислу та подолання (прориву) протиповітряної оборони противника не

спланував застосування та не організував управління військовими частинами (підрозділами) ЗСУ, не організував взаємодію між ними; не забезпечив для цього належну організацію та координацію діяльності структурних підрозділів штабу. Крім того, під час реалізації Замислу, 13.06.2014, отримавши зі штабу Антитерористичного центру при Службі безпеки України оперативну інформацію про дві групи бойовиків, озброєних ПЗРК, які мають намір збивати всі літаки при посадці чи зльоті з аеродрому м. Луганськ, та терористичну загрозу, ОСОБА_1 жодних заходів реагування на зазначену інформацію про підготовку вчинення терористичного акту не вжив, указані групи бойовиків як критичні об'єкти у складі угруповання військ противника для планування їх вогневого ураження не визначив, хоча зобов'язаний був та мав реальну можливість виконати свої службові обов'язки, що призвело до того, що 14.06.2014, один із літаків, на борту якого перебувало 40 військовослужбовців та 9 членів екіпажу, а також озброєння та інше військоове майно, при заході на посадку на аеродром м. Луганськ був уражений невстановленими терористами, які перебували поблизу аеродрому, шляхом пострілу керованою ракетою ПЗРК, що призвело до його падіння та загибелі 40 військовослужбовців та 9 членів екіпажу [15; 16].

Вказані рішення судів першої та апеляційної інстанцій було оскаржено захисниками засудженого до Верховного Суду (далі – ВС), який ухвалив постанову від 21.05.2021, якою скасував ці рішення на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284, ст. 440 КПК України і закрити кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 425 КК України, у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення [17]. Приймаючи таке рішення, ВС виходив, зокрема, з того, що генерал В. Назаров діяв в умовах виправданого ризику. Як обґрунтовано у постанові касаційного суду, суб'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, яка виражається у несумлінному ставленні службової особи до виконання службових обов'язків, виключається, зокрема, у разі, коли службова особа діє чи не діє неналежним чином у стані крайньої необхідності або в умовах виправданого ризику. На думку ВС, оцінюючи дії засудженого за ч. 3 ст. 425 КК України, слід було враховувати, що військовослужбовці ЗСУ вперше з часів незалежності України зіткнулися з посяганням на її територіальну цілісність. Відповідно протидія таким заходам потребувала додаткових знань і навичок, які ОСОБА_1, як і інші військовослужбовці ЗСУ до початку АТО не мали. Як вважає суд касаційної інстанції, дії ОСОБА_1 було вчинено за наявності виправданого ризику. Обставини, встановлені вироком місцевого суду, а також вироком

щодо організаторів і виконавців терористичного акту, вказують на те, що станом на початку червня 2014 р. Україна опинилася у складній ситуації. Значна територія Донецької та Луганської областей були захоплені ворогом, аеродром м. Луганська та військовослужбовці, які його обороняли, перебували в повному оточенні. Ці обставини судами оцінені не були, хоча вони безпосередньо впливають на висновки щодо наявності в діянні ОСОБА_1 складу злочину [17].

Ще у двох кримінальних провадженнях, які були предметом касаційного перегляду, стороною захисту порушувалося питання про неправильне застосування судами першої та апеляційної інстанцій закону про кримінальну відповідальність, оскільки, на думку сторони захисту, обвинувачений діяв за умов виправданого ризику.

Так, згідно з вироком Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 21.12.2019 ОСОБА_1, начальника управління житлово-комунального господарства (далі – УЖКГ) виконавчого комітету Малинської міської ради Житомирської області, визнано винуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 366 КК України. Згідно з вироком ОСОБА_1 уклав з директором ТОВ ОСОБА_2 договір про закупівлю товарів, за умовами якого ТОВ зобов'язувалося протягом 30 календарних днів із дня попередньої оплати в розмірі 60 000 грн, передати УЖКГ мулосос, вартістю 210 000 грн, який 07.11.2012 було зареєстровано в управлінні Державної казначейської служби України як бюджетне зобов'язання. За вказівкою ОСОБА_1 та за його підписом платіжного доручення Державна казначейська служба перерахувала ТОВ 60 000 грн як попередню оплату за мулосос. ТОВ не виконало у встановлені договором строки поставки мулососа, внаслідок чого до ТОВ мали б застосовуватися штрафні санкції, а сума попередньої оплати у розмірі 60 000 грн мала б бути повернута. Усвідомлюючи ці обставини, ОСОБА_1 склав завідомо неправдивий документ, а саме – акт прийому-передачі товару, до якого вніс завідомо неправдиві відомості про те, що він прийняв, як начальник УЖКГ від директора ТОВ в належному робочому стані, без наявних дефектів й пошкоджень мулососа, який власноручно підписав та посвідчив печаткою УЖКГ. Також ОСОБА_1 склав завідомо неправдивий документ-договір відповідального зберігання та акт приймання-передачі майна на відповідальне зберігання, куди вніс недостовірні відомості щодо передачі ним та прийняття директором ТОВ ОСОБА_2 на відповідальне зберігання мулососа, надав підроблений документ до Державної казначейської служби, якою на рахунок ТОВ було перераховано кошти місцевого бюджету в сумі 150 000 грн [18].

В апеляційній скаргі засуджений стверджував, що під час підписання актів приймання-передачі мулососа, платіжних доручень та договорів відповідального зберігання він діяв в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно-корисної мети, яка була фактично досягнута, а тому суд при винесенні рішення безпідставно не застосував ст. 42 КК України. Обвинувачений стверджував, що, укладаючи договір відповідального зберігання, він знімав ризик можливих санкцій для міської ради. Вважає, що оскільки на сьогоднішній день мулосос перебуває на балансі ТОВ, то його діями не завдано будь-якої шкоди. Вважає свої дії виправданим ризиком, оскільки придбаний автомобіль запобіг загрозам виникнення екологічної катастрофи у місті. Також, показав, що подібна техніка, яка була потрібна місту у 2012 р. з інших міст не залучалася, спеціальних аварійних бригад для подолання наслідків ситуації, що була у м. Малин не утворювали та з інших міст не залучали, а також будь-які висновки екологічних інспекцій відсутні. Житомирський апеляційний суд ухвалою від 20.07.2020 залишив без зміни вирок місцевого суду та вважав безпідставними, зокрема, й доводи у касаційній скаргі про те, що ОСОБА_1 перебував у ситуації виправданого ризику, підписуючи акти приймання-передачі мулососа, платіжних доручень та договорів відповідального зберігання. Як місцевий, так і апеляційний суд, зазначили, що більшість свідків підтвердили той факт, що наприкінці 2012 р. та в подальшому в м. Малині надзвичайної ситуації чи глобальної катастрофи не було і не сталося, а існувала лише загроза у виникненні надзвичайної ситуації, а в експертних, нормативних, технічних даних були відсутні підтвердження таких умов, як необхідність ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій техногенного характеру у м. Малині [19].

Оскаржуючи рішення судів першої та апеляційної інстанцій, засуджений вказав аналогічні аргументи стосовно вчинення дій в умовах виправданого ризику. Однак ВС залишив без зміни вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду, вказавши на те, що вчинення дій обвинуваченим в умовах виправданого ризику не підтверджується жодним належним доказом, а ст. 42 КК України визнає правомірними лише ризиковані дії чи бездіяльність, вчинені з дотриманням установлених законом умов [20].

У другому випадку предметом касаційного перегляду були вирок Іллічівського районного суду м. Маріуполя від 17.09.2015, яким ОСОБА_2 засуджено за ч. 3 ст. 382 КК України із застосуванням ст. 75 цього Кодексу, а також вироком Апеляційного суду Донецької області від 11.04.2018, яким скасовано вирок місцевого суду в частині призначеного ОСОБА_2 покарання

з випробуванням на підставі ст. 75 КК України [21]. Згідно з вироком ОСОБА_2 визнано винуватим і засуджено за те, що він, перебуваючи на посаді директора ТОВ «Азовмашпром», у період часу з 05.07.2012 по 18.01.2013 з метою невиконання рішень Господарчого суду Донецької області про стягнення з ТОВ «Азовмашпром» на користь трьох ТОВ та ОСОБА_4 грошових коштів, маючи реальну можливість виконати їх, незважаючи на накладений арешт на кошти боржника, відкрив розрахункові рахунки у банках та здійснив за вказаними рахунками фінансові операції на загальну суму 564 823,24 грн, залишивши рішення судів без виконання, чим спричинив істотну шкоду стягувачам на загальну суму 835 133,25 грн [21].

У касаційній скарзі сторона захисту вказує, зокрема на неправильність кваліфікацій дій ОСОБА_1 через те, що апеляційний суд не зважив на конкретні обставини вчинення злочину, а саме на те, що ОСОБА_2 намагався забезпечити стабільну роботу підприємства, і хоча його дії заподіяли шкоду охоронюваним законом правам та інтересам стягувачів, однак вони вчинені в умовах виправданого ризику і для досягнення значної корисної мети, що виключає їх злочинність. Вказані доводи ВС визнав необґрунтованими, а тому вироки судів першої та апеляційної інстанцій було залишено ним без зміни [22].

Отже, якщо проаналізувати вказані кримінальні провадження, відповідно до фактичних обставин яких констатувалася наявність виправданого ризику або ставилося питання про це стороною захисту, то вбачається, що вочевидь у відповідних випадках можна вести мову не про виправданий ризик, а все ж про крайню необхідність. Наприклад, якщо взяти до уваги справу генерала В. Назарова та рішення у ній, то власне у цьому випадку варто було б оцінювати його дії крізь призму крайньої необхідності та визначати всі ті необхідні умови, що передбачені у ст. 39 КК України. Так, він ризикував, проте прийняття чи, вірніше, неприйняття ним певних управлінських рішень було зумовлено небезпекою, в якій опинилася фактично ціла країна, а конкретніше – Донецька та Луганська області, на території яких велися на час вчинення діяння військові дії щодо захоплення відповідних територій російськими військовими та бойовиками самопроголошених республік. Відтак і правомірність дій генерала В. Назарова, на нашу думку, доцільно було б оцінювати крізь призму крайньої необхідності, а саме що цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.

Насамперед, визначимо значення слова «ризик». Термін «ризик» походить від грецьких слів *ridsikon*, *ridsa* «круча», «скеля» [23]. В іта-

лійській мові *risiko* означає небезпеку, загрозу, *risicare* – «лавірувати між скель», у французькій *risque* – це «загроза», а «ризикувати» (буквально) «об'їжджати кручу, скелю» [24, с. 47], характеризує загрозу та означає «ризикувати» [25, с. 28].

В українській мові «ризик» означає «усвідомлену можливість небезпеки, сміливий, ініціативний вчинок, дію з надією на успіх, позитивний результат; можливість збитку або невдачі в якій-небудь справі» [26]. Тобто, у словниках української мови слово «ризик» асоціюється виключно з небезпекою, яка з гносеологічного погляду завжди є усвідомленою суб'єктом. При цьому цей суб'єкт для її уникнення та недопущення спричинених наслідків ризикує з власної ініціативи, тим самим досягаючи позитивного результату.

Варто відзначити, що розуміння ризику є складною методологічною проблемою загальної теорії пізнання, зокрема, й соціальних явищ, яке ґрунтується на загальнофілософських підходах до розуміння ризику, ймовірності, невизначеності тощо. Уявлення про ризик, який характерний практично для всіх сфер людського життя, сформували таку науку, як ризикологія, у рамках якої існують різні підходи до розуміння ризику та його основних характеристик, а також видів. Зокрема, у межах як класичного, так і модерного підходу до розуміння ризику основними властивостями, що характеризують онтологічну та гносеологічну сторони ризику науковці називають такі поняття, як невизначеність, ймовірність, випадковість тощо. Водночас окремі науковці вбачають певні відмінності між вказаними поняттями та самим ризиком. Наприклад, американський економіст Ф. Найт наголошував на тому, що ризик та невизначеність не є тотожними, оскільки ризик є вимірюваним, а невизначеність – ні. Цей науковець відзначав, що ризиком називається невизначеність будь-якого виду, пов'язана з непередбачуваними обставинами [27, с. 225]. О. М. Орлова виокремлює такі властивості ризику, а саме невизначеність (ризик виникає за умови альтернативного розвитку подій), шкода (ризик існує тоді, коли результат може спричинити шкоду), наявність аналізу розвитку ситуації (ризик передбачає якісну чи кількісну оцінку та розуміння можливості негативних наслідків у майбутньому), приналежність конкретному суб'єкту (ризик виникає за практичної значущості для кого-небудь очікуваної події) [28, с. 132]. В юридичній енциклопедії ризик розглядається як небезпечність виникнення непередбачуваних витрат очікуваного прибутку, доходу, майна, коштів у зв'язку з випадковою зміною умов економічної діяльності, несприятливими обставинами або дією непереборної сили; ступінь ймовірності певної негативної події, яка може відбутися у певний час або за

певних обставин, тобто можлива подія, поява якої має ймовірний і випадковий характер та зумовлює небажані наслідки для учасника відповідних правовідносин [23].

Отож, попри велику кількість підходів до розуміння ризику, все ж у межах кожного з них підкреслюється наявність певної невизначеності, за якої передбачувані результати поведінки людини не є детермінованими, а ступінь можливого впливу на результат таких невизначених факторів – невідома. Сама ж невизначеність, вочевидь, може бути різною залежно від того, яку інформацію про певний предмет має суб'єкт, який приймає рішення в умовах ризику, а саме невідомість, недостовірність та неоднозначність. Окрім того, ризик практично всіма науковцями асоціюється з певною небезпекою, небезпечною ситуацією, яка зумовлює вчинення ризикованих діянь суб'єктом, а також з варіативністю його поведінки.

З огляду на викладене вважаємо спірним підхід В. В. Бондарчук, на думку якої виправданий ризик не завжди може бути зумовлений небезпекою. На її думку, небезпека не є причиною новаторського ризику, «при якому не існує ані конкретної, ані абстрактної небезпеки, яка б виступала рушійною силою такого ризику. Необхідність уникнення певної небезпеки, при якому ймовірним є заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам може бути тією суспільно корисною метою, яка фактично виправдовує ризиковане діяння, однак така мета не обов'язково полягає в усуненні певної небезпеки, оскільки може проявлятися і в одержанні нових знань, створенні нового продукту тощо» [3, с. 44–45].

На нашу думку, судячи з наукових праць, а також виходячи з тих прикладів судової практики, які аналізувалися вище, науковці вкладають у відповідну обставину, що виключає протиправність діяння, фактично дві нерівнозначні складові, а саме ризик, пов'язаний з небезпекою та ризик, не пов'язаний з нею. Хоча розглядати у рамках одного правового поняття, яким є виправданий ризик, вказані види ризику недоцільно. Такий дихотомічний підхід до розуміння поняття ризику зумовлює і підставу різного правового регулювання «небезпечного ризику» та «безпечного ризику». Перший з них, на наш погляд, є нічим іншим, як крайньою необхідністю, якою визнається заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності (ч. 1 ст. 39 КК України).

Що ж стосується ризику, не пов'язаного з небезпекою, який, зокрема, В. В. Бондарчук називає новаторським, то, на нашу думку, він охоплюється таким поняттям, як експеримент. Вказане бачення реалізовано у кримінальному законодавстві окремих зарубіжних держав. Наприклад, згідно зі ст. 27 Кримінального кодексу Польщі обставиною, що виключає кримінальну відповідальність особи, передбачено експеримент. Як передбачено у § 1 цієї статті не вчиняє злочину особа, яка діє з метою проведення пізнавального, медичного, технічного або економічного експерименту, якщо очікувана користь від нього має суттєве пізнавальне, медичне або економічне значення, а очікування в досягненні такої користі, цілеспрямованість і спосіб проведення експерименту виправдані у світлі сучасного стану знань. Згідно з § 2 ст. 27 КК Польщі, експеримент не допускається без згоди учасника, над яким він проводиться, за наявності його належної поінформованості про очікувану користь від експерименту та можливі негативні наслідки і ймовірність їх виникнення, а також про можливість відмовитися брати участь в експерименті на будь-якому етапі його проведення. Окрім цього, § 3 цієї статті виокремлює такий вид експерименту, як медичний. У ньому передбачено, що принципи та умови допустимості медичного експерименту визначаються законодавством [29].

На наш погляд, саме така експериментальна частина ризику заслуговує на те, щоб передбачатися самостійною обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння, а інша частина ризику, який пов'язаний з небезпекою, слід відносити до крайньої необхідності та оцінювати власне крізь призму тих умов, що виписані у ст. 39 КК.

Висновки. Підводячи підсумки дослідження проблеми доцільності існування у КК України такої самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як діяння, пов'язаного з ризиком (ст. 42 КК України), відзначаємо, що з огляду на дихотомічний підхід до поняття ризику у ризикології, а також у рідних суспільствознавчих науках, доцільно вирішити питання про розрізнення правової природи виправданого ризику, обумовленого певною небезпекою, яка загрожує правоохоронюваним інтересам та яку варто відносити до крайньої необхідності (ст. 39 КК України), а також ризику, джерелом якого виступає не небезпека, а необхідність проведення експерименту будь-якого виду, який завжди має новаторський характер та власне й спрямований на досягнення значної суспільно корисної мети. На прикладі відповідних норм кримінального законодавства зарубіжних держав запропоновано передбачити у КК України самостійною обставиною, що виключає протиправність діяння, проведення експерименту. Вказане є тим напрямком

перспективних наукових досліджень, який може бути розвинутий чи спростований у подальших наукових працях.

Література

1. Ющик О. І. Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук; Одеська нац. юрид. академія. Одеса, 2004. 19 с.
2. Анчукова М. В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2004. 205 с.
3. Бондарчук В. В. Кримінально-правова характеристика діяння, вчиненого в умовах виправданого професійного ризику: дис. ... канд. юрид. наук; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2014. 211 с.
4. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключают преступность деяния. Харьков: Основа, 1991. 360 с.
5. Билиця А. Я. Основные признаки понятия оправданного риска. *Актуальные проблемы совершенствования уголовного законодательства Украины*. 2009. № 21. С. 164–172.
6. Чеботарьова Г. В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння у сфері медичної діяльності. *Право і суспільство*. 2013. № 2. С. 330–333.
7. Байда А., Пилипенко М., Макітренко М. Особливості кваліфікації діяння, пов'язаного з ризиком, як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння в медичній сфері. *Наук. вісн. Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*. 2021. № 1. С. 221–228.
8. Кузьмін, С. А. Кримінально-правові аспекти застосування інституту виправданого ризику при здійсненні оперативно-розшукової діяльності стосовно учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 2010. № 23. С. 216–223.
9. Артемов, В. Ю. Ризик прийняття рішень в оперативно-розшуковій діяльності. *Наук. вісн. Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*. 2012. № 1. С. 210–216.
10. Шамара, О. В., Комашко, В. В., Онофрейчук, А. Д. Виправданий оперативний ризик в оперативно-розшуковій діяльності спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю корисливо-насильницької спрямованості. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 3. С. 178–183.
11. Проект Кримінального кодексу України (текст станом на 29.09.2022). URL: <https://cutt.ly/0MIJPI> (дата зверн. 14.11.2022).
12. Василенко В., Козін О. Право в теорії ризиків: генеза ризиків від інформаційної до правової складових (інституційний підхід). *Юридичний вісник*. 2014. № 4. С. 43–51.
13. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібн. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
14. Мельник П. В. Кримінально-правова регламентація діянь, пов'язаних з професійним ризиком. *Наук. вісн. Нац. ун-ту ДПС України (економіка, право)*. 2011. № 1 (52). С. 283–288.
15. Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 27.03.2017 у справі № 185/12161/15-к. URL: <https://cutt.ly/HMIIFTb> (дата зверн. 14.11.2022).
16. Ухвала Дніпровського апеляційного суду від 11.12.2020 у справі № 185/12161/15-к (провадження № 11-кп/803/13/20). URL: <https://cutt.ly/LMIAMH> (дата зверн. 14.11.2022).
17. Постанова Верховного Суду від 21.05.2021 у справі № 185/12161/15-к (провадження № 51-6169км20). URL: <https://cutt.ly/cMIOZO> (дата зверн. 14.11.2022).
18. Вирок Малинського районного суду Житомирської області від 10.12.2014 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 1-кп/283/9/2014). URL: <https://cutt.ly/OMIYBy> (дата зверн. 14.11.2022).
19. Ухвала Житомирського апеляційного суду від 20.01.2020 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 11-кп/4805/182/20). URL: <https://cutt.ly/SMITqr> (дата зверн. 14.11.2022).
20. Постанова Верховного Суду від 20.01.2021 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 51-1319км20). URL: <https://cutt.ly/EMIQm9> (дата зверн. 14.11.2022).
21. Вирок Апеляційного суду Донецької області від 11.04.2018 к справі № 264/7044/13-к (провадження № 11-кп/775/30/2018). URL: <https://cutt.ly/qMIbTq> (дата зверн. 14.11.2022).
22. Постанова Верховного Суду від 06.12.2018 у справі № 264/7044/13-к (провадження № 51-5660 км 18). URL: <https://cutt.ly/vMIla5> (дата зверн. 14.11.2022).
23. Ризики у праві. Юридична енциклопедія [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемпученко (відп. ред.). Київ: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5: «П–С». 736 с. URL: <https://cutt.ly/FMIh5m> (дата зверн. 14.11.2022).
24. Кутащенко М. В. Сутність ризику і причини його виникнення. *Інвестиції: практика та досвід*. 2008. № 6. С. 45–48.
25. Мельник Я. М. Категорія «ризик» у цивільному процесі: сутність, момент виникнення та видова класифікація. *Цивільне право і процес*. 2018. № 12. С. 27–42.
26. Ризик: Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). Т. 8, 1977. URL: <http://sum.in.ua/s/ryzyk> (дата зверн. 14.11.2022).
27. Найт, Ф. Х. Риск, неопределенность и прибыль: пер. с англ. Мjerd: Дело, 2003. 360 с.
28. Орлова О. М. Ризики промислових підприємств в умовах пандемії COVID-19. *Бізнес-Інформ*. 2021. № 2. С. 131–137.
29. Kodeks karny: Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. URL: <https://cutt.ly/sMIIdII> (дата зверн. 14.11.2022).

Анотація

Андрусак Г. М. Виправданий ризик (стаття 42 Кримінального кодексу України): до проблеми доцільності існування як самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. – Стаття.

У статті розглянуто проблему доцільності існування виправданого ризику як самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Проаналізовано основні підходи у науковій літературі приводу розуміння поняття виправданого ризику та його відмінності від інших обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, зокрема з крайньою необхідністю. Також проаналізована судова практика, зокрема касаційної інстанції, в якій порушувалося питання стороною захисту про наявність у діях обвинувачених виправданого ризику, а також було позитивно вирішено питання про вчинення дій в умовах виправданого ризику, спрямованого на захист Вітчизни в умовах проведення військових дій на території Луганської області. Окрім того, здійснено дослідження наукової літератури суспільствознавчих наук, а також комплекс

сної теорії – ризикології, у межах яких виокремлено основні підходи до розуміння ризику та його ознак. Зроблено висновок, що загалом ризик пов'язується з невизначеністю ситуації, яка запускає ситуацію ризику та зумовлює усвідомлену поведінку суб'єкта, спрямовану на подолання ризикованої ситуації та досягнення у результаті цього значної суспільно корисної мети. Констатовано, що ризик як поняття слід розуміти дихотомічно, а саме як ризик, обумовлений певною небезпекою, яка загрожує правоохоронюваним інтересам та ризик, джерелом якого виступає не небезпека, а необхідність проведення експерименту будь-якого виду, який завжди має новаторський характер та власне й спрямований на досягнення значної суспільно корисної мети. У першому випадку ризиковані діяння особи слід відносити до крайньої необхідності (ст. 39 КК України) та оцінювати їх, відповідно, крізь призму тих умов, які виписані у вказаній статті. У другому ж випадку виправданий ризик трансформується в експеримент, який власне й доцільно передбачити у КК України як самостійну обставину, яка виключає злочинність діяння.

Ключові слова: виправданий ризик, ризик, крайня необхідність, обставина, що виключають протиправність діяння, кримінальна відповідальність.

Summary

Andrusiak G. M. Justified risk (Article 42 of the Criminal Code of Ukraine): to the problem of expediency of existence as an independent circumstance that excludes criminal unlawfulness of the act. – Article.

The article examines the problem of the expediency of the existence of a justified risk as an independent circumstance that excludes the criminal illegality of an act. The main approaches in the scientific literature to the understanding of the concept of justified risk and

its differences from other circumstances that exclude the criminal illegality of an act, in particular with extreme necessity, are analyzed. Judicial practice was also analyzed, in particular the case of the cassation instance, in which the defense raised the issue of the existence of a justified risk in the actions of the accused, and the issue of committing actions in conditions of justified risk, aimed at protecting the Motherland in the conditions of military operations in the territory of Luhansk region, was also positively resolved. In addition, a study of the scientific literature of the social sciences, as well as a comprehensive theory – riskology, was carried out, within which the main approaches to understanding risk and its signs were identified. It was concluded that, in general, risk is associated with the uncertainty of the situation, which triggers the risk situation and determines the conscious behavior of the subject, aimed at overcoming the risky situation and achieving a significant socially useful goal as a result. It was established that risk as a concept should be understood dichotomously, namely as a risk caused by a certain danger that threatens law-enforced interests and a risk whose source is not danger, but the need to conduct an experiment of any kind, which is always innovative in nature and actually aimed to achieve a significant socially useful goal. In the first case, a person's risky actions should be classified as absolutely necessary (Article 39 of the Criminal Code of Ukraine) and evaluated, accordingly, through the lens of the conditions specified in the specified article. In the second case, the justified risk is transformed into an experiment, which is actually appropriate to provide in the Criminal Code of Ukraine as an independent circumstance that excludes the criminality of the act.

Key words: justified risk, risk, extreme necessity, circumstances that exclude the illegality of an act, criminal liability.

УДК 343 (477)

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.20>**І. М. Леган***orcid.org/0000-0003-2933-4971**доктор юридичних наук, доцент,**професор кафедри права та правоохоронної діяльності
Державного університету «Житомирська політехніка»*

ТАТУЮВАННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛЬНОЇ СУБКУЛЬТУРИ: ІСТОРІЯ ПОХОДЖЕННЯ ТА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку суспільства татуювання набуває особливої популярності серед молоді та інших соціально-демографічних груп. Однак, переважна більшість людей, що їх наносять на своє тіло, не зважають на приналежність цього атрибуту саме до кримінального середовища та чи не найбільш яскравим елементом кримінальної субкультури. Дослідження кримінальної субкультури є достатньо важливим, оскільки саме вона виступає у якості регулятора поведінки злочинців. Головна ж її небезпека полягає в тому, що кримінальна субкультура спотворює суспільну свідомість, трансформуючи злочинний досвід, змінює добropорядність населення, блокуючи процеси соціалізації молоді, формує громадську думку про необхідність систематичного порушення правових норм та правил, створює сприятливий імідж злочинців тощо. Тобто, кримінальна субкультура є основним механізмом впливу на формування криміналізації певних спільнот, та особливо молодіжного середовища.

Метою статті є аналіз історії походження та інтерпретації татуювання як елемента кримінальної субкультури.

Стан дослідження. Питання кримінальної субкультури були розглянуті у працях В. М. Анісімова, М. Н. Гернета, А. І. Гурова, О. М. Джузи, М. П. Журавльова С. І. Кузьміна, В. І. Монахова, А. Д. Мордвинова, М. А. Корсакевича, В. В. Корчинського, В. Ф. Пирожкова, А. В. Потоцького, І. В. Шмарова, Н. М. Якушина та інших. Однак, не дивлячись на розповсюдженість обговорення даної проблематики, окремі аспекти кримінальної субкультури досліджені не були.

Виклад основного матеріалу. Основним феноменом кримінальної субкультури прийнято вважати татуювання злочинців. Безпосередньо татуюванням є штучним порушенням цілісності шкіри шляхом залучення колючих та (або) ріжучих інструментів з наступним введенням у покрив шкіри фарбувальних речовин з метою нанесення незникаючих малюнків та зображень. Тату – термін, запозичений з полінезійської мови, що на діалекті Таїті (від слова «татау») означає «малюнок».

У англійську мову цей термін було введено видатним англійським мандрівником Джеймсом Куком. Він вперше використав його у своєму

звіті про навколосвітню подорож, опубліковану у 1773 році. До цього дане поняття у Європі не застосовувалося. Аналогічні терміни до того ототожнювали з іншою технікою безпосередньої прикраси і позначення людського тіла або були запозиченнями з жаргону різних суспільних груп [7, с. 249].

Натільні символи використовувалися кримінальним світом як засіб комунікації та носій інформації. Татуювання стало своєрідною візитною карткою злочинця, яку складно зіпсувати та ще важче втратити. На думку дослідників та науковців, татуювання мають близько 70% злочинців.

Єдиної систематизації татуювань немає, класифікувати їх можна за багатьма ознаками. Насамперед, за тематикою малюнків, серед яких зустрічаються релігійні, ліричні, історичні, політичні, порнографічні. Часто тематика переплітається: історичний сюжет подається в порнографічному виконанні, релігійні з політичними (наприклад, розп'яття з написом «Вір у Бога, а не в комунізм») тощо.

Татуювання класифікують за розташуванням їх на тілі. Найпопулярнішим місцем для живопису залишається грудна клітка. На ній, як правило, розміщуються оголені жінки, собори, лики святих, біблійні персонажі, черепи, тварини (зокрема тигри та леви), чорти, могильні хрести, розп'яття, портрети вождів, птахи, павуки, зірки табірних лідерів, лицарі та гладіатори. Спину, як правило, використовують для церковних дзвонів, павуків, музичних інструментів, скелетів, гладіаторських поєдинків. На руках і ногах виколоють кинджали, змії, кайдани, якорі, кораблі, павуків тощо. На лоб наносять свастику, павуків, абрєвіатури, короткі фрази, цифри (дати чи статті Кримінального кодексу). Текстові татуювання (абрєвіатури, афоризми та «блатні» вислови) зустрічаються на всіх частинах тіла, включаючи повіки та статеві органи [8, с. 18].

Татуювання у в'язниці і їх значення залежать від касты засудженого та причини його ув'язнення. Одна з основних класифікацій кримінальних татуювань – за належністю ув'язненого до однієї з наступних груп:

- злодії в законі;
- «блатні»;

- «недоторкані»;
- нижча каста.

Залежно від каст, до якої належить злочинець, відрізняються відповідно й татуювання. Причому, якщо хтось наб'є собі тату, призначене для злодіїв в законі, а потім потрапить у в'язницю, то повинен буде довести свою приналежність до каст, в іншому випадку арештанти його можуть жорстоко покарати.

Також розрізняють три види тюремних татуювань і їх значень:

- регалки – знак відмінності тюремної еліти;
- портаки – неякісні малюнки, набиті за допомогою підручних засобів;
- нахалки – тату, зроблені насильно, як клеймо, знак приниження і ганьби.

Крім цього, татуювання можуть мати різне значення, залежно від місця нанесення. Особлива увага приділяється «перстням», які набивають на *пальцях рук*). Для звичайної людини подібні зображення на пальцях асоціюються з обов'язковим атрибутом карних злочинців. Тату у вигляді перснів є, мабуть, найбільш інформативним видом татуювань, оскільки містять достатньо інформації про особу злочинця. У більшості випадків кількість таких перснів на пальцях є свідченням терміну, який відбував злочинець. Крім цього, в татуюваннях перснів може міститися така інформація як вік, в якому людина потрапила у в'язницю, скоєний злочин, місце ув'язнення, становище в тюремній ієрархії, ставлення до побратимів та представників влади, свободи та власного життя.

Сьогодні татуювання на тілі у вигляді *церков та соборів* у місцях позбавлення волі за своїм значенням залишилися досить популярним видом татуювань. Собори обов'язково наносяться на спину і груди, а церкви іноді ще на й ноги. Число куполів трактують по-різному, але малюють, як правило, не менше трьох. Куполи на церквах говорять про термін покарання, хрести також можуть означати кількість судимостей. Іноді кількість вікон може також розповісти про термін ув'язнення його власника. Шість темних куполів говорять про те, що їхній власник 6 місяців перебував в окремій камері за якісь порушення. При неодноразових засудженнях до церков добудовуються додаткові чи малюються нові споруди. Також зустрічаються зображення храму на долонях рук, закутих у кайдани – це наколка протесту. Жінка з татуюванням у вигляді церкви є засудженою за крадіжки та пограбування.

Павутина. У наші дні татуювання у вигляді павутини є досить популярними і серед людей, які ніколи не були засуджені, проте це зображення – на 100% тюремне. Там таке тату символізує досить тривале ув'язнення. Асоціюється це татуювання з тим, як павук ловить у свою павутину – так само

і злочинців затримують. Мереживо павука символізує собою тюрму. Зазвичай цей малюнок зображають на лікті.

Сльоза – широко визнане татуювання у в'язниці, але її значення неоднозначне – все залежить від географії. В одних місцях слеза означає тривале тюремне ув'язнення, в інших – що власник тату скоїв убивство. Іноді слеза порожня, не замальована, тоді це символізує замах на вбивство або що один з друзів ув'язненого був вбитий і він шукає помсти. Західні реperi та інші знаменитості зробили татуювання у вигляді слези досить популярним, через що багато «нев'язнів» почали робити це тату для більш «жорсткого» погляду.

Гральні карти або карти з однаковою мастю вказують на ув'язненого, який любить азартні ігри. Це відноситься і як до азартних ігор в тюрмі, так і в ширшому сенсі до тих, хто дивиться на життя, як на азартну гру. У російських тюрмах кожна мастя карти має своє власне значення. Піка символізує злодія, а хреста – злочинців загалом, дзвона (буба) призначена для стукачів та інформаторів і її зазвичай наносять насильно, черва означає, що власник татуювання шукає романтичного партнера у в'язниці (її можуть наносити із застосуванням насильства) [2, с. 95].

Найпоширеніші варіанти татуювань засуджених мають таку інтерпретацію:

- вовк – ватажок, означає незалежність;
- тигр – жорстокість, ненависть до правосуддя;
- куполи на церкві означають кількість «ходок»;
- кіт – корінний мешканець в'язниці, також символ удачі і злодіїв;
- тату Богоматері – оберег для малолітніх в'язнів;
- павук – символ злодія;
- розп'яття – знак кримінального авторитета;
- руни або свастика – протест;
- сонце – символ волі, а промені – кількість ув'язнень.

Тату на колінах — символ того, що людина не готова прогинатися і буквально ставати перед кимось на коліна. Приміром, якщо у злочинця на колінах зображені зірки, значить він любить свободу і відмовляється коритися законам.

Значень у жіночих тюремних татуювань набагато менше, ніж у чоловічих, але багато в чому вони схожі. Наприклад, жінки теж роблять тату на пальцях для позначення приналежності до злодійської касты. Якщо жінка на зоні робить тату у вигляді троянди, метеликів на плечі або жіночого силуету з короною, це означає, що у неї низька соціальна відповідальність. Джерелом подібних татуювань є клеймо лілії на плечі, яке припікали у середньовічній Франції дівчатам, що займаються проституцією [5, с. 380].

Висновки. З метою осмислення такого феномена кримінальної субкультури, як татуювання,

варто посилити увагу до сучасної інтерпретації її значень. Досліджуючи кримінальну субкультуру у місцях позбавлення волі, можна чітко встановити тісний її вплив на пенітенціарну злочинність. На основі стійких кримінальних правил та тюремних традицій здійснюється саморегулювання взаємних відносин між засудженими особами, які впроваджують «нелюдські» антиморальні способи впливу та можуть пригнічувати людську гідність, демонструючи свавілля та жорстокість.

Література

1. Дідківська Г. В. Кримінологічна характеристика участі України в системі запобігання міжнародної злочинності : монографія. Держ. фіск. служба України, Ун-т держ. фіск. служби України. Вінниця : ТВОРИ, 2019. 355 с.
2. Калога К.В. Татуювання як криміналістична ознака особи злочинця. Криміналістичний вісник. № 1 (19). 2013. С.94-100
3. Кримінологія: питання та відповіді / кол. авт.: О. О. Авдеев, А. А. Васильев та ін.; за заг. ред. О. М. Литвинова. Харків : Золота миля, 2015. 324 с.
4. Леган І.М. Основні напрями та форми міжнародного співробітництва щодо запобігання та протидії транснаціональній злочинності. Актуальні проблеми держави і права. № 90. 2021. С. 89–93.
5. Леган І.М. Сучасний стан та тенденції транснаціональної злочинності в Україні та світі. Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 3. С. 378–381.
6. Леган І.М. Теоретико-правові засади міжнародного співробітництва щодо запобігання та протидії транснаціональній злочинності: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Ірпінь, 2021. 40 с.
7. Пирожков В. Ф. Исправительно-трудовая психология. Труды Академии МВД СССР / В. Ф. Пирожков, А. Д. Глоточкин и др. М., 1974. С. 248–251.
8. Юридична психологія: підручник / [Д. О. Александров, В. Г. Андросюк, Л. І. Казміренко та ін.]; за заг. ред. Л. І. Казміренко, Є. М. Моїсєєва. Вид. 2-ге, доопр. і допов. К. : КНТ, 2008. С. 18.

Анотація

Леган І. М. Татуювання як елемент кримінальної субкультури: історія походження та інтерпретація. – Стаття.

Стаття зосереджує увагу на історії походження та сучасній інтерпретації татуювань як елемента кримінальної субкультури. У статті доведено, що кримінальна субкультура у місцях позбавлення волі є способом життєдіяльності засуджених, що об'єдналися в певні групи негативного спрямування і котрі дотримуються певних кримінальних традицій з метою встановлення панування над іншими засудженими.

Науковий інтерес до даної проблематики зумовлений необхідністю поглибленого вивчення історії походження та інтерпретації татуювання як елемента кримінальної субкультури в Україні та світі.

У статті визначено, що неформальні норми діють у мікрогрупах засуджених у формі традицій і звичаїв, а елементами кримінальної субкультури засуджених є крім татуювань також особлива мова (жаргон), пісні, системи таємного зв'язку тощо.

Доведено, що кримінальна субкультура поряд з іншими факторами обумовлює злочинність і висту-

пає об'єктивною реальністю, якій в системі цінностей належить власне місце. Пояснено, що суть кримінальної субкультури в певній мірі відображено в самому понятті.

У статті охарактеризовано, що кримінальна субкультура для злочинної спільноти виконує певну захисну роль, оскільки спільнота знаходиться в середовищі культури і відчуває на собі її ворожий напрям. Роль субкультури в даному випадку важко переоцінити, оскільки вона виконує цілу низку певних функцій поряд із визначеною захисною, це й ідеологічне підживлення, і створення власного сприятливого мікросередовища, це й механізми включення в неї нових учасників та прихильників, за допомогою чого відбувається детермінація злочинності. Таким чином, вдається досягти збереження цілісності і розвитку такого утворення. Крім того, у статті сконцентровано увагу на питаннях ідентифікації злочинців різного рівня кримінальної ієрархії і їх приналежності до кримінальних спільнот у відповідності до наявних татуювань.

Ключові слова: татуювання, кримінальна субкультура, феномен, тату, кримінальні співтовариства, кримінальний авторитет.

Summary

Legan I. M. Tattoo as an element of criminal subculture: history of origin and interpretation. – Article.

The article focuses on the history of the origin and modern interpretation of tattoos as an element of criminal subculture. The article proves that the criminal subculture in places of deprivation of liberty is a way of life of convicts who have united in certain groups of a negative direction and who follow certain criminal traditions in order to establish dominance over other convicts.

Scientific interest in this issue is due to the need for an in-depth study of the history of the origin and interpretation of tattoos as an element of criminal subculture in Ukraine and the world.

The article determines that informal norms operate in microgroups of convicts in the form of traditions and customs, and elements of the criminal subculture of convicts include, in addition to tattoos, a special language (jargon), songs, secret communication systems, etc.

It has been proven that the criminal subculture, along with other factors, determines crime and acts as an objective reality that has its own place in the value system. It is explained that the essence of the criminal subculture is to a certain extent reflected in the concept itself.

The article describes that the criminal subculture for the criminal community performs a certain protective role, since the community is in the environment of the culture and feels its hostile direction. The role of the subculture in this case is difficult to overestimate, since it performs a number of certain functions along with a certain protective one, it is ideological nourishment, and the creation of its own favorable microenvironment, it is also the mechanisms of including new participants and supporters in it, with the help of which crime is determined. Thus, it is possible to achieve preservation of the integrity and development of such an entity. In addition, the article focuses on the issues of identification of criminals of different levels of the criminal hierarchy and their affiliation to criminal communities in accordance with existing tattoos.

Key words: tattoo, criminal subculture, phenomenon, tattoo, criminal communities, criminal authority

УДК 343.918.2

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.21>**Н. О. Савліва***orcid.org/0000-0003-3212-7615**студентка IV курсу юридичного факультету
Національного авіаційного університету***Т. Д. Лисько***orcid.org/0000-0002-0550-5740**кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та процесу
Національного авіаційного університету*

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИ ЗЛОЧИНЦЯ, ЯКИЙ ВЧИНЯЄ НАСИЛЬНИЦЬКІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

У кримінологічній науці особливу увагу приділяють особі злочинця, адже даний аспект становить найважливішу ланку всього механізму злочинної поведінки, а його вивчення відповідно допомагає з'ясувати причини, мотиви та запобігти подальшому вчиненню кримінальних правопорушень. З огляду на це проблема особи злочинця є пріоритетною і водночас найбільш складною проблемою кримінології.

Під особою злочинця в кримінології розуміють сукупність соціальних та соціально значущих духовних, морально-вольових, психофізичних, інтелектуальних властивостей, якостей людини, яка вчинила кримінальне правопорушення внаслідок взаємодії її поглядів, орієнтації з криміногенними факторами зовнішнього середовища, у т. ч. конкретної життєвої ситуації [1].

Так, відомий кримінолог Блага А.Б. у своїх наукових працях висуває позицію, згідно якої основними елементами структури особи насильницького злочинця є такі: 1) соціально-демографічні; 2) кримінально-правові; 3) соціально-рольові; 4) морально-психологічні [2, с. 92]. На думку багатьох вчених запропонована структура є найбільш ґрунтовною, а отже, здатна повною мірою охарактеризувати особу, розкрити природу, причини та закономірності її злочинної поведінки.

Соціально-демографічні ознаки особи злочинця – це стать, вік, освіта, місце народження й проживання, громадянство та інші дані демографічного характеру. Щодо цієї ознаки, то насильство є переважно чоловічим злочином. Так, згідно з результатами досліджень вітчизняних науковців, 92 % таких правопорушень учиняють чоловіки, 8 % – жінки [3, с. 59].

В свою чергу за результатами дослідження О. М. Бандурки, К. Б. Левченко, І. М. Трубавіної, значну частину насильницьких злочинців становлять особи віком 30–39 (39 %) та 40–49 (28 %) років, або кожен третій [3, с. 70].

Однак треба підкреслити, що протягом останніх років спостерігається підвищена активність молоді у вчиненні кримінальних правопорушень насильницької спрямованості, що виявляється в особливій жорстокості та непропорційності агресії меті злочинного діяння при вчиненні тяжких насильницьких злочинів [4]. Це можна пояснити наявністю у підлітків нестабільної психіки, неприязні, почуттів відчуженості, неповноцінності, пошуків свого «Я», ідеї помсти тощо.

Варто зазначити, що злочинці даної категорії вирізняються низькою культурою та проблемами в інтелектуальному розвитку. Так вищу та незакінчену вищу освіту мали 3,4 % осіб, які вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах; середню спеціальну або середню технічну – 15,2%; середню – 65,8%; неповну середню освіту мають 14,8% осіб; освіта була відсутня в 0,8% осіб. Причому, рівень освіти жінок дещо вищий за рівень освіти чоловіків [5]. Загалом відсутність освіти – один із найбільш потужних факторів десоціалізації особи.

Вищевказане підтверджується напрацюваннями багатьох кримінологів, які наголошували, що чим вищий рівень освіти індивіда, тим менше можливості для формування у нього антигромадських поглядів, звичок та їх злочинного прояву зовні.

Кримінально-правові ознаки дають змогу встановити спрямованість і мотивацію злочинної поведінки, її специфічний характер, тривалість злочинної діяльності, наявність чи відсутність судимості тощо.

Як вказує А. Б. Блага, кожен третій із правопорушників цієї категорії раніше вже вчиняв злочини саме корисливого характеру, тобто крадіжки (36 %), грабежі (9 %), розбої (4 %), умисне знищення або пошкодження чужого майна (2 %), шахрайство та вимагання (по 1 %) та інші (6 %). На другому місці – судимості за злочини насильницької спрямованості (24 %), зокрема за статеві злочини (6 %) [2, с. 99].

Дослідження кримінальних проваджень щодо кримінальних правопорушень насильницької спрямованості дозволяє констатувати, що у злочинців, які вчинили різні види насильницьких кримінальних правопорушень, в багатьох випадках були схожі мотиви, однак їх реалізація досягалася різними способами. Порівняємо, наприклад, злочинця, який вчиняє вбивство родичів з корисливим мотивом, сподіваючись отримати спадщину, і розбійника, який заподіює тілесні ушкодження потерпілому і при цьому також переслідує корисливу мету (заволодіння майном) [6].

Слід зазначити, що мотив самоствердження виявляється як у поведінці гвалтівника, який вчиняє насильницький статевий акт з потерпілою, так і у поведінці хулігана, який порушує громадський порядок шляхом демонстративного чіпання до громадян, їх приниження (застосування насильницьких дій, провокація бійки, нецензурна лайка, образи тощо) [6].

Можна стверджувати, що досить часто початкова реалізація мотиву досягається шляхом вчинення цілком безвинного, вчинку з погляду кримінального закону, однак, залишаючись безкарною, така поведінка поступово зміцнюється та згодом призводить до вчинення досить серйозного кримінального правопорушення.

Соціально-рольові ознаки характеризують соціальні позиції та роль особи в різних сферах життєдіяльності (у суспільстві, родині, на роботі). Зазвичай злочинцям притаманне відсторонення від людей, певна ізольованість, а також свідоме ігнорування правових норм, трудових, сімейних та інших обов'язків. Також переважна більшість злочинців насильницького типу не мали постійної роботи, необхідного рівня освіти, вели антигромадський, паразитичний спосіб життя.

Становище багатьох насильницьких злочинців ускладнювалося незадовільними житловими умовами, низьким рівнем матеріального достатку, нездоровим морально-психологічним кліматом в родині, що, у свою чергу, призводило до численних сімейних конфліктів, протиправної та аморальної поведінки [7]. Крім того, велика кількість злочинців були не в змозі утримувати родину, значна їх частка зловживала алкоголем. Кримінологами завжди підкреслювався зв'язок між вживанням алкоголю та збільшенням кількості злочинів.

Морально-психологічні особливості визначають внутрішній світ людини, яка порушила кримінальний закон [8].

На думку більшості науковців, морально-психологічна підсистема особи злочинця містить чотири основні структурні елементи, серед яких виділяють такі підструктури, зокрема спрямованості (сукупність пов'язаних із правосвідомістю соціально значущих якостей особистості, зокрема світогляд, особистісні орієнтації, соціальні уста-

новки, ключові мотиви тощо); психічних форм відносин, які виявляються в пізнавальних процесах, психічних, емоційних станах особи; темпераменту й інших біологічних, спадково зумовлених властивостей, що поряд із соціальними чинниками впливають на формування характеру людини; а також досвіду (знання, навички, звички та інші якості, що визначають вибір форм діяльності) [8].

Серед характерних морально-психологічних особливостей насильницького злочинця варто виділити наступні: швидке роздратування, низька самооцінка, репресивність, імпульсивність, низький рівень емпатії та відкритості, стресостійкості, агресивність, замкнутість, підозрілість і проблеми самоідентифікації. Ще багато кримінологів виділяють низький рівень соціальних навичок, тобто відсутність навичок ведення переговорів, розв'язання проблем мирним шляхом, невміння приймати помірковані рішення, звертатися за допомогою до інших.

Вагому роль у розвитку особи насильницького злочинця відіграють психічні розлади здоров'я, наприклад підвищена нервозність, схильність до суїциду, різні відхилення. Не останню роль має й алкоголізм та/або наркоманія, що спричиняють афективні порушення психіки (роздратованість, порушення координації), наслідком яких може бути втрата контролю над власною поведінкою та незворотній процес деградації особистості.

Щодо темпераменту, то він є природною основою особистості насильницького злочинця. Так, чуттєвість до критичної життєвої ситуації, сприйняття особою події як небезпечної пов'язане з такими властивостями темпераменту, як тривожність, активність, енергійність [6].

Ще важливим елементом структури особи насильницького злочинця є його самосвідомість, яка виконує функцію саморегулятора поведінки особистості насильницького злочинця. Це дозволяє констатувати, що суб'єкт у своєму поведінці може дозволити рівно стільки, наскільки він знає себе.

Попри все вищенаведене, треба констатувати, що результати деяких досліджень не охоплюють усієї сукупності осіб, які вчинили різні насильницькі злочини, наприклад, найманих вбивць. В цілому для таких осіб притаманний більш високий освітній рівень, оскільки багато хто з них є колишніми представниками силових структур та спецпідрозділів, деякі пройшли спеціальну військову підготовку. Певні злочинці відмінно володіють сучасною бойовою зброєю, успішно беруть участь у виконанні таких специфічних завдань, як фізичне усунення державного діяча, політика чи іншої впливової особи (випадок фізичного знищення журналіста Г. Гонгадзе є яскравим прикладом «якісної» роботи найманих вбивць) [6].

На сучасному етапі особливістю особи насильницького злочинця є підвищення його загально-освітнього рівня, наявність якого дозволяє вчиняти насильницькі злочини більш витончено та технічно «грамотно».

Важливим кримінологічним показником є вчинення злочину у групі. Стійкі злочинні групи, створювані спеціально для вчинення насильницьких кримінальних правопорушень, зустрічаються дуже рідко. На думку працівників карного розшуку, в одному районі таких груп створюється кожного року від 6 до 15 (у сільській та міській місцевості відповідно). Виключення становлять бандитські чи інші організовані формування, що складаються, як правило, для здійснення різноманітної злочинної діяльності [9].

Чимало науковців підтримують думку, що основу криміногенної особистості становить генотип, про що свідчать множинні зв'язки між різними системами організму, наприклад, центральною нервовою системою з ендокринною, вегетативною, серцевосудинною, травною й дихальною.

Крім цього, вагому роль займають конкретні індивідуальні особливості організму, зокрема ті біохімічні, нервові та фізіологічні процеси, які супроводжують кожну людину протягом усього її життя.

Підсумувавши основні тези даної наукової праці, треба додати, що жоден із зазначених компонентів структури особи насильницького злочинця не існує автономно. Всі вони перебувають у певному закономірному взаємозв'язку і взаємозалежності.

Саме тому особистість насильницького злочинця – це не просто сума елементів, а складна система, що у своїй сукупності утворює особистість взагалі й особистість насильницького злочинця зокрема. Рушійну силу в цій цілісності, якою є особистість насильницького злочинця, становить зв'язок всіх її компонентів (підструктур).

Особливу увагу варто звернути на те, що не існує єдиної криміногенної структури особи насильницького злочинця. Так з розвитком суспільства, злочинці набувають нових навичок та вмінь, пристосовуються до існуючих умов. Саме тому правоохоронним органам важливо враховувати ці особливості та відповідно реагувати належним чином на постійну мінливість особи насильницького злочинця.

З огляду на проведене дослідження, можна сформулювати приблизний кримінологічний портрет особи злочинця, який вчиняє насильницькі злочини: чоловік віком 21–40 років, неодружений, освіта середня, може мати проблеми в інтелектуальному розвитку, переважно не має постійного місця роботи або є працівником низької кваліфікації, схильний до вживання спиртних напоїв та вчинення різноманітних правопорушень, має «викривлену» соціальну свідомість,

низький рівень соціальних навичок, порушення психіки та інше [9].

В цілому варто пам'ятати, що кожен злочинець як особистість є індивідуальним, він характеризується сукупністю різних ознак, конкретний зміст яких дуже різноманітний.

Література

1. Шалгунова С.А. Дослідження особи злочинця в кримінології. *Науковий вісник ЮА МВС*. 2005. № 4. С. 291–296.
2. Блага А. Б. Насильство в сім'ї (кримінологічний аналіз і запобігання): монографія. Харків: Макаренко, 2014. 360 с.
3. Соціальна і корекційна робота з особами, які вчинили насильство в сім'ї: навч.-метод. посіб. У 2 т. Т. 1. За заг. ред. О. М. Бандурки, К. Б. Левченко, І. М. Трубавіної. Київ: Україна, 2011. 171 с.
4. Яницька Н.В. Групова корисливо-насильницька злочинність молоді та її попередження: Автореф. дис. ... к.ю.н. (12.00.08). К., 2000. 26 с.
5. Валуйська М.Ю. Кримінологічна характеристика осіб, що вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах: Автореф. дис. ... к.ю.н. (12.00.08). Х., 2002. 28 с.
6. Шалгунова С.А. Особа насильницького злочинця: монограф. 2-е вид., доп. і перероб. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2012. 548 с.
7. Гумін О.М. Кримінально-насильницька поведінка проти особи: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. 360 с.
8. Дубович О. В. Про деякі морально-психологічні властивості та риси особи злочинця без визначеного місця проживання. *Правова доктрина – основа формування правової системи держави*: матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПРН України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України», Харків, 20–21 листоп. 2013 р. Нац. акад. прав. наук України. Харків, 2013. С. 784–787.
9. Ботнаренко І. А. Кримінологічна характеристика осіб, які вчиняють насильство в сім'ї. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 2 (103). С. 83–94.

Анотація

Савліва Н. О., Лисько Т. Д. Кримінологічна характеристика особи злочинця, який вчиняє насильницькі кримінальні правопорушення. – Стаття.

У статті розглянуто та проаналізовано поняття, сутність та структурні елементи кримінологічної характеристики особи насильницького злочинця, зокрема його соціально-демографічні, кримінально-правові, соціально-рольові, морально-психологічні особливості.

Складна криміногенна ситуація, що спостерігається останніми роками в Україні, пояснюється перш за все несприятливими тенденціями насильницької злочинності у світі. Детальне дослідження особи, яка вчиняє насильницькі кримінальні правопорушення обумовлене стрімким поширенням даної категорії кримінальних правопорушень, а також відсутністю ефективного механізму для їх запобігання.

Метою статті є глибокий аналіз системи рис насильницького злочинця, а також різні сторони і прояви його суспільного існування та життєвої практики, що прямо чи непрямо пов'язані з подібною антигромадською поведінкою людини.

Особливу увагу в статті приділено особам молодого віку, адже результати багатьох досліджень кримінологів свідчать, що великий відсоток насильницьких кримінальних правопорушень вчиняються саме такими людьми.

Для вивчення особи злочинця в цій статті було застосовано системно-структурний підхід. За результатами такого аналізу особу насильницького злочинця визнано єдиною цілісною системою, у якій всі елементи взаємопов'язані та взаємозалежні.

Порівняльний аналіз результатів досліджень різних науковців особи насильницького злочинця, засвідчує наявність певних принципових відмінностей між ними, що безумовно залежить від багатьох факторів. Так наведені дані дають можливість констатувати, що вияви людської агресії та жорстокості є різноманітними. Це підтверджує широкий спектр ознак кожного елементу структури особи злочинця. Єдиної спільної риси характеру чи ознаки особистості, притаманної всім особам, які вчиняють насильницькі злочини, не існує. Саме тому дослідження мають бути комплексними, що гарантуватиме ґрунтовне висвітлення особливостей цієї особи та специфіки її злочинної поведінки.

Загалом варто розуміти, що попередження насильницької злочинності малоефективне, якщо не досліджені особа злочинця та її кримінологічні характеристики.

Ключові слова: кримінологічна характеристика, особа насильницького злочинця, кримінологічний портрет особи злочинця.

Summary

Savliva N. O., Lysko T. D. Criminological characteristics of a criminal who commits violent criminal offenses. – Article.

The article examines and analyzes the concept, essence, and structural elements of the criminological characteristics of a violent criminal, including his socio-demographic, criminal-legal, social-role, moral-psychological features.

The complex criminogenic situation observed in Ukraine in recent years is explained, first of all, by unfavorable trends in violent crime in the world. A detailed study of a person who commits violent crimes is due to the rapid spread of this category of crimes, as well as the lack of an effective mechanism for their prevention.

The purpose of the article is an in-depth analysis of the system of features of a violent criminal, as well as various aspects and manifestations of his social existence and life practice, which are directly or indirectly related to such antisocial behavior of a person.

The article pays special attention to young people, because the results of many studies by criminologists show that a large percentage of violent crimes are committed by such people.

To study the identity of the criminal in this article, a system-structural approach was used. According to the results of such an analysis, the person of a violent criminal is recognized as a single integral system in which all elements are interconnected and interdependent.

A comparative analysis of the results of research by various scientists on the identity of a violent criminal proves the existence of certain fundamental differences between them, which definitely depends on many factors. The given data make it possible to state that the manifestations of human aggression and cruelty are diverse. This confirms a wide range of features of each element of the criminal's personality structure. There is no single common character trait or personality trait common to all individuals who commit violent crimes. That is why research should be comprehensive, which will guarantee a thorough coverage of the characteristics of this person and the specifics of his criminal behavior.

In general, it is worth understanding that the prevention of violent crime is ineffective if the identity of the criminal and his criminological characteristics are not investigated.

Key words: criminological characteristics, the face of a violent criminal, criminological portrait of a criminal.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.131

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.22>

О. М. Дуфенюк

orcid.org/0000-0001-6529-4036

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики

Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БАЛАНСУ ПРИВАТНИХ ТА ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Баланс передбачає такий стан у багатокомпонентній системі, коли її елементи врівноважені, не мають переваг. У кримінальному провадженні балансуються різні компоненти «мета – засоби», «завдання – ресурси», «зміст – форма» і т.д., але центральне місце справедливо належить балансу приватного та публічного. Якщо по відношенню до доказів сліпа Феміда має схилити терези на чиюсь сторону, що означає формування внутрішнього переконання у доведеності/недоведеності певних фактів і ухвалення на цій основі обґрунтованих і справедливих процесуальних рішень, то по відношенню до можливостей відстоювати свою позицію, кордонів втручання органів публічної влади у приватну сферу має бути дотриманий розумний баланс. Як справедливо зауважує А. Шульга, «жодна система правосуддя ніколи не зможе гарантувати того, що жодна особа обвинуваченого не буде несправедливо обвинувачена й покарана», однак це не має стати перешкодою у докладанні всіх зусиль, аби знизити такий ризик до мінімуму і щоб кінцева мета забезпечення правосуддя не використовувалась для виправдання застосування неправомірних засобів її досягнення. Звідси випливає, що для недопущення несправедливого правосуддя в кримінальному провадженні необхідні суттєві важелі встановлення рівноваги між сторонами, щоб завдання кримінального провадження, задекларовані в ст. 2 КПК України, були реалізовані в повному обсязі [1, с. 126]. Традиційно ця рівновага асоціюється з принципом пропорційності, однак дане дослідження презентує й інші правові механізми забезпечення балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вчені згадують про потребу балансу приватних і публічних інтересів у різних контекстах, пов'язаних з реалізацією засад та застосуванні окремих інститутів у кримінальному провадженні: засада верховенства права (С. Погребняк, В. Михайленко) [2, с. 9; 3, с. 130]; належна правова процедура як перешкода свавілля та зловживан-

ням (В. Тertiшник, В. Михайленко) [4, с. 31; 5, с. 9–10]; засади диспозитивності, публічності, змагальності (Т. Мирошніченко, Ю. Мирошніченко, М. Маркуш, О. Яновська) [6, с. 111; 7, с. 112; 8, с. 16; 9, с. 344]; презумпція невинуватості (Д. Михайленко) [10]; строки досудового розслідування (І. Зінковський) [11, с. 94]; інститут заходів забезпечення кримінального провадження (І. Гловюк, М. Карпенко, О. Зоря, О. Малова, І. Безпалько) [12, с. 299; 13, с. 122; 14]; інститут негласних слідчих (розшукових) дій (М. Костін) [15, с. 255–256]; інститут приватного обвинувачення (А. Козленко) [16, с. 195]; диференціація кримінальної процесуальної форми (І. Тітко) [17, с. 86].

Незважаючи на достатньо вагомий комплекс публікацій, дотичних до проблематики балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні, за спостереженнями авторки в українській науковій доктрині відсутнє узагальнення правових механізмів забезпечення балансу приватних та публічних інтересів. Більшість вчених та практиків, як уже було відзначено вище, традиційно апелюють до тесту пропорційності або ж вдаються до критики дисбалансу (констатованого ними ж) через переваги однієї сторони та обмеження іншої в реалізації своїх процесуальних функцій.

Мета дослідження полягає у висвітленні концептуальних підходів до кореляції приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні та визначенні основних правових механізмів його забезпечення.

Виклад основного матеріалу. Науковий дискурс щодо кореляції приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Не раз в академічних колах піднімалося питання розумного балансу приватних і публічних інтересів в кримінальному провадженні. Втім єдиної позиції так і не вдалося сформулювати, хоча можна виокремити три типові підходи.

Одні вчені, говорячи про баланс, не дають переваг жодній із конкуруючих сторін, при

цьому часто апелюють до конструкції «розумний баланс». Так, Ю. Мирошниченко вважає розумний баланс приватних і публічних інтересів, диспозитивних і офіційних засад, змагальних і розшукових начал в кримінальному процесі запорукою ефективного судочинства і справедливого правосуддя [7, с. 112]. Н. Бобечко говорить про розумний баланс між (1) невідворотністю кримінального переслідування та притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, що супроводжується обмеженням прав та свобод особи, та (2) необхідністю дотримання цих прав і свобод, обмеження дискреційних повноважень державних органів та службових осіб, які ведуть кримінальне провадження [18, с. 133]. А. Андрушко вказує, що баланс інтересів – це такий охоронюваний правовий зв'язок коли інтересу однієї сторони кореспондує (відповідає або протистоїть) інтерес другої сторони, а урівноважують їх передбачені у законі особливі погоджувально-примирні способи захисту [19, с. 15]. Ю. Аленін та Т. Лукашкіна вважають, що потрібно забезпечити розумне балансування публічних та приватних інтересів в кримінальному провадженні, а коли це виявляється неможливим обґрунтовано надати перевагу або одним, або другим [20, с. 70]. Схожу позицію про варіативність пріоритету різних інтересів залежно від ситуації правозастосування висловлюють М. Погорецький [21, с. 10], Н. Нетеса [22, с. 132], О. Чепис [23, с. 224].

Другі наполягають, що у практиці правозастосування має надаватися перевага приватним інтересам. Як зазначає В. Тертишник, забезпечення верховенства права у сфері кримінального судочинства пов'язано з розробкою такої процесуальної форми, за якої пріоритет надається правам і свободам людини, максимально усуваються їх обмеження або такі обмеження допускаються як крайня необхідність, коли іншими засобами досягти мети правосуддя неможливо, а завдана обмеженням прав і свобод людини шкода буде меншою, ніж відвернута [4, с. 31]. В. Михайленко продовжує розвиток цієї позиції, констатуючи, що принцип пропорційності та застосування належної правової процедури є перешкодою для свавілля і зловживання учасниками [5, с. 9]. Ю. Євтошук доводить єдність принципу пропорційності з верховенством права, що дозволяє повною мірою виконувати найважливішу історичну функцію захисту прав та свобод людини [24, с. 65, 67]. М. Карпенко, О. Зоря та О. Малова підкреслюють, що спосіб визначення законодавцем балансу інтересів держави та інтересів особи через урегулювання мети, підстав, порядку та суб'єктів застосування заходів процесуального примусу, є індикатором ступеня свободи у державі, турботи про права людини в ній [13, с. 122]. К. Токаренко,

підкреслює, що для правової держави є однаково важливими і боротьба зі злочинністю, і охорона прав, свобод та законних інтересів кожної людини, але у випадку конкуренції приватних та публічних інтересів справедливий баланс має враховувати пріоритет охорони прав, свобод та законних інтересів учасників, у зв'язку з тим, що вони зазнають найбільших обмежень через систему заходів державно-правового примусу [25, с. 148].

Д. Кавун говорить про існування однобокого підходу до процесуального положення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого з постійним розширенням його прав і можливостей уникнути справедливого покарання і «неповноцінного» статусу потерпілого. Як наслідок, суди, керуючись гуманністю, застосовують до підсудних часом символічне покарання, залишаючи поза увагою занедбане положення потерпілого і не переймаючись надійним захистом їх прав та законних інтересів. Д. Кавун вважає необхідним запровадити презумпцію «правоти і пріоритетності прав потерпілого» як окрему засаду кримінального провадження [26, с. 172].

Треті вважають, що життєво необхідним є пріоритет публічних інтересів над приватними. Так, М. Костін, апелюючи до ідей теоретика права С. Алексєєва, говорить про «сильний кримінальний процес» як систему, яка ґрунтується на природній перевазі публічного начала в його організації і в умовах публічно-змагального процесу реально забезпечує належну охорону та захист прав і законних інтересів усіх його учасників на рівні наявної у конкретному історичному періоді потреби. Такий підхід, на думку вченого, цілком узгоджується з положеннями Конвенції, зокрема в частині встановлення позитивного обов'язку держави забезпечити ефективний засіб юридичного захисту, ефективне розслідування уповноваженими органами [15, с. 255-256; 27, с. 55]. М. Почтовий вказує, що переважаючий вид інтересу (приватного чи публічного) обумовлює наявність в кожній галузі права певного домінантного начала. З цієї позиції кримінальне процесуальне право характеризується перевагою саме публічних інтересів, що обумовлено державними завданнями у сфері боротьби зі злочинністю. Разом з тим законодавець певною мірою враховує і волевиявлення осіб – учасників кримінального провадження [28, с. 217].

Серед численних академічних голосів виділяється маніфест Д. Михайленка, який закликає підтримати тезу, згідно з якою «науці прийшов час визнати, що користування основними правами та свободами може породжувати зло, завдаючи шкоди соціальним ідеалам і деформуючи культурні цінності», а разом з тим погодитися, що «необхідність постійного забезпечення та охорони прав особи не повинно перешкоджати державі

виконувати свої функції, у тому числі примусового характеру...» [10, с. 376].

В. Шибіко застерігає від впадання у крайнощі від превалювання державних інтересів у кримінально-процесуальній діяльності до визнання призначення кримінального процесу лише в дотриманні приватних інтересів, адже кримінальний процес як був, так і досі залишається офіційним. Не слід вирізняти одне призначення за рахунок іншого, а знайти розумний баланс, який зробить процес по-справжньому публічним [29, с. 17].

Концепція розумного балансу означає відсутність переваг у якоїсь зі сторін в можливостях збирання і подавання доказів, відстоюванні своєї правової позиції на засадах змагальності в суді. Однак помилково вважати, що сторони мають мати «дзеркальні» повноваження. Балансування інтересів має значно складніші кореляційні зв'язки, ніж знак рівності у можливостях, про що докладніше йтиметься далі.

Правові механізми забезпечення балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Узагальнення наукових положень та аналіз змісту правових норм кримінального процесуального законодавства дозволяє говорити на доктринальному рівні про те, що *забезпечення балансу інтересів у кримінальному провадженні може реалізовуватися за допомогою наступних правових механізмів.*

1. Симетричний механізм, на перший погляд, найбільш простий механізм забезпечення балансу інтересів, який полягає у впровадженні тотожних, «дзеркальних» прав і для сторони захисту, і для сторони обвинувачення. Іншими словами, йдеться про «технічну рівновагу» у можливостях захисту інтересів у змагальному процесі (наприклад, право подавати суду докази і для потерпілого, і для підозрюваного, і для прокурора). Цей механізм більшою мірою реалізовується у цивільному процесі, однак у кримінальному досягнути абсолютної симетричності неможливо, адже залишається активною монополія держави у виконанні певних процесуальних дій (наприклад, проведення НСРД, проведення окремих судових експертиз виключно в державних експертних установах і т.д.). Ця монополія продиктована необхідністю ефективної протидії злочинності, реалізації завдань кримінального провадження, а це потребує специфічних можливостей збирання доказів. Отже, симетричними можуть бути тільки окремі права та повноваження.

2. Пропорційний механізм. Цілком логічно цей правовий механізм вважається ключовим для балансу приватних та публічних інтересів, адже йдеться про домірність втручання держави у приватну сферу. Із середини XX ст. ідея обмеження дискреції правоохоронців, запропонована німецькими юристами, розвинулася в концепту-

альну модель трирівневого тесту (1) доречності заходів; (2) необхідності заходів; (3) розумності або пропорційності заходів у вузькому сенсі. Ця ідея стала базовим принципом ЄСПЛ, який часто звертається до концептів *«розумна пропорційність»*, *«необхідна рівновага»*, *«пропорційність тягара»*, *«непропорційне втручання»*, *«справедливий баланс»*. Разом з тим, варто звернути увагу на існуючу у західній правовій доктрині критику пропорційності, оскільки при балансуванні конкретних приватних та публічних інтересів балансуються неспівмірні (різномірні) об'єкти, наприклад, «безпека – свобода», «загроза – втручання/обмеження інтересів», «версія – спосіб перевірки». Як зазначає Т. О. Алеїнікоф, доводиться «виміряти невимірне» і «порівнювати непорівнянне», як наприклад, апельсин та яблуко [30, с. 972]. Однак, незважаючи на «слабкі місця» пропорційності має прихильників і далі вважається засадничим принципом, завдяки якому досягається справедливості та гармонізується правозастосовна діяльність з конституційними правами [31; 32, с. 3147]. Парадокс балансування полягає в тому, що, з одного боку, скептики мають рацію, бо не можна балансувати різні інтереси, з іншого – скептики помиляються, адже ми балансуємо постійно [33, с. 837, 849].

3. Компенсаційний механізм. Цей механізм передбачає своєрідну компенсацію державою переваг сторони обвинувачення (інституційне та ресурсне забезпечення збирання доказів, монополія застосування певних процедур), за рахунок впровадження додаткових переваг для сторони захисту. Цей механізм ілюструє формула: «так, ми маємо (можемо) це, але не маємо (не можемо) цього; а ви маєте (можете) це, але не маєте (не можете) цього». Наприклад, сторона обвинувачення має повний доступ до матеріалів, документів, що стосуються розслідування, може призначати судові експертизи в державних експертних установах, з дозволу слідчого судді застосовувати заходи забезпечення, проводити НСРД, натомість прикладом компенсаційних інструментів для сторони захисту може слугувати презумпція невинуватості та засада *in dubio pro reo*, гарантування свободи від самовикриття, гарантії права на захист, інститут оскарження, покладення тягара доказування на сторону обвинувачення, позитивна процесуальна дискримінація неповнолітніх, осіб з психічними розладами тощо.

4. Консенсуальний механізм. Цей правовий механізм з'явився не так давно у нашій нормативно-правовій процесуальній матерії і відповідає доктрині відновного правосуддя. Сторони отримали значне поле для дискреції, стали активними учасниками, «власниками конфлікту», а не пасивними спостерігачами дій у судовій залі. Такий підхід дозволяє і потерпілому, і правопорушникові

вийти «без поразки» з ситуації (*win-win situation*), породженої наслідками вчиненого кримінального правопорушення [34, с. 131; 35, с. 30]. Баланс множини інтересів досягається через формування формули спільного інтересу у формі угоди, яка подається до суду, щоправда суд додатково верифікує ризики порушення закону та суперечностей з загальносусупльними, публічними інтересами і т. ін. Консенсуальний механізм є сприяє розвантаженню системи правосуддя, швидкому відновленню порушених прав та відшкодуванню шкоди, дозволяє швидко реабілітуватися правопорушнику, мати визначеність щодо виду та розміру покарання. Однак попри значущі позитиви не будемо ідеалізувати, тут також приховані певні ризики, які стосуються недостатньо розвиненої медіаційної інфраструктури, неповноти дослідження обставин справи, неможливості скористатися інститутом примирення, коли судом виявлені помилки в тексті угоди, а повторної можливості подання угоди не існує і т. д. Зарубіжний досвід показує, що укладення угод про визнання винуватості може перетворитися на «торги правосуддям» підозрюваного з прокурором. Як наслідок, існує реальна небезпека притягнення до відповідальності невинуватих осіб, які під тиском визнають свою винуватість, або ж навпаки підозрювані можуть виторгувати надто поблажливі умови [36, с. 10–11]. І все ж консенсуальний механізм залишається в багатьох випадках доступним та дієвим інструментом знаходження реального балансу приватних та публічних інтересів не крізь універсальну оптику суду, а крізь власну оптику сторін у конкретному кримінальному провадженні.

5. Охоронний механізм. Цей механізм полягає у посиленні гарантій захисту приватних інтересів від свавілля органів державної влади і може передбачати: *норми-засади* (наприклад, верховенства права, розумності строку, інститут недопустимості доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини); *норми-заборони* (заборона проводити контроль за вчиненням злочину в певних випадках; заборона застосовувати катування, тортури, поведження, що принижує гідність людини; заборона застосовувати привід до неповнолітнього свідка); *норми-зобов'язання* (наприклад, вимога вмотивованості рішень; вимога обов'язкового залучення захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітнього; вимога отримання дозволу на проведення обшуку; вимога відкриття матеріалів кримінального провадження і т. д.); *норми-дозволи* (наприклад, примусове відбирання біологічних зразків, судовий розгляд без участі цивільного позивача тощо).

6. Інтерпретаційний механізм полягає у визначенні правил тлумачення норм процесуального законодавства уповноваженими суб'єк-

тами у випадках виявлення колізій, суперечностей та прогалин, встановленні меж допустимої дискреції, застосування аналогії, правил переваги норм загального характеру.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє сформулювати наступні висновки. У науковій правовій доктрині існують три типові підходи вирішення кореляції приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні: одні правники говорять про баланс, не віддаючи переваги жодній зі сторін, акцентуючи увагу на необхідності розумного урівноваження приватних та публічних інтересів або ж визнанні ситуативного пріоритету тих або інших в конкретній ситуації правозастосування; другі є прихильниками пріоритетності приватних інтересів і вважають ступінь їх захищеності показником турботи держави про людину, дотримання верховенства права і т. д.; треті наполягають на визнанні пріоритету публічних інтересів як основи функціонування «сильної кримінальної юстиції», покликаної виконувати загальносусупльне завдання боротьби зі злочинністю, що цілком узгоджується із позитивним обов'язком держави забезпечити ефективні засоби юридичного захисту та розслідування.

Видається справедливим твердження про доцільність не впадати у крайнощі. Надмірна абсолютизація публічного відповідає моделі кримінального процесу контролю за злочинністю, веде, безперечно, до високих показників викриття та покарання злочинців, але й до ризиків ескалації свавілля спеціальних служб та органів, надмірного втручання в сферу приватного. Натомість абсолютизація приватних інтересів може створити нездоланні «вогняні стіни» перед органами розслідування, прокуратурою, системою правосуддя і не дозволить відновити справедливості для тих, хто цього потребує, гарантувати реалізацію публічних інтересів в частині забезпечення публічної безпеки, протидії злочинності і т. д. Розумна рівновага приватного і публічного досягається різними правовими механізмами: симетричним, пропорційним, компенсаційним, консенсуальним, охоронним, інтепретаційним. І хоча доволі часто баланс інтересів асоціюється з пропорційністю, важливо не залишати поза увагою й інші правові механізми, від якісного функціонування яких залежить характеристика не технічної, а еквіпотенціальної рівноваги.

Література

1. Шульга А. О. Відносно народовладдя та справедливості в кримінальному провадженні України. *Правовий часопис Донбасу*. 2019. № 2. С. 125–130.
2. Погребняк С. Тест на пропорційність. *Юрист України*. 2013. № 2. С. 5–10.
3. Михайленко В. В. Верховенство права як засада кримінального провадження. *Приватне та публічне право*. 2017. № 4. С. 128–133.

4. Тертишник В. М. Гарантії прав і свобод людини та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.09; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. Дніпропетровськ, 2009. 40 с.
5. Михайленко В. В. Застосування належної правової процедури як завдання кримінального провадження. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. 2020. № 1(21). С. 1–17.
6. Мирошніченко Т. М. Реалізація засади диспозитивності під час кримінального процесуального доказування. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. 2017. Т. 2. Вип. 46. С. 109–113.
7. Мирошніченко Ю. М. Про об'єктивну істину і змагальність кримінального судочинства. *Вісник Маріупольського державного університету*. 2016. Вип. 11. С. 109–115.
8. Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Харків, 2006. 20 с.
9. Яновська О. Г. Зміст засади змагальності та правові умови її реалізації в кримінальному провадженні. *Держава і право*. 2013. Вип. 59. С. 343–349.
10. Михайленко Д. Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні: соціальна обумовленість та тест на пропорційність. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2015. Т. 17. С. 356–400.
11. Зіньковський І. Строки досудового розслідування: проблеми застосування оновлених норм Кримінального процесуального кодексу України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2018. № 2 (54). С. 86–96.
12. Гловук І. В. Законне затримання та затримання уповноваженою службовою особою: питання теорії та практики. *Наукові праці Національного університету Одеська юридична академія*. 2014. № 14. С. 299–311.
13. Карпенко М., Зоря О., Малова О. Захист конституційних прав крізь призму заходів забезпечення при здійсненні кримінального провадження. *Юридична наука*. 2013. № 4. С. 121–130.
14. Безпалько І. Л. Реалізація пропорційності при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2020. № 2. С. 119–123.
15. Костін М. І. Природа негласних слідчих (розшукових) дій у системі «логічного доказування» *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 250–256.
16. Козленко А. Ю. Приватний інтерес у кримінальному провадженні. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 3. С. 194–196.
17. Тітко І. А. Нормативне забезпечення та практика реалізації приватного інтересу в кримінальному процесі України. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 484 с.
18. Бобечко Н. Мета кримінального провадження. *Юридичний вісник*. 2017. № 2. С. 126–135.
19. Андрушко А. В. «Баланс інтересів»: експлікація поняття в контексті трудового права. *Університетські наукові записки*. 2015. № 1. С. 109–119.
20. Аленін Ю., Лукашкіна Т. Кримінальне судочинство як сфера захисту публічних та приватних інтересів. *Юридичний вісник*. 2011. № 4. С. 68–73.
21. Погорецький М. А. Поняття кримінально-процесуальних гарантій. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. 2014. № 2(10). С. 1–23.
22. Нетеса Н. В. Суспільні та приватні інтереси в кримінальному праві: до питання пошуку балансу. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2017. Вип. 33. С. 123–137.
23. Чепис О. І. Баланс і дисбаланс інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 223–227.
24. Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Університет економіки та права «КРОК». Київ, 2015. 214 с.
25. Токаренко К. В. Рішення слідчого, прокурора про закриття кримінального провадження. *Юридична наука*. 2016. № 1. С. 148–155.
26. Кавун Д. М. Кримінальний процесуальний механізм забезпечення прав потерпілого (фізичної особи) у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.09; Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна. Харків, 2016. 214 с.
27. Костін М. І. Мета кримінального судочинства як системоутворювальний чинник організації кримінально-процесуальної діяльності. *Правова позиція*. 2018. № 1(20). С. 51–56.
28. Почтовий М. М. Про співвідношення публічних і приватних інтересів у кримінальному судочинстві. *Юридична наука*. 2020. № 8 (110). С. 214–220. DOI: 10.32844/10.32844/2222-5374-2020-110-8.27.
29. Шибіко В. Щодо призначення і завдань кримінального судочинства України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2011. Вип. 88. С. 16–19.
30. Aleinikoff T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal*. 1987. Vol. 96. P. 943–1005.
31. Barak A. Proportionality and Principled Balancing. *Law and Ethics of Human Rights*. 2010. Vol. 4(1). P. 1–16.
32. Jackson V. C. Constitutional Law In An Age Of Proportionality. *The Yale Law Journal*. 2015. Vol. 124. P. 3095–3196.
33. Gottlieb S. E. The Paradox of Balancing Significant Interests. *Hastings Law Journal*. 1994. Vol. 45. P. 825–866.
34. Skrobotowicz G. A. Zalety mediacji karnej. *Prokuratura i Prawo*. 2012. № 2. S. 128–145.
35. Дуфенюк О. М. Потерпілий-медіатор-підозрюваний: дев'ять років практики посередництва в Україні. *Соціально-правові студії*. 2021. Вип. 1. С. 29–38. DOI 10.32518/2617-4162-2021-1-29-38
36. Miller H.S., McDonald W.F., Cramer J.A. Plea Bargaining in the United States. *Georgetown Unlve'rsity*. 1978. 443 p.

Анотація

Дуфенюк О. М. Правові механізми забезпечення балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. – Стаття.

У статті розглядається питання балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Констатовано, що в науковому дискурсі ця проблематика отримала значну увагу українських вчених. Традиційно цей баланс асоціюється з принципом пропорційності, однак дане дослідження презентує й інші правові механізми забезпечення рівноваги приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. У цьому й полягала мета дослідження. Змістовна частина статті складається з двох розділів. У першому розділі продемонстровано існуючі в науковій доктрині три типові підходи щодо кореляції приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Прихильники

першого підходу говорять про баланс в системі «приватне – публічне», не віддаючи переваги жодній зі сторін або визнають ситуативний пріоритет одного або другого у конкретних справах. Прихильники другого підходу акцентують увагу на домінантній ролі приватних інтересів на публічними. На думку цих вчених, баланс інтересів у кримінальному провадженні свідчить про ступінь захищеності особи від свавілля держави, ступінь гарантування верховенства права, захисту фундаментальних прав та свобод і т.д. Прихильники третього підходу, навпаки, переконують, що в кореляції «приватне – публічне» в контексті кримінального процесу має надаватися перевага саме публічним інтересам, тому що для ефективної реалізації завдань з протидії злочинності, відновлення порушених прав, забезпечення справедливості має функціонувати «сильна система кримінальної юстиції». Для посилення позиції наводиться аргумент, що держава має позитивний обов'язок створити ефективний механізм юридичного захисту та розслідування. У другому розділі статті коротко описано правові механізми забезпечення балансу приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні: симетричний, пропорційний, компенсаційний, консенсуальний, охоронний, інтепретаційний. Висновки підсумовують отримані результати.

Ключові слова: кримінальне провадження, права та свободи людини, правовий механізм, баланс, приватні та публічні інтереси.

Summary

Dufeniuk O. M. Legal mechanisms of balance of private and public interests in criminal proceedings. – Article.

The article examines the issue of the balance of private and public interests in criminal proceedings.

It was established that in the scientific discourse, this issue received the attention of Ukrainian scientists. Traditionally, this balance is associated with the principle of proportionality, but this study presents other legal mechanisms for ensuring the balance of private and public interests in criminal proceedings. This was the purpose of the study. The substantive part of the article consists of two parts. The first chapter demonstrates three typical approaches to the correlation of private and public interests in criminal proceedings. Proponents of the first approach, talking about the balance in the “private – public” system, do not give preference to any of the parties or recognize situational priority in specific cases. Proponents of the second approach emphasize the dominant role of private interests. According to these scientists, the balance of interests in criminal proceedings indicates the degree of protection of a person from state violence, the degree of implementation of the rule of law, protection of fundamental rights and freedoms, etc. Proponents of the third approach are convinced that in the correlation “private – public” priority should be given to public interests, because an effective fight against crime, restoration of violated rights, and ensuring justice requires a “strong criminal justice system”. Here the argument is made that the state has a positive obligation to create an effective mechanism for legal protection and investigation. The second section of the article briefly describes the legal mechanisms for ensuring the balance of private and public interests in criminal proceedings: symmetrical, proportional, compensatory, consensual, protective, interpretive. Conclusions summarize the obtained results.

Key words: criminal proceedings, human rights and freedoms, legal mechanism, balance, private and public interests.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Ю. Ю. Боброва	
Гене́за українського законодавства щодо військового обліку жінок	3
Т. Д. Дем'янчук	
Виправно-трудо́вий характер радянської кримінально-виправної системи.....	8
Ю. Є. Ковний	
Захист прав національних меншин на муніципальному рівні: компаративістський аналіз	12
А. М. Кучук, В. М. Пекарчук	
Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне право: пропедетичний аспект	17
В. М. Мельник	
Правова суб'єктність ранньосередньовічної Тюрингії: королівська влада і римський федеративний режим	22
І. В. Процюк	
Поділ державної влади як основоположний принцип правової соціальної держави	28
В. Г. Савчук	
Універсальність та комплексність норм для вирішення, або три чи сім?	36

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

В. В. Бойко	
Принцип розумності під час розгляду цивільних справ: окремі недоліки законодавчої дефініції	42
Г. М. Будурова, О. П. Подцерковний	
Правонаступництво прав та обов'язків управителя багатоквартирним будинком при створенні підприємства шляхом виділу	49
С. М. Лепех	
Правова природа договорів про надання споживчих фінансових послуг.....	56
С. А. Пилипенко	
До питання про правову природу надання в оренду об'єктів житлової нерухомості.....	61

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

К. В. Вербицька, Р. В. Карпенко	
Забезпечення потреб вимушених переселенців на території України: актуальні питання	66
Н. М. Полховська	
Гене́за правового регулювання правового статусу професійних спілок працівників правоохоронних органів	70

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО,
ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

В. В. Грицько	
Вплив децентралізації на зміцнення ролі органів місцевого самоврядування в Україні.....	76
Т. А. Кобзева, Г. Ю. Міхновський	
Нормативно-правове закріплення застосування процедури медіації в різних галузях процесуального права України	81
Є. В. Михайловська, А. Д. Скорик	
Протоколи про адміністративні правопорушення: юридична сила документу та помилки при оформленні	87

Р. Ю. Павлюк

Поняття та зміст процесуального статусу експерта як учасника
адміністративного судочинства..... 93

А. Г. Халілова

Місце Міністерства освіти і науки України в системі управління наукою 97

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ**Г. М. Андрусак**

Виправданий ризик (стаття 42 Кримінального кодексу України):
до проблеми доцільності існування як самостійної обставини,
що виключає кримінальну протиправність діяння 102

І. М. Леган

Татуювання як елемент кримінальної субкультури: історія походження та інтерпретація 110

Н. О. Савліва, Т. Д. Лисько

Кримінологічна характеристика особи злочинця, який вчиняє насильницькі
кримінальні правопорушення 113

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА**О. М. Дуфенюк**

Правові механізми забезпечення балансу приватних та публічних інтересів
у кримінальному провадженні..... 117

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

Bobrova Yu. Yu. The genesis of Ukrainian legislation regarding the military registration of women	3
Demyanchuk T. D. The correctional and labor nature of the Soviet criminal correctional system	8
Kovnyi Yu. Ye. Protection of the rights of national minorities at the municipal level: a comparative analysis	12
Kuchuk A. M., Pekarchuk V. M. European court of human rights practice's influence on national law: propaedeutic aspect	17
Melnyk V. M. Legal subjectivity of the early medieval Thuringia: kingship power and Roman <i>lex foedus</i>	22
Protsyuk I. V. The division of state power as a fundamental principle of the legal social state	28
Savchuk V. G. Universal and comprehensive nature of norms for decision. Three or seven?	36

CIVIL AND ECONOMIC LAW AND PROCESS

Boiko V. V. The principle of reasonability when considering civil cases: certain shortcomings of the legislative definition	42
Budurova H. M., Podtserkovnyi O. P. Succession of the rights and obligations of the manager of an apartment building upon creation of an enterprise by separation	49
Lepekha S. M. The legal nature of agreements on providing consumer financial services	56
Pylypenko S. A. On the question of the legal nature of the rent of residential real estate objects	61

LABOUR LAW, SOCIAL WELFARE LAW

Verbytska K. V., Karpenko R. V. Ensuring the needs of forced migrants on the territory of Ukraine: current issues	66
Polkhovska N. M. Genesis of the legal regulation of the legal status of trade unions of law enforcement officers	70

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, FINANCIAL LAW, CYBER LAW

Hrytsko V. V. Impact of decentralization on strengthening the role of local self-government bodies in Ukraine	76
Kobzeva T. A., Mikhnovskyi H. Yu. Regulatory and legal establishment of the application of mediation procedure in different branches of procedural law of Ukraine	81
Mykhailovska Ye. V., Skoryk A. D. Protocols on administrative offenses: the legal force of the document and errors in execution	87
Pavliuk R. Yu. The concept and content of the procedural status of an expert as a participant in administrative proceedings	93
Khalilova A. H. The place of the Ministry of Education and Science of Ukraine in the management system of science	97

CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY

Andrusiak G. M.

Justified risk (Article 42 of the Criminal Code of Ukraine):
to the problem of expediency of existence as an independent circumstance
that excludes criminal unlawfulness of the act 102

Legan I. M.

Tattoo as an element of criminal subculture: history of origin and interpretation 110

Savliva N. O., Lysko T. D.

Criminological characteristics of a criminal who commits violent criminal offenses 113

CRIMINAL PROCEDURE, CRIMINALISTICS

Dufeniuk O. M.

Legal mechanisms of balance of private and public interests in criminal proceedings 117

НОТАТКИ

Науково-практичне юридичне видання

ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

Науково-практичний журнал

Випуск 4 (45)

Виходить шість разів на рік

Українською та англійською мовами

Коректор – Я. Вишнякова
Комп'ютерна верстка – В. Гайдабрус

Підписано до друку 28.11.2022 р. Формат 60×84/8. Обл.-вид. арк. 14,88. Ум. друк. арк. 14,88.
Папір офсетний. Цифровий друк. Наклад 100 примірників. Замовлення № 1222/538.

Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 7623 від 22.06.2022 р.)
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1. Тел. +38 (048) 709 38 69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua