

МІЖНАРОДНИЙ УНІВЕРСИТЕТ БІЗНЕСУ І ПРАВА

ПРАВОВІ НОВЕЛИ

Науковий юридичний журнал

№ 12/2020



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

Науковий юридичний журнал «Правові новели» засновано рішенням Вченої ради Міжнародного університету бізнесу і права 06.12.2012 р., протокол № 5

Журнал внесено до категорії «Б» (спеціальність 081. Право) переліку наукових фахових видань, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук відповідно до Наказу МОН України від 17.03.2020 р. № 409 (додаток № 1).

Видання включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща).

Засновник і видавець: Приватний вищий навчальний заклад
Міжнародний університет бізнесу і права. Україна.
73039. м. Херсон, вул. 49 Гвардійської Дивізії, 25-А
тел.факс (0552) 33-66-86
e-mail: editor@legalnovels.in.ua
web: www.legalnovels.in.ua

Періодичність видання: 3 рази на рік.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації:
КВ № 21144-10944 Р від 31.12.2014 р.

Рекомендовано до друку Вченою радою Міжнародного університету бізнесу і права
29.12.2020 р., протокол № 5

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

Головний редактор: **Воронін Я.Г.** – доктор юридичних наук, професор;

**Заступник
головного редактора:** **Клюєв О.М.** – доктор юридичних наук, професор;

Відповідальний секретар: **Ненько С.С.** – кандидат юридичних наук, доцент.

Редакційна колегія:

Чеботарьова Г.В. – доктор юридичних наук, професор;

Попович Є.М. – доктор юридичних наук, професор;

Предместніков О.Г. – доктор юридичних наук, доцент;

Рачинська І.М. – кандидат юридичних наук, доцент;

Шані (Ехуд) Роффех – доктор філософії з права, професор (Ізраїль).

ЗМІСТ

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

Камінська О.А., Федорченко О.В. Вилучення церковних цінностей у Херсонському повіті в 1920–1930-х рр.: історично-правовий аспект.....	5
Размєтаєва Ю.С. Розумні очікування у сфері приватності у цифрову епоху.....	12

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

Дмитрук А.В. Правові аспекти співвідношення свободи творчості, культури та суспільної моралі в законодавстві України.....	19
Рим Т.Я. Приватні та публічно-правові засади участі держави в інвестиційних відносинах будівництва.....	26
Церковна О.В. Захист прав, що забезпечують свободу й особисту недоторканність фізичної особи, за умов євроінтеграції.....	35

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Боровик А.В., Деревянко Н.З. Досвід окремих зарубіжних країн щодо адміністративно-правового забезпечення реалізації права на отримання професійної правничої допомоги.....	42
Купрій А.А. Правовий статус меж морського пошуково-рятувального району України.....	49
Ліпинський В.В. Право на справедливий суд і повна юрисдикція судів у справах про адміністративні правопорушення.....	58
Плетньова Т.Р. Повноваження керівника державної служби в державному органі як суб'єкта управління персоналом на державній службі.....	66
Чуб А.В. Становлення та розвиток концепції суб'єктивних публічних прав.....	73
Яїцька Д.І. До питання політичної неупередженості державного службовця в Україні.....	79

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Висоцький П.Г. Динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби в період 2013–2019 рр.....	86
---	----

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Іщенко Т.В. Особливості початку досудового розслідування домашнього насильства.....	92
---	----

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Бобріченко В.В. Норми-звичаї у сучасному міжнародному публічному праві.....	101
---	-----

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW;

THE HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL STUDIES

- Kaminska O.A., Fedorchenko O.V.** The seizure of church property in the Kherson district in 1920–1930: a historical and legal aspect..... 5
- Razmietaieva Yu.S.** Reasonable expectations in the field of privacy in the digital age..... 12

CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW;

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

- Dmitruk A.V.** Legal aspects of correlation between creative freedom, culture and public morals in Ukrainian legislation.....19
- Rym T.Ya.** Private and public-law bases of state participation in investment relations of the construction..... 26
- Tserkovna O.V.** Protection of rights providing freedom and personal inviolence of individuals in the conditions of European integration.....35

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS;

FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

- Borovyk A.V., Derevianko N.Z.** Experience of individual foreign countries about administrative and legal ensuring the realization of the law to receive professional legal assistance..... 42
- Kuprii A.A.** Legal status of the boundaries of the Maritime Search and Rescue Zone of Ukraine.....49
- Lipynskiy V.V.** Right to a fair trial and full jurisdiction of courts in administrative tort proceedings..... 58
- Pletnova T.R.** Powers of the head of civil service in a state agency as a subject of personnel management in the civil service.....66
- Chub A.V.** Establishment and development of the concept of subjective public rights..... 73
- Yaitska D.I.** To the issue of political impartiality of civil servants in Ukraine.....79

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

- Vysotskyi P.G.** Dynamics of illegal leaving of a military unit or place of service in the period of 2013–2019..... 86

CRIMINAL PROCESS

- Ishchenko T.V.** Peculiarities of the initiation of the pre-trial investigation into domestic violence.....92

INTERNATIONAL LAW

- Bobrichenko V.V.** Norms-customs in modern international public law.....101

УДК 347.232.1+261.7+94«1920/1930» (477.72)
DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.01>

Камінська О.А.

*к.і.н., доцент,
професор кафедри загальноправових та соціально-гуманітарних дисциплін
Херсонський факультет
Одеського державного університету внутрішніх справ*

Федорченко О.В.

*к.і.н.,
доцент кафедри загальноправових та соціально-гуманітарних дисциплін
Херсонський факультет
Одеського державного університету внутрішніх справ*

ВИЛУЧЕННЯ ЦЕРКОВНИХ ЦІННОСТЕЙ У ХЕРСОНЬКОМУ ПОВІТІ В 1920–1930-Х РР.: ІСТОРИЧНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Сьогодні в українському суспільстві відбувається відродження духовних цінностей. З огляду на це інтерес викликають різні сфери культури, зокрема духовної. Значну роль у формуванні духовності людини в усі часи відігравала релігія. На українських землях відносини між владою і Церквою склалися неоднозначно, і, мабуть, однією з найтрагічніших сторінок цих відносин є кампанія вилучення церковних цінностей 1920–1930-х рр.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Науковці О. Вітринська, А. Киридон, Н. Криво́ва, В. Пашенко, Б. Змерзлий, О.Б. Татарченко, О.П. Тригуб, М.В. Щербань у своїх дослідженнях висвітили різні аспекти та складники цієї теми: історичні, соціологічні, релігієзнавчі. Однак, щоб зрозуміти всі особливості та складності кампанії секуляризації церковних цінностей, доцільно розглянути її правову сторону на прикладі окремого населеного пункту. Виходячи з цього, метою статті є дослідження особливостей кампанії секуляризації церковного майна у 20–30-х рр. ХХ ст. у Херсонському повіті, зокрема її нормативно-правового супроводу.

Виклад основного матеріалу. Початок правовому регулюванню діяльності Церкви більшовики поклали 23 січня 1918 р. декре-

том РНК РСФРР «Про відокремлення церкви від держави і школи від церкви» [12]. На українських землях аналогічний документ був ухвалений Тимчасовим робітничо-селянським урядом України 19 січня 1919 р. [13]. Останній практично продублював зміст Декрету РНК РСФРР.

Ці правові акти кардинально змінили статус церковних і релігійних громад. Так, за п. 12 громади позбавлялися прав юридичної особи, насамперед права власності. Майно церков позбавлялося свого законного власника і, відповідно, підлягало впорядкованому вилученню державою.

Отже, початок було покладено, але у 1918 р. радянська влада ще була занадто слабкою, не користувалася такою підтримкою народу, як Церква. Зокрема, Херсонська єпархія на початку ХХ ст. нараховувала 730 церков і 5 монастирів [1], які, крім власне священнослужителів, мали значну кількість прихожан.

З огляду на це більшовики діяли поступово. Кожний крок обґрунтовувався нормативними документами та ідеологічною агітаційною підготовкою. Кожний новий документ ще більше обмежував у правах Церкву і збільшував можливості влади у заволодінні церковним скарбом.

Деталізуючи положення декрету, інструкція Народного комісаріату юстиції від 24/30 серпня 1918 р. «Про порядок проведення в життя декрету “Про відділення церкви від держави і школи від церкви”» запроваджувала спеціальну комісію, яка згодом символічно називатиметься «ліквідаційною». Відповідно до п. 16 спеціально не призначене для богослужіння майно – будинки, землі, угіддя, фабрики, свічкові та інші заводи, рибні промисли, подвір'я, готелі, капітали тощо – негайно відбираються і передаються на баланс місцевих рад [16]. Тим самим у населення виховувалося переконання в тому, що вилучене майно є власністю народу.

Відповідно до згаданого декрету негайному закриттю підлягали духовні семінарії, єпархіальні училища з їхніми храмами, а також домашні та військові церкви, храми у державних закладах [4, арк. 42]. Так, у 1921–1922 рр. у Херсоні були зачинені церкви: Свято-Покровська, Олександрівська-Невська, Великомучениці Тетяни, Благівіщення Пресвятої Богородиці [1].

У цю хвилю потрапили і монастирі. Так, у період 1918–1922 рр. закриті три монастирі у Херсонському повіті: Григорієвський Бізюків чоловічий монастир, Благівіщенський та Успенський жіночі монастирі [2, арк. 50; 3, арк. 21].

Тезу про «народне надбання» підкріплювало і положення п. 13 Декрету, за яким будинки та предмети, призначені спеціально для богослужбових цілей, віддаються в безкоштовне користування релігійних громад. Причому мінімальна кількість членів такої громади встановлювалася у двадцять осіб [16]. Навіть більше, за п. 11, якщо охочих не виявиться, місцеві Ради робітничих і селянських депутатів тричі публікують про це в місцевих газетах і вивішують відповідне оголошення на дверях молитовних будинків (храмів) [16]. Якщо ж бажаючих все-таки не буде, вони повинні запропонувати, як можна використовувати ці приміщення (п. 12) для т. зв. «соціальних потреб».

Досвід накресленого шляху радянська влада вже мала. Так, раніше закритий Благівіщенський жіночий монастир було перетворено на будинок відпочинку і дитяче містечко [2, арк. 43], у церкві при Перепеліцинському притулку влаштовано клуб і театр для вихованців [2, арк. 52–53]. Колишні землі чоловічого монастиря із житловими приміщеннями й усім інвентарем передані в експлуатацію Райрадгосптресту (правління в м. Миколаєві) [5, арк. 255]. Отже, знову було обґрунтовано гасло «все для народу».

Основну ж цінність становило майно, залишене церквам як богослужбне. Правову регламентацію урахування його можна вважати наступним етапом кампанії. Так, декретом ВЦВК від 27 грудня 1921 р. «Про цінності, що знаходяться в церквах і монастирях» [9] залежно від історичної, художньої та матеріальної значущості вони були поділені на три групи: майно, що має історично-художнє значення, підлягає передачі Главмузею; матеріальні цінності передаються Державному сховищу цінностей Наркомфіну (Гохран); майно повсякденного вжитку, відповідно, залишається церкві. Провести такий розподіл на губернському рівні повинні були знову місцеві Ради [14].

Як же відбувався процес урахування майна? Відповідно до таємної інструкції Народного комісаріату юстиції УСРР від 21 січня 1922 р. групи віруючих, які підписали угоди про користування храмом, повинні були надати губвиконкомом три екземпляри інвентарних описів майна. Причому до опису висувалися умови щодо деталізації ознак предметів, що до нього вносилися. Це робилося, щоб зрозуміти, які предмети мають культурно-історичне значення, а які – значну матеріальну цінність; із якого матеріалу вони зроблені, яку вагу мають, якою була їхня ціна на момент придбання (у золотій валюті). Слід було відмічати предмети визолочені, розмір дошок на Євангеліях, а також їхню довоєнну вартість. Чи є на мідних Євангеліях срібні кутки і, якщо є, то якої вони проби. З якого металу,

якої ваги та вартості на престольні хрести, черпаки, стаканчики, потири, підсвічники, семисвічники, панікадила, люстри, хоругви тощо. Чи є ризи (золоті або визолочені) і яка їхня вага і вартість. Чи є срібний хрестильний ящик із прибором. Яка вага мідних купелей. Скільки вінців для вінчання і з якого вони якого металу. Чи є мощі, чиї саме, яка рака, балдахін, лампади. Чи є прикраси з дорогоцінним камінням, які саме. Скільки митр, які вони, з якими прикрасами, яка їхня довоєнна вартість. Скільки дзвонів на дзвіниці, вага кожного окремо. Чи є картини відомих художників, якщо є, то які саме, чиї, їхні розміри та рік написання. Чи є старовинні меблі, одяг і які саме [4, арк. 47]. Як бачимо, кожна річ описувалася дуже детально.

Наступний етап ознаменували два документи ВЦВК, що передбачили фактичний продаж церковного майна. Йдеться про постанову «Про ліквідацію церковного майна» [17] і декрет «Про передачу Відділу у справах музеїв і охорони пам'ятників мистецтва і старожитностей частини сум, виручених від продажу музейних цінностей» [10].

Привід для такого продажу було знову обрано благородний. Так, спочатку у Декреті ВЦВК «Про порядок вилучення церковних цінностей, що знаходяться у користуванні груп віруючих» від 23 лютого 1922 р. було наголошено на нагальній потребі розпочати продаж церковного майна з метою отримання коштів для боротьби з голодом. Згодом, 8 березня 1922 р., виходить і Постанова ВУЦВК «Про передачу церковних цінностей у фонд допомоги голодуючим». Читаємо: «Для боротьби з голодом і для забезпечення полів <...> у місячний термін вилучити з церковного майна всі коштовні предмети з платини, золота, срібла, дорогоцінного каміння, слонової кістки, якщо це не може суттєво зашкодити інтересам самого культу» (п. 1), «Фактичне вилучення дорогоцінних речей проводити за описом із обов'язковим залученням представників групи віруючих» (п. 3). Переховування церковного майна каралося

примусовими роботами терміном від 1 року з конфіскацією всього наявного церковного майна [6, арк. 13].

Слід сказати, що на офіційному рівні голод визнавався тільки у Поволжі. Хоча у червні 1922 р. в Україні голодувало більше 3,7 млн осіб [15, с. 352–353]. У Херсоні за січень-березень 1922 р. смертність перевищила народжуваність майже у 6 разів [20].

Отже, з 8 березня 1922 р. під гаслом боротьби з голодом кампанія вилучення церковних цінностей де-юре почалася в Україні. Де-факто у Херсоні перші конфіскації відбулися 25 березня, у повіті – 24 березня. 3 квітня того ж року Політбюро ЦК РКП(б) України повністю погодилося з циркуляром ЦК РКП(б) № 1961 «Про цілковите вилучення цінностей» [19, с. 218]. Відзначимо, що цього разу не всі цінності підлягали тотальному вилученню. Роз'яснення надала телеграма Миколаївського губвиконкому всім комісіям і волревкомам від 21 квітня 1922 р.: «Тимчасово, для забезпечення богослужіння, залишати у користуванні необхідні предмети за умови заміни їх такою ж вагою благородних металів золота і срібла в тижневий термін» [8, арк. 5–6].

Створення спеціального апарату для проведення кампанії не передбачалося, натомість використовувалися апарати Губкомів і Повіткомів із обов'язковим представництвом партійних органів. Зокрема, у Херсонському повіті до складу комісії увійшли завідувач адміністративно-організаційним політвідділом тов. Руденко, представник від Профбюро тов. Терент'єв і ДПУ тов. Звенігородский. Повіт було поділено на 9 районів, у кожному діяв призначений особливий райуповноважений. По м. Херсону райуповноваженим став Шофаренко [7, арк. 2].

Комісії на підставі завірених копій описів і договорів із групами віруючих, яким були передані храми, встановлювали порядок проведення вилучення: насамперед конфіскації підлягали найбагатші храми, синагоги тощо. У Херсоні такими були визначені три синагоги: Стара, Ново-Миколаївська та «Бес-Га-

мідраш». Після цього призначали день і час, запрошували 3–5 представників від віруючих [18] і, звіряючись з описом, вилучали означене майно. Сам процес вилучення фіксувався у протоколі. Речі із золота і срібла підраховувалися поштучно, зазначалася точна вага кожної. У кінці підраховувалася загальна кількість і вага вилученого, а також залишеного майна, ставилися підписи членів комісії та представників віруючих. Реалізовувати цінності на місцях було заборонено. Вони у повному обсязі передавалися до Гохрану [14].

Радянська влада унормовувала і порядок звітності у справі вилучення майна церков. Ще 22 квітня 1922 р. всім губвиконкомам було надіслано телеграму ВЦВК про порядок звітності щодо перебігу кампанії. Так, місцеві комісії звітували Центральній комісії допомоги голодуючим (ЦК Допгол) щомісяця, а також публікували в місцевих газетах списки вилученого в кожному храмі. Волвиконкоми звітували щоденно [8, арк. 19]. Так, 27 квітня на шпальтах «Херсонського коммунара» з'явився перелік із зазначенням загальної ваги вилучених 25 березня цінностей по кожній синагозі окремо [19, с. 217]. Загальна вага отриманого срібла – 2 пуди 19 фунтів 15 золотників [6, арк. 2]. Однак точність звітів, поданих до центру, сьогодні з'ясувати не можна.

У травні 1922 р. умови стають більш жорсткими. Так, на церкву із двох комплектів, необхідних для богослужіння (потири, тарілочки, лжиці, купелі, хрести, дискоси, астериски і т. ін.), один – срібний – міг залишитися; золоті ж предмети або з діамантами вилучаються обов'язково (п. 3). Виняток можуть становити особливо шановані у певній місцевості предмети. Наприклад, особливо шанована мешканцями ікона має ризу, яку вони хочуть зберегти, тоді за дозволом ЦК Допголу вони можуть замінити її на золото такої самої ваги (п. 4). Якщо особливо шанованим є хрест із дорогоцінного металу, комісія може відкласти вилучення до заміни на такий самий метал еквівалентної ваги, але знову таки за рішенням ЦК Допголу (п. 5) [8, арк. 214].

Слід зазначити, що віруючі намагалися врятувати богослужбне майно, збираючи вироби з дорогоцінних металів для обміну. Так, не могли зібрати необхідну кількість срібла для обміну рада Всіх-Святської цвинтарної церкви м. Херсона [8, арк. 96], Рада церковної громади при Покровському молитовному будинку [8, арк. 80] та ін.

Навіть якщо декотрим це і вдавалося, то користувалися ним недовго, адже 13 травня 1922 р. за наказом Відділу Управління Херсонського повітвиконкому заміна цінностей тим самим металом і в тій самій кількості надалі була заборонена. Ради віруючих зобов'язувалися здати всі цінності, залишені в тимчасове користування, не пізніше 19 травня 1922 р. [8, арк. 150]. Отже, радянська влада перейшла до повного вилучення церковних речей із дорогоцінних металів, відбрала срібло не тільки у церкви, а й у населення. Спочатку дозволила обмін богослужбових речей на інші, того самого металу і тієї самої ваги, а потім постановила здати і раніше обміняні речі.

Загалом у період із 25 квітня по 8 липня 1922 р. включно із Херсонських храмів було вилучено 35 пудів 25 фунтів 12 золотників. У Херсонському повіті конфісковано 45 пудів 35 фунтів 53 золотники [6, арк. 54]. Отже, всього 81 пуд 20 фунтів 65 золотників.

Активна фаза кампанії у місті Херсон і повіті завершилася у середині літа 1922 р., але вилучення продовжувалися ще восени. Так, на 1 вересня 1922 р. здано 84 пуди 25 фунтів 12 золотників 45 доль срібла [6, арк. 65], а на 19 жовтня 1922 р. цифра збільшилася: по м. Херсону – 3 пудів 18 фунтів 24 золотники срібла, по Херсонському повіту – 45 пудів 06 фунтів 94 золотники 81 доля [5, арк. 257]. Отже, всього 84 пуди 25 фунтів 22 золотники 81 доля.

Висновки. Підсумовуючи, відзначимо, що у Херсонському повіті кампанія вилучення церковних цінностей відбувалася за загальною схемою. Безсумнівно, сильною стороною її є нормативно-правовий супровід, і, хоча місцеві правові акти видавалися у межах загаль-

ноукраїнських, які, у свою чергу, дублювали відповідні документи уряду РСФРР, усі вони характеризуються значною деталізацією складників цього процесу. Така ретельна підготовка нормативно-правових актів поясню-

ється необхідністю більшовиків, принаймні спочатку, провадити досить обережну політику у боротьбі з Церквою й обґрунтовувати свої дії як у плані законодавчого закріплення, так і у плані ідеології.

Анотація

У статті досліджується політика вилучення церковних цінностей у Херсонському повіті. Вилучати цінності із храмів радянська влада почала після прийняття декрету РНК РСФРР «Про відділення церкви від держави і школи від церкви» від 23 січня 1918 р. й аналогічного документа Тимчасового робітничо-селянського уряду України від 19 січня 1919 р.

Голод 1921–1922 рр. став можливістю перейти до тотальної експропріації церковних багатств. В Україні кампанія розпочалася 8 березня 1922 р. виданням постанови ВУЦВК «Про передачу церковних цінностей у фонд допомоги голодуючим». Декрети і постанови конкретизувалися й уточнювалися відповідними інструкціями, які детально регламентували процес вилучення.

Як наслідок, із храмів Херсонського повіту із 24 квітня до 19 жовтня 1922 р. було вилучено 84 пуди 25 фунтів 22 золотника 81 доля срібла. Золота і дорогоцінних каменів не було. Радянська влада відібрала срібло не тільки у церкви, а й у населення, спочатку дозволила обмін богослужбових речей на інші, того самого металу і тієї самої ваги, а потім постановила здати і вже обміняні речі.

Автори підкреслюють, що сильною стороною кампанії було її нормативно-правове забезпечення. Для легітимації вилучення церковних цінностей радянська влада приймає цілу низку документів як у центрі, так і на місцях: декретів, постанов, директив, інструкцій тощо. Всі вони готували підґрунтя для дискредитації церкви в очах широких народних мас, знаходження нових приводів для репресій проти священнослужителів, а також поповнення бюджету для зміцнення більшовицької держави.

Ключові слова: церква, радянська влада, голод, вилучення церковних цінностей, релігія, декрет, нормативно-правовий супровід.

Kaminska O.A., Fedorchenko O.V. The seizure of church property in the Kherson district in 1920–1930: a historical and legal aspect

Summary

This article explores the confiscation policy of the church property in the Kherson district. The Soviet government began to confiscate valuables from churches from 1918, that is almost immediately after its establishment, but the famine of 1921–1922 did provide an opportunity for the total expropriation of church treasures.

In the past period the Bolsheviks prepared an appropriate legislative framework and accumulated considerable experience in expropriating legislative framework and accumulating considerable experience in expropriating of the property from religious organizations.

A start of this process has been made with the adoption of the decree of the RNC RSFRR “On the separation of church from state and school from church” dated 23 January 1918 and the similar document of the Provisional Workers’ and Peasants’ Government of Ukraine on 19 January 1919. Theological seminaries, diocesan schools with their churches, as well as home and military churches, temples in the state institutions and monasteries were the first, which came under attack in the Kherson district, as well as throughout the country.

The famine of 1921–1922 became an opportunity for transition to the total expropriation of church treasures. The campaign began on 8 March 1922 in Ukraine with the publication of a resolution

of the All-Ukrainian Central Executive Committee “About the Transfer of Church Values to the Fund for the Relief of Starving”. The decrees and rulings were concretized and clarified by the relevant instructions, which regulated the process of exemption in detail.

As result it was removed 84 poods 25 pounds 22 spoons 81 shares of silver from the churches of the Kherson district since 24 April 1922 up to 19 October 1922. Thus the Soviet government took away the silver not only from the church, but also from the population. The government first allowed the exchange of liturgical items on the things of the same metal and the same weight. Then by its decision the exchanged items, which were in temporary use already, should have been surrendered.

The authors emphasize that the strength of the campaign was its regulatory support. The Soviet government adopts a number of documents, both in the center and in the regional districts: decrees, rulings, directives, instructions, etc. to legitimize the seizure of church property. The adoption of all those documents had one aim – to prepare the ground for discreditation of the church in the eyes of the broad masses of the people, to find the new reasons for repression against the clerics, as well as to replenish the state budget to strengthen the Bolshevik government.

Key words: church, Soviet power, famine, confiscation of church valuables, decree, regulatory support.

Список використаних джерел:

1. Ганченко Д. Православні церкви при установах м. Херсона. URL: <http://old.mycity.kherson.ua/journal/konstanty13/p-cerkvi.html> (дата звернення: 15.10.2020).
2. Державний архів Херсонської області (ДАХО). Ф. 445. Оп. 1. Спр. 6. 55 арк.
3. ДАХО. Ф. 445. Оп. 6. Спр. 141. 29 арк.
4. ДАХО. Ф. Р-1887. Отдел управления Херсонского уездного исполнительного комитета. Оп. 3. Спр. 694. 80 арк.
5. ДАХО. Ф. Р-1887. Оп. 3. Спр. 695. 295 арк.
6. ДАХО. Ф. Р-1887. Оп. 3. Спр. 711. 72 арк.
7. ДАХО. Ф. Р-1887. Оп. 3. Спр. 712. 89 арк.
8. ДАХО. Ф. Р-1887. Оп. 3. Спр. 713. 255 арк.
9. Декрет ВЦИК «О ценностях, находящихся в церквях и монастырях» от 27 декабря 1921 г. *Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства*. Москва, 1922. № 19. Отд. 1. Ст. 215. С. 381.
10. Декрет ВЦИК «О передаче Отделу по делам музеев и охране памятников искусства и старины части сумм, вырученных от продажи музейных ценностей» от 09 февраля 1922 г. *Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства*. Москва, 1922. № 19. Отд. 1. Ст. 216. С. 381.
11. Декрет ВЦИК «О порядке изъятия церковных ценностей, находящихся в пользовании групп верующих» от 23 февраля 1922 г. *Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства*. Москва, 1922. № 19. Отд. 1. Ст. 217. С. 381–382.
12. Декрет Совета народных комиссаров «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» от 23 января 1918 г. *Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства за 1917–1918 гг.* Москва, 1942. Отдел первый. № 18. Ст. 263. С. 286–287.
13. Декрет Тимчасового робітничо-селянського уряду України «Про відокремлення церкви від держави і школи від церкви» від 19 січня 1919 р. З архівів ВУЧК–ГПУ–НКВД–КГБ. № 1/2 (24/25). Київ, 2005. С. 41–42.
14. Кривова Н.А. Власть и Церковь в 1922–1925 гг.: Политбюро и ГПУ в борьбе за церковные ценности и политическое подчинение духовенства М. АИРО-XX, 1997. 247 с. URL: http://yakov.works/library/11_k/ri/kriv02.html (дата звернення: 10.10.2020).

15. Петровський В.В., Радченко Л.О., Семененко В.І. Історія України: Неупереджений погляд: Факти. Міфи. Коментарі. Харків, 2008. 400 с.
16. Постановление Народного комиссариата юстиции «О порядке проведения в жизнь декрета «Об отделении церкви от государства и школы от церкви»» от 24/30 августа 1918 г. *Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства за 1917–1918 гг.* Москва, 1942. Отдел первый. № 62. Ст. 685. С. 849–858.
17. Постановление Президиума ВЦИК «О ликвидации церковного имущества». Из протокола заседания Президиума ВЦИК № 1, п. 15 от 2-го января 1922 г. URL: <http://docs.historyrussia.org/ru/nodes/36837> (дата звернення: 12.10.2020).
18. Постановление Центральной комиссии помощи голодающим и Народного комиссариата юстиции «Инструкция о порядке изъятия церковных ценностей, находящихся в пользовании групп верующих» от 28 февраля 1922 г. *Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства.* Москва, 1922. № 19. Отд. 1. Ст. 218. С. 382–384.
19. Татарченко О.Б. Агітаційна кампанія за вилучення церковних цінностей у зв'язку із голодом 1921–1923 років на території Херсонської та Одеської єпархій. *Наукові праці. Історія.* 2008. Т. 96 Вип. 83. С. 217–220.
20. Шитюк М.М. Голодомори ХХ століття. Київ : Геліон, 1997. 196 с.

УДК 340 (17.023.1+004.6)

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.02>

Размстаєва Ю.С.

к.ю.н.,

асистент кафедри теорії і філософії права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

РОЗУМНІ ОЧІКУВАННЯ У СФЕРІ ПРИВАТНОСТІ У ЦИФРОВУ ЕПОХУ

Постановка проблеми. Приватність є одним із найширших фундаментальних прав і одночасно концепцією, яка суттєво впливає на життя індивідів і суспільств у цифрову епоху. Взаємодії усіх суб'єктів права, що в сучасному світі часто опосередковані новими комунікаціями та цифровими технологіями, включають елемент захисту приватності, передовсім в аспекті захисту даних. Проте наскільки очікування щодо високого рівня захисту приватності збігаються з реальною картиною?

Використання цифрового простору, великих даних, штучного інтелекту та інших надбань науково-технічного прогресу відкривають величезний спектр можливостей, одночасно піддаючи нас величезним ризикам. Суперечності між свободою та безпекою стають дедалі гострішими. Зростає кількість зловживань із боку ключових зацікавлених сторін: урядів, бізнесу, національних і міжнародних організацій, соціальних груп та індивідів. Відсутність етичних і правових обмежень у деяких сферах стає дедалі більш очевидною.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є аналіз розумних очікувань у сфері приватності за умов цифрової епохи та визначення на основі відповідного аналізу перспектив розуміння та захисту приватності.

Виклад основного матеріалу. Стандарт «розумних очікувань» є елементом принципу розумності. Останній, як визначає К. Буряковська, «є загальним принципом права, який має на меті захист правової системи від явно нерозумних моделей поведінки» [1, с. 169]. Як синонімічне поняття іноді використовується термін «легітимні очікування», або «законні

очікування». О. Беяневич визначає їх як елемент верховенства права і юридичної визначеності та водночас як об'єкт правового захисту, що «не є тотожним суб'єктивному праву або законному інтересу» [2, с. 41]. Як зазначає С. Рабінович: «Саме по собі збереження стану правової певності, не погіршення наявного правового статусу особи внаслідок прийняття рішень органами публічної влади виступає одним із найважливіших об'єктів правомірних очікувань» [3, с. 169]. Слід зазначити, що право у цифрову еру стає дедалі більш невідзначеним як із огляду на неврегульовані нормами та принципами сфери діяльності, так і з огляду на зростання непевності як такої.

У знаковій справі «Katz v. United States» [4] суддя Дж. Харлан сформулював тест щодо розумних очікувань приватності, який включає два міркування: (1) особа має продемонструвати фактичне очікування приватності й (2) очікуванням вважається те, що суспільство готове визнати як розумне. Перше демонструє суб'єктивний аспект очікування, друге – об'єктивний, у т. ч. передбаченість нормами права. Однак цей беззаперечно важливий тест, хоча й застосований до втручань, опосередкованих технологіями, стосується передусім дій публічної влади, тоді як у цифрову епоху відповідні втручання часто здійснюються бізнес-структурами, організаціями й окремими індивідами.

Такі втручання не обов'язково пов'язані зі злочинними намірами суб'єктів права, навпаки, останні можуть мати найкращі та добросовісні наміри, але отримати негативний вплив на захист приватності, автономії,

недискримінації та прав людини загалом. Той факт, що людські звички змінилися за останні кілька років, додає проблем: зростаюча залежність від цифрових технологій, щоденні звернення до соціальних мереж і додатків, повсюдне користування мобільними девайсами – усе це впливає на обґрунтованість очікувань індивідів, у т. ч. на рівні відчуттів.

Якщо детальніше розглянути зміни в розумінні й захисті приватності у цифрову епоху, можна виділити такі відправні їхні точки.

По-перше, приватність набуває рис колективного явища, коли приватна інформація може бути не тільки тим, що індивіди розкривають про себе, а й тим, що про них розкривають інші. Наприклад, позначення тегів на фото в соціальних мережах передає основний контроль налаштувань щодо групових знімків тим особам, котрі їх завантажують. Звісно, особа, яку позначають, має деякі інструменти для того, щоб зупинити небажаний витік даних, однак ці інструменти можуть виявитися неефективними або запізно застосованими. На додачу, очікування громадськості щодо індивідуалізації приватного життя змінилися. Зазвичай такі очікування включають необхідність мати принаймні один обліковий запис соціальної мережі, заповнений деякою інформацією. Такі очікування зазвичай не включають постановку питання, як ваші дані будуть використовувати друзі, колеги чи знайомі щоразу, коли вони роблять колективне селфі з вами. З одного боку, усі ці типи поведінки осіб є питанням свободи волі, а з іншого – питанням довіри й відсутності соціального тиску. Як справедливо зазначається, соціальні медіа вимагають багато саморозкриття, а віртуальні ігрові світи керуються суворими правилами, які змушують користувачів поводитися певним чином [5]. Сьогодні ми вимушені взаємодіяти більше ніж будьколи, навіть якщо цього не хочемо, і покладатися на інших суб'єктів, котрі керують частиною нашої приватності, навіть якщо особисто не знайомі з ними, не передаємо чи не розкриваємо їм приватну інформацію прямо.

По-друге, тривалий цифровий слід має все більш помітний вплив на приватність. Особа може забути, яка приватна інформація була нею розкрита в минулому, можете мати іншу ідентичність, але багато даних про неї зберігається роками та легко може бути знайдено. Через відсутність ефективних правових (і технічних) засобів стирання такого сліду залишається покладатися на те, що індивіди навчаться усвідомлювати наслідки тієї інформації про себе, яку вони залишають у вигляді даних. Не останню роль у цьому може зіграти освіта, спрямована не лише на цифрову грамотність, а й на більш вузькі проблеми, такі як приватність в Інтернеті. Наприклад, сподівання захистити приватність можуть бути пов'язані з тим, що потрібно «навчати дітей, підлітків і дорослих ненавмисним наслідком їх цифрових слідів» [6]. Водночас рівень моніторингу за діями осіб у цифровому середовищі та стеження за допомогою технічних засобів неухильно зростає в сучасному світі. Тому зусиль самих індивідів діяти розумно в питаннях цифрового сліду може бути недостатньо, якщо не буде відповідних жорстких стандартів щодо публічної влади, корпорацій, організацій і спільнот.

По-третє, приватність зазвичай розглядається в контексті взаємодії з іншими людьми. Однак сьогодні ми частіше ділимося приватною інформацією не зі співрозмовниками, а із пристроями. Смартфон стає цифровим продовженням особи, а сам фокус спілкування зсувається. Тут виникають дві проблеми. З одного боку, нам не вдається правильно оцінити межі конфіденційності. Те, що ми все ще вважаємо приватною розмовою, вже не є приватною, коли відбувається за допомогою пристроїв. З іншого боку, ми беззастережно довіряємо девайсам як нашим цифровим продовженням, тоді як насправді ці пристрої постійно взаємодіють між собою. Інтернет речей (IoT) і комунікація гаджетів, коли ваш холодильник обмінюється даними з вашим фітнес-браслетом, ще більше посилює проблему. Наприклад, як показують деякі дослі-

дження, «з появою IoT дедалі частіше розглядається можливість використання великих даних як джерела офіційної статистики, що створює додаткові етичні проблеми» [7]. Великі дані, які накопичуються у т. ч. завдяки IoT, мають великий вплив на проблеми приватності, включаючи такі загрози, яким сьогодні складно запобігти. Зокрема, використання таких даних призводить до зростаючої залежності від алгоритмів для аналізу та прийняття рішень, а також поступового зменшення людського нагляду за багатьма автоматичними процесами [8], фактичної деанонімізації, оскільки конфіденційні дані користувачів можна отримати статистично [9], значного розкриття інформації про групи навіть у разі використання анонімних даних [6], сумнівності згоди у разі повторного використання даних і, врешті-решт, вторгнення до приватності і без використання особистих даних.

Слід зазначити, що перегляду підлягає в цифрову епоху і розуміння таких термінів, як «приватна та публічна особа», «приватна та публічна сфера», «приватний і публічний інтерес» тощо.

Наприклад, обсяг права на приватність суттєво залежить від того, ким є носій права – головою держави чи її пересічним громадянином. Однак у сучасному світі лідери думок і навіть цифрові особистості можуть мати більший вплив на прийняття значущих рішень у суспільстві, ніж політики та представники державної влади, а вивчення поведінкових реакцій онлайн може надати ефективні інструменти для втручання до демократичних процесів (виборів, референдумів, громадських обговорень). Оскільки режими захисту приватності залежать від визначення публічної особи й, відповідно, громадяни мають право знати трохи більше про людей, які приймають важливі рішення чи формують політичне життя суспільства, сучасне розуміння «публічної особи» має бути розширене.

Ви можете заперечити, що блогери Instagram, котрі потенційно стають новими лідерами думок, не повинні бути предметом

такої пильної уваги, оскільки вони лише розважають аудиторію, навіть якщо мають сотні тисяч фоловерів. Однак, як показала відома справа Кароліни фон Ганновер, розваги також мають вплив і відіграють певну роль у формуванні суспільної думки. І хоча Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) встановив, що різниця між діячами сучасного суспільства «*par excellence*» і «відносно» громадськими діячами повинна бути чіткою і що захист повинен бути вищим у «відокремленому місці» [10], у цифрову епоху майже не залишається місць, які були б по-справжньому відокремленими від будь-якого впливу, і немає жодної анонімності, яку не можна було б розкрити. Крім того, блогери здатні висловлювати впливову думку щодо нагальних суспільних питань, закликати до громадянських акцій протесту, успішно та безвідповідально рекламувати когось чи щось. Тому можливість дізнатися більше про них або провести дослідження, що стосується даних таких блогерів, може бути виправдана міркуваннями, які становлять публічний інтерес.

Враховуючи проникнення цифрових інструментів у всі сфери життя та накопичення даних, ми можемо спостерігати тенденцію до встановлення складного балансу публічної та приватної сфери онлайн та офлайн. Наприклад, такий баланс ЄСПЛ намагався встановити у суперечливій справі «*Lopez Ribalda and Others v. Spain*», у якій розглядалося питання законності таємного відеоспостереження за працівниками супермаркету менеджером, котрий мав обґрунтовані підозри щодо крадіжок [11]. Позиція суду містить, серед іншого, аргументи про різний ступінь публічності приміщень, у яких знаходилися камери, й очікування працівників щодо захисту їхнього приватного життя. Зокрема, очікування щодо захисту приватності можуть бути дуже високими у приватних за своєю природою місцях, таких як туалети, але вони очевидно нижчі в місцях, що є видимими або доступними для колег чи для широкої громадськості. Незважаючи на те, що ЄСПЛ застосовує чіткі кри-

терії пропорційності та зазвичай спирається на динамічну правову доктрину, в подібних випадках складно говорити про консенсус навіть на рівні самого суду. Так, у вищезазначеній справі троє суддів не погодилися із прийнятим рішенням. Якщо ж ми маємо справу із застосуванням права у цифровому середовищі, кількох юрисдикціях, за участі транснаціональних корпорацій тощо, то визначення балансу додатково ускладнюється.

Розуміння приватного та публічного може мати значні відмінності в різних правових системах. Водночас регулятивні юрисдикції стають дедалі більш взаємозалежними, тому одне рішення суду може торкнутися кількох правових систем. Ще одним моментом, який слід врахувати, є спроба багатьох урядів застосувати екстратериторіальну юрисдикцію до питань, пов'язаних з обміном інформацією, яка включає загрози приватності.

Тому потенційні рішення щодо захисту приватності повинні охопити не лише сферу законодавчого регулювання та судової практики, а і сферу етики й освіти. Незважаючи на глибоку моральну основу, що сягає корінням античних часів, етика може бути досить гнучкою у відповіді на зміни у суспільстві. Наприклад, на наших очах формується етичні правила спілкування, які передбачають уникнення приватних дзвінків і заміну їх текстовими повідомленнями чи листуванням електронною поштою або принаймні встановлення попередньої онлайн-домовленості щодо дзвінка. Крім того, у зв'язку з тим, що етичні зміни відбуваються набагато швидше, ніж змінюється правове регулювання та застосування, деякі проблеми перейшли із суто філософської сфери до цілком практичного застосування (як, наприклад, проблема штучного інтелекту).

Оскільки основними суб'єктами, які використовують різні дані та не збираються зупинятися на шляху вторгнень до приватності, є корпорації – транснаціональні та національні, технічні гіганти та мікрофірми, – постає питання про зобов'язання бізнесу щодо прав людини.

За останнє десятиліття розгорнулася широка дискусія щодо бізнесу як адресата прав людини, стандартів, що слід застосовувати як обов'язкові, проблем, із якими стикаються всі зацікавлені сторони [див.: 12–14]. Активно обговорюється проблематика розширення корпоративної відповідальності компанії за нових умов господарювання [15, с. 251], у т. ч. їх зобов'язання у сфері приватності. Так само активно обговорюється необхідність обов'язкового міжнародного договору для всіх суб'єктів господарювання або принаймні для транснаціональних корпорацій.

Водночас проблема зобов'язань бізнесу щодо прав людини стикається з відсутністю єдиної моделі впровадження таких зобов'язань, як у сенсі теоретичної основи, так і регуляторного забезпечення, складності прогнозів щодо природи та ступеня впливу бізнесу на питання фундаментальних прав, а також ступенем ризиків для індивідів і суспільств. Довгострокові та побічні негативні наслідки діяльності бізнесу також малопередбачувані. Крім того, як компанії, так і уряди здійснюють опір впровадженню більш жорстких зобов'язань із прав людини для бізнесу. Потрібно зазначити, що такий опір базується не лише на прагненні зберегти поле для можливих порушень і корупції, але частково на розумінні того, що з огляду на особливості економічної діяльності в сучасному світі та налагодження транскордонних зв'язків розвинені країни нестимуть основний тягар відповідних зобов'язань.

У цифрову епоху індивіди та групи довіряють значну долю приватних даних і пов'язаної з питаннями збереження приватності інформації корпораціям добровільно, тому що звикли вважати смартфони та блоги своїм особистим простором, або не зовсім добровільно, оскільки не знають, що для збору даних встановлюються не-мінімалістичні налаштування конфіденційності за замовчуванням. І навіть якщо корпорації прагнуть виконувати зобов'язання бізнесу щодо прав людини, невелика вразливість у популярному додатку може призвести до витоку приватних даних.

Було б правильним, якби розумні очікування щодо приватності ґрунтувалися насамперед на прозорості, відповідальності та конфіденційності. Однак, незважаючи на зростаючу популярність «приватності, вбудованої до дизайну» (privacy by design), здебільшого налаштування за замовчуванням забезпечують безкоштовний доступ до величезного обсягу даних користувачів. Такі налаштування часто незручні для індивідів, вимагають спеціальних знань і навичок, а також потребують розуміння того факту, що приватна інформація може бути первинною, вторинною та навіть поведінковою.

У світлі цього розповсюджена вимога «інформованої згоди» на обробку приватних даних осіб порушує питання про те, чи буде така згода насправді свідомою та інформованою. Інформована згода, як слушно зазначає Д. Хенд, «не може бути отримана за замовчуванням: вона повинна бути активною, а не пасивною» [16]. Навіть якщо ця вимога не ігнорується бізнес-структурами, організаціями й органами публічної влади повністю або частково, формулювання публічних ofert та угод користувачів часто не сприяють розумінню того, як саме будуть використовуватися дані.

Інший аспект інформованої згоди стосується її меж. Наприклад, дані, які ми залишаємо в соціальних мережах, якщо наші налаштування конфіденційності включають відкритий доступ, можуть бути використані для різних досліджень. Хоча дані вже є загальнодоступними, як справедливо зазначається, деякі дослідники збирають їх із соціальних медіа, не вважаючи, що відсутність інформованої згоди буде серйозним порушенням етики досліджень [6].

Анотація

У статті аналізуються розумні очікування у сфері приватності у цифрову епоху та визначаються перспективи розуміння й захисту приватності з огляду на такі зміни: набуття приватністю рис колективного явища, надзвичайно довгий цифровий слід, зміну способів комунікації та надання приватної інформації не співрозмовникам, а пристроям. Стаття досліджує розумні, обґрунтовані та легітимні очікування, у т. ч. в їх суб'єктивному й об'єктивному аспектах.

Парадоксальні очікування користувачів щодо персоналізації послуг і товарів онлайн за повної захищеності приватних даних навряд чи можна назвати розумними. Водночас більшість потужних гравців – корпорації, уряди, міжнародні організації – навмисно підтримують такі парадоксальні очікування індивідів, оскільки це дозволяє досягти таких цілей, як економічна чи політична вигода, справляння значного впливу на суспільну думку, уникнення репутаційних витрат, майже невідстежуване нав'язування волі тощо.

Висновки. Отже, чи є обґрунтовані сподівання та розумні очікування із приводу того, що приватність може бути захищена у цифрову епоху? Напевно, що так, однак лише за умови перегляду концепції приватності та застосування інших механізмів її захисту, використання відповідального й етичного підходу, заснованого на правах людини, що може включати усвідомлений вибір і дотримання прав осіб на обґрунтовані й раціональні рішення.

Правове регулювання та правозастосовна практика мають бути адаптованими до технологічних змін і враховувати інноваційні способи здійснення серйозних порушень приватності. Крім того, необхідно розуміти, що існує первинна, вторинна та поведінкова приватна інформація, і повна анонімність і повний контроль навряд чи можливі у цифрову епоху.

Потрібно враховувати зміни у розумінні приватного та публічного – сфер, осіб, інтересів. Необхідно використовувати комбінацію правових та етичних інструментів, які можуть допомогти убезпечити приватність від втручань із боку урядів, бізнесу, організацій, спільнот і окремих осіб. Крім того, слід підтримувати баланс приватності з іншими правами людини й основними соціальними цінностями.

Стаття пропонує розглянути нове розуміння приватних і публічних осіб, інтересів, сфер життя як онлайн, так і офлайн. Передбачається, що розуміння приватного та публічного може мати значні відмінності в різних правових системах, слід звертати увагу на взаємозалежність регулятивних юрисдикцій у сучасному світі та намагання екстратериторіального регулювання з боку урядів держав. У статті стверджується, що за умов цифрової ери необхідно розуміти, що існує первинна, вторинна та поведінкова приватна інформація, повна анонімність осіб, і повний контроль над приватними даними навряд чи можливі.

Стаття приділяє значну увагу питанням впливу публічної влади, організацій і корпорацій на права людини загалом і приватність зокрема. Правове регулювання і правозастосовна практика мають бути адаптованими до технологічних змін і враховувати інноваційні способи здійснення серйозних порушень приватності, а також парадоксальні очікування індивідів щодо високого рівня її захисту. У статті пропонується застосовувати комбінацію правових, етичних і освітніх інструментів, які можуть допомогти забезпечити приватність від втручань.

Ключові слова: права людини, приватність, захист даних, принцип розумності, розумні очікування, легітимні очікування, цифрова епоха.

Razmietaieva Yu.S. Reasonable expectations in the field of privacy in the digital age

Summary

The article analyzes reasonable expectations in the field of privacy in the digital age and identifies prospects for understanding and protecting privacy, given the following changes: privacy acquires the features of a collective phenomenon, the extremely long digital footprint is arises, communication methods are changing, the private information discloses not to interlocutors but devices. The article explores the nature of reasonable and legitimate expectations, including in their subjective and objective aspects.

The article offers to consider a new understanding of private and public persons, interests, spheres of life, both online and offline. It is assumed that the understanding of the private and public can have significant differences in different legal systems, with attention to the interdependence of regulatory jurisdictions in the modern world and the efforts of extraterritorial regulation by governments. The article argues that in the digital age, it is necessary to understand that there is primary, secondary and behavioral private information, and complete anonymity of individuals and complete control over private data is hardly possible.

The article pays considerable attention to the impact of public authorities, organizations and corporations on human rights in general and privacy in particular. Legal regulation and law enforcement practices must be adapted to technological change and must take into account innovative ways of committing serious breaches of privacy, as well as the paradoxical expectations of individuals regarding a high level of protection. The article proposes to use a combination of legal, ethical and educational tools that can help protect privacy from interference.

Key words: human rights, privacy, data protection, reasonableness principle, reasonable expectations, legitimate expectations, digital age.

Список використаних джерел:

1. Буряковська К. Юридичні стандарти, що ґрунтуються на принципі розумності. *Філософія права і загальна теорія права*. 2015. № 1–2. С. 169–177.
2. Беляневич О. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 41–45.
3. Рабінович С. Конституційні принципи правової певності і захисту легітимних очікувань у діяльності публічної влади. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2014. Вип. 60. С. 168–177.

4. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
5. Kaplan A., Haenlein M. Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*. 2010. Vol. 53 (1). P. 59–68.
6. Zwitter A. Big Data ethics. *Big Data & Society*. 2014. P. 1–6 DOI: 10.1177/2053951714559253.
7. Tam S.-M., Kimb J.-K. Big Data ethics and selection-bias: An official statistician's perspective. *Statistical Journal of the IAOS*. 2018. Vol. 34. P. 577–588.
8. Mittelstadt B. The Ethics of Biomedical “Big Data” Analytics. *Philosophy & Technology*. 2019. Vol. 32. P. 17–21.
9. Vivitsou M., Saadatmand M. Privacy in the era of big data and learning analytics: Ethical considerations and positions. In *Ethical and Privacy Issues in the Design of Learning Analytics Applications: 2nd Workshop on Ethics & Privacy in Learning Analytics @ LAK1, University of Edinburg, Edinburgh, UK, April 24, 2016 Learning Analytics Community Exchange LACE*.
10. Von Hannover v. Germany [2004] EMLR 379; (2005) 40 EHRR 1.
11. Lopez Ribalda and Others v. Spain [2018] ECHR 14.
12. Aaronson S., Higham I. Re-Righting Business: John Ruggie and the Struggle to Develop International Human Rights Standards for Transnational Firms. *Human Rights Quarterly*. 2013. № 35 (2). P. 333–364.
13. Baumann-Pauly, D., Nolan J. (eds.) *Business and Human Rights. From Principles to Practice*. 2016. Routledge. 350 p.
14. Ruggie J. *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. Amnesty International Global Ethics Series, W.W. Norton & Company. 2013. New York. 225 p.
15. Ramasastry A. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. *Journal of Human Rights*. 2015. Vol. 14 (2). P. 237–59.
16. Hand D. Aspects of Data Ethics in a Changing World: Where Are We Now? *Big Data*. 2016. Vol. 6 (3) Mary Ann Liebert, Inc. DOI: 10.1089/big.2018.0083.

Дмитрук А.В.

аспірантка кафедри інтелектуальної власності

Інститут права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ СВОБОДИ ТВОРЧОСТІ, КУЛЬТУРИ ТА СУСПІЛЬНОЇ МОРАЛІ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Особистість здатна до творчості в усі вікові періоди свого життя й у всіх сферах людської діяльності. Кожен індивід має творчий потенціал [11, с. 10–23]. Згідно з п. 2 ч. 2 ст. 11 ЦК України створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності є підставою виникнення цивільних прав та обов'язків [3]. Ст. 270 ЦК України визначає право на свободу творчості як особисте немайнове право фізичної особи. Внаслідок реалізації права на свободу творчості особа створює результат інтелектуальної творчої діяльності, право на який за ст. 418 ЦК України є правом інтелектуальної власності [3]. Аналіз історії розвитку права інтелектуальної власності свідчить про те, що воно є юридичним виразом усвідомлення державою важливості культури та прогресу для збереження і розвитку суспільства. Підтримка і захист творчості, охорона результатів інтелектуальної діяльності безпосередньо пов'язані із захистом свободи особистості, прав людини. Так, ст. 27 Загальної декларації з прав людини ООН проголошує права кожної особи вільно брати участь у культурному житті суспільства і користуватися охороною своїх особистих і економічних інтересів, що є результатом наукових, літературних і художніх праць [1]. Правова охорона результатів інтелектуальної діяльності заснована на визнанні юридичної монополії за творцем (автором) такого результату [11, с. 10–23]. Історію розвитку законодавства про авторське право протягом трьох останніх століть можна

розглядати як пошук розумного балансу інтересів, своєрідного «соціального контракту» між автором і суспільством, спробу збалансувати потреби суспільства у вільному потоці ідей і знань і зацікавленість автора у справедливій винагороді за творчу працю. Саме на такій основі відбувався переклад юридичною мовою соціально-політичних і економічних вимог [10, с. 159].

Виклад основного матеріалу. Правові норми не можна засновувати на побажаннях будь-якої окремої категорії, групи людей. Необхідно, щоб усі рішення держави в цій галузі обговорювалися з авторами, але повинні враховуватися не тільки їхні інтереси. Будь-яке рішення має враховувати інтереси всіх сторін, оскільки право для одного – це завжди обов'язок для іншого. Чітко визначені обмеження становлять найістотніші умови існування будь-якого права. Необхідно знаходити в кожному конкретному випадку урівноважені рішення. Право інтелектуальної власності було, є і завжди буде певною сумою компромісів, досягнутих у ході довгого і важкого пошуку [10, с. 159].

Законодавство України не визначає, що таке творчість, але дає визначення творчій діяльності. У п. 21 ст. 1 Закону України «Про культуру» № 2778-VI від 05 лютого 2020 р. [4] творча діяльність окреслена як індивідуальна чи колективна творчість, результатом якої є створення або інтерпретація творів, що мають культурну цінність. Твори, які мають культурну цінність, визначаються у ст. 1 Закону України «Про вивезення, ввезення та повер-

нення культурних цінностей» № 1068-XIV від 13 лютого 2020 р. [5] як об'єкти матеріальної та духовної культури, що мають художнє, історичне, етнографічне та наукове значення і підлягають збереженню, відтворенню й охороні. У ч. 1 ст. 17 Закону України «Про культуру» [4] визначено сфери, в яких здійснюється професійна творча діяльність, а саме сфери: літератури, театрального, музичного, хореографічного, циркового, образотворчого і декоративно-ужиткового мистецтва, музейної справи, архітектури, кінематографії, журналістики, інформаційної, дизайнерської, науково-дослідної, реставраційної та іншої діяльності, спрямованої на культурний розвиток. Також у ч. 2 цієї статті зазначається, що суб'єкти професійної творчої діяльності діють на індивідуальній і колективній основі. Такими суб'єктами є професійні творчі працівники, колективи та творчі спілки, статус яких визначається законодавством. У п. 19 ст. 1 цього Закону [4] зазначено, що професійний творчий працівник – це особа, котра провадить творчу діяльність на професійній основі, результатом якої є створення або інтерпретація творів у сфері культури та мистецтва, публічно представляє такі твори на виставках, шляхом публікації, сценічного виконання, кіно-, теле-, відеопоказу тощо та/або є членом творчої спілки, та/або має державні нагороди за діяльність у сфері культури та мистецтва.

Діяльність у сфері культури законом визначається як творча, господарська, наукова, бібліотечна, інформаційна, музейна, освітня, культурно-дозвіллева та розважальна діяльність, спрямована на створення, тиражування, розповсюдження, демонстрування, популяризацію, збереження і використання культурних благ і культурних цінностей для задоволення культурних потреб громадян.

Отже, творча діяльність є однією зі сфер культурної діяльності. Діяльність у сфері культури є набагато ширшою за творчу діяльність і не завжди має творчий характер.

Право на свободу творчості у Законі України «Про культуру» визначено у ст. 6 і є одним

із прав громадян у сфері культури. Зокрема, гарантується: вільний вибір виду діяльності у сфері культури, засобів і сфер застосування творчих здібностей, самостійне розпорядження своїм твором; захист прав інтелектуальної власності, зокрема авторського права і суміжних прав, а також доступ до культурних цінностей, культурної спадщини та культурних благ.

Конституція України гарантує кожному право на вільний розвиток своєї особистості, свободу творчості, думки, слова, право на вільне вираження своїх переконань і поглядів, захист прав інтелектуальної власності. Також Конституцією України встановлено, що законом можуть бути обмежені ці права, якщо вони будуть порушувати права та свободи інших людей, оскільки законом гарантується захист прав і свобод, повний і всебічний розвиток кожного в суспільстві.

У ст. 7 Закону України «Про культуру» проголошується право на свободу творчості та зазначається, що держава гарантує право на свободу творчості, яке може реалізовуватися як на професійній, так і на аматорській основі. Держава сприяє творчій діяльності, а втручання у творчий процес і здійснення цензури у творчій діяльності не допускається [4].

Право на свободу творчості закріплено в Україні на законодавчому рівні та захищається державою, цензура заборонена. Законодавством прямо не закріплено право особи вільно обирати жанр, форму та спосіб здійснення творчої діяльності, але, проаналізувавши зміст ст. 54 Конституції України [2], доходимо висновку про те, що свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, яку гарантує Конституція, включає в себе відповідне право. У ч. 2 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлено, що охороні підлягають всі твори, зазначені у ч. 1 тієї самої статті, незалежно від того, оприлюднені вони чи ні, завершені або не завершені, а також незалежно від їхнього призначення, обсягу, жанру, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо) [6]. На свободу творчості та право

особи вільно обирати жанр, форму та спосіб здійснення творчої діяльності опосередковано можуть впливати місцеві умови: звичаї, традиції, норми суспільної моралі, які склалися на відповідній території. Можуть визначатися певні обмеження відповідно до моральних засад суспільства публічного порядку, якщо твір має, наприклад, антиморальний, антинаціональний, расистський характер.

Правові основи захисту суспільства від розповсюдження продукції, що негативно впливає на суспільну мораль, встановлює Закон України «Про суспільну мораль» № 1296-IV від 13 лютого 2020 р. [7]. Майнові права автора можуть бути обмежені шляхом заборони обігу, виробництва та розповсюдження творів, які суперечать положенням Закону. У ст. 1 цього ж Закону дане визначення суспільної моралі як системи етичних норм і правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість, справедливість.

Ст. 2 Закону України «Про суспільну мораль» № 1296-IV визначає види продукції, виробництво й обіг якої забороняються на території України або дозволяються виключно за умови дотримання обмежень, встановлених законодавством. Таким чином, забороняється обіг, виробництво та розповсюдження продукції:

- порнографічного характеру в будь-якій формі;
- такої, що пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України;
- пропагує фашизм і неофашизм;
- принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою;
- пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь;
- принижує особистість, є проявом знущання із фізичних вад (каліцтва), із душевнохворих, літніх людей;
- пропагує невігластво, неповагу до батьків;

– пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички.

Виключно за умови дотримання обмежень, встановлених законодавством, дозволяються виробництво й обіг продукції еротичного характеру та продукції, яка містить елементи насильства та жорстокості.

Основними напрямками державного регулювання обігу інформаційної продукції, що впливає на суспільну мораль, у ст. 5 Закону України «Про суспільну мораль» визначено створення правових, організаційних та економічних умов, які сприяють реалізації права на інформаційний простір, вільний від матеріалів, що становлять загрозу фізичному, інтелектуальному, морально-психологічному стану населення, а саме:

- утвердження здорового способу життя у сфері інформаційної діяльності, освіти та культури;
- недопущення пропаганди в засобах масової інформації культу насильства, жорстокості, поширення порнографії;
- впровадження експертної оцінки інформації, розроблення механізмів і методик віднесення її до такої, що завдає шкоди суспільній моралі;
- підтримку національної культури, мистецтва, кінематографії, книговидання, поліпшення системи пропаганди кращих зразків світової літератури, культури та мистецтва;
- заборону демонстрації неліцензійної аудіо-, відеопродукції на всіх національних телерадіокомпаніях;
- встановлення контролю за обігом продукції, що становить загрозу суспільній моралі;
- приєднання до міжнародних договорів щодо захисту суспільної моралі [7].

Порушення норм законодавства України про захист суспільної моралі тягне за собою цивільно-правову, дисциплінарну, адміністративну, кримінальну відповідальність згідно з чинним законодавством України. Ч. 2 ст. 4 Закону містить застереження щодо винятків, на які не розповсюджується дія цього Закону. Такими винятками є виробни-

цтво чи розповсюдження художніх творів літератури, мистецтва та культури, визнаних класичним чи світовим мистецтвом, а також обіг наукових, науково-популярних, публіцистичних, освітніх матеріалів із питань статі й сексу та виробів сексуального характеру медичного призначення.

Вважаємо, що важливими критеріями для встановлення порушення суспільної моралі певним об'єктом є мета, з якою він був створений. Закон України «Про суспільну мораль» [7] значною мірою регулює питання щодо виробництва, розповсюдження й обігу продукції порнографічного й еротичного характеру. Згідно з Наказом Міністерства культури України «Про затвердження критеріїв віднесення продукції до такої, що має порнографічний характер» № 212 від 16 березня 2018 р. [8], до якого відсилає закон, метою продукції порнографічного характеру є статеве збудження її споживачів. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про суспільну мораль» № 1296-IV продукція еротичного характеру має на меті досягнення естетичного ефекту, зорієнтована на доросле населення і не збуджує в аудиторії нижчі інстинкти, не є образливою. Інша продукція, зазначена у ст. 2 Закону, має на меті пропаганду війни, ворожнечі, насильства, неповагу, приниження особистості, пропаганду шкідливих звичок та ін. Метою результату творчості є вирішення художнього або наукового технічного завдання [12, с. 25], забезпечення суспільства необхідними засобами існування (у сфері науково-технічної діяльності) [13, с. 47].

Отже, застереження ч. 2 ст. 4 Закону України «Про суспільну мораль» обмежує дію Закону та надає художнім творам літератури, мистецтва та культури, а також обігу наукових, науково-популярних, публіцистичних, освітніх матеріалів і медичним виробам особливий статус, але вільне виробництво, розповсюдження й обіг стосується лише тих художніх творів літератури, мистецтва та культури, які визнані класичним чи світовим мистецтвом. Відповідно, до художніх творів літератури,

мистецтва та культури, що не мають такого визнання, діють норми Закону. Визначення мети, з якою був створений об'єкт, і творчого задуму (у творах літератури та мистецтва) є важливим критерієм для встановлення факту порушення цим об'єктом суспільної моралі.

Право на свободу творчості гарантується та захищається Конституцією України та законами України, цензура заборонена. Право особи вільно обирати жанр, форму та спосіб здійснення творчої діяльності опосередковано залежить від місцевих умов, звичаїв і традицій, норм суспільної моралі, які склалися у певній місцевості. В Україні на законодавчому рівні визначено, що суспільна мораль – це система етичних норм, правил поведінки, які склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість і справедливість [7]. Таке визначення окреслює загальне поняття того, що є суспільною мораллю. Фактично кожен окремий індивід у суспільстві має свою власну систему етичних норм та уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість, справедливість, і важко знайти повністю однакові системи й уявлення, а отже, єдиної суспільної моралі не існує, це поняття штучно створене, не стабільне й абстрактне, а його норми суперечливі, їх неможливо чітко й остаточно юридично визначити, оскільки чітке їх визначення суперечитиме гарантованим конституцією основним особистим правам і свободам людини: праву на свободу думки, слова, на вільне висловлювання своїх поглядів і переконань, свободу світогляду та віросповідання [2].

Видатний філософ М. Бердяєв вважав, що суспільна мораль є проявом об'єктивізації та може поневолити людину. Соціально нав'язані судження і думки, традиції, звичаї – це також прояви об'єктивізації. Об'єктивізація призводить до зовнішнього панування, яке суперечить гідності особистості. Відбувається відчуження людської природи, людина потрапляє в залежність від прагнень до влади,

грошей, слави та інших поневолень, що руйнує структуру особистості. Особистість тісно пов'язана з усвідомленням свого призначення, і кожній людині необхідно його усвідомити, незважаючи на рівень обдарованості. Призначенням людини є творча реалізація в індивідуально-неповторній формі свого потенціалу. Особистість завжди долає суперечності, і тому неможливо окреслити єдине поняття особистості. Їй характерна протилежність суджень, і тому особистість є уособленням суперечності у світі [9, с. 27].

Вільна особистість усвідомлює, що кожен існує сам для себе і кожен повинен вільно взаємодіяти з кожним іншим і всіма. Людина повністю не належить ані державі, ані суспільству. Соціалізація в людині є лише частковою і не торкається глибин внутрішнього світоустрою. Навіть скоївши злочин, людина як цілісна особистість не може бути втіленням зла, й осудження її може бути лише часткове і не остаточне. Особистість також не може служити «загальному благу». Загальне благо маскувало чимало тиранії та рабства [9, с. 50].

Свобода творчості сприяє самовираженню особистості, яка відкидає більшість зразків і патернів, оскільки для творчої імпровізації не існує жодних правил. Одним із її організаційних принципів є відхилення від норми. Співвідношення свободи творчості, культури та суспільної моралі знаходиться на перетині інтересів творців і суспільства, потребує індивідуального підходу для кожного конкретного випадку та полягає у суперечності. Підтримувати творчість правовими засобами означає стимулювати свободу і непередбачуваність творчого процесу. Свобода творчості повинна гарантуватися не лише шляхом захисту прав творців, але і шляхом забезпечення інтересів споживачів як потенційних творців і ринку загалом. Водночас кожен творець, створюючи свій творчий продукт, прагне передати іншим своє інформаційне повідомлення, зміст якого може суттєво відрізнятися від прийнятих суспільною мораллю переконань або кон'юнктури ринку, тому що справжній творчий

процес може провокувати нонконформізм і незгоду. Отже, необхідно знаходити в кожному конкретному випадку урівноважені рішення. Формування таких рішень триває, оскільки щодня створюються нові результати інтелектуальної, творчої діяльності.

На підставі проведеного дослідження правових аспектів співвідношення свободи творчості, культури та суспільної моралі вважаємо за необхідне сформулювати такі **висновки**.

Право на свободу творчості гарантується та захищається Конституцією України та законами України, цензура заборонена. На свободу творчості та право особи вільно обирати жанр, форму та спосіб здійснення творчої діяльності опосередковано можуть впливати місцеві умови: звичаї, традиції, норми суспільної моралі, які склалися на певній території. Державою можуть визначатися певні обмеження відповідно до моральних засад суспільства публічного порядку, якщо твір має, наприклад, антиморальний, антинаціональний, расистський характер. Визначення мети, з якою був створений об'єкт, і творчого задуму (у творах літератури та мистецтва) є важливим критерієм для встановлення факту порушення цим об'єктом суспільної моралі.

Правові основи захисту суспільства від розповсюдження продукції, що негативно впливає на суспільну мораль, встановлює Закон України «Про суспільну мораль» № 1296-IV від 13 лютого 2020 р. Застереження ч. 2 ст. 4 цього Закону обмежує його дію щодо деяких результатів творчості. Вільне виробництво, розповсюдження й обіг стосується тих художніх творів літератури, мистецтва та культури, які визнані класичним чи світовим мистецтвом. Відповідно, до художніх творів літератури, мистецтва та культури, що не мають такого визнання, діють норми Закону. Майнові права автора можуть бути обмежені шляхом заборони обігу, виробництва та розповсюдження творів.

Поняття єдиної суспільної моралі не існує, це поняття штучно створене, не стабільне й абстрактне, а його норми суперечливі, їх

неможливо чітко й остаточно юридично визначити, оскільки чітке їх визначення суперечитиме гарантованим конституцією основним особистим правам і свободам людини. Отже, необхідно знаходити в кожному конкретному випадку урівноважені рішення. Співвідношення свободи творчості, культури та суспільної моралі знаходиться на перетині

інтересів творців і суспільства, потребує індивідуального підходу для кожного конкретного випадку та полягає у суперечності. Охорона свободи творчості, підтримання інновацій неминуче призводить до прогресу у суспільстві. Формування таких рішень триває, оскільки щодня створюються нові результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Анотація

Підтримання інновацій неминуче призводить до прогресу у суспільстві, сфера інтелектуальної власності стрімко розвивається, з'являються нові об'єкти права інтелектуальної власності, які потребують визнання та правової охорони. Метою статті є дослідження та соціально-правовий аналіз доктрини та положень законодавства щодо співвідношення понять свободи творчості, культури та суспільної моралі. Для дослідження були використані загальнонаукові та спеціальні методи, що забезпечило виявлення та поєднання аналізу теоретичних і практичних проблемних аспектів, які виникають у соціальному та правовому розумінні права на свободу творчості, культури та суспільної моралі. Були сформувані висновки щодо проблемних аспектів співвідношення свободи творчості, культури, суспільної моралі, окреслені випадки можливих обмежень майнових прав інтелектуальної власності за законодавством України. Зокрема, встановлено, що свобода творчості сприяє самовираженню особистості, яка відкидає більшість зразків і патернів, оскільки для творчої імпровізації не існує жодних правил. Одним із її організаційних принципів є відхилення від норми. Співвідношення свободи творчості, культури та суспільної моралі знаходиться на перетині інтересів творців і суспільства, потребує індивідуального підходу для кожного конкретного випадку та полягає у суперечності. Підтримувати творчість правовими засобами означає стимулювати свободу і непередбачуваність творчого процесу. Свобода творчості повинна гарантуватися не лише шляхом захисту прав творців, але і шляхом забезпечення інтересів споживачів як потенційних творців і ринку загалом, але водночас кожен творець, створюючи свій творчий продукт, прагне передати іншим своє інформаційне повідомлення, зміст якого може суттєво відрізнятись від прийнятих суспільною мораллю переконань або кон'юнктури ринку, тому що справжній творчий процес може провокувати нонконформізм і незгоду. Отже, необхідно знаходити в кожному конкретному випадку урівноважені рішення. Формування таких рішень триває, оскільки щодня створюються нові результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Ключові слова: свобода творчості, культура, суспільна мораль, право інтелектуальної власності.

Dmitruk A.V. Legal aspects of correlation between creative freedom, culture and public morals in Ukrainian legislation

Summary

Support for innovations leads to society progress imminently. The rapid development of intellectual property area as well as the advent of new objects of intellectual property rights demand recognition and legal protection. These are conditions which determine relevance of the study. The article aims to research and make a socio-legal analysis of the doctrine and provisions of law on correlation between the concepts of creative freedom, culture and public morals. General scientific and special methods of researching were used to ensure identification and combination of analysis, theoretical and practical problematic aspects arising in social and legal understanding of the right to creative freedom, culture

and public morals. The research enables to make conclusions on the problematic aspects correlation between creative freedom, culture, public morals and to describe the cases of possible intellectual property rights restrictions under Ukrainian law. Particularly, it was found that creative freedom facilitates self-expression of the individual who rejects most of existing patterns because there are no rules for creative improvisation. Deviation from the norm is one of the organizational principles for creative freedom. The correlation between creative freedom, culture and public morals can be found at the intersection of the interests of creators and society. It requires an individual approach to each case and starts from contradictions. To support creativity by legal tools means to stimulate freedom and unpredictability of the creative process. Creative freedom must be guaranteed not only by protecting the rights of creators but also by ensuring the interests of consumers as potential creators and the market as a whole. But at the same time each creator producing their creative product seeks to convey their message to others. The content of the message may differ significantly from the accepted public moral beliefs or market conditions because the real creative process can provoke nonconformism and disagreement. Therefore, it is necessary to find balanced solutions in each case. The formation of such solutions takes place now and will continue in future as new results of intellectual and creative activity are produced every day.

Key words: creative freedom, culture, public morals, intellectual property law.

Список використаних джерел:

1. Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 р. № 995-015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#o2 (дата звернення 29.10.2020).
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 12.11.2020).
3. Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 12.11.2020).
4. Про культуру : Закон України від 05 лютого 2020 р. № 2778-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 24. Ст. 168.
5. Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей : Закон України від 13 лютого 2020 р. № 1068-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 48. Ст. 405.
6. Про авторське право та суміжні права : Закон України від 14 жовтня 2020 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
7. Про суспільну мораль : Закон України від 13 лютого 2020 р. № 1296-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 14. Ст. 192.
8. Наказ Міністерства культури України «Про затвердження критеріїв віднесення продукції до такої, що має порнографічний характер» № 212 від 16 березня 2018 р.
9. Бердяев М.О. рабстве и свободе человека (Опыт персоналистической философии). Ф., 1939. С. 211, 27, 50.
10. Близнац И.А. Интеллектуальная собственность и закон. Теоретические вопросы, Материалы по проблемам авторского права и смежных прав. Москва, 2001. Т. III. С. 159.
11. Еннан Р. Загальні засади правового регулювання інтелектуальної, творчої діяльності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 6. С. 10–23. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Triv_2015_6_3 (дата звернення 29.10.2020).
12. Ионас В.Я. Критерии творчества в авторском праве в авторском праве и судебной практике. Москва : Юридическая литература, 1963. С. 135, 25.
13. Підпригора О.А., Бутнік-Сіверський О.Б., Дроб'язко В.С. та ін. Право інтелектуальної власності: Академ. курс : підручник / за ред. О.А. Підпригори, О.Д. Святоцького. Київ : «Ін Юре». 2004. С. 672, 47.

Рим Т.Я.

к.ю.н.,

суддя

Господарський суд Львівської області

ПРИВАТНІ ТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ УЧАСТІ ДЕРЖАВИ В ІНВЕСТИЦІЙНИХ ВІДНОСИНАХ БУДІВНИЦТВА

Постановка проблеми. Правові відносини, які виникають у сфері будівництва, є багатовекторними, адже на різних етапах інвестування (від початкового до завершального) охоплюють надзвичайно широкий спектр взаємозв'язків як у приватній, так і в публічно-правовій площині. Така ситуація призводить до того, що часто-густо інвестори (в т. ч. держава в особі повноважних органів), забудовники чи фінансові посередники змушені шукати ефективних способів захисту у разі порушення їхніх прав. Нерідко їхнім опонентом виступає держава, яка здійснює адміністративно-розпорядчі функції у сфері будівництва та містобудування.

Формулювання завдання дослідження. Метою цієї статті є з'ясування засад функціонування держави в інвестиційних відносинах із погляду її адміністративних повноважень у взаємозв'язку із приватно-правовими засадами взаємодії з іншими учасниками процесу інвестування.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Питанням участі держави в цивільних правовідносинах приділяли увагу багато науковців, серед яких потрібно відзначити В.М. Коссака, Н.С. Кузнецову, Я.М. Шевченко, І.В. Спасибо-Фатееву.

Виклад основного матеріалу. Органи публічної влади та їхні посадові та службові особи є суб'єктами владних повноважень і водночас учасниками цивільних відносин. У процесі виконання публічно-управлінських функцій органи публічної влади та їх посадові (службові) особи можуть порушувати

суб'єктивні цивільні права учасників інвестиційної діяльності в будівництві. Згідно з ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади чи органів місцевого самоврядування.

Ст. 16 ЦК України з-поміж інших видів виділяє самостійний спосіб захисту, який полягає в можливості оскаржити рішення, дії чи бездіяльність органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Визнання незаконними відповідних рішень, дій чи бездіяльності є способом захисту, котрий припиняє порушення, але це не означає, що він не може поєднуватися з іншими способами захисту. Він може поєднуватися з компенсаційно-відновлювальними способами, а саме відшкодуванням збитків та іншими способами відшкодування майнової шкоди, а також моральної (немайнової) шкоди.

Критерієм визначення статусу державного органу є порядок виникнення і наявність владних повноважень, необхідних для виконання функцій, передбачених законодавством. В інвестиційному процесі будівництва органи держави та місцевого територіального самоврядування можуть брати участь як суб'єкти приватного та публічного права. Останнє пов'язується з наданням дозвільних документів, ухваленням рішень про відведення земельних ділянок, затвердженям складу державних приймальних комісій, містобудівної документації тощо.

Водночас державні органи й органи місцевого самоврядування можуть бути учасниками приватних відносин, зокрема укладати інвестиційні договори як їхня сторона, виступати замовником будівництва, інвестором інвестиційного будівельного проєкту. У таких відносинах державні органи й органи місцевого самоврядування функціонують на основі, властивій цивільному праву, тобто на засадах юридичної рівності з іншими суб'єктами цивільних відносин.

У приватних відносинах органи публічної влади зазнають такої ж відповідальності, як і інші суб'єкти цивільного права. Юридична рівність полягає в тому, що кожна зі сторін приватних відносин має свій комплекс прав та обов'язків і не підпорядковується іншій.

Органам публічної влади властива універсальна правосуб'єктність, адже, крім участі у приватних відносинах, реалізують адміністративно-владні повноваження. У цивільному законодавстві відсутнє визначення дефініції органу державної влади. Поняття державних органів та органів місцевого територіального самоврядування в контексті їх функціональних повноважень міститься в окремих актах законодавства, які встановлюють їх компетенцію та сферу діяльності.

Так, у ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» міститься таке визначення: «орган влади – міністерства та інші органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринку цінних паперів, державні органи приватизації, Національна Рада України з питань телебачення і радіомовлення, місцеві органи виконавчої влади» [1].

Правовий статус і компетенція окремих органів державної влади визначаються спеціальними законами. П. 1 ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [2] встановлює, що Кабінет Міністрів України здійснює відповідно до закону управління об'єктами

державної власності, у т. ч. корпоративними правами, делегує в установленому законом порядку окремі повноваження щодо управління зазначеними об'єктами міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, місцевим державним адміністраціям і відповідним суб'єктам господарювання.

Таким чином, від імені держави в цивільних і публічних відносинах беруть участь міністерства, державні комітети, центральні органи виконавчої влади та їхні територіальні представництва, а також інші уповноважені на виконання адміністративно-владних функцій органи. У приватних відносинах перелічені суб'єкти підлягають цивільній відповідальності на загальних підставах з іншими учасниками цивільного обороту.

При здійсненні публічно-владних функцій органи держави та місцевого самоврядування можуть своїми діями, бездіяльністю чи рішеннями порушити суб'єктивні цивільні права учасників інвестиційної діяльності у сфері будівництва. Це пов'язано з належністю до їх компетенції питань надання дозволів, вчинення інших розпорядчих дій у сфері регулювання інвестиційної діяльності в будівництві.

Одне з важливих завдань сьогодення – реформа системи містобудування. Вона полягає в забезпеченні прозорості державних послуг у сфері будівництва, зокрема щодо видачі документів дозвільного характеру. Ухвалено рішення про ліквідацію архітектурно-будівельної інспекції та створення Державної інспекції містобудування (далі – ДІМ). Це пояснюється численними порушеннями органами державно-архітектурної інспекції під час надання документації та введення об'єктів в експлуатацію. Замість названої структури буде створено Державну службу містобудування, яка виконуватиме функції реєстру, Державне агентство техрегулювання, а також ДІМ, що виконуватиме функції контролю в будівництві.

З цим пов'язана і розробка системи з переведення роботи нових структур в електронний формат. У зв'язку з цим заплановано

відкриття електронного кабінету забудовника і розроблення нового реєстру будівельної діяльності, який буде об'єктоорієнтованим [3].

Це підтверджує тезу про те, що в інвестиційній будівельній сфері мають місце порушення прав учасників інвестиційної діяльності державними органами різного рівня. Найчастіше це питання актуальне стосовно державних структур, які здійснюють безпосередній контроль і надання дозволів для виконання будівельних робіт.

Ці причини стали підставою для затвердження Кабінетом Міністрів України постанови від 13 березня 2020 р. «Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції та внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України». Цією постановою функції реалізації державної політики з питань державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду в частині надання (отримання, реєстрації), відмови в наданні та анулювання (скасування документів), що дають право на виконання підготовчих і будівельних робіт, прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів передано Державній сервісній службі містобудування України (Держсервісбуд). Держсервісбуд є юридичною особою публічного права [4].

Згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 13 березня 2020 р. «Про оптимізацію органів державного архітектурного контролю та нагляду» ДІМ є центральним органом виконавчої влади. Його діяльність спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністерство розвитку громад і територій, який реалізує державну політику з питань державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду (крім надання (отримання, реєстрації), відмови у видачі чи анулювання (скасування) документів, що дають право на виконання підготовчих і будівельних робіт, прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів).

ДІМ відповідно до покладених на неї завдань видаватиме обов'язкові до виконання приписи щодо: усунення порушень вимог зако-

нодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, стандартів, правил; зупинення підготовчих і будівельних робіт; усунення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності об'єктами нагляду; заборони за вмотивованим письмовим рішенням експлуатації закінчених будівництвом об'єктів, не прийнятих в експлуатацію, тощо.

ДІМ у межах повноважень, передбачених законом на основі та на виконання Конституції та законів України, актів Президента України та постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, актів Кабінету Міністрів України та наказів міністерств видаватиме накази організаційно-розпорядчого характеру, організує та контролює їх виконання [5].

Таким чином, відповідно до цієї постанови на ДІМ покладаються функції адміністративно-владного характеру. Порушення у процесі діяльності своїх повноважень, установлених чинним законодавством, матиме наслідком визнання таких дій незаконними у разі порушення прав та інтересів учасників інвестування в будівництві.

Статус учасника правовідносин визначається колом його прав та обов'язків. У приватних відносинах правовий статус суб'єкта передбачає можливість бути самостійним суб'єктом відповідальності. Правове становище юридичних осіб, що створюються державою, визначається нормативними актами й розпорядчими документами, на основі яких вони функціонують. Нормативними актами встановлюється компетенція органу державної влади у сфері публічних і приватних відносин. Ними визначається їх правосуб'єктність. Наслідком неправомірної інтервенції (втручання) у сферу приватних відносин учасників інвестиційної діяльності буде виникнення охоронного правовідношення, в рамках якого настає цивільно-правова відповідальність.

Юридичні особи, створені державою, наділяються певними публічно-владними повноваженнями у сфері адміністрування відповідних процесів. Під час здійснення ними

своїх функцій, визначених законодавством і статутними документами, можуть бути порушені охоронювані законом права й інтереси учасників інвестиційної діяльності. У такому разі держава повинна нести відповідальність за рішення, дії чи бездіяльність створених нею юридичних осіб публічного права, до компетенції яких належать правомочності з прийняття актів організаційно-розпорядчого характеру.

Аналогічні засади діяльності застосовні і до органів місцевого самоврядування у разі прийняття ними розпорядчих актів, що порушують права й інтереси учасників інвестиційної діяльності в будівництві. Тим більше, як зазначає голова Держсервісбуду О. Башкіров, органи місцевого самоврядування займатимуться реєстраційними функціями. Одним із пріоритетів у сучасний період є передача повноважень сервісної служби на місця. Об'єднані територіальні громади перебиратимуть реєстраційні функції сервісної служби, яка реєструватиме та видаватиме дозвільні документи. Це робиться для того, щоб на місці існував повний цикл послуг – підтримання містобудівних умов та обмежень до введення об'єкта в експлуатацію. Завдання полягає у здійсненні децентралізації, передання функцій, щоб усі учасники будівельної галузі мали змогу на місці швидко отримати якісні адміністративні послуги. Визначено перелік документів, які забудовник повинен подати до центру надання адмінпослуг, чіткі вимоги, що їх потрібно дотримуватися під час розгляду документів реєстраторові сервісної служби: відсоток забудови, збереження охоронних зон, використання земельної ділянки за цільовим призначенням [6]. Необхідно дотримуватися правил адміністративної юрисдикції у разі виникнення спірних ситуацій.

Крім того, потрібно враховувати баланс приватних і державних інтересів, адже у багатьох випадках держава в особі своїх органів винна у тому, що, реалізуючи свої повноваження у сфері контролю за будівництвом, не припиняє його на початкових етапах інвести-

ційної діяльності, створюючи таким чином ілюзію дозволених дій учасника інвестиційної діяльності.

До прикладу, у провадженні Господарського суду Львівської області перебувала справа № 914/2746/16, в межах якої встановлено, що на замовлення ТОВ «МС Імперіал» було здійснено будівництво дев'ятиповерхового будинку на земельній ділянці, котра не була надана з цією метою органом місцевого самоврядування. Судустановив, що дев'ятиповерховий будинок на вул. Б. Хмельницького – самочинне будівництво [7]. Отже, забудовник зумів звести дев'ятиповерховий будинок, а відповідні контролюючі органи цього не помітили. Реагувати такі органи почали лише після звернення місцевих мешканців.

У цьому ж контексті варто звернути увагу і на ту обставину, що уже згаданою постановою КМУ «Про оптимізацію органів державного архітектурного контролю та нагляду» зупинено дію постанови Кабінету Міністрів України від 23 травня 2011 р. № 553 «Про затвердження Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю» [8]. Фактично це означає, що майже пів року у країні неможливо здійснити перевірку будівництв, адже відсутній порядок її проведення [9].

Судам варто за принципом пропорційності брати до уваги і роль держави в порушенні будівельних норм. Сьогодні в українській судовій практиці відсутній аналіз вини держави при видачі та схваленні дефектних документів на землекористування та проекти містобудівних норм і дозволів на будівництво. Судова практика автоматично без додаткових аргументів покладає на індивіда всю вину за дефекти в документах і порушення норм при будівництві [10, с. 65].

Питання ефективності діяльності контролюючих органів державної влади лежить також у площині дотримання державою узятих на себе зобов'язань при приєднанні до Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ),

оцінюючи вжиті конкретною державою в конкретній ситуації заходи стосовно обмеження прав людини, напрацював принцип (поняття) належного урядування.

Це є один із тих принципів, яким керується ЄСПЛ, оцінюючи поведінку держави у відносинах із приватними особами. Зокрема, він передбачає, що, коли йдеться про питання загального інтересу, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб. Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, що зачіпають майнові інтереси. Принцип «належного урядування» зазвичай не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, навіть ті, причиною яких є їхня власна недбалість. Будь-яка інша позиція була б рівнозначною, серед іншого, санкціонуванню неналежного розподілу обмежених державних ресурсів, що саме по собі суперечило б загальним інтересам. З іншого боку, потреба виправити минулу «помилку» не повинна непропорційним чином втручатися в нове право, набуте особою, котра покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу. Ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються. У контексті скасування помилково наданого права на майно принцип «належного урядування» може не лише покладати на державні органи обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку, а й потребувати виплати відповідної компенсації чи іншого виду належного відшкодування колишньому добросовісному власникові [11].

Питання відповідальності держави певною мірою окреслені в рішенні Конституційного Суду України від 30 травня 2001 р. у справі № 1-22/2001 за конституційним звер-

ненням ВАТ «Всеукраїнський Акціонерний Банк». У рішенні підкреслювалося, що Конституція України закріпила принцип відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, який виявляється передусім у конституційному визначенні обов'язків держави. Така відповідальність не зводиться лише до політичної чи моральної відповідальності публічної влади перед суспільством, а має певні ознаки юридичної відповідальності держави за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків. Зокрема, ст. 152 Конституції України зобов'язує державу відшкодувати матеріальну чи моральну шкоду, завдану фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними [12].

Положення Конституції України прямо не передбачають можливості застосування цивільно-правової відповідальності до суб'єктів публічного права.

Цивільно-правовий спосіб захисту у вигляді відшкодування збитків, якщо орган державної влади або створювані ним юридичні особи публічного права беруть участь в інвестиційних відносинах як суб'єкти приватного права, має особливості щодо застосування звернення на майно порушника, заснованого на державній власності. Правовий статус органів державної влади характеризується наявністю у них адміністративно-розпорядчої компетенції. Юридичні особи публічного і приватного права, створювані органами державної влади, є самостійними учасниками інвестиційних відносин. Однак такий самий статус – приватних суб'єктів – матимуть також органи державної влади, якщо вони є учасниками цивільного обороту.

Як до перших, так і до других може бути застосований спосіб захисту у вигляді відшкодування збитків, але межі та порядок відшкодування збитків можуть мати особливості порівняно із застосуванням зазначеного способу захисту стосовно юридичних осіб, заснованих на приватній власності.

Органи держави та створювані ними юридичні особи володіють відокремленим май-

ном, необхідним для виконання покладених на них функцій і виконання статутних завдань в інвестиційній сфері будівництва. У процесі діяльності можуть бути порушені суб'єктивні цивільні права та інтереси інших учасників інвестиційної діяльності. Збитки, завдані діями, бездіяльністю чи рішеннями державного органу інвестиційним правам та інтересам суб'єкта таких відносин, відшкодовуються з державного бюджету. Проте державний орган не може припинити свою діяльність шляхом застосування до нього процедури банкрутства.

Інша ситуація з юридичними особами публічного і приватного права, які створені державою в особі своїх органів і функціонують у господарському обороті. Держава набуває і здійснює цивільні права й обов'язки через органи державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом. Держава відповідає за своїми зобов'язаннями своїм майном, крім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернуто стягнення. Натомість держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади не відповідають за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб, крім випадків, установлених законом, а останні не відповідають за зобов'язаннями відповідно перелічених суб'єктів.

Водночас держава як суверен може вносити зміни до законодавства, встановлюючи обмеження щодо відшкодування збитків шляхом звернення на її майно, яке використовується з інвестиційною чи підприємницькою діяльністю. Так, Законом України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» [13] встановлено мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств і господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25%, до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна.

Статус учасника інвестиційних відносин визначається обсягом прав та обов'язків, у т. ч. шляхом можливості бути суб'єктом само-

стійної цивільної відповідальності за завдані збитки. Правове становище юридичних осіб, створених державою, в контексті відшкодування збитків не повинне відрізнятися від статусу інших суб'єктів приватного права. Якщо наслідком порушення суб'єктивних прав та інтересів учасника інвестиційних відносин у будівництві будуть збитки в розумінні дефініції ст. 22 ЦК України, вони повинні відшкодовуватися на загальних підставах.

Держава може бути безпосереднім учасником цивільних відносин лише у випадках, прямо передбачених законом. Так, відповідно до норм ЦК України держава є суб'єктом цивільних правовідносин у разі створення юридичних осіб публічного права. У випадках участі держави в цивільних правовідносинах повинні бути дотримані загальні засади цивільного права і насамперед вимоги юридичної рівності з іншими суб'єктами цивільного права. Встановлюючи правила поведінки суб'єктів цивільних відносин, держава як їх учасник повинна сама їх дотримуватися. Такий підхід повинен бути визначальним у разі порушення цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин і застосування заходів юридичної відповідальності [14, с. 156].

Висновки. В інвестиційному процесі будівництва органи держави та місцевого самоврядування можуть брати участь як суб'єкти приватного та публічного права. Останнє пов'язується з наданням дозвільних документів, вирішенням питань про відвід земельних ділянок, затвердженням складу державної приймальної комісії, містобудівної документації тощо. У приватних відносинах державні органи й органи місцевого самоврядування функціонують на властивих цивільному праву засадах юридичної рівності з іншими суб'єктами цивільних відносин.

В інвестиційній сфері будівництва державні органи здійснюють регуляторну діяльність, приймаючи розпорядчі акти, які є підставами для виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків в учасників інвестиційного процесу. Під правопорушенням у

сфері регуляторної політики державних органів потрібно розуміти дії чи бездіяльність, рішення, що призвели до негативних майнових наслідків та / або неможливості реалізації суб'єктивних цивільних прав суб'єктом інвестиційної діяльності в будівництві. У разі порушення прав та інтересів учасників інвестиційних відносин рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування визнаються незаконними. Як наслідок, відновлюється правовий статус суб'єкта інвестиційної діяльності.

Анотація

Стаття присвячена участі держави в інвестиційних відносинах будівництва. Зазначається, що правові відносини в інвестиційній сфері є складними за своєю структурою, адже охоплюють як приватно-, так і публічноправові засади. Якщо безпосередніми учасниками цих відносин є рівноправні суб'єкти, то їх взаємини регулюються нормами цивільного права. Держава може брати участь у таких відносинах як рівноправний учасник, будучи стороною цивільного зобов'язання, а також активно впливати на ці зв'язки з погляду виконання адміністративно-розпорядчих функцій.

Автор обґрунтовує, що визнання незаконними відповідних рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади є способом захисту, який припиняє порушення. Водночас він може поєднуватися з компенсаційно-відновлювальними способами, а саме відшкодуванням збитків та іншими способами відшкодування майнової шкоди, а також моральної (немайнової) шкоди.

У статті автор аналізує сучасний стан реформування містобудівної галузі, в якій саме держава уповноважена встановлювати правила поведінки учасників інвестиційних відносин. Значну увагу автор приділяє важливості балансу приватних і публічних інтересів у сфері як державного регулювання відповідних відносин, так і застосування заходів цивільної відповідальності. На підставі аналізу судових рішень, у т. ч. практики Європейського суду з прав людини, звертає увагу на необхідність урахування при виникненні спорів принципу належного урядування.

Автор підтримує позицію тих науковців, які вважають, що усі учасники цивільних відносин (у т. ч. суб'єкти, створені державою) повинні мати однаковий рівень відповідальності за порушення цивільно-правових зобов'язань. Водночас акцентовано увагу на тому, що держава може вживати законодавчих заходів, спрямованих на уникнення відповідальності за вчинені порушення.

У зв'язку з цим виникає ситуація, коли, попри задекларовану рівність учасників цивільного обороту в інвестиційній сфері, держава та створені нею суб'єкти отримують переваги у сфері застосування до них окремих форм цивільно-правової відповідальності.

Ключові слова: цивільно-правові відносини, правосуб'єктність держави, цивільна відповідальність, юридичні особи публічного права.

При вирішенні спорів в інвестиційній сфері будівництва, що виникають внаслідок порушення органами державної влади чи місцевого самоврядування прав учасників інвестиційної діяльності, значну увагу потрібно приділяти не лише самому факту вчинення такого порушення, а й аналізу поведінки держави в контексті дотримання принципу «належного урядування». Зазначене дозволить стимулювати відповідні органи до більш ефективної роботи, з одного боку, а з іншого – підвищити рівень захисту учасників приватних відносин у галузі інвестування.

Rym T.Ya. Private and public-law bases of state participation in investment relations of the construction

Summary

The article is devoted to the participation of the state in investment relations of construction. It is noted that legal ties in the investment sphere are complex in their structure, as they cover both private and public legal principles. If the direct participants in this relationship are equal subjects, then their relationship is governed by civil law. The state can participate in such relations as an equal participant, being a party to a civil obligation, and actively influencing these relations in terms of administrative functions.

The author substantiates that recognizing relevant decisions, actions, or omissions of public authorities as illegal is a way of protection that stops the violation. Simultaneously, it can be combined with compensatory and remedial methods, namely compensation for damages and other forms of compensation for property damage and moral (non-property) damage.

In the article, the author analyzes the current state of reforming the urban planning industry. The country is authorized to establish rules of conduct for participants in investment relations. The author pays considerable attention to the importance of the balance of private and public interests in the field of both state regulation of relevant ties and the application of civil liability measures. Based on the analysis of court decisions, including the case-law of the European Court of Human Rights, draws attention to the need to take into account the principle of good governance in disputes.

The author supports those scholars who believe that all participants in civil relations (including entities created by the state) should have the same level of responsibility for the breach of civil law obligations. Simultaneously, the author emphasizes that the state can take legislative measures to avoid liability for violations.

In this regard, there is a situation when, despite the declared equality of participants in civil turnover in the investment sphere, the state and the entities created by it receive benefits in applying certain forms of civil liability.

Key words: civil law relations, legal personality of the state, civil liability, legal entities of public law.

Список використаних джерел:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення 23.03.2020).
2. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення 23.03.2020).
3. Чесний будівельний бізнес дочекався: ДАБІ ліквідовано. *Урядовий кур'єр*. 2020. № 49 (6663). URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/chesnij-budivelnij-biznes-dochekavsya-dabi-likvido/> (дата звернення: 23.03.2020).
4. Про ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції та внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 13 березня 2020 р. № 218. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/218-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення 10.06.2020).
5. Про оптимізацію органів державного архітектурного контролю та нагляду : Постанова Кабінету Міністрів України від 13 березня 2020 р. № 219. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-optimizaciyu-organiv-derzhavnogo-arhitekturno-budivelnogo-kontrolyu-ta-naglyadu-219130320> (дата звернення 23.03.2020).

6. Башкіров О. Передаватимемо повноваження на місця, щоб учасники будівельної галузі могли отримати якісні адмінпослуги. *Урядовий кур'єр*. 2020. 22 липня (№ 139). URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/oleksij-bashkirov-peredavatimemo-povnovazhennya-na/> (дата звернення: 10.08.2020).
7. Рішення Господарського суду Львівської області від 08 лютого 2017 р. № 914/2746/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64654766> (дата звернення: 04.06.2020).
8. Про затвердження Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного контролю : постанова Кабінету Міністрів України від 23 травня 2011 р. № 553. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/553-2011-%D0%BF#Text> (дата звернення 10.06.2020).
9. Хапко Ю. Реформа архітектурно-будівельного контролю: контрольований хаос чи початок її кінця? URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2020/09/28/665594/> (дата звернення 12.10.2020).
10. Пленюк М.Д. Самочинне будівництво у практиці Європейського суду з прав людини та України: баланс інтересів і принцип пропорційності. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доповідей учасників наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті О.А. Пушкіна, м. Харків, 28 травня 2019 р. Харків, 2019. С. 63–65.
11. *Rysovskyy v. Ukraine*, № 29979/04, § 70–71, 20 October 2011. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-107088%22%5D%7D> (дата звернення: 12.10.2020).
12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський Акціонерний Банк» щодо офіційного тлумачення положень п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, ч. 1, 3 ст. 2, ч. 1 ст. 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб) від 30 травня 2001 р. у справі № 1-22/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01#Text> (дата звернення: 01.03.2020).
13. Про введення мораторію на примусову реалізацію майна: Закон України від 29 листопада 2001 р. № 2864-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2864-14#Text> (дата звернення 23.03.2020).
14. Коссак В.М. Правосуб'єктність державних органів і створюваних ними юридичних осіб у механізмі регулювання цивільної відповідальності. *Право України*. 2019. № 1. С. 154–166.

УДК 347.12 (477)

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.05>

Церковна О.В.

к.ю.н., доцент,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Одеський державний університет внутрішніх справ

ЗАХИСТ ПРАВ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ СВОБОДУ Й ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, ЗА УМОВ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Постановка проблеми. Особисті немайнові права фізичних особи за своїм змістом тісно пов'язані з особою, яка є носієм цих прав, не мають економічної природи походження й економічного змісту та спрямовані на задоволення фізичних, духовних, моральних, культурних, соціальних чи інших нематеріальних потреб.

Невід'ємними, абсолютними правами, що належать кожній без винятку фізичній особі та відповідно до чинного цивільного законодавства підлягають захисту з боку держави, є особисті немайнові права, які забезпечують природне існування фізичної особи. Такі права мають виключно нематеріальний характер, виникають із народження та припиняються зі смертю особи. До зазначеної групи прав, зокрема, відносять право на свободу (свободу природного існування) та право на особисту недоторканність.

За умов застосування нині як норм національного, так і міжнародного законодавства при захисті зазначених прав вважаємо за необхідне більш детально проаналізувати питання щодо особливостей захисту права на свободу та права на особисту недоторканність, що зумовлено і процесом євроінтеграції.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Особисті немайнові права (зокрема на свободу та на особисту недоторканність) досліджувалися такими сучасними вченими, як: С.Б. Булеца, О.М. Калітенко, О.В. Кохановська, Л.В. Красицька, Т.В. Ліснич, В.П. Паліюк, О.О. Посикалюк, О.О. Пунда, Р.О. Стефанчук, І.В. Спасибо-Фатеева, В.Г. Швидка та

ін. Однак питання захисту цих прав залишаються актуальними і нині, адже виникають нові суспільні відносини у приватній сфері, що потребують правового регулювання.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є аналіз українського законодавства та міжнародно-правових норм із питань ефективності захисту особистих немайнових прав фізичних осіб, що забезпечують свободу й особисту недоторканність, з урахуванням сучасних викликів і євроінтеграційних процесів.

Виклад основного матеріалу. Європейський шлях нашої держави вимагає серйозних зусиль щодо реформування української правової системи у напрямі забезпечення прав людини. Серед особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, важливу роль відіграє право на свободу й особисту недоторканність.

Під правом на свободу розуміється одне з основоположних природних прав людини, без якого неможлива демократія як така, і яке гарантується усіма розвинутими державами світу, зокрема це можливість особи діяти на власний розсуд відповідно до своїх інтересів і мети. Зазначене право закріплене у ст. 288 ЦК України [1]. Важливість цього права підкреслюється також закріпленням його у ст. 29 Конституції України [2], ст. 3 Загальної декларації прав людини [3], ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [4], ст. 5 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини (далі – Конвенція) [5] тощо. До гарантій реалізації права на сво-

боду законодавець відносить заборону будь-якої форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу, втягування її до вживання спиртних напоїв, наркотичних і психотропних засобів, вчинення інших дій, що порушують право на свободу [6, с. 31].

ЦК України не визначає конкретних повноважень, які включаються у зміст цього права, а це означає, що особа має право вчиняти усі не заборонені законом дії, спрямовані на здійснення цього особистого немайнового права. Водночас право на свободу складається із низки елементів, до складу яких входять повноваження щодо володіння свободою природного існування та повноваження по використанню цієї свободи. Однак право на свободу не є закріпленою законом вседозволеністю, воно має передбачені законом межі, аби не допустити свавілля. І тому право на свободу в окремих випадках може бути обмеженим на законних підставах [6, с. 31].

Враховуючи те, що право особи на свободу й особисту недоторканність не є абсолютним, у передбачених законом випадках, особливо у кримінальному провадженні, вони можуть бути обмежені у зв'язку з необхідністю захисту соціально значущих цінностей, а також прав і свобод людей. Так, у ст. 5 Конвенції [5] закріплено, що нікого не може бути позбавлено свободи, крім чітко визначених у цій статті випадків (перелік винятків є вичерпним) і відповідно до процедури, встановленої законом (наприклад, рішення у справах «Лабіта проти Італії» та «Куїнн проти Франції»), до того ж лише вузьке тлумачення цих винятків відповідає цілям цього положення, а саме гарантуванню, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи (рішення у справах «Енгель та інші проти Нідерландів» і «Амур проти Франції») [7, с. 108]. Таким чином, позбавлення свободи з підстав, які не охоплюються п. 1 ст. 5, ведуть до порушення цієї статті Конвенції, а сама ст. 5 Конвенції гарантує право на свободу й особисту недоторканність, а тому є стрижнем захисту прав особи.

Європейський суд з прав людини зазначає, що питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність залишається одним із найактуальніших питань дотримання прав людини, а щодо України ці питання «постійно констатуються ЄСПЛу в справах проти України» (як, наприклад, «Харченко проти України»).

Зазначені положення Конвенції відповідають і висновкам Конституційного Суду України, котрий, керуючись нормами національного та міжнародного законодавства щодо захисту права людини на свободу й особисту недоторканність, висловлює думку, що таке право не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах і в порядку, визначених законами України. Обмеження конституційного права на свободу й особисту недоторканність має здійснюватися з дотриманням конституційних гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина та виключно на підставі вмотивованого рішення суду [8].

Отже, практичне застосування Конституційним Судом України у своїй діяльності положень міжнародних правових актів і практики ЄСПЛ, а також безпосередньо правова сутність рішень Конституційного Суду України сприяють імплементації принципів міжнародного права та сучасних європейських правових стандартів у правову систему України. Конституційний Суд України, розглядаючи конкретні справи, сприяє відповідності національного законодавства нормам міжнародного права у питаннях щодо гарантії права на свободу й особисту недоторканність.

Необхідно звернути увагу на розмежування категорій «право на свободу» та «право на особисту недоторканність», де останнє передбачає право особи на захищеність від будь-якого посягання з боку будь-кого й охоплює право на тілесну, статеву і психологічну недоторканність. Під тілесною недоторканністю розуміється заборона заподіяння тілесних ушкоджень, застосування тортур, нанесення ударів, побоїв, іншим способом завдання фізичного болю та застосування сили без згоди особи (крім випадків перебування

інших осіб у стані необхідної оборони, затримання злочинця чи крайньої необхідності), зараження її венеричними та іншими заразними захворюваннями, введення в її організм наркотичних засобів, психотропних речовин, лікарських та інших засобів, що викликають одурманювання. Під статевою недоторканністю розуміють захищеність особи, яка досягла статевої зрілості, від посягання на її право самостійно вирішувати питання про своє статеве життя, а також захищеність особи, котра не досягла статевої зрілості, від статевих відносин. Психологічна недоторканність передбачає захищеність особи від погроз на її адресу, залякування, шантажування її та інших способів придушення її волі. Під правом на свободу і психологічну недоторканність розуміється також захищеність особи від різноманітних видів впливу на її підсвідомість, коли особа без згоди та відома може бути «закодована» на виконання протиправних, аморальних та інших дій, які вона у звичайному стані не бажала б вчинювати [9].

Законодавчо право на особисту недоторканність фізичної особи закріплене у: ст. 29 Конституції України [2], ст. 3 Загальної декларації прав людини [3], ст. 5 Конвенції про захист прав і основних свобод людини [5], ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [4] та ст. 289 ЦК України [1]. Це право віднесено до вищих соціальних цінностей, що мають відповідний пріоритет, у т. ч. і в розумінні правового забезпечення та захисту перед іншими цінностями.

Отже, право на особисту недоторканність фізичної особи є цивільним суб'єктивним особистим немайновим правом, яке спрямоване на забезпечення недоторканності фізичної (тілесної), психічної та моральної цілісності фізичної особи і включає в себе можливість використовувати своє тіло та його частини у межах, що встановлені законодавством, надавати дозвіл чи забороняти втручання з боку інших осіб у процес формування власної душевної організації та системи моральних цінностей і устоїв, а також вимагати

від усіх і кожного не порушувати цієї цілісності фізичної особи як єдиного біопсихосоціального організму та використовувати заходи захисту у разі такого порушення.

Незважаючи на те, що особисті немайнові права є суб'єктивними цивільними правами громадян і виражають реальну можливість особи бути їх носієм, фізичній особі, щоб почуватися повноцінним учасником цивільних відносин, бути носієм особистих немайнових прав недостатньо. Особа повинна бути в змозі безперешкодно здійснювати свої права, що може бути забезпечено через систему гарантій такого здійснення, яку мають забезпечити посадові та службові особи вчинення відповідних дій (що впливає з ч. 2 ст. 3 Конституції України, відповідно до якої головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини). У цьому контексті важливим є встановлення певної процедури, правил, які передбачають порядок забезпечення права [10, с. 605].

Як і будь-яке інше право, право на свободу й особисту недоторканність потребує захисту від втручання та численних порушень, для чого необхідний систематичний судовий контроль за обмеженням чи позбавленням свободи й особистої недоторканності, що має здійснюватися у визначені законом часові інтервали. Ці питання досить ґрунтовно задекларовані у Кримінальному кодексі України, аналіз норм якого дозволяє зробити висновок про те, що законодавством України передбачена можливість притягнення особи до суворої відповідальності за будь-яке посягання на особисту недоторканність особи. Водночас ми не відчуваємося повністю захищеними.

Зокрема, судді ЄСПЛ інтерпретують ключові положення ст. 5 Конвенції [5], враховуючи те, що в контексті проблеми позбавлення свободи мають бути чітко врегульовані умови, за яких допускається позбавлення свободи та гарантії, які мають бути надані затриманим особам. Вже неодноразово ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 5 Конвенції, коли було визнано, що тримання заявника під вартою не

було «законним» для цілей одного з підпунктів п. 1 ст. 5 (з конкретним врахуванням процесуальних гарантій, які забезпечуються національною правовою системою). Отже, ЄСПЛ насамперед з'ясовує, чи відповідає Конвенції сам національний закон і чи відповідають їй загальні принципи, сформульовані в ньому. Чи впливають із нього, зокрема, загальний принцип юридичної визначеності, який передбачає «якість закону», вимагаючи від закону відповідності принципу верховенства права [11].

Важливо зазначити, що на практиці можуть мати місце такі порушення права на свободу й особисту недоторканність, як: поміщення особи до стаціонару на невизначений термін за станом психічного здоров'я, однак без проведення медичного обстеження; не інформування осіб, яких утримують у закритому стаціонарі, про їхнє право звернутися до суду зі скаргою на незаконність їхньої примусової госпіталізації; не випущення з лікарні після пологів жінки, котра вживає наркотики, і відбирання у неї дитини [12] тощо. Звичайно, такі випадки потребують особливої уваги, забезпечення захисту прав як зазначених осіб, так і осіб, чий права можуть бути порушені цими особами (як, наприклад, новонароджена дитина може зазнати значної шкоди від дій матері-наркоманки, однак, якщо мати виконує всі настанови, йде по шляху «виправлення», просто відбирати дитину лише на підставі того, «що було раніше» не буде справедливим, та й дитина навряд чи отримає у притулку кращий догляд, аніж у люблячих батьків).

Аналізуючи загальні принципи застосування ст. 5 Конвенції [5] у рішеннях Європейського суду з прав людини, суддя цього суду у відставці В. Буткевич наголошує на тому, що принцип правової визначеності є невід'ємною, органічною складовою частиною принципу верховенства права. Ця позиція відповідає і позиції Конституційного Суду України, який у своїх рішеннях також посилається на принцип правової визначеності та наголошує на необхідності цього компонента у забезпеченні верховенства права [11].

Висновки. У вітчизняному правовому полі існує низка законодавчих прогалин, які неможливо подолати лише шляхом формування судової практики, оскільки тут вона буде не стабільною. Це стосується і врегулювання певних питань, які обмежують права і свободи громадянина на законних підставах, адже право особи на свободу й особисту недоторканність не є абсолютним. Водночас основні принципи, які ЄСПЛ застосовує при розгляді справ, насамперед принцип презумпції свободи, закріплено у ст. 5 Конвенції.

Особиста свобода є фундаментальною умовою, якою кожен повинен користуватися і позбавлення якої матиме прямий і негативний вплив на користування багатьма іншими правами. Ст. 5 є ключовим елементом захисту прав особи, гарантуючи право на свободу й особисту недоторканність, і відповідно до визначення ЄСПЛ це право є найважливішим у демократичному суспільстві у розумінні аналізованої Конвенції.

Важливо те, що законодавство України щодо захисту особистих немайнових прав не обмежується положеннями Цивільного кодексу, воно включає велику кількість спеціальних нормативних актів, у т. ч. міжнародних, а також необхідність орієнтуватися та враховувати рішення ЄСПЛ. Захист особистих немайнових прав, зокрема права на свободу й особисту недоторканність, є правомірною реакцією суб'єктів цивільних правовідносин на неправомірну поведінку правопорушника. Будь-яка особа, носій особистого немайнового права, самостійно здійснює його та на власний розсуд визначає форму і спосіб захисту порушеного права.

Аналіз сучасного цивільного права дає підстави стверджувати, що за умов стрімкого розвитку суспільних відносин, реформування суспільних інститутів є потреба у вдосконаленні законодавства у сфері захисту особистих немайнових прав, зокрема права на свободу й особисту недоторканність, знаходження так званої «золотої середини» між приватними інтересами осіб і відповідністю

здійснюваних дій публічним нормам. Зазначене підтверджується великою кількістю звернень до ЄСПЛ з питань захисту права

на свободу й особисту недоторканність, що сприяло формуванню значної судової практики із зазначених питань.

Анотація

У статті розглядається характеристика особистих немайнових прав, що забезпечують природну відособленість фізичної особи, зокрема права на свободу та права на особисту недоторканність, їх місце в системі особистих немайнових прав фізичної особи.

Визначено, що змістом таких особистих немайнових прав є можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку щодо власної свободи існування, особистої недоторканності. Зазначено, що поведінку особи можна вважати «власною» лише тоді, коли на особу не було спричинено тиску (психічного, фізичного) й особа не перебувала під впливом обману, наркотичного, алкогольного чи іншого сп'яніння тощо. В інших випадках йтиметься про визнання такої поведінки неправомірною та такою, що не складає зміст особистого немайнового права.

Встановлено, що право на особисту недоторканність фізичної особи є цивільним суб'єктивним особистим немайновим правом, яке спрямоване на забезпечення недоторканності фізичної (тілесної), психічної та моральної цілісності фізичної особи і включає в себе можливість використовувати своє тіло та його частини у межах, встановлених законодавством, надавати дозвіл чи забороняти втручання з боку інших осіб у процес формування власної душевної організації та системи моральних цінностей і устоїв, а також вимагати від усіх та кожного не порушувати цієї цілісності фізичної особи як єдиного біопсихосоціального організму та використовувати заходи захисту у разі такого порушення.

Враховуючи європейський шлях нашої держави в питаннях реформування української правової системи у напрямі забезпечення прав людини, значна увага приділена питанням вивчення практики, зокрема проведено аналіз рішень Європейського суду з прав людини в контексті порушення ст. 5.

Зроблено висновок про те, що за умов стрімкого розвитку суспільних відносин, реформування суспільних інститутів є потреба у вдосконаленні законодавства у сфері захисту особистих немайнових прав, зокрема права на свободу й особисту недоторканність, знаходження так званої «золотої середини» між приватними інтересами осіб і відповідністю здійснюваних дій публічним нормам, про що, зокрема, свідчить велика кількість звернень до Європейського суду з прав людини з питань захисту права на свободу й особисту недоторканність, що сприяло формуванню значної судової практики із зазначених питань.

Ключові слова: особисті немайнові права, право на свободу, право на особисту недоторканність, захист особистих немайнових прав.

Tserkovna O.V. Protection of rights providing freedom and personal inviolence of individuals in the conditions of European integration

Summary

The article considers the characteristics of personal non-property rights that ensure the natural isolation of an individual, in particular, the right to liberty and the right to personal integrity, their place in the system of personal non-property rights of an individual.

It is determined that the content of such personal non-property rights is the ability of an individual to freely, at their own discretion determine their behavior in relation to their own freedom of existence, personal inviolability. It is noted that a person's behavior can be considered "own" only when the

person was not pressured (mental, physical) and the person was not under the influence of deception, drugs, alcohol or other intoxication, etc. In other cases, it will be a question of recognizing such behavior as illegal and such that it does not constitute the content of a personal non-property right.

It is established that the right to personal inviolability of an individual is a civil subjective personal intangible right, which aims to ensure the inviolability of physical (physical), mental and moral integrity of an individual and includes the ability to use his body and its parts, within established by law, to authorize or prohibit interference by others in the process of forming their own mental organization and system of moral values and foundations, as well as to require everyone not to violate this integrity of the individual as a single biopsychosocial organism and use protective measures in case of such violation .

Given the European path of our state in reforming the Ukrainian legal system in the direction of human rights, much attention is paid to the study of practice, in particular, the analysis of the decisions of the European Court of Human Rights in the context of violation of Article 5.

It is concluded that in the conditions of rapid development of public relations, reform of public institutions there is a need for improved legislation in the field of protection of personal non-property rights, in particular, the right to liberty and security, finding the so-called “golden mean” between private interests and compliance. actions carried out by public norms, as evidenced, in particular, by the large number of appeals to the European Court of Human Rights on the protection of the right to liberty and security of person, which resulted from the formation of significant case law on these issues.

Key words: personal non-property rights, right to freedom, right to personal integrity, protection of personal non-property rights.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-вр>.
3. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015?lang=uk.
4. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. (ратифіковано 19 жовтня 1973 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
5. Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 04 листопада 1950 р. (ратифіковано 17 липня 1997 р.) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Журило С.С. Захист прав, що забезпечують природну відособленість фізичної особи в умовах євроінтеграції. *Приватне та публічне право*. 2019. № 3. С. 30–34.
7. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів. Київ, 2015. 208 с.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення ч. 3 ст. 315 Кримінального процесуального кодексу України від 23 листопада 2017 р. № 1-п/2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17>.
9. Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. URL: http://www.uapravo.com/hro/text.php?lan=ukr&id=5327&id_book=5291&id_parent=5328.
10. Данильченко О.В. Цивільно-правовий захист немайнових прав фізичної особи за законодавством України. *Молодий вчений*. 2018. № 5 (2). С. 603–607.

11. Пашковська Т. Право на свободу та особисту недоторканність: нюанси, прогалини, практика. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/events/-pravo-na-svobodu-ta-osobistu-nedotorkannist-nyuansi-progalini-praktika.html>.
12. Права людини у сфері охорони здоров'я : практичний посібник. URL: <http://medicallaw.org.ua/vydavnytstvo/praktychnyi-posibnyk-prava-liudyny-u-sferi-okhorony-zdorovia/3-regionalni-standarti-prav-ljudini-v-sferi-okhoroni-zdorovja/33-prava-pacijenta/pravo-na-svobodu-i-osobistu-nedotorkannist/>.

Боровик А.В.

к.ю.н., доцент,

*професор кафедри кримінально-правових
та адміністративно-правових дисциплін*

*Міжнародний економіко-гуманітарний університет
імені академіка Степана Дем'янчука*

Деревянко Н.З.

аспірант

*Науково-дослідний інститут публічного права,
старший викладач кафедри суспільно-правових дисциплін*

*Міжнародний економіко-гуманітарний університет
імені академіка Степана Дем'янчука*

ДОСВІД ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН ЩОДО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ОТРИМАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Постановка проблеми. На прикладі досвіду окремих країн спробуємо виявити основні тенденції й особливості адміністративно-правового забезпечення реалізації права на отримання професійної правничої допомоги, які можуть бути актуальними і для України.

На початку необхідно вказати, що у ЄС та інших англomовних країнах використовуються терміни «юридична допомога» та «правова допомога» («legal aid») як рівнозначні (наприклад, Європейський комітет з правового співробітництва перекладається як European Committee on Legal Co-operation (CDCJ)) [1]. Тому ми у нашому дослідженні також будемо використовувати як рівнозначні словосполучення «юридична допомога», «правова допомога», «правнича допомога».

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є з'ясування особливостей адміністративно-правового забезпечення реалізації права на професійну правничу допомогу окремих країн світу та виокремлення позитивного досвіду для впровадження у правову систему України.

Виклад основного матеріалу. Перша країна, яку ми проаналізуємо – Фінляндія. Витоки фінської системи правової допомоги сягають 50-х рр. ХХ ст. У 1956 р. набув чинності закон про безкоштовну правову допомогу, його метою було надання громадянам правової допомоги у вигляді представництва їхніх інтересів у судах приватними адвокатами, але за державний рахунок [2]. Наступний закон Фінляндії про право на безкоштовний судовий розгляд і перший муніципальний закон про правову допомогу набули чинності в 1973 р., розширили сферу безоплатної процедури та створили комунальні бюро правової допомоги [3]. Ця реформа створила чинну змішану модель, за якою правову допомогу стали надавати й адвокати з питань державної правової допомоги, котрі працювали у державних бюро (Public Legal Aid (PLA)), а також приватні адвокати, послуги яких у вказаній сфері сплачувала держава. Головною причиною створення комунальних бюро правової допомоги було надання такої безоплатної допомоги по всій країні.

Наприкінці 1980-х рр. закон був переглянутий, зміни, що були в нього внесені, розширили право на безоплатну правову допомогу, охопивши багато позасудових цивільних справ, особливо тих, які стосувалися розлучення й опіки над дітьми, а також попереднього розслідування кримінальних справ.

У Фінляндії державна правова допомога регулюється низкою нормативно-правових актів, а саме: Законом про правову допомогу, Законом про державні органи правової допомоги та трьома урядовими постановами: про правову допомогу, про критерії плати за юридичну допомогу та про державні бюро правової допомоги [4]. Правова допомога здійснюється Міністерством юстиції та надається переважно через державні органи правової допомоги або за рішеннями судів. У службах правової допомоги у Фінляндії працюють як державні, так і приватні адвокати.

Адвокатів, зайнятих у відповідних відділах, називають адвокатами з питань державної правової допомоги. Вимоги до зайняття посади адвоката з питань державної правової допомоги: ступінь магістра права та належний досвід адвокатської діяльності чи судового розгляду. Більшість адвокатів із питань державної правової допомоги мають звання заступника судді (of varatuomari), а це означає, що вони пройшли стажування в окружному суді й отримали кваліфікацію судді. Такі адвокати призначаються провідними адвокатами з питань державної правової допомоги, котрі, у свою чергу, призначаються міністром юстиції [5].

Офіси державної правової допомоги працюють однаково незалежно від географічного розташування, і їхнім головним завданням є надання широкого спектру юридичних послуг, починаючи від юридичного консультування і закінчуючи судовим представництвом. Відповідно до системи правової допомоги адвокати, які працюють в офісах державної правової допомоги, надають усі види правової допомоги: від представництва в судах до позасудових процедур, таких як складання документів і юридичних консультацій, тоді як

приватні адвокати можуть представляти клієнтів у рамках правової допомоги лише під час судового розгляду.

Надання правової допомоги приватними юристами повинне бути схвалене рішенням від офісу державної правової допомоги, після чого виплачуються державні кошти. Правова допомога надається у всіх випадках, коли є потреба, за винятком незначних випадків, таких як безспірні розлучення, або кримінальних справ, де передбачається лише штраф. Юридична допомога або безкоштовна, або частково субсидується державою і не доступна компаніям або корпораціям [6].

Система правової допомоги у Фінляндії на сучасному етапі зазнає серйозних структурних змін. Частково це спричинено збільшенням міграції із сільської місцевості до міст, а частково – бажанням зробити систему ще ефективнішою. Незважаючи на те, що кількість служб правової допомоги в останні роки скоротилася, більшість із них були не ліквідовані, а реорганізовані у відділення інших служб. Однак така реформа не позбавлена недоліків. Одна служба правової допомоги може представляти лише одну сторону у спорі. Іншому одержувачу правової допомоги може бути важко знайти інший офіс або приватного спеціаліста для розгляду справи. Сільські райони не є привабливими місцями для проживання молодих юристів, тому сільські об'єднання фахівців із правової допомоги починають страждати від недостатньої кількості спеціалістів [7]. Таким чином, однією із фінських проблем є надання правової допомоги у більш віддалених сільських районах.

Крім вказаного, з 1 січня 2014 р. для юридичної діяльності у Фінляндії були встановлені додаткові обмеження. Так, приватні адвокати, які не є членами адвокатських спілок, повинні будуть отримати спеціальний дозвіл на надання правової допомоги. Зрозуміло, що такі обмеження негативно відобразилися на процесі надання такої допомоги. У державних службах правової допомоги створилися великі черги, і, хоча вони мають фактичну

монополію на позасудовий режим із консультування та допомоги, кількість розглянутих справ зменшується [7].

Спектр ініціатив щодо правової допомоги у Фінляндії є дещо вузьким. Немає юридичних клінік чи параюристів, які пропонують допомогу у вирішенні юридичних проблем заявників. Однак багато профспілок пропонують своїм членам послуги з надання правової допомоги з питань трудового законодавства, включаючи це у вартість членського внеску. Профспілки надають юридичну допомогу своїм членам, якщо між працівниками та роботодавцями виникають суперечки. Роль профспілок у справах про трудове право може бути досить значною, оскільки близько трьох із чотирьох фінів працездатного віку належать до профспілок [8]. У Фінляндії правову допомогу надають різні омбудсмени. Сюди входять парламентський омбудсмен, омбудсмен із питань меншин, омбудсмен із питань рівності, омбудсмен із питань захисту прав споживачів, омбудсмен із захисту даних, омбудсмен із питань пацієнтів та омбудсмен із соціального забезпечення.

Отже, у Фінляндії правова допомога передбачає надання фізичним особам можливості отримати допомогу з юридичних питань повністю або частково за рахунок держави. Однак правова допомога зазвичай не надається, якщо заявник має поліс страхування судових витрат, що охоплює розглянуте питання. У кримінальному провадженні підсудний за певних обставин забезпечується державним захисником за рахунок держави незалежно від його матеріального стану. Потерпілому від тяжких насильницьких або статевих злочинів може бути наданий судовий захист за рахунок держави незалежно від його матеріального стану. Правова допомога не доступна компаніям або корпораціям – тільки людина може її отримати.

Загалом фінська система відрізняється своєю залежністю від служб державної правової допомоги та ліберальних критеріїв прийнятності. Офіси державної правової допомоги доповнюються юристами судової

системи за змішаною моделлю правової допомоги. Модель забезпечує доступ до правової допомоги цілісним і квазіуніверсальним способом. Однак також фінська модель має певні проблеми, такі як скорочення фінансування та критика щодо відсутності незалежності.

Щоб вирішити вищезазначені скорочення, Міністерство юстиції Фінляндії дедалі більше інвестує в електронні та віддалені послуги. Реформа підкреслює, що, з погляду громадянина, поточною проблемою є пошук правильної послуги та можливість оцінки її якості та надійності [9]. Особлива увага приділяється своєчасному наданню послуг із надання правової допомоги та запобіганню ескалації правових проблем, що є важливою складовою частиною зусиль держави щодо стримування витрат [10]. До першої хвилі цих нетрадиційних моделей обслуговування належало згадане вище загальнонаціональне телефонне консультування, запроваджене у 2009 р. Зараз акцент робиться на відеоконсультуванні, онлайн-бронюванні зворотних дзвінків юристів державних бюро правової допомоги, допомозі клієнтам через онлайн-чати та запуску електронної системи подання заявок [9].

Згідно із планами Міністерства юстиції Фінляндії в майбутньому більша частина витрат на правову допомогу буде покриватися за рахунок внесків клієнтів. Хоча для цього немає конкретного плану, це, по суті, означало би підвищення поточного збору за юридичну допомогу (нині – 70 євро на клієнта) або зміна сфер, у яких передбачена правова допомога [9]. Міністерство юстиції Фінляндії також періодично переглядає критерії розгляду справ про правову допомогу, щоб визначити, чи не можуть деякі правові проблеми більше не мати права на правову допомогу.

Отже, досвід Фінляндії показав, що надання права на професійну правничу допомогу – це динамічний процес, де критерії надання постійно переглядаються й узгоджуються із сучасними вимогами. Цікавою для України є практика залучення до досудового вирішення спорів ресурсів профспілок,

а також використання полісів страхування судових витрат. Також, на нашу думку, використання цифрових технологій і нетрадиційних моделей обслуговування (наприклад, відео-консультування, онлайн-зворотних дзвінків юристів державних бюро правової допомоги, онлайн-чатів, електронної системи подання заявок) покращить доступність до правосуддя взагалі та вказаного права зокрема.

Наступна країна – Республіка Білорусь, у якій досить чітко розмежовано сферу діяльності адвокатів та осіб, котрі на професійній основі надають послуги у сфері права. Державне регулювання, зокрема, здійснюється за допомогою: атестації юристів, які надають юридичні послуги; ліцензування діяльності юридичних осіб та індивідуальних підприємців, що надають юридичні послуги; розмежування сфер діяльності юристів і адвокатів; видання Правил професійної етики юристів; реєстрації цін на надані юридичні послуги місцевим клієнтам.

Які ж вимоги висуваються державою до осіб, котрі можуть займатися на території Білорусі наданням юридичних послуг? До таких вимог належать: наявність свідоцтва про атестацію юриста, що видається тільки громадянам Республіки Білорусь; вища юридична освіта; трирічний стаж роботи за фахом. Надавати послуги, тобто представляти інтереси клієнтів у господарських судах, давати висновки, консультувати клієнтів, проводити юридичну експертизу документів можуть тільки юристи, які мають відповідне свідоцтво про атестацію юриста [11].

Отже, у Білорусі створені законодавчі умови для надання професійної правової допомоги, а також дієві умови для державного регулювання з метою ефективного впливу на професійний рівень осіб, котрі надають правову допомогу.

Враховуючи, що здебільшого право на отримання професійної правничої допомоги – це конституційне положення, проаналізуємо конституції різних країн світу, щоб виокремити спільні та відмінні характеристики забезпечення вказаного права.

Ст. 92 Конституції Латвійської республіки встановлює право на справедливий суд і гарантує, що кожен має право на допомогу адвоката [12]. Держава зобов'язана надати безкоштовного адвоката малозахищеній групі суспільства, а також здійснювати всі необхідні заходи, щоб малозабезпечені особи могли повністю реалізувати своє право на справедливий суд. Аналогічна норма є і в Конституції Литовської республіки, так, ст. 31 визначила, що «особі, яка підозрюється у вчиненні злочину, або обвинуваченій особі з моменту їх затримання або з першого допиту гарантується право на захист, а також право мати адвоката» [13].

Деякий інший підхід до забезпечення права на правову допомогу склався в Республіці Білорусь. У ст. 61 її Конституції вказується, що «кожен має право на юридичну допомогу для здійснення і захисту прав і свобод, у т. ч. право користуватися в будь-який момент допомогою адвокатів та інших своїх представників у суді, інших державних органах, органах місцевого управління, на підприємствах, в установах, організаціях, громадських об'єднаннях та у відносинах із посадовими особами та громадянами. У випадках, передбачених законом, юридична допомога надається за рахунок державних коштів» [14].

Ст. 61 Конституції Азербайджанської Республіки гарантує право на отримання правової допомоги та визначає, що: «I. Кожен має право на отримання кваліфікованої правової допомоги. II. У передбачених законом випадках правова допомога надається безкоштовно, за рахунок держави. III. У будь-якої людини з моменту затримання, арешту, пред'явлення звинувачення у скоєнні злочину з боку компетентних державних органів є право користуватися допомогою захисника» [15].

Порівняльний аналіз визначення права на правову допомогу в різних конституціях дає підстави для висновку, що таке право не зводиться до права на допомогу адвоката у кримінальному процесі та навіть до правової допомоги в судовому процесі, а є більш

широким за своїм змістом. Також адвокатуру не можна визнати формою надання правової допомоги, це особливий суспільний інститут, функцією якого є надання професійної правової допомоги. Крім допомоги, яку надають адвокати, існує ще й такий вид, як непрофесійна (ексклюзивна), що її надають не професійні суб'єкти, які зобов'язані надавати правову допомогу іншим суб'єктам, а інші особи – це, наприклад, параюристи. Водночас аналіз практики конституювання права на правову допомогу в різних країнах СНД і країнах Балтії засвідчує, що ця практика була неоднаковою навіть щодо використання термінології стосовно одного і того самого права на правову допомогу. Ця обставина пояснюється, зокрема, відсутністю єдиного конституційно-правового визначення права на правову допомогу, віднесенням його до різних категорій прав людини [16].

Таким чином, процедурні параметри та доступність юридичних послуг на ринку є одними з тих, які постійно змінюються, на які політики можуть впливати, щоб гарантувати доступ до правосуддя. Тому необхідно впроваджувати більш стійкі та інклюзивні системи шляхом покращення взаємодії з іншими елементами системи правосуддя, завдяки чому доступ до правосуддя стає меншим дорогим для громадян та урядів і приведе до кращих результатів загалом.

Висновки. Аналіз адміністративно-правового забезпечення реалізації права на отримання професійної правничої допомоги у країнах-членах ЄС і СНД дозволив з'ясувати особливості реалізації вказаного права та виокремити деякий позитивний досвід аналізованих країн: порівняння національних схем

надання правової допомоги свідчить про те, що існують принципові відмінності у філософії, організації та управлінні системами правової допомоги в державах-членах. Стосовно філософії систем, то загальною метою в одних державах є загальнодоступні юридичні послуги та доступ до правосуддя (у Білорусі, Азербайджані), тоді як в інших юридична допомога може бути доступна лише найбільш необхідним (у Латвії, Литві). Адміністративно-правове регулювання надання професійної правничої допомоги в аналізованих країнах здійснюється шляхом: ліцензування юридичної діяльності; атестації юристів; фіксування цін на надання послуг адвокатами; затвердження Правил професійної етики юристів; розроблення різних процедур із надання правової допомоги.

Отже, компаративістичний аналіз адміністративно-правового забезпечення реалізації права на отримання професійної правничої допомоги дозволив виокремити позитивний досвід зарубіжних країн: 1) спрощення процедур на отримання допомоги; 2) подальшу розробку спеціалізованих процедур для частих і нагальних проблем; 3) розроблення послуг, що інтегрують юридичну допомогу, з іншими видами допомоги; 4) скорочення послуг, які є монополією адвокатури; 5) вдосконалення юридичної інформації/консультацій через створені веб-сайти; 6) фіксувану плату замість погодинної плати адвокатів за юридичну допомогу; 7) фіксовані збори на ринку юридичних послуг; 8) наявність страхування судових витрат; 9) медіацію; 10) повернення грошей за правову допомогу від заявників, відповідачів чи з інших джерел фінансування (наприклад, від Національної лотереї) у бюджет.

Анотація

У статті аналізується досвід країн світу у сфері адміністративно-правового забезпечення реалізації надання професійної правничої допомоги. Акцентується увага на тому, що у ЄС та інших англійськомовних країнах використовуються терміни «юридична допомога» та «правова допомога» («legal aid») як рівнозначні. У статті доведено, що існують принципові відмінності у філософії, організації й управлінні системами правової допомоги в різних країнах. Стосовно філософії систем, то загальною метою в одних державах є загальнодоступні юридичні послуги та доступ до правосуддя (у Білорусі, Азербайджані), тоді як в інших юридична допо-

мога може бути доступна лише найбіднішим (у Латвії, Литві). Адміністративно-правове регулювання надання професійної правничої допомоги в аналізованих країнах здійснюється шляхом: ліцензування юридичної діяльності; атестації юристів; фіксування цін на надання послуг адвокатами; затвердження Правил професійної етики юристів; розроблення різних процедур із надання правової допомоги.

Досвід Фінляндії показав, що адміністративне правове забезпечення реалізації права на професійну правничу допомогу – це динамічний процес, де критерії надання постійно переглядаються й узгоджуються із сучасними вимогами. Цікавою для України є практика залучення до досудового вирішення спорів ресурсів профспілок, а також використання полісів страхування судових витрат. Також, на нашу думку, використання цифрових технологій і нетрадиційних моделей обслуговування (наприклад, відеоконсультації, онлайн-зворотних дзвінків юристів державних бюро правової допомоги, онлайн-чатів, електронної системи подання заявок) покращить доступність до правосуддя взагалі та вказаного права зокрема.

Ключові слова: правова допомога, забезпечення, право, адміністративно-правове, правосуддя.

Borovyk A.V., Derevianko N.Z. Experience of individual foreign countries about administrative and legal ensuring the realization of the law to receive professional legal assistance

Summary

The article analyzes the experience of countries around the world in the field of administrative and legal support for the implementation of professional legal assistance. Emphasis is placed on the fact that in the EU and other English-speaking countries the terms “juridical aid” and “legal aid” are used as equivalent, which translates as “legal aid”. The article proves that there are fundamental differences in the philosophy, organization and management of legal aid systems in different countries regarding the philosophy of systems, the common goal in some countries is to make public legal services and access to justice (Belarus, Azerbaijan), while in other legal aid can be available only to the poorest (Latvia, Lithuania); administrative and legal regulation of professional legal assistance in the analyzed countries is carried out by: licensing of legal activities; certification of lawyers; fixing prices for the provision of services by lawyers; approval of the Rules of professional ethics of lawyers; development of various procedures for providing a legal path.

The experience of Finland has shown that the administrative legal enforcement of the right to professional legal assistance is a dynamic process, where the criteria for granting are constantly reviewed and harmonized with modern requirements. Interesting for Ukraine is the practice of involving trade union resources in the pre-trial settlement of disputes, as well as the use of insurance policies for court costs. In our opinion, the use of digital technologies and non-traditional service models (for example, video counseling, online calls from lawyers of state legal aid offices, online chats, electronic application system) will improve access to justice in general and this right in particular.

Key words: legal aid, provision, law, administrative-legal, justice.

Список використаних джерел:

1. European Committee on Legal Co-operation, 2020. URL: <https://www.coe.int/en/web/cdcj#:~:text=The%20European%20Committee%20on%20Legal,of%20public%20and%20private%20law>.
2. Jokela, A. Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu. Lakimiesliiton kustannus : Helsinki, 1995.
3. Rosti, H., Niemi, J., Lasola, M. Legal Aid and Legal Services in Finland. Research report 237. Helsinki : National Research Institute of Legal Policy, 2008.

4. Ministry of Justice Finnish, 2020. URL: <https://oikeusministerio.fi/en/search?q=legal%20aid>.
5. Public Legal Aid Attorney. Ministry of Justice, 2013. URL: <https://oikeus.fi/oikeusapu/en/index/oikeusavustaja/publiclegalaidattorney.html>.
6. Rissanen A. Legal Aid in Finland. In: Halvorsen Rønning O., Hammerslev O. (eds) *Outsourcing Legal Aid in the Nordic Welfare States*. Palgrave Macmillan, Cham, 2018. URL: https://doi.org/10.1007/978-3-319-46684-2_4.
7. Barendrecht, Maurits, Laura Kistemaker, Henk Jan Scholten, Ruby Schrader, Marzena Wrzesinska. *Legal Aid in Europe: Nine Different Ways to Guarantee Access to Justice?* WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014. URL: <https://www.hiil.org/wp-content/uploads/2018/09/Legal-Aid-in-Europe-Full-Report.pdf>.
8. Johnsen, J.T. How do the private professions in Finland and Norway impact on legal aid delivery? In A. Uzelac, C.H. van Rhee (Eds.), *The landscape of legal professions in Europe and the USA: Continuity and change*. Cambridge : Intersentia, 2011.
9. Oikeusavun kokonaissuunnitelma. Ministry of Justice, Finland, 2015. URL: https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/76608/omso_41_2015_oik_avun_kokonaiss_66s.pdf.
10. Buck, A., Pleasence, P., Balmer, N.J. Do citizens know how to deal with issues? Some empirical insights. *Journal of Social Policy*. 2008. № 37 (4). P. 661–681.
11. Степановский А. Практика. *Юридический бизнес*. 2008. № 01. URL: <http://www.legal-business.ru/panorama/biznes/612-gosudarstvennoe-regulirovanie-yuridicheskogo-biznesa-v-belarusi>.
12. Конституция Латвийской Республики. в редакции закона от 19 июня 2014 г. URL: <https://www.president.lv/ru/latviiskaya-respublika/konstituciya-latvii#gsc.tab=0>.
13. Конституция Литовской республики. Принята гражданами Литовской Республики на референдуме 25 октября 1992 г. URL: https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija_RU.htm.
14. Конституция Республики Беларусь 1994 г. (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г. URL: <https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>.
15. Конституция Азербайджанской Республики. 12 ноября 1995 г. URL: https://www.caa.gov.az/index.php?option=com_k2&view=item&id=93:constitution-of-the-republic-of-&lang=ru.
16. Шрамко Ю.Т. Конституційне право на правову допомогу в Україні: актуальні питання законодавчого регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2016. 21 с. URL: http://idpnan.org.ua/files/shramko-yu.t.-konstitutsiyne-pravo-na-pravovu-dopomogu-v-ukrayini-_aktualni-pitannya-zakonodavchogo-regulyuvannya_.pdf.

УДК 341

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.07>

Купрій А.А.

аспірант II року навчання

Інститут права, економіки та міжнародних відносин

Міжнародного гуманітарного університету

ПРАВОВИЙ СТАТУС МЕЖ МОРСЬКОГО ПОШУКОВО-РЯТУВАЛЬНОГО РАЙОНУ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Правовий статус морського простору закріплено Конвенцією Організації Об'єднаних Націй із морського права від 18 грудня 1982 р. (далі – КМП) [8], якою він поділений на умовні зони, кожна з яких має особливості правового режиму їх використання. Актуальним для сучасної правової науки предметом розгляду статті є специфіка реалізації за КМП 1982 р. у різних морських просторах міжнародних зобов'язань України з пошуку та рятування людського життя на морі, особливості встановлення меж морських пошуково-рятувальних районів (далі – МПРР), проблемні питання та шляхи їх врегулювання прибережними державами на міжнародному рівні.

Формулювання завдання дослідження. Мета роботи полягає у науково-теоретичному аналізі стану правового регулювання правового режиму МПРР України та встановленні його меж, виробленні шляхів прискорення реалізації відповідних процесів.

Виклад основного матеріалу. Одним із кроків Плану пріоритетних дій Уряду на 2019 рік, затвердженого розпорядженням КМУ від 18 грудня 2018 р. № 1106, у п. 200 було визначено забезпечення прийняття плану дій із виконання Україною зобов'язань як держави прапора, держави порту та прибережної держави відповідно до міжнародних договорів України та законодавства ЄС [10].

Правовий статус морських просторів закріплений КМП, ратифікованою Законом України від 3 червня 1999 р. № 728-XIV [20], якою Світовий океан поділений на умовні

зони. Правовий режим таких зон з урахуванням суверенних прав держав визначений за територіальним морем, прилеглою зоною (Частина II Конвенції з морського права), межі котрих визначені Законами України «Про державний кордон України», «Про прилеглу зону України». Змішаний правовий режим поширюється на виключну економічну зону, континентальний шельф (частини V, VI КМП), межі яких визначені Законом України «Про виключну (морську) економічну зону України» та двосторонніми угодами про континентальний шельф. Щодо зон із міжнародним правовим режимом (відкритого моря, району), то будь-яка держава не має права претендувати на підпорядкованість будь-якої частини такої зони своєму суверенітету, у них діє принцип свободи використання.

Між тим свобода відкритого моря не виключає наявності зобов'язань держав, що його використовують. Таке використання повинно здійснюватися з дотриманням, зокрема, невід'ємного права кожної людини – права на життя, яке серед іншого визнано Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р. та в національній юрисдикції охороняється Конституцією та законами України. Саме тому частина VII «Відкрите море» КМП включає положення зобов'язань держави прапора та прибережної держави – надання допомоги під час лиха на морі. Реалізація охорони людського життя під час лиха на морі Україною як прибережної державою забезпечується виконанням міжнародних угод: КМП, Міжнародної конвенції

з охорони людського життя на морі 1974 р. (далі – Конвенція СОЛАС 74/88) [4], Міжнародної конвенції про пошук і рятування на морі 1979 р. (далі – Конвенція САР 79) [5], які конкретизують зобов'язання з надання допомоги під час лиха на морі, зокрема із:

– забезпечення вжиття усіх необхідних заходів з організації зв'язку під час лиха та координації у своєму районі відповідальності та рятування людей, котрі терплять лихо на морі поблизу його берегів (Правило 7 Глави V Конвенції СОЛАС 74/88);

– сприяння організації діяльності й утриманню відповідної ефективної пошуково-рятувальної служби для забезпечення безпеки на морі та над морем (ст. 98 КМП);

– співпраці із сусідніми державами шляхом взаємних регіональних домовленостей (ст. 98 Конвенції з морського права, п. 3.1.8 Додатку до Конвенції САР 79);

– встановлення МПРР угодою між Сторонами (п. 2.1.4 Додатку до Конвенції САР 79).

З метою належного виконання визначених міжнародних зобов'язань України – організації належного пошуку та рятування на морі, зокрема визначення кількості та якості сил і засобів, об'єму фінансування таких заходів – насамперед необхідно розуміти розміри та межі того морського простору, що є матеріальною базою для виконання прибережною державою міжнародного зобов'язання з пошуку та рятування на морі, є національним МПРР.

Конвенція САР 79 визначає пошуково-рятувальний район як район певних розмірів, у межах якого забезпечуються пошук і рятування та який встановлюється угодою між відповідними сторонами Конвенції САР 79, про укладення котрої повідомляють Генерального секретаря Міжнародної морської організації (далі – ІМО) (п. 1.3.1, 2.1.4 Додатка до Конвенції САР 79). У разі недосягнення між відповідними сторонами угоди про точні кордони МПРР такі сторони застосовують всі можливі зусилля для досягнення угод про відповідні заходи, згідно з якими в такій зоні

забезпечується рівноцінна спільна координація пошуку і рятування, про що повідомляють Генерального секретаря (п. 2.1.5 Додатку до Конвенції САР 79) [5].

Також Конвенція САР 79 визначає, що сторонам слід вступати в угоди щодо пошуку та рятування із сусідніми державами для об'єднання їхніх можливостей, встановлення загального порядку дій, проведення спільної підготовки і навчань, регулярних перевірок міждержавних каналів зв'язку, візитів між персоналом рятувально-координаційних центрів і обміну інформацією стосовно пошуку і рятування (п. 3.1.8 Додатку до Конвенції САР 79). Із положень Конвенції САР 79 зрозуміло, що межі МПРР кожної прибережної держави та порядок взаємодії пошуково-рятувальних організацій сторін Конвенції визначається угодами із сусідніми державами [5].

У рамках Глобальної інтегрованої інформаційної системи з питань судноплавства (GISIS), повідомлення та розповсюдження сповіщень якої здійснюється державами-членами ІМО за резолюціями А 1029 (26) від 26 листопада 2009 р., А 1074 (28) від 15 січня 2014 р., визначені зовнішні кордони МПРР на Чорному й Азовському морях. Морськими просторами України є води Чорного й Азовського морів, які межують у Чорному морі з Республікою Болгарія, Румунією, Турецькою Республікою (далі – ТР), Російською Федерацією (далі – РФ); в Азовському морі – з РФ. Грузія не має спільної межі з Україною та межує з ТР і РФ. Усі зазначені причорноморські держави є учасниками Конвенції САР 79 [3].

Україна приєдналася до Конвенції САР 79 відповідно до постанови Верховної Ради України від 17 листопада 1992 р. № 2786-XII [15], ця угода для України набрала чинності 4 квітня 1993 р. Поправки до Конвенції САР 79 були прийняті Комітетом із безпеки на морі Міжнародної морської організації у 1998 р. резолюцією КБМ 70(69) від 18 травня 1998 р. та набрали для України чинності 01 січня 2000 р. Поправки до Конвенції САР 79, прийняті Комітетом з безпеки

на морі у 2004 р. резолюцією КБМ 155 (78) від 20 травня 2004 р., набрали для України чинності 01 липня 2006 р. [3].

Республіка Болгарія 08 липня 1999 р. приєдналася до Конвенції САР 79, котра набрала чинності 07 серпня 1999 р. (SAR/Circ/66 від 23 серпня 1999 р.). Румунія 19 березня 1999 р. приєдналася до Конвенції САР 79, що набрала чинності 18 квітня 1999 р. (SAR/Circ/64 від 25 березня 1999 р.). Грузія 24 вересня 1995 р. приєдналася до Конвенції САР 79 (BS/SAR-13/x/y жовтня 2016 р.). ТР ратифікувала Конвенцію САР 79 у 1985 р., яка набрала чинності у 1989 р. (COMSAR 12/INF.7 від 25 січня 2008). РФ ратифікувала Конвенцію САР 79 Федеральним Законом від 17 грудня 1998 р. № 186, угода набрала для РФ чинності 25 травня 2000 р. [6].

Підтримуючи цілі та положення Конвенції САР 79, Україна, Республіка Болгарія, Румунія, ТР, Грузія, РФ 27 листопада 1998 р. уклали Угоду про співробітництво причорноморських держав із пошуку та рятування на Чорному морі (далі – УЧМ) [21], ратифіковану Законом України від 28 листопада 2002 р. № 322-IV, про що ТР як депозитарієм УЧМ сповіщене ІМО (SAR.6/Circ/45 від 05 травня 2010 р.) [2].

У ст. 5 УЧМ причорноморських держав визначено, що МПРР встановлюються на основі двосторонніх та / або багатосторонніх угод між її сторонами. Сторони інформують один одного про укладення таких угод, а до встановлення МПРР пошуково-рятувальні операції здійснюються сторонами шляхом координації та співробітництва спільно або згідно із принципом першого прибуття на місце, де проводитиметься пошук і рятування. Виконання однією зі сторін пошуково-рятувальної операції в районі не надає іншій стороні будь-яких прав або переваг щодо цього району у майбутньому. З урахуванням вищезазначених положень Конвенції САР 79 та Угоди УЧМ визначення меж і координат МПРР кожної прибережної держави необхідно здійснювати за окремими дво-чи багатосторонніми угодами [1].

Отже, варто дослідити, чи уклалися такі угоди щодо МПРР Україною з іншими причорноморськими державами.

Україна серед усіх причорноморських держав такі угоди уклала лише з РФ, до них належить насамперед Угода між Кабінетом Міністрів України (далі – КМУ) й Урядом РФ про співробітництво в морському й авіаційному пошуку і рятуванні на Чорному й Азовському морях, підписана 27 жовтня 2010 р. в м. Києві та затверджена постановою КМУ від 22 серпня 2011 р. № 890 [13]. Також мають значення Договір між Україною і РФ про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки, підписаний 24 грудня 2003 р. в Керчі, ратифікований Законом України від 20 квітня 2004 р. № 1682-IV [18], а також Угода між КМУ й Урядом РФ про заходи щодо забезпечення безпеки мореплавства в Азовському морі та Керченській протоці, підписана 20 березня 2012 р., затверджена постановою КМУ від 01 серпня 2012 р. № 694 [11].

Так, п. 2 ст. 2 Угоди з РФ 2010 р. визначено, що Сторони розглядають розмежувальну лінію між їхніми прилеглими районами польотної інформації над морем як межу між пошуково-рятувальними районами для морських та авіаційних цілей. Тобто ця Угода з РФ містить бланкетну норму та відсилає до визначених меж районів польотної інформації (районів авіаційного пошуку і рятування). Так, ст. 3 Угоди між КМУ й Урядом РФ про співробітництво в галузі авіаційного пошуку і рятування, підписаної 12 липня 2012 р. та затвердженої постановою КМУ від 28 листопада 2012 р. № 1094 [12], визначено, що сторони розглядають кордон між суміжними територіями держав сторін як кордон між їхніми МПРР.

Ще одна бланкетна норма цієї Угоди відсилає до Договору між Україною і РФ про українсько-російський державний кордон, підписаного 28 січня 2003 р. та ратифікованого Законом України від 20 квітня 2004 р. № 1681-IV [19], у ст. 2 якого визначено, що українсько-російський державний кордон

проходить так, як це зазначено в Описі проходження державного кордону між Україною та РФ і зображено суцільною лінією червоного кольору на картах державного кордону між Україною та РФ. Встановлено, що межа та координати МПРР України і РФ збігаються з межею району польотної інформації (авіаційного пошуку і рятування) та державного кордону обох держав.

Однак, як вказано у Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII [9], агресія РФ зумовила тимчасову окупацію внутрішніх морських вод і територіального моря України навколо Криму, виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя Криму та прилеглого до узбережжя півострова континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція органів державної влади України відповідно до норм міжнародного права, Конституції та законів України (ст. 1, 3 Закону).

Україною як членом ІМО під час засідань на Комітеті з безпеки на морі та Юридичному комітеті ІМО з 2014 р. неодноразово заявлено та зроблено відповідні застереження щодо незаконної окупації РФ територій України, про обмеження виконання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань на окупованих територіях, що спричиняє шкоду та несе невиправдані ризики для безпеки судноплавства у цих регіонах, у т. ч. з питань пошуку та рятування на морі, про що секретаріатом ІМО доведено до усіх держав-учасниць ІМО циркулярними листами (Circ. Letter № 3453 (08 травня 2014 р.), 3490 (07 жовтня 2014 р.), 3602 (29 жовтня 2015 р.) [2].

Також Україною заявлено про незаконне зазначення РФ у Глобальній інтегрованій інформаційній системі з питань судноплавства (GISIS), повідомлення та розповсюдження інформації про функціонування морських рятувальних підцентрів Керч і Севастополь під час окупації території України, що було доведено Україною державам-членам ІМО документом NCSR4/INF.15,

відображено в модулі Глобального плану з пошуку та рятування системи GISIS (Circ. Letter № 3603 від 04 листопада 2015 р., № 3777 від 26 вересня 2017 р.) [2].

У зв'язку зі збройною агресією РФ проти України прийнято Закон України від 6 грудня 2018 р. № 2643-VIII «Про припинення дії Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і РФ», яким із 01 квітня 2019 р. припинено дію Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і РФ, учиненого 31 травня 1997 р. та ратифікованого Україною 14 січня 1998 р. [17]. Положення та норми Угоди між КМУ й Урядом РФ про співробітництво в морському й авіаційному пошуку і рятуванні на Чорному й Азовському морях [23] не дотримуються з боку російської сторони, і сьогодні порядок взаємодії з урахуванням незаконної окупації території України щодо МПРР не може бути вирішеним.

Щодо українсько-турецької взаємодії з МПРР, то нині склалася така ситуація. 7 травня 1997 р. у Стамбулі був підписаний Протокол між Делегацією України та Делегацією ТР про делімітацію пошуково-рятувальних районів на Чорному морі. Підписання Протоколу делегацією України було зроблено із застереженням щодо необхідності його затвердження Урядом України. Відповідно до ст. 8 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., до якої Україна приєдналася Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 р. № 2077-XI [16], відповідний акт, що стосується укладення договору, не має юридичного значення, якщо його згодом не підтверджено цією державою.

Відповідно до системного тлумачення ст. 6, 8, 12 Закону України «Про міжнародні договори України» питання визначення меж МПРР на Чорному морі, визначені Протоколом, належать до предмету міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України та підлягають затвердженню постановою КМУ. Отже, із затвердженням Протоколу Урядом України останній вважати-

меться таким, що набув чинності для України відповідно до ст. 8, 24 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. та ст. 14 Закону України «Про міжнародні договори України», але досі затвердження Урядом України Протоколу так і не відбулося.

Координати меж українського та турецького МПРР, визначених Протоколом, збігаються із координатами:

– межі континентального шельфу між Україною і ТР в Чорному морі відповідно до Угоди про кордон континентального шельфу між Україною і ТР в Чорному морі від 30 травня 1994 р.;

– межі економічних (морських) зон між Україною і ТР відповідно до Угоди про кордон економічних (морських) зон України і ТР від 30 травня 1994 р.

Між тим фактично морські пошуково-рятувальні служби України та ТР використовують Протокол для визначення меж українського та турецького МПРР за визначеними Протоколом координатами. Водночас ще 25 лютого 2004 р. у Москві була підписана міжурядова Угода між ТР і РФ про співробітництво в морському пошуку і рятуванні на Чорному морі [22], про що після набуття нею чинності обидві сторони нотифікували Генерального секретаря ІМО (документ ІМО SAR.6/Circ.25 від 06 червня 2005 р.). Згідно зі ст. 3 цієї Угоди («Делімітація пошуково-рятувальних районів») лінія зовнішнього кордону МПРР ТР і РФ проведена шляхом поєднання точок із такими самими географічними координатами, як вони визначені Протоколом між Україною та ТР у 1997 р. [2].

З аналогічною міжнародно-правовою колізією зіткнулася і Грузія через збіг відповідно грузинсько-турецьких і турецько-російських координат МПРР. Узгодження проекту Угоди про співробітництво в морському пошуку і рятуванні на Чорному морі між Грузією та ТР, розробленого декілька років тому, нині уповільнено турецькою стороною, очевидно, через проблему «накладання» координат один на одного. З метою врегулювання питання щодо делімітації

МПРР між Україною та ТР необхідне застосування дипломатичних і юридичних заходів, зокрема затвердження Протоколу постановою КМУ, надіслання ноти МЗС України на адресу МЗС ТР про підтвердження українською стороною визначених Протоколом 1997 р. ліній зовнішніх меж МПРР України та ТР з відповідними географічними координатами; дипломатичні консультації МЗС України та МЗС ТР щодо вирішення проблеми збігу координат меж МПРР за українсько-турецькою Угодою та координат, зазначених турецько-російською Угодою; інформування ІМО та за потреби звернення України до міжнародних судових органів.

Нині укладення угоди між Україною та Румунією з питань співробітництва у сфері пошуку і рятування у Чорному морі, як цього вимагає Глава 2 Додатку Конвенції САР 79 і ст. 5 УЧМ, не відбулося. Фактично використовуються координати МПРР обох держав із розмежуванням по морю, визначені за рішенням Міжнародного суду ООН у Гаазі від 03 лютого 2009 р., який розглядав справу щодо розмежування морських просторів у Чорному морі між Україною та Румунією [7]. Результатом запровадження таких координат на національному рівні став Указ Президента України «Про охорону суверенних прав України в межах виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу у північно-західній частині Чорного моря» від 05 жовтня 2009 р. № 801 [14].

Укладення Угоди між Україною та Республікою Болгарія з питань співробітництва у сфері пошуку і рятування у Чорному морі, як цього вимагає Глава 2 Додатку Конвенції САР 79 та ст. 5 Угоди причорноморських держав, не відбулося. Фактично використовуються координати меж МПРР із урахуванням координат, визначених Протоколом між делегаціями Республіки Болгарія та Румунією з делімітації пошуково-рятувального району на Чорному морі від 08 травня 1997 р., а також даних, заявлених Республікою Болгарія у Глобальній інтегрованій інформаційній системі з питань судноплавства (GISIS) [3].

З урахуванням визначеного можна запропонувати такі висновки щодо формування зовнішньої межі МПРР України, яка сьогодні належним чином не закріплена. Фактично МПРР України не був сформований на підставі таких двосторонніх ситуацій:

– із РФ через ігнорування цією державою із 2014 р. можливих меж МПРР, встановлених за Угодою між КМУ й Урядом РФ про співробітництво в морському й авіаційному пошуку і рятуванні на Чорному й Азовському морях, 2010 р., які мали збігатися з межею району польотної інформації та не встановленим на морі державним кордоном цих держав;

– із ТР через не підтвердження Україною Протоколу між Делегацією України та Делегацією ТР про делімітацію пошуково-рятувальних районів на Чорному морі від 7 травня 1997 р.;

Анотація

У статті розглянуто виклики, що існують стосовно правових механізмів визначення меж морського пошуково-рятувального району (МПРР) України, досліджено особливості та проблематику визначення цих меж за останні три десятиріччя, висвітлено врегулювання цих відносин двосторонніми угодами прибережних держав Азово-Чорноморського басейну.

Зроблено висновки щодо формування зовнішньої межі МПРР України, яка сьогодні належним чином не закріплена. Доводиться, що фактично МПРР України не був сформований на підставі низки двосторонніх ситуацій. Зокрема, з Російською Федерацією межі МПРР не закріплені через ігнорування цією державою із 2014 р. таких можливих меж, встановлених за двосторонньою міжурядовою Угодою про співробітництво в морському й авіаційному пошуку і рятування на Чорному й Азовському морях 2010 р., які мали збігатися з межею району польотної інформації та не встановленим на морі державним кордоном цих держав.

Межі МПРР із Туреччиною не закріплені через не підтвердження Україною Протоколу між Делегацією України та Делегацією Туреччини про делімітацію пошуково-рятувальних районів на Чорному морі від 7 травня 1997 р. Межі МПРР із Румунією не визначені остаточно через не відображення рішення Міжнародного суду ООН від 3 лютого 2009 р. у двосторонньому українсько-румунському протоколі щодо меж МПРР. Із Болгарією межі МПРР не визначені через не приділення обома сторонами уваги питанню взаємного впорядкування меж власних МПРР.

Автором доводиться, що для врегулювання питання щодо розмежування МПРР із Туреччиною, Румунією та Болгарією необхідно застосовувати насамперед двосторонні дипломатичні та юридичні заходи, і лише за умов їх послідовної невдачі здійснювати інформування Міжнародної Морської Організації та звернення до міжнародних судових органів. Упорядкування меж МПРР із Росією за умов окупації нею Криму, акваторій Азовського та Чорного морів можливе насамперед у рамках міжнародних судових та арбітражних процедур.

Ключові слова: морські простори, відкрите море, державний кордон, морський пошуково-рятувальний район, розмежування морських просторів, пошук і рятування на морі.

Kuprii A.A. Legal status of the boundaries of the Maritime Search and Rescue Zone of Ukraine

Summary

The article considers the existing challenges of legal mechanisms for defining the boundaries of the Maritime Search and Rescue Zone (MSRZ) of Ukraine, examines the features and issues of defining these boundaries over the past three decades and highlights the relevant settlement of bilateral relations by coastal states of the Azov-Black Sea basin.

The author proposes conclusions on the formation of the external boundary of the MSRZ of Ukraine, which as of today is not properly fixed. It is proved that in fact the MSRZ of Ukraine was not formed on the basis of a number of bilateral situations. In particular, with the Russian Federation, the boundaries of the MSRZ have not been fixed due to the Russia's disregard since 2014 on such possible boundaries established by the bilateral intergovernmental Agreement on Cooperation in Maritime and Aviation Search and Rescue in the Black and Azov Seas in 2010 which were to coincide with the boundaries of the flight information area and the state borders of these two states not well established at sea.

MSRZ boundaries with Turkey are not fixed due to Ukraine's failure to confirm the Protocol between the Delegation of Ukraine and the Turkish Delegation on Delimitation of Search and Rescue Zones on the Black Sea of May 7, 1997. MSRZ borders with Romania have not been definitively determined due to failure to reflect the International Court of Justice Decision of February 3, 2009 in the bilateral Ukrainian-Romanian protocol on the boundaries of the MSRZ. With Bulgaria, the boundaries of the MSRZ have not been defined due to the failure of both parties to pay attention to the issue of mutual regulation of the boundaries of their MSRZ in general.

The author argues that in order to resolve the issue of boundaries establishment of the MSRZ with Turkey, Romania and Bulgaria, it is necessary to apply primarily bilateral diplomatic and legal measures, and only in case of their consistent failure – to inform the International Maritime Organization and to appeal the international courts. The regulation of the boundaries of the MSRZ with Russia in the conditions of Russian occupation of Crimea, of the waters of the Azov and Black Seas is possible primarily in the framework of international court or arbitration proceedings.

Key words: delimitation of maritime spaces, high seas, maritime search and rescue zone, maritime spaces, state border, search and rescue at sea.

Список використаних джерел:

1. Agreement on Cooperation regarding Maritime Search and Rescue Services among Black Sea Coastal States, 1998 (Ankara Agreement). URL: <http://www.bsmrcc.com/files/legal3.pdf>.
2. Circulars – International Maritime Organization. URL: <http://www.imo.org/en/OurWork/Circulars/Pages/Home.aspx>.
3. Global Integrated Shipping Information System (GISIS). URL: <https://gisis.imo.org/>.
4. International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (with annex and final act of the International Conference on Safety of Life at Sea, 1974) on 1 November 1974. URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201184/volume-1184-i-18961-english.pdf>.
5. International Convention on Maritime Search and Rescue on 27 April 1979. URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201405/volume-1405-i-23489-english.pdf>.
6. International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979 [Participants]. URL: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800d43b3>.
7. Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) Judgment of 3 February 2009. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/132/132-20090203-JUD-01-00-EN.pdf>.

8. United Nations Convention on the Law of the Sea от 10 December 1982. URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.
9. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>
10. Про затвердження плану пріоритетних дій Уряду на 2019 рік : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 р. № 1106-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2018-р>.
11. Про затвердження Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про заходи щодо забезпечення безпеки мореплавства в Азовському морі та Керченській протоці : постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2012 р. № 694. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/694-2012-п>.
12. Про затвердження Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі авіаційного пошуку і рятування : постанова Кабінету Міністрів України від 28 листопада 2012 р. № 1094. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1094-2012-п>.
13. Про затвердження Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в морському та авіаційному пошуку і рятуванні на Чорному та Азовському морях : постанова Кабінету Міністрів України від 22 серпня 2011 р. № 890. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/890-2011-п>.
14. Про охорону суверенних прав України в межах виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу у північно-західній частині Чорного моря : указ Президента України від 5 жовтня 2009 р. № 801/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/801/2009>.
15. Про приєднання України до Міжнародної конвенції по пошуку і рятуванню на морі 1979 р. : постанова Верховної Ради України від 17 листопада 1992 р. № 2786-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2786-12>.
16. Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : указ Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 р. № 2077-XI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2077-11>.
17. Про припинення дії Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією : Закон України від 6 грудня 2018 р. № 2643-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2643-19>.
18. Про ратифікацію Договору між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки : Закон України від 20 квітня 2004 р. № 1682-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-15>.
19. Про ратифікацію Договору між Україною і Російською Федерацією про українсько-російський державний кордон : Закон України від 20 квітня 2004 р. № 1681-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1681-15>.
20. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. та Угоди про імплементацію Частини XI Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. : Закон України від 3 червня 1999 р. № 728-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/728-14>
21. Про ратифікацію Угоди про співробітництво причорноморських держав з пошуку та рятування на Чорному морі : Закон України від 28 листопада 2002 р. № 322-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-15>.

22. Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Турецкой Республики о сотрудничестве в морском поиске и спасании на Черном море от 24 июня 2004 г. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901892851>.
23. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в морському та авіаційному пошуку і рятуванні на Чорному та Азовському морях від 27 жовтня 2010 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_385.

Ліпінський В.В.

к.ю.н., доцент,

директор

*Навчально-науковий інститут права та міжнародно-правових відносин
Університету митної справи та фінансів*

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД І ПОВНА ЮРИСДИКЦІЯ СУДІВ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Постановка проблеми. Практика тлумачення та застосування адміністративно-деліктного законодавства вітчизняними судами показує їх непослідовність щодо розуміння меж допустимого судового контролю за постановами адміністративних органів про притягнення до відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення та застосування адміністративних стягнень. Значно поширена у судовій практиці позиція про неприпустимість для судів оцінювати законність та обґрунтованість цих постанов адміністративних органів з огляду на наділення їх законодавством певними межами управлінського розсуду, виключність повноважень та експертизи компетентних адміністративних органів. Водночас, ознайомившись із положеннями Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенції) про право на справедливий суд і з відповідною частиною практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), маємо підстави стверджувати, що зазначений підхід не відповідає цим правовим джерелам, а також правовим позиціям Європейського суду справедливості щодо обмеження юрисдикції судів дискреційними повноваженнями адміністративних органів.

Виклад основного матеріалу. Обґрунтовуючи висновок щодо невідповідності практики тлумачення та застосування адміністративно-деліктного законодавства вітчизняними судами найкращим стандартам правосуддя та пропонуючи рішення питання співвідношення повноважень судів і дискре-

ції адміністративних органів у справах про адміністративні правопорушення, необхідно звернутися також до напрацювань наукового співтовариства, зокрема до матеріалів дослідження М. Аллена.

Насамперед розглянемо підстави вважати застосовними у справах про адміністративне правопорушення конвенційних гарантій справедливого судового розгляду та приділимо увагу їхнім вимогам, які найбільшою мірою мають відбиватися на тлумаченні адміністративно-деліктних правових норм. Так, за змістом положень ст. 6 Конвенції кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, котрий вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. На доповнення до того приписами цієї статті встановлюється, що кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку. Більше того, передбачається, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

– бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;

– мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

– захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;

– допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що і свідків обвинувачення;

– якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, – одержувати безоплатну допомогу перекладача [1].

Те, чи має місце встановлення обґрунтованості кримінального обвинувачення як визначальний критерій вирішення питання про поширення кримінально-правових гарантій справедливого судового розгляду, визначається, керуючись усталеним у правових позиціях ЄСПЛ автономним (від термінології національного законодавства) та сутнісним підходом до тлумачення поняття «кримінальне обвинувачення». Користуючись узагальненнями довідниково-аналітичного видання, присвяченого кримінально-правовим гарантіям справедливого судового розгляду, зазначимо, що їх застосовність визначається за допомогою декількох критеріїв, із-поміж яких:

1) внутрішня правова належність правопорушення – має відносну вагу, адже є вирішальним, лише якщо національне законодавство визначає правопорушення кримінальним, тоді як протилежний висновок спонукає до дослідження сутності правопорушення;

2) характер правопорушення – є найважливішим та оцінюється з урахуванням таких обставин:

– чи правова норма застосовується до всіх суб'єктів або стосується винятково окремих суб'єктів або їх групи за певною ознакою (наприклад, не може бути кримінальним покаранням санкція, закріплена певним договором, або та, що застосовується як дисциплінарне стягнення, або та, яка спрямовувалася лише на певну групу осіб не як загальна вимога);

– чи провадження порушене представником державного органу відповідно до його правових владних повноважень;

– чи правова норма має репресивне та превентивне призначення (а не призначення забезпечити виконання обов'язку шляхом примусового стягнення відповідних сум як покарання; або компенсаторне призначення, спрямоване на відновлення становища до правопорушення чи відшкодування втрат, пов'язаних із його розслідуванням; або профілактичне призначення, яке має, наприклад, вилучення водійського посвідчення за відмову від проходження медичного огляду на стан сп'яніння);

– чи засудження до будь-якого покарання залежить від доведення вини;

– якою є галузева належність подібних проваджень в інших державах – учасницях Ради Європи;

– чи правова норма спрямована на забезпечення суспільних інтересів, які зазвичай охороняються кримінальним правом (підтримку довіри суспільства до належного адміністрування фондовим ринком і захисту прав його учасників, забезпечення конкуренції на ринку шляхом застосування санкцій за угоду до угоди тощо);

3) суворість покарання, яке може бути застосоване за правопорушення (принципова можливість позбавлення волі правопорушника прямо або внаслідок невиконання більш м'якого стягнення є визначальним фактором, однак навіть адміністративний штраф у розмірі декількох євроцентів був визнаний достатньо серйозним) [2, с. 10].

Аналіз практики ЄСПЛ щодо застосування кримінального аспекту гарантій справедливого судового розгляду до процедур адміністративно-деліктного судочинства свідчить, що адміністративними стягненнями, визнаними достатньо суворими для того, щоб вважатися кримінальними покараннями для цілей визначення сфер застосування гарантій справедливого судового розгляду, відповідно до матеріалів практики ЄСПЛ є: 1) попередження з можливістю накладення адміністративного штрафу або більш суворого

стягнення; 2) адміністративний штраф; 3) позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю, займати посади публічної служби або виборні посади тощо; 4) позбавлення права управління транспортним засобом на 6 місяців; 5) конфіскація; 6) адміністративний арешт [3, с. 16].

Водночас за деяких обставин у практиці тлумачення та застосування Конвенції слід диференціювати ступінь суворості конвенційних вимог залежно від характеру та наслідків того, що за конвенційною класифікацією визнається кримінальним правопорушенням. Із матеріалів практики ЄСПЛ випливає, що, незважаючи на те, що кримінальні процеси, які стосуються покладання кримінальної відповідальності та застосування каральних і стримуючих заходів, визначають межі застосування конвенційних гарантій, зрозуміло, що існують кримінальні справи, які не несуть на собі серйозного клейма. Очевидно, що різні «кримінальні звинувачення» мають різну вагу. До того ж автономне тлумачення поняття «кримінальне обвинувачення» лягло в основу поступового поширення кримінальних гарантій на справи, які, формально кажучи, не належать до категорій, що підпадають під кримінальне законодавство, якими, наприклад, є справи про адміністративні правопорушення (Буткевич проти Росії, заява № 5865/07, п. 89) [4]. Розмірковуючи над цим, ЄСПЛ дійшов переконання, що, беручи до уваги велику кількість незначних правопорушень із кримінальною природою та кримінальними санкціями за них, держава-учасник має достатні підстави для звільнення судів від завдання щодо їх розгляду для ухвалення першого рішення по суті та вирішення питання про застосування кримінальних покарань. Зміна підвідомчості в аспекті переслідування та розгляду цих правопорушень на користь адміністративних органів не є несумісною з Конвенцією, за тієї умови, що заінтересована особа матиме можливість оскаржити будь-яке рішення щодо неї до суду, який забезпечить

дотримання усіх гарантій, передбачених ст. 6 Конвенції (Озтюрк проти Німеччини, заява № 8544/79, п. 49) [5].

Із вищенаведеного випливає відповідність конвенційним вимогам встановлення обґрунтованості кримінального обвинувачення, у т. ч. під час проваджень у справі про адміністративні правопорушення, за умови, що рішення відповідного адміністративного органу може бути переглянуте у порядку судового оскарження із забезпеченням усіх гарантій справедливого судового розгляду. Для цього поруч із дотриманням закріплених конвенцією мінімальних процесуальних стандартів критичне значення має закріплення за судом юрисдикції над обставинами справи та їх юридичною оцінкою, що порушує питання про співвідношення дискреційних повноважень адміністративних органів зі встановленою зазначеним міжнародно-правовим договором концепцією про повну юрисдикцію судів над обставинами справи, у яких відповідними адміністративними органами з використанням їх тією чи іншою мірою дискреційних повноважень ухвалюються рішення.

Ознайомившись із правовими позиціями ЄСПЛ із питання обмеження юрисдикції судів дискреційними повноваженнями адміністративних органів, зазначимо, що несумісним із правом на справедливий судовий розгляд є зв'язаність судів висновками адміністративних органів, які вирішальним чином вплинули на зміст остаточного судового рішення без їх перевірки судом. Наприклад, порушенням Конвенції визнається неможливість оспорити перед судом те, як адміністративний орган у межах його дискреційних повноважень оцінив обставини, що мають значення для справи. Натомість суд, уповноважений на розгляд справи про адміністративне правопорушення із кримінально-правовою природою, має врахувати усі заперечення проти оскаржуваного рішення адміністративного органу та дослідити кожен його аспект, не відмовляючись від юрисдикції над фактичними

обставинами справи та їх правовою оцінкою. Зокрема, у контексті обставин справи ЄСПЛ конкретизував, що національний суд мав опрацювати питання за питанням із тих, що стосуються фактів і права, для встановлення законності й обґрунтованості рішення про введення у фінансовій установі тимчасової адміністрації, оцінивши відповідність фінансового стану установи незалежно від того, що це питання має переважно технічний характер. Брак спеціальних знань для виконання цього завдання, за слушним зауваженням ЄСПЛ, може бути компенсований залученням експертів та/або переданням справи на розгляд колеґії спеціалізованих суддів (Кредитна спілка «Пріа» та інші проти Чеської Республіки, заява № 72034/01, п. 111–113) [6]. Так само ЄСПЛ визнав неприйнятним винесення за межі юрисдикції національних судів перевірки того, чи є правомірним обґрунтування рішення суб'єкта владних повноважень посиленням на необхідність цього рішення для забезпечення безпеки суспільства та публічного порядку. Неможливість з'ясувати дійсну наявність підстав для прийняття адміністративним органом негативного рішення для заявника з міркувань безпеки суспільства, так само як і самоусунення суду від оцінки пропорційності цього рішення, були визнані порушенням права на доступ до правосуддя (Tinnelly & Sons Ltd та інші та McElduff та інші проти Сполученого Королівства, заява № 20390/92, п. 74–75) [7].

На противагу вищевикладеному, за оцінкою ЄСПЛ, належна судова перевірка правомірності рішення адміністративного органу із забезпеченням учасникам справи належних процесуальних гарантій мала місце у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, у якій ЄСПЛ визнав достатнім обсяг судового контролю за рішенням про накладення штрафних санкцій за недобросовісну конкуренцію, оскільки національні суди:

– ґрунтовно вивчили фактичні та правові аспекти звинувачень проти підприємства;

– належним чином перевірили добросовісність використання органом забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності його інквізиційних і санкційних повноважень;

– з'ясували наявність усіх підстав для прийняття адміністративного рішення та його пропорційність;

– мали достатньо повноважень для оцінки того, що штраф відповідає характеру та наслідкам адміністративного антиконкурентного правопорушення, а також щоб змінити розмір штрафу за необхідності (A. Menarini Diagnostics S.r.l. проти Італії, заява № 43509/08, п. 63–68) [8].

Принагідно зауважимо, що вищевикладена правова позиція ЄСПЛ стосовно повного охоплення предметом судового розгляду обставин справи незалежно від дискреційних повноважень адміністративних органів цілком узгоджується із практикою Європейського суду справедливості. Ця міжнародна судова установа неодноразово підтвердила правильність думки про необхідність наділення судів повною юрисдикцією, зауважуючи, зокрема, що судова система Європейського Союзу має вирішувати справи, ґрунтуючись на поданих заявником доказах на підтвердження його правових вимог, і не може посилається на дискреційність повноважень Європейської Комісії як на підставу для утримання від належного дослідження питань права та фактів (п. 24 Рішення Європейського суду справедливості від 24 жовтня 2013 р. у справі C-510/11 P «Коне Оуж та інші проти Європейської Комісії») [9]. Європейський суд справедливості має юрисдикцію не лише оцінювати правомірність адміністративного стягнення за порушення законодавства про економічну конкуренцію, але й змінювати його розмір чи скасувати його. Неспроможність національних судів перевірити оскаржуване адміністративне рішення в усіх його аспектах, таких як кваліфікація правопорушення, визначення й оцінка доказів, накладення санкції не забезпечує ефективний судовий захист. Водночас

від судів не вимагається самостійно розслідувати та досліджувати обставини справи й обирати захід стягнення, якщо винуватість правопорушника вважатиметься доведеною (Рішення Європейського суду справедливості від 21 січня 1992 р. у справі «Otto Pressler Weingut-Weingrosskellerei GmbH & Co. KG проти Федеративної Республіки Німеччина» № С-319/90) [10]. Наприклад, у справі про визначення ринку для встановлення зловживання домінуючим становищем Європейський суд справедливості вказав на те, що, хоча судова практика європейського співтовариства визнає, що Європейська Комісія має свободу розсуду в економічних або технічних питаннях, це не означає, що суд співтовариства має відмовитися від перегляду тлумачення комісією економічних чи технічних даних. Для належного врахування аргументів сторін суд співтовариства повинен не тільки встановити, чи представлені докази є фактично точними, надійними та послідовними, але також має визначити, чи містять ці докази всі відповідні дані, які мають враховуватися під час оцінки ситуації, що є особливо складною, та чи здатна Європейська комісія обґрунтувати відповідні висновки. Доктрина дискреційних повноважень не має застосовуватися з огляду на величезний розмір штрафів, які накладаються Європейською Комісією, що нерідко описується як фактична «криміналізація» законодавства про конкуренцію Європейського Союзу. Суддя не може використовувати свободу розсуду комісії як підставу для відмови від проведення ґрунтовного перегляду питань права та фактів, навіть якщо йдеться про тлумачення Європейською Комісією інформації економічного характеру (п. 33 Рішення Європейського суду справедливості від 1 липня 2010 р. у справі «AstraZeneca AB та AstraZeneca plc проти Європейської Комісії» № Т-321/05) [11].

Водночас, як справедливо стверджує М. Аллена, у деяких правових позиціях ЄСПЛ, що стосуються судового контролю за рішеннями, діями та бездіяльністю адміні-

стративних органів, не пов'язаними зі встановленням обґрунтованості кримінального обвинувачення, виявляється значно більша стриманість і виваженість у питанні меж судового втручання у публічне адміністрування з огляду на його комплексність. Належна увага завжди приділяється аргументам національних урядів про необхідність захисту свободи управління публічними справами, яка за демократичним рішенням народу монополюючою владою, котра несе повну та неподільну відповідальність за реалізацію державної політики та має для цього певний обсяг дискреційних повноважень [12, с. 23].

Також незалежним і неупередженим органом, уповноваженим на встановлення обґрунтованості кримінального обвинувачення стосовно кримінального адміністративного правопорушення, за практикою тлумачення та застосування конвенційних гарантій справедливого судового розгляду, цілком може бути компетентний адміністративний орган за умов дотримання ним усіх процесуальних стандартів і закріплення за ним вичерпних повноважень щодо дослідження та встановлення усіх обставин справи. Завершення адміністративного провадження за цих умов дозволяє не забезпечувати перегляд підсумкового рішення адміністративного органу судом із повною юрисдикцією, адже Конвенція права на це не передбачає. Водночас виконання правових та інституційних вимог до організації та здійснення адміністративного провадження так, щоб воно відповідало стандартам справедливого судового розгляду, є вкрай складним завданням для держави.

Наприклад, оцінюючи незалежність і неупередженість комісії з банківського регулювання Франції, ЄСПЛ у справі «Dubus S.A. проти Франції» констатував, що не було достатніх організаційних гарантій. Критичними недоліками міжнародна судова установа визнала:

– нечіткість положень законодавства про функції, склад і повноваження комісії з банківського регулювання;

– невиразність процедурних правил, які належним чином розмежують виконання комісією судових функцій із вжиттям нею заходів для розслідування правопорушення та підтримки обвинувачення щодо нього;

– відсутність обвинувача під час виконання комісією її судових функцій (генеральний секретар і сама комісія ініціювали та вели процес прийняття рішення проти особи, і генеральний секретар як виконуючий обов'язки президента комісії та п'ять членів комісії також приймали рішення про санкцію щодо особи після відкритих слухань та обговорень) [13].

Натомість у справі «Х та Y проти Франції» ЄСПЛ дійшов протилежного висновку про незалежність і неупередженість французького органу регулювання ринків фінансових послуг, встановивши, що:

1) законодавство про організацію й адміністративне провадження у межах французького органу регулювання ринків фінансових послуг конкретно та зрозуміло розмежує превентивні та репресивні функції, з одного боку, та функції переслідування та розгляду справ, з іншого;

2) законом визначений підрозділ фінансового регулятора, який підтримує обвинувачення у справах – спеціальна колегія приймає рішення про порушення справи перед санкційним комітетом, що відповідає за оцінку доказів і накладення санкцій;

Анотація

Провадження у справах про адміністративні правопорушення, які з погляду Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод характеризуються кримінально-правовою природою, відповідають вимогам цього міжнародного документа лише за умови, що рішення адміністративного органу про накладення адміністративного стягнення може бути переглянуте у порядку судового оскарження із забезпеченням права на справедливий суд і гарантій справедливого судового розгляду. Для цього поруч із дотриманням закріплених конвенцією мінімальних процесуальних стандартів критичне значення має закріплення за судом юрисдикції над обставинами справи та їх юридичною оцінкою, що порушує питання про співвідношення дискреційних повноважень адміністративних органів зі встановленою зазначеним міжнародно-правовим договором концепцією про повну юрисдикцію судів над обставинами справи, у яких відповідними адміністративними органами із використанням дискреційних повноважень ухвалюються рішення. Обґрунтовано, що, якщо адміністративний орган не забезпечив розгляд справи про адміністративне правопорушення із кримінально-правовою природою

3) членство в одному із підрозділів або санкцій виключає участь в інших;

4) санкційний комітет може просити керівника регулятора виступити головою слідчої колегії, але це саме по собі не підриває неупередженості комітету, оскільки санкційне провадження ведеться у змагальному порядку, а відповідач має право бути почутим;

5) той факт, що доповідачу санкційного комітету допомагає адміністрація регулятора, не ставить під сумнів його неупередженість, оскільки його помічник зі складу адміністрації регулятора діє за вказівками доповідача [14].

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, маємо підстави стверджувати, що, якщо адміністративний орган не забезпечив розгляд справи про адміністративне правопорушення із кримінально-правовою природою з дотриманням конвенційних процесуальних стандартів, суд, до компетенції якого належить перегляд адміністративного рішення, має бути наділений повною юрисдикцією, будучи уповноваженим перевіряти правильність встановлення обставин справи та їх оцінки, справедливості визначеного заходу стягнення й усіх інших аспектів адміністративного рішення незалежно від того, чи пов'язане оскаржуване адміністративне рішення з дискреційними повноваженнями відповідного адміністративного органу, а також від того, чи виникає необхідність вивчення складних вузькоспеціалізованих питань.

з дотриманням конвенційних процесуальних стандартів, суд, до компетенції якого належить перегляд адміністративного рішення, має бути наділений повною юрисдикцією, будучи уповноваженим перевіряти правильність встановлення обставин справи та їх оцінки, справедливості визначеного заходу стягнення й усіх інших аспектів адміністративного рішення незалежно від того, чи пов'язане оскаржуване адміністративне рішення з дискреційними повноваженнями відповідного адміністративного органу, а також від того, чи виникає необхідність вивчення складних вузькоспеціалізованих питань.

Ключові слова: дискреційні повноваження адміністративних органів, оскарження постанови адміністративного органу у справі про адміністративне правопорушення, повна юрисдикція суду, право на справедливий суд, право на справедливий суд у справах про адміністративні правопорушення.

Lipynskyi V.V. Right to a fair trial and full jurisdiction of courts in administrative tort proceedings

Summary

Administrative tort proceedings concerning administrative offenses deemed criminal from point of view of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms meet the requirements of the later provided that the decision of an administrative authority to impose an administrative penalty can be reviewed to ensure the right to a fair trial and all the guarantees of a fair trial. For this purpose, in addition to the observance of the minimum procedural standards enshrined in the Convention, it is critical for the court to have full jurisdiction over the circumstances of the case and their legal assessment, which raises the question of whether the discretionary administrative powers correspond with the concept of full jurisdiction in cases in which administrative bodies, with the use of their to some extent discretionary powers make decisions as for imposing administrative penalties of criminal nature. According to the outcomes of this research, it is substantiated that if the administrative authority has not provided consideration of the case on an administrative offense of a criminal law nature in compliance with fair-trial procedural standards, the court within its purview should have full jurisdiction, being empowered to verify the circumstances of the case and their assessment, the fairness of the sanction and all other aspects of the administrative decision, regardless of whether the contested administrative decision is related to the discretionary powers of the relevant administrative authority, or whether there is a need to study complex specialized issues.

Key words: appeal against the decision of the administrative authority in administrative tort proceedings, discretionary powers of administrative authorities, full jurisdiction of the court, right to a fair trial in administrative tort proceedings, right to a fair trial.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ Ради Європи від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#n42.
2. Directorate of the Jurisconsult of the European Court of Human Rights. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights "Right to a fair trial (criminal limb)"*. 2019. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf.
3. Arslan M. Procedural Guarantees for Criminal and Administrative Criminal Sanctions: A Study of the European Convention on Human Rights. Vol. 4. 2019. *Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht: Beiträge zum Sicherheitsrecht*. Freiburg i.Br. doi:10.30709/archis-2019-4.

4. Буткевич против России, жалоба № 5865/07, 13 февраля 2018 г. URL: https://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/butkevich-protiv-rossii-case-of-butkevich-v-russia/.
5. Öztürk v. Germany, № 8544/79, 21 February 1984, ECHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104036>.
6. Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic, № 72034/01, 31 July 2008, ECHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87882>.
7. Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom, № 20390/92, 10 July 1998, ECHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58195>.
8. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy, № 43509/08, 27 September 2011, ECHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106439>.
9. European Court of Justice, Kone Oyj and Others v European Commission, Judgment of 24 October 2013, Case C-510/11 P. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=ECA0DE55C4F51A692AED3408611B01D5?text=&docid=143553&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12549512>.
10. European Court of Justice, Otto Pressler Weingut-Weingrosskellerei GmbH & Co. KG v Federal Republic of Germany, Judgment of 21 January 1992, Case C-319/90. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0319>.
11. European Court of Justice, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc, Judgment of 1 July 2010, Case T-321/05. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-321/05&language=en>.
12. Allena M. Art. 6 ECHR: New Horizons For Domestic Administrative Law. *Ius Publicum Network Review*. 2014. URL: https://www.academia.edu/39217752/ART_6_ECHR_NEW_HORIZONS_FOR_DOMESTIC_ADMINISTRATIVE_LAW.
13. Dubus S.A. против Франции, жалоба № 5242/04, 11 июня 2009 г. (русскоязычное резюме от Development of Legal Systems Publ. Co). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193780>.
14. Registrar of the European Court of Human Rights Press Release. X and Y v. France, № 48158/11, 1 September 2016. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5470177-6864474&filename=Judgment%20X%20and%20Y%20v.%20France%20-%20forseeability%20of%20penalties%20imposed%20by%20stock%20market%20authority.pdf?library=ECHR&id=003-5470177-6864474&filename=Judgment%20X%20and%20Y%20v.%20France%20-%20forseeability%20of%20penalties%20imposed%20by%20stock-%20market%20authority.pdf>.

УДК 349.6

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.09>

Плетньова Т.Р.

*аспірантка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

ПОВНОВАЖЕННЯ КЕРІВНИКА ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ В ДЕРЖАВНОМУ ОРГАНІ ЯК СУБ'ЄКТА УПРАВЛІННЯ ПЕРСОНАЛОМ НА ДЕРЖАВНІЙ СЛУЖБІ

Одним із суб'єктів управління державною службою в Україні є керівник державної служби в державному органі. Опосередковано дослідженням правового статусу цього суб'єкта у контексті управління державною службою займалися чимало науковців, серед яких В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, Л.Р. Біла-Тіунова, Т.Є. Кагановська, О.О. Кравченко, Н.П. Матюхіна та ін. У свою чергу, метою нашої статті є висвітлення результатів поглибленого дослідження повноважень керівника державної служби в державному органі як суб'єкта управління персоналом на державній службі.

Управління персоналом на державній службі – це складний і багатогранний процес. Від того, наскільки ефективно впроваджуються та працюють різноманітні технології управління персоналом, залежить ефективність і результативність працівників державних органів та діяльність органу загалом. Обмежуючи коло наукового пошуку, ми намагатимемося знайти відповідь на питання про те, яку роль і значення має керівник державної служби в державному органі для забезпечення ефективного управління персоналом на державній службі. Для цього визначимося щодо повноважень керівника державної служби в державному органі та виокремимо ті з них, які безпосередньо свідчать про його належність до системи суб'єктів управління персоналом на державній службі.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну службу» (далі – Закон України) керівник державної служби в державному органі – посадова особа, котра займає вищу посаду державної служби в держав-

ному органі, до посадових обов'язків котрої належить здійснення повноважень із питань державної служби й організації роботи інших працівників у цьому органі [1]. На цій підставі можна виділити дві основні групи повноважень керівника державної служби в державному органі: повноваження з управління державною службою та повноваження з організації роботи інших працівників. Враховуючи спрямованість статті, більш детально зупинимося на другій групі, акцентуючи увагу на повноваженнях із кадрового забезпечення державного органу.

Проаналізувавши ст. 17 Закону України, можна зробити висновок, що переважна більшість повноважень керівника державної служби в державному органі є повноваженнями з управління персоналом. Відзначимо у зв'язку з цим, що ще на початку ХХ ст. французький вчений – засновник адміністративної школи управління Анрі Файоль вивів відому формулу, за якою управляти означає: 1) передбачати (планувати); 2) організувати; 3) розпоряджатися; 4) координувати та 5) контролювати [2, с. 17]. Повною мірою це стосується й управління персоналом як важливої складової частини системи управління організацією, у цьому разі управління персоналом на державній службі.

У контексті наведеного вище визначимося щодо змісту загальних функцій управління персоналом на державній службі:

1) планування: аналіз інформації щодо кадрового забезпечення державного органу та визначення стратегічних пріоритетів його розвитку, планове заміщення посад держав-

ної служби, планування службової кар'єри державних службовців, навчання персоналу державного органу тощо;

2) організація: створення належних для роботи умов і їх матеріально-технічне забезпечення; організація діяльності щодо відбору державних службовців (у т. ч. проведення конкурсів на зайняття посад державної служби категорій «Б» і «В», забезпечення прозорості й об'єктивності таких конкурсів відповідно до вимог Закону України), їхньої подальшої кар'єри в організації, стимулювання праці, оцінювання службової діяльності, підвищення кваліфікації та ін.;

3) розпорядження: призначення громадян України, які пройшли конкурсний відбір, на посади державної служби категорій «Б» і «В», звільнення з таких посад відповідно до цього Закону, прийняття у межах наданих повноважень рішень про заохочення та притягнення до дисциплінарної відповідальності державних службовців, котрі займають посади державної служби категорій «Б» і «В», присвоєння рангів державним службовцям державного органу, які займають посади державної служби категорій «Б» і «В», звільнення державних службовців;

4) координація: передання центральному органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби (далі – НАДС), інформації про вакантні посади державної служби з метою формування єдиного переліку вакантних посад державної служби, який оприлюднюється; забезпечення підвищення кваліфікації державних службовців державного органу, узгодження основних напрямів діяльності та відповідний розподіл працюючих, забезпечення взаємодії між підрозділами апарату державного органу, центральної адміністрації та її територіальних органів, з іншими державними органами та недержавними суб'єктами, із засобами масової інформації тощо;

5) контроль: контроль за дотриманням виконавської та службової дисципліни в державному органі й умов контрактів про проход-

ження державної служби (у разі укладення), виконання планових показників діяльності, облік необхідних ресурсів, пов'язаних із управлінням персоналом (облік розглядається як складова частина функції контролю) та ін.

Зрозуміло, що зміст цих функцій матиме свою специфіку залежно від виду державної служби (регулюється загальним законодавством про державну службу лише тоді, коли інше не передбачено спеціальними законами), спрямованості діяльності державного органу, його завдань тощо.

Наявність значної кількості повноважень керівника державної служби в державному органі дає можливість запропонувати їх класифікацію за різними критеріями:

1) за рівнем правового регулювання:

– ті, що закріплені Законом України (невичерпний перелік у ст. 17), серед яких: організація проведення конкурсів на зайняття посад державної служби категорій «Б» і «В»; своєчасне оприлюднення та передача НАДС інформації про вакантні посади державної служби з метою формування єдиного переліку вакантних посад державної служби, який оприлюднюється; присвоєння рангів державним службовцям державного органу, котрі займають посади державної служби категорій «Б» і «В», та ін.;

– ті, що закріплені підзаконними нормативними актами, наприклад, відповідно до Положення про застосування стимулюючих виплат державним службовцям, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 18 січня 2017 р. № 15 «Питання оплати праці працівників державних органів», установлення посадових окладів державним службовцям за порівняними посадами в межах підкатегорій Б1–Б3 здійснюється керівником державної служби у відповідному державному органі [3], або відповідно до Типового положення про преміювання державних службовців органів державної влади, інших державних органів, їх апаратів (секретаріатів), затвердженого наказом Міністерства соціальної політики від 13 червня 2016 р. № 646,

встановлення премій державним службовцям проводиться керівником державної служби в державному органі відповідно до затвердженого ним положення про преміювання, розробленого згідно з цим Типовим положенням і погодженого з виборним органом первинної профспілкової організації (за наявності). Розмір премії державного службовця встановлюється керівником державної служби в державному органі шляхом видання відповідного наказу (розпорядження) [4].

2) залежно від етапу проходження державної служби:

– повноваження з управління персоналом на етапі вступу на державну службу (призначення громадян України, які пройшли конкурсний відбір, на посади державної служби категорій «Б» і «В»; укладання контрактів про проходження державної служби);

– повноваження з управління персоналом на етапі проходження державної служби (присвоєння рангів державним службовцям державного органу, котрі займають посади державної служби категорій «Б» і «В»; забезпечення підвищення кваліфікації державних службовців державного органу);

– повноваження з управління персоналом на етапі припинення державної служби (звільнення з посад державної служби категорій «Б» і «В», розривання контрактів про проходження державної служби);

3) залежно від категорії персоналу:

– повноваження з управління персоналом – державними службовцями (планування навчання персоналу державного органу з метою вдосконалення рівня володіння державними службовцями державною мовою, регіональною мовою або мовою національних меншин, визначеною відповідно до закону, а також іноземною мовою, яка є однією з офіційних мов Ради Європи, у випадках, якщо володіння такою мовою є обов'язковим відповідно до законодавства України);

– повноваження з управління персоналом, що не є державними службовцями (виконання функції роботодавця стосовно праців-

ників державного органу, які не є державними службовцями);

4) залежно від можливості делегування повноважень:

– повноваження, що можуть бути делеговані керівником державної служби у державному органі керівникам самостійних структурних підрозділів апарату та територіальних органів чи відокремлених підрозділів центрального органу виконавчої влади. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку делегування окремих повноважень керівника державної служби в центральному органі виконавчої влади» від 11 грудня 2019 р. № 1041 до окремих повноважень керівника державної служби, які можуть бути делеговані, належать: проведення співбесід із кандидатами на зайняття посад державної служби категорій «Б» і «В», встановлення неповного робочого дня або неповного робочого тижня для державних службовців, котрі займають посади державної служби категорій «Б» і «В», та ін. [5];

– повноваження, що не можуть бути делеговані керівником державної служби у державному органі (наприклад, розгляд скарг на дії або бездіяльність державних службовців, які займають посади державної служби категорій «Б» і «В»);

5) за функціональним призначенням:

– повноваження із планування (планування службової кар'єри, планове заміщення посад державної служби підготовленими фахівцями згідно з вимогами до професійної компетентності тощо);

– повноваження із забезпечення якості державної служби (забезпечення підвищення кваліфікації державних службовців державного органу, професійне оцінювання державних службовців);

– повноваження зі стимулювання (прийняття рішення про заохочення державних службовців, створення сприятливих умов праці);

– дисциплінарні повноваження (прийняття рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності державних службовців);

– контрольні повноваження (здійснення контролю за дотриманням виконавської та службової дисципліни в державному органі й умов контрактів про проходження державної служби, у разі їх укладення).

Певною мірою із наведеним підходом узгоджується і позиція інших дослідників державної служби. Так, наприклад, І.Л. Олійник, поклавши в основу групування повноважень вид функцій, який керівник державної служби вправі та зобов'язаний виконувати, класифікує повноваження останнього таким чином:

– повноваження, пов'язані зі збором, обробкою, аналізом інформації, передачею її іншим органам (інформування громадськості та засобів масової інформації про свою діяльність, прийняті рішення та ін.);

– повноваження, пов'язані із формуванням системи, яка керує та якою керують, тобто повноваження організації (призначення осіб на посади державної служби та звільнення їх із посад тощо);

– повноваження, пов'язані з регулюванням управлінських процесів (встановлення правил, якими регулюються ті чи інші процеси, відносини, поведінка осіб);

– повноваження, пов'язані з безпосереднім керівництвом – вплив на зміст діяльності суб'єкта, котрим управляють, для досягнення відповідної мети. Іншими словами, це діяльність, спрямована на те, щоб інші зробили щось, що вважає за необхідне керівник;

– повноваження, пов'язані з координацією дій, рішень (координація зусиль галузевих систем управління в реалізації міжгалузевих державних і регіональних програм державного управління; об'єднання та забезпечення організаційної єдності функціонування галузевих систем управління);

– повноваження, пов'язані із плануванням (визначення напрямів, темпів розвитку тих чи інших процесів);

– повноваження, пов'язані зі стимулюванням (керівник державної служби приймає у межах своїх повноважень рішення про заохочення державних службовців тощо);

– повноваження, пов'язані зі здійсненням державного контролю, нагляду;

– повноваження, пов'язані з обліком (вироблення та фіксація даних про наявність ресурсів (матеріальних, людських тощо), про результати виконаних планів та інших управлінських рішень тощо) [6, с. 83].

Відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України повноваження керівника державної служби здійснюють:

1) у Секретаріаті Кабінету Міністрів України – Державний секретар Кабінету Міністрів України;

2) у міністерстві – державний секретар міністерства, який є професійним і політично неупередженим керівником апарату міністерства;

3) в іншому центральному органі виконавчої влади – керівник відповідного органу;

3-1) у місцевих державних адміністраціях: керівник апарату – в апараті місцевої державної адміністрації та її структурних підрозділах (крім структурних підрозділів зі статусом юридичних осіб публічного права);

керівник структурного підрозділу зі статусом юридичної особи публічного права – у такому підрозділі;

4) у державних органах, посади керівників яких належать до посад державної служби, – керівник відповідного органу;

5) в інших державних органах або в разі прямого підпорядкування окремій особі, яка займає політичну посаду, – керівник апарату (секретаріату) [1]. Йдеться насамперед про «конституційні органи», зокрема про ЦВК, Рахункову палату, так звані «державні колегіальні органи» (національні комісії регулювання у сфері природних монополій і суміжних ринків) тощо. Також ця норма поширюється на апарат Верховної Ради України, допоміжні органи, що утворюються Президентом України. Такий підхід Закону України покликаний забезпечити розвиток інституціональної спроможності державних органів зі зменшенням плинності кадрів, підвищенням професійного рівня, створенням умов для наступництва в роботі державного апарату [7, с. 159].

Додатковим аргументом на підтвердження тези «керівник державної служби у державному органі є важливим суб'єктом управління персоналом на державній службі» можуть слугувати положення й інших нормативно-правових актів, які регулюють окремі питання діяльності вищевказаних суб'єктів. Наприклад, згідно із пп. ч. 4 ст. 10 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» державний секретар міністерства відповідно до покладених на нього завдань: призначає на посади та звільняє з посад у порядку, передбаченому законодавством про державну службу, державних службовців апарату міністерства, укладає та розриває з ними контракти про проходження державної служби у порядку, передбаченому Кабінетом Міністрів України, присвоює їм ранги державних службовців, приймає рішення щодо їх заохочення та притягнення до дисциплінарної відповідальності; приймає на роботу та звільняє з роботи у порядку, передбаченому законодавством про працю, працівників апарату міністерства, приймає рішення щодо їх заохочення, притягнення до дисциплінарної відповідальності; забезпечує в установленому порядку організацію підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців та інших працівників міністерства; дає обов'язкові для виконання державними службовцями та іншими працівниками міністерства доручення; з питань, що належать до його повноважень, видає накази організаційно-розпорядчого характеру та контролює їх виконання [8].

Ці повноваження конкретизуються у Положеннях про відповідні Міністерства, затверджених Постановами КМУ (наприклад, Постановою КМУ «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України» від 02 липня 2014 р. № 228 та ін.). Це саме стосується і керівників інших центральних органів виконавчої влади: загальні повноваження, закріплені Законом України «Про центральні органи виконавчої влади», конкретизуються у Положеннях про ці органи.

Що стосується керівників державної служби у місцевих державних адміністраціях, то їхні повноваження регулюються, крім Закону України «Про державну службу», також Законом про «Про місцеві державні адміністрації» від 09 квітня 1999 р. № 586-XIV, низкою підзаконних нормативно-правових актів. Так, наприклад, відповідно до п. 19 Типового регламенту місцевої державної адміністрації, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 11 грудня 1999 р. № 2263, організація роботи з персоналом в апараті місцевої держадміністрації та її структурних підрозділах без статусу юридичних осіб публічного права здійснюється за затвердженим керівником апарату місцевої держадміністрації річним планом, який передбачає здійснення заходів з добору, підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників, а також з інших питань управління персоналом [9].

Висновки. Отже, у ході дослідження було встановлено, що повноваження керівника державної служби у державному органі здебільшого спрямовані на забезпечення керування діяльністю державних службовців державного органу. Більшість повноважень керівника державної служби у державному органі безпосередньо пов'язана з вирішенням питань щодо кадрового забезпечення державного органу – від відбору державних службовців, їх призначення на посаду, просування по службі, стимулювання праці до звільнення з посад державних службовців. Крім того, керівник державної служби у державному органі виконує функції роботодавця стосовно працівників державного органу, котрі не є державними службовцями, та створює належні для їхньої роботи умови. Тобто фактично керівник державної служби у державному органі є важливим суб'єктом управління персоналом на державній службі, що разом зі службою управління персоналом державного органу реалізує державну політику управління персоналом на державній службі на первинному її рівні – в межах окремого державного органу.

Анотація

Метою статті є обґрунтування належності керівника державної служби у державному органі до суб'єктів управління персоналом. Автор встановлює окремі особливості правового статусу керівника державної служби у державному органі, зокрема через розкриття такого елемента його правового статусу, як права й обов'язки (повноваження), та звертає увагу, що переважна більшість таких повноважень пов'язана з вирішенням питань щодо управління персоналом у державному органі, таких як: відбір державних службовців, їх призначення на посаду, просування по службі, стимулювання праці та звільнення з посад державних службовців. Робота ґрунтується на аналізі положень Закону України «Про державну службу» та інших законів, якими закріплені або окремі повноваження керівника державної служби у державному органі, або повноваження тих посадових осіб, котрі відповідно до Закону України «Про державну службу» є керівниками державної служби у державних органах. У статті наводиться поділ повноважень керівника державної служби залежно від реалізації основних (або загальних) функцій управління персоналом, а саме: 1) планування; 2) організація; 3) розпорядження; 4) координація та 5) контроль. Крім того, пропонується власна класифікація таких повноважень за критеріями: 1) рівня правового регулювання; 2) етапу проходження державної служби; 3) категорії персоналу; 4) можливості делегування повноважень; 5) функціонального призначення. Стаття містить обґрунтовані висновки про належність керівника державної служби у державному органі до суб'єктів управління персоналом на державній службі, зокрема на первинному її рівні – в межах окремого державного органу. Результати дослідження можуть мати важливе практичне значення для подальшого удосконалення державної політики управління персоналом на державній службі.

Ключові слова: керівник державної служби в державному органі, правовий статус, суб'єкт управління, управління персоналом на державній службі, повноваження, функції.

Pletnova T.R. Powers of the head of civil service in a state agency as a subject of personnel management in the civil service

Summary

The purpose of the article is to substantiate the affiliation of the head of civil service in a state agency as a subject of personnel management. The author establishes certain features of the legal status of the head of civil service in a state agency, in particular, through the disclosure of such an element of his legal status as rights and responsibilities (powers) and notes that the vast majority of such powers are related to personnel management in a state agency, namely: selection of civil servants, their appointment, promotion, promotion and dismissal of civil servants. The work is based on the analysis of the provisions of the Law of Ukraine "On Civil Service" and other laws, which either enshrine certain powers of the head of civil service in a state agency, or the powers of those officials who in accordance with the Law of Ukraine "On Civil Service" are heads of civil service in state agencies. The article presents the division of powers of the head of the civil service depending on the implementation of the main (or general) functions of personnel management, namely: 1) planning; 2) organization; 3) orders; 4) coordination and 5) control. In addition, it proposes its own classification of such powers according to the criteria: 1) the level of legal regulation; 2) the stage of civil service; 3) categories of personnel; 4) the possibility of delegating authority; 5) functional purpose. The article contains substantiated conclusions about the affiliation of the head of the civil service in a state agency to the subjects of personnel management in the civil service, in particular, at its primary level – within a separate state agency. The results of the study can be important in practice for further improvement of public policy in personnel management in the civil service.

Key words: head of civil service in a public body, legal status, subject of management, personnel management in the civil service, powers, functions.

Список використаних джерел:

1. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text> (дата звернення: 06.11.2020).
2. Основи публічного адміністрування : навчальний посібник / Ю.П. Битяк, Н.П. Матюхіна, М.С. Ковтун та ін. ; за заг. ред. Н.П. Матюхіної. Харків : Право, 2018. 172 с.
3. Питання оплати праці працівників державних органів : постанова Каб. Міністрів України від 18 січня 2017 р. № 15. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/15-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 06.11.2020).
4. Про затвердження Типового положення про преміювання державних службовців органів державної влади, інших державних органів, їхніх апаратів (секретаріатів) : Наказ Мін. соц. політики від 13 червня 2016 р. № 646. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0903-16#Text> (дата звернення: 06.11.2020).
5. Про затвердження Порядку делегування окремих повноважень керівника державної служби в центральному органі виконавчої влади : постанова Каб. Міністрів України від 11 грудня 2019 р. № 1041. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1041-2019-%D0%BF#Text> (дата звернення: 06.11.2020).
6. Олійник І.Л. Компетенція керівників державної служби в державному органі. *Європейські перспективи*. 2012. № 4 (1). С. 79–84.
7. Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / ред. кол. : К.О. Ващенко, І.Б. Коліушко, В.П. Тимошук, В.А. Дерець. Київ : ФОП Москаленко О.М., 2017. 796 с.
8. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17 березня 2011 р. № 3166-VI. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3166-17#Text> (дата звернення: 06.11.2020).
9. Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09 квітня 1999 р. № 586-XIV. *Законодавство України* / Верхов. Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/586-14#Text> (дата звернення: 06.11.2020).

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.10>

Чуб А.В.

к.ю.н.,

здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізький національний університет

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК КОНЦЕПЦІЇ СУБ'ЄКТИВНИХ ПУБЛІЧНИХ ПРАВ

Постановка проблеми. Третє тисячоліття впевнено демонструє наявність тенденції до перманентної зміни системи суспільних відносин. Більшість розвинених країн світу переживають постіндустріальну стадію соціального розвитку, що характеризується корінними трансформаціями сфери державного управління, відрізняючись переходом від централізації та бюрократизації до децентралізації та демократизації, від зовнішнього контролю та регламентації до самоорганізації та самоконтролю, від ієрархічних вертикалей до мережоподібних горизонталей [1, с. 43].

Українське суспільство також перебуває під впливом цих глобальних тенденцій. Вітчизняна ситуація ускладнюється тим, що перехід до постіндустріальної стадії відбувається на ґрунті незавершеного індустріального розвитку. Це стосується як економічної та соціокультурної сфер, так і безпосередньо сфери адміністрування; фактично ознакою постіндустріалізації українських реалій виступає лише інформаційно-технологічна сфера, інші помітно запізнюються. Зазначені вище чинники демократизації та самостійної активності громадянського суспільства, необхідні для відповідного рівня суспільного розвитку, значним чином відстають від аналогічних у розвинених країнах, що зумовлено успадкованими з радянських часів традиціями державоцентризму. Аспекти, які залишилися для багатьох держав у давньому минулому – формування демократичних підвалин функціонування державних органів, перенесення акцентів із безпосереднього управління

як прояву влади на допоміжні, сервісні функції держави, визначення реалізації та захисту прав, свобод та інтересів особи метою існування держави, – в українському адміністративно-правовому полі лише віднедавна стали об'єктом уваги науковців і практиків.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Варто виділити наукові розробки таких вчених, як В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, В.І. Васильєва, О.В. Гончарук, Б.М. Дронів, С.П. Погребняк, Р.В. Сивий, В.М. Селіванов, В.В. Галуцько, Р.А. Калюжний, М.П. Кунцевич, Ю.О. Легеза, С.В. Савченко, О.М. Вінник, Є.В. Курінний, В.К. Колпаков, Т.О. Коломоєць, А.Я. Курбатов, С.Т. Гончарук та ін. Однак у дослідженнях представників адміністративної науки відсутнє комплексне дослідження становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав.

Формулювання завдання дослідження. Метою дослідження є характеристика становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав.

Виклад основного матеріалу. Середпостулатів адміністративно-правової доктрини, яка панувала в радянські часи, центральне місце посідало визнання прав людини другорядним чинником порівняно з інтересами держави, що яскраво демонструє висловлювання відомого фахівця тієї епохи М.П. Карадже-Іскурова: «Особистість не є чимось цінним сама собою. Вона є лише гвинтиком великої машини. Тому забезпечення її прав знаходиться на другому місці» [2, с. 69]. У добу незалежності українське адміністративне право зазнало реформу-

вання, метою якого була трансформація його концептуальної бази в бік людиноцентризму. Однак, за висновками Є.В. Курінного, теоретичний злам консервативних догм радянських часів мав не виправдано мінімальний вплив на соціальну практику, залишаючи людиноцентризм чисто декларативним принципом [3, с. 194]. І не останню роль у цьому відіграє відсутність як наукової моделі, так і практичного втілення дієвого інструменту захисту особою своїх прав від державного свавілля.

На наш погляд, такий стан речей не є чимось винятковим, притаманним лише українському адміністративному праву; ці вади характерні для пострадянського адміністративно-правового простору взагалі. Підтвердження цьому легко віднайти у фаховій літературі: хоча словосполучення «адміністративне право» в науці вже не пов'язано прямо із терміном «державне управління», проте зберігається тенденція розглядати його мету через цілеспрямований вплив на суспільні відносини в будь-якій соціальній сфері для формування і збереження певного порядку функціонування цієї сфери, тобто знов таки крізь призму відносин суб'єкта й об'єкта управління. Тут для прикладу доцільно згадати формулювання Ю.О. Тихомирова щодо імперативно-нормативного характеру цього збереження порядку [4, с. 314] і таку, що перекликається з цим твердженням, позицію О.М. Якуби, котра вважає право однієї зі сторін правовідносин вимагати від іншої сторони у процесі виконавчої та розпорядчої діяльності здійснення поведінки, приписаної правовою нормою, характерною ознакою адміністративно-правових відносин [5, с. 53]. Це досить чітко окреслене розуміння публічної влади як чогось, що може (й повинно) управляти іншими суб'єктами публічно-правових відносин, не дуже корелює з трактуванням цієї влади як чогось, призначеного служити й допомагати. Тобто маємо підстави говорити про глибоку теоретико-методологічну колізію, внутрішньо суперечливі доктринальні посилки вітчизняного адміністративного права.

Виправити ситуацію в бік паритету сторін публічно-правових відносин спроможний концепт суб'єктивних публічних прав приватної особи. У найбільш загальному розумінні саме суб'єктивні публічні права надають своєму носію право вимагати від суб'єкта публічної влади певної поведінки, тобто роблять тотожними у правовому аспекті позиції владних і невладних учасників публічно-правових відносин. Іншими словами, конструкція суб'єктивного публічного права надає приватній особі права, а органи публічної влади наділяє обов'язком реалізувати ці права чи сприяти їх реалізації.

Зазначене спонукає адміністративістів до перегляду теоретико-методологічних підвалин адміністративно-правової науки. Саме тут актуалізується питання введення в наукове поле адміністративного права теорії суб'єктивних публічних прав як доктрини, протилежної державно-управлінській радянській концепції, такої, що здатна виконати роль парадигмального ядра для конструювання дійсно людиноцентристської моделі адміністративного права в Україні. Протилежність цієї теорії методологічним засадам адміністративної науки СРСР неодноразово підкреслювалася у фаховій літературі. Наприклад, О.В. Винницький стверджує, що державно-управлінська орієнтація адміністративного права, наслідки якої у вигляді теоретико-методологічної кризи спостерігаються в науці сьогодні, не може співіснувати в одному полі з доктриною суб'єктивних публічних прав; ці концепції конкурують, між ними існує глибинний філософсько-правовий конфлікт [6, с. 31].

Іншими словами, доктрина суб'єктивних публічних прав у цьому світлі виглядає як нове для вітчизняної адміністративно-правової науки теоретичне утворення. У зв'язку із цим необхідно приділити увагу розгляду історичних коренів і розвитку концептуальних розробок тематики суб'єктивних публічних прав, що, власне, й виступає головним науковим завданням цього підрозділу.

Слід зазначити, що у фаховій літературі зустрічаються різні думки стосовно історії юридичного поняття «суб'єктивні права»: деякі вчені вважають, що його засади були закладені ще в римському праві [7, с. 16], інші пов'язують його родовід із працями гуманістів XVI ст., треті називають початком дослідження суб'єктивних прав епоху теоретичного панування школи природного права [8]. Розходяться думки дослідників і стосовно критеріїв розмежування окремих теорій суб'єктивного публічного права. В. Дурденевський говорить про необхідність використання для визначення суб'єктивних публічних прав метаюридичних критеріїв, на підставі чого виділяє такі концепції, в межах яких відбувалося трактування досліджуваного об'єкта: теорію волі, теорію інтересу, змішану теорію волі й інтересу, нормативну і психологічну теорії [9]. Зазначимо, що більшість науково-історичних реконструкцій теорії суб'єктивних прав спираються саме на таку позицію. Однак А. Михайлов, навпаки, говорить про малу гносеологічну цінність подібного розділення, адже юридичні конструкції пов'язані з філософськими вченнями досить поверхово, більшою мірою залежачи від практичної сторони правової дійсності. На його думку, слід було б продемонструвати специфіку розуміння суб'єктивних прав із позиції різних типів трактування самого права як юридичного феномену [8].

На нашу думку, усі трактування суб'єктивного права так чи інакше засновані на притаманній європейській правовій науці доктрині природних прав, яка передбачає наділення індивіда певним колом невід'ємних прав, а роль держави пояснює необхідністю спостерігати, щоб індивіди не порушували природні права один іншого. Тому пропозиція А. Михайлова щодо пошуку нових критеріїв для розподілу теорій суб'єктивного права, зокрема розуміння категорії права, не видається нам такою, що заслуговує на увагу. Водночас думку про невеликий евристичний потенціал наявного розподілу ми повністю

поділяємо; вважаємо, що він потрібен скоріше для певного структурування теоретичних підходів, тобто для зручності сприйняття, ніж сприяє глибині пізнання. Саме так – як певну умовну систематизацію – ми й будемо використовувати його надалі.

Аналізуючи поняття суб'єктивного права, Г. Кельзен передусім акцентує на його взаємозв'язку й залежності із правом об'єктивним. Цей зв'язок зумовлений тим, що «право» як «домагання» одного суб'єкта є обов'язком іншого або інших. Ця подвійність «право – обов'язок» часто створює видимість двох юридично релевантних ситуацій, тоді як насправді наявна лише одна: вказівка на правовий обов'язок індивіда поводитися в певний спосіб стосовно іншого індивіда, а інакше йому загрожує санкція. Якщо співвідношення між індивідом, стосовно якого перший має поводитися у певний спосіб, і цим першим визначити як «право», то, по суті, це право є лише відображенням вищезазначеного обов'язку, тобто «відображеним правом» [10].

Г. Кельзен піддає критиці постулати теорії інтересу, говорячи, що розуміння суб'єктивного права індивіда як юридично захищеного інтересу, яке насправді є відображенням правового обов'язку іншого індивіда, зумовлено традиційним для цієї теорії дуалізмом об'єктивного й суб'єктивного права. Такий підхід, за Г. Кельзенем, є суперечливим і гносеологічно непродуктивним: якщо об'єктивне право розуміти як систему норм, а суб'єктивне – як інтерес, тобто дещо взагалі інше, то не можна визнавати об'єктивне й суб'єктивне право видовими поняттями стосовно загальної родової категорії «право».

Вихід із цього евристичного тупику вчений вбачає в переносі акцентів у розумінні суб'єктивного права: якщо об'єктивне право є системою норм, то суб'єктивне слід трактувати як захист суб'єктивних інтересів, який існує в межах заданого об'єктивного права, тобто правовий обов'язок не порушувати ці суб'єктивні інтереси. Іншими словами, як і об'єктивне, суб'єктивне право є правовою нормою,

яка надає специфічну правову владу, уповноважує певного індивіда на конкретні дії. Те, що індивід має суб'єктивне право, означає, що деяка правова норма робить оговорену в ній поведінку цього індивіда умовою певних правових наслідків [11, с. 171].

Інший підхід до трактування суб'єктивних прав – *психологічний* – розвинувся у роботах російсько-радянського юриста Всеволода Дурденевського. Критикуючи підходи до розуміння досліджуваної категорії, науковець обирає як теоретико-методологічну базу аналізу психологічну теорію права, розроблену Л.І. Петражицьким. Обстоюючи ідею щодо висунення психологічного критерію для відбору властивостей і характеристик, які мають міститися в дефініції поняття суб'єктивних прав, В.М. Дурденевський вказує на необхідності для дослідника узгоджувати юридичну конструкцію поняття зі спостереженнями щодо уявлень та емоцій людей, котрі беруть участь у правовому обігу [9].

Психологічний зміст суб'єктивного права полягає, на думку вченого, в тому, що індивід, який вважає, що йому належить певне право щось зробити, потенційно готовий це зробити, впевнений, що можливість це зробити закріплена за ним об'єктивним правом, відповідно, інші індивіди сприймуть таку його поведінку як належну й поводитимуться відповідно. Суб'єктивне право в такому прочитанні визначається як надана об'єктивним правопорядком можливість діяти з метою реалізації тих або інших людських інтересів [9].

Приділяючи увагу розподілу суб'єктивних прав на публічні та приватні, В.М. Дурденевський негативно оцінював такі критерії для цього розподілу, як спосіб захисту зазначених

прав; становище суб'єктів цих прав; форма повноважень; застосування чи розділення об'єктів тощо, вважаючи єдино можливим таким критерієм характер інтересів, реалізація яких є метою втілення суб'єктивних прав. На думку автора, повне розмежування публічного і приватного інтересів неможливе, адже, оскільки суспільство не існує без індивідів і навпаки, приватне деякою мірою завжди залишається публічним. У найбільш загальному вигляді В.М. Дурденевський пропонує розуміти публічне суб'єктивне право як надану об'єктивним правопорядком можливість діяти з метою реалізації не власних, а соціоцентричних інтересів [9].

Висновки. Таким чином, розглянувши головні постулати різних теорій, у межах яких відбувалося становлення концепту суб'єктивних публічних прав, можна дійти таких висновків. Серед запропонованих дефініцій суб'єктивних публічних прав більшість будується на визнанні визначальними їх ознаками певних не правових, а психологічних феноменів: волі, інтересу, потенційної активності. Єдиним винятком із цього є концепція Г. Кельзена, який зосередив увагу на нормативно-правовій складовій частині суб'єктивних публічних прав. Слід підкреслити, що всі названі ознаки – воля, інтерес, готовність діяти та нормативно-правова визначеність – можуть рівною мірою вважатися базовими для розуміння категорії суб'єктивних публічних прав. Саме теоретичні спроби поєднати в одному визначенні ці характеристики для якнайповнішого відображення суті досліджуваного об'єкта окреслюють подальше становлення концепції суб'єктивних публічних прав.

Анотація

У науковій статті визначено особливості становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав. Визначено, що хронологічно першими серед дослідників суб'єктивних прав називають представників *теорії волі*. Встановлено, що одним із перших права приватної особи у відносинах із державою розглянув у другій половині XIX ст. Карл фон Гербер у роботі «Публічні права». Метою дослідження є характеристика становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав. Визначено взаємні відносини між суб'єктами права й адміністративними органами, автор виділяє три типові ситуації, коли ці відносини відбуваються, та засади для їх виникнення: за умови наявності юридичного інтересу – якщо суб'єкт має кваліфікований юридичний інтерес, щодо якого орган адміністрації зобов'язаний виявити його законність і врахувати його, якщо це можливо (а якщо ні, то повинен виправдати відмову); за умови наявності фактичного інтересу – якщо суб'єкт господарювання у нинішній чи майбутній ситуації отримує пряму користь внаслідок дій чи бездіяльності органу публічної влади; за умови наявності публічного суб'єктивного права – якщо суб'єкт звертається до адміністративного суду з позовом щодо вимоги від органу публічної влади конкретних дій (або утримання від певних дій), які він юридично зобов'язаний виконувати (утриматися) відповідно до свого призначення. Обґрунтовано, що загальнотеоретичний підхід до визначення категорії «суб'єктивних публічних прав» будується на визнанні визначальними їх ознаками певних не правових, а психологічних феноменів: волі, інтересу, потенційної активності. Підкреслено, що винятковий підхід до розуміння категорії «суб'єктивних публічних прав» визначено у концепції Г. Кельзена, який зосередив увагу на нормативно-правовій складовій частині суб'єктивних публічних прав.

Ключові слова: історико-правова характеристика, суб'єктивні публічні права, приватна особа, становлення, нормативістська теорія, теорія волі.

Chub A.V. Establishment and development of the concept of subjective public rights

The scientific article identifies the features of the formation and development of the concept of subjective public rights. It is determined that chronologically the first among the researchers of subjective rights are the representatives of the theory of will. It is established that one of the first rights of an individual in relations with the state was considered in the second half of the XIX century by Carl von Gerber in his work “Public Rights”. The purpose of this study is to characterize the formation and development of the concept of subjective public rights. It is determined that the mutual relations between subjects of law and administrative bodies, the author identifies three typical situations when these relations occur, and the principles for their occurrence: provided there is a legal interest – if the subject has a qualified legal interest in which the administrative body is obliged to identify its legality and take it into account, if possible (and if not, must justify the refusal); provided that there is a factual interest – if the business entity in the current or future situation will receive direct benefits as a result of actions or inaction of a public authority; subject to the existence of a public subjective right – if the subject applies to the administrative court with a claim for a requirement from a public authority of specific actions (or refrain from certain actions), which he is legally obliged to perform (withhold) in accordance with its purpose. As a conclusion, it is substantiated that the general theoretical approach to defining the category of “subjective public rights” is based on the recognition of their defining features of certain not legal but psychological phenomena: will, interest, potential activity. It is emphasized that an exceptional approach to understanding the category of “subjective public rights” is defined in the concept of G. Kelzen, who focused on the legal component of subjective public rights.

Key words: historical and legal characteristics, subjective public rights, individual, formation, normative theory, theory of will.

Список використаних джерел:

1. Касельс М. Информационная эпоха: Экономика, общество и культура. Москва, 2000.
2. Юсупов В.А. Административное право и методы его познания. *Социально-политические науки*. 2012. № 3. С. 67–70.
3. Курінний Є.В. Про актуалізацію питання підготовки нового етапу реформування адміністративного права України. *Вісник Луганського держ. ун-ту внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка*. 2013. № 2. С. 191–200.
4. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс : полный курс. Москва : Тихомиров М.Ю., 2001. 652 с.
5. Якуба Е.Н. Советское административное право. Киев : Высшая школа, 1975. 232 с.
6. Винницкий А.В. Учение о субъективных публичных правах «государственно-управленческого подхода» в науке. *Право и политика*. 2018. № 12. С. 27–40.
7. Зеленцов А.Б. Субъективное публичное право : учебное пособие. Москва : Российский университет дружбы народов, 2012. 148 с.
8. Михайлов А.М. Субъективное право: размышления теоретика. *Право: блог*. URL: <https://blog.pravo.ru/blog/5906.html>
9. Дурденевский В.Н. Субъективное право и его основное разделение. *Правоведение*. 1994. № 3. С. 78–95.
10. Загорская Л.И. Нормативность правопонимания: общетеоретические аспекты (по г. Кельзену). *Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева*. 2013. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/normativnost-pravoponimaniya-obscheteoreticheskie-aspekty-po-g-kelzenu>.
11. Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. Санкт-Петербург : ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. 542 с.

Яїцька Д.І.

студентка VI курсу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ПОЛІТИЧНОЇ НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ В УКРАЇНІ

Аналіз принципу політичної неупередженості державного службовця варто почати зі змісту поняття принципу, з'ясування якого дозволить окреслити значущість розгляданого питання. О.О. Уварова пропонує розуміти принципи права як систему вимог до належної і можливої поведінки людей, які відображають визнані у суспільстві цінності і утворюють спрямовану на регулювання суспільних відносин ієрархічну єдність [1, с. 55]. З огляду на наведене загальне визначення, принципи державної служби – система вимог до інституту державної служби, поведінки державного службовця як суб'єкта виконання завдань держави. Якщо розглядати принципи державної служби в широкому сенсі, то їхнє нормативне закріплення починається з Конституції України: верховенство права, народовладдя, поділ влади, участь громадян в управлінні державними справами тощо [2]. Однак центральне місце посідають принципи державної служби, визначені Законом України «Про державну службу» від 10.12.2015 року № 889-VIII, який встановлює закритий перелік із десяти принципів, на яких повинен ґрунтуватися інститут державної служби в Україні. Серед них і принцип політичної неупередженості, що є предметом дослідження [3].

Категорія «неупередженість» зустрічається не лише в Законі, але і в інших нормативно-правових актах. Зокрема, статтею 41 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 року № 1700-VII передбачено, що особи, зазначені у пункті 1, підпункті «а» пункту 2 частини першої статті 3 цього Закону

(в тому числі державні службовці), діють неупереджено, попри приватні інтереси, особисте ставлення до будь-яких осіб, свої політичні погляди, ідеологічні, релігійні або інші особисті погляди чи переконання [4, ст. 41]. Окрім того, поняттям «неупередженість» оперує також, наприклад, Закон України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 року № 1697-VII, в якому вона є «засадою діяльності прокуратури», та низка інших актів законодавства [5, ст. 3]. Найбільш близькими до «неупередженості» за змістом є поняття об'єктивності та безсторонності, що зазвичай властиві законодавству про судоустрій та процесуальним кодексам, однак так само мають на меті сумлінне виконання окремих завдань і функцій держави з ігноруванням як зовнішнього впливу, так і особистих переконань.

Так, у широкому сенсі неупередженість передбачає здійснення діяльності в державних (публічних) інтересах із ігноруванням інтересу особистого (приватного).

Законодавець визначає політичну неупередженість як «недопущення впливу політичних поглядів на дії та рішення державного службовця, а також утримання від демонстрації свого ставлення до політичних партій, демонстрації власних політичних поглядів під час виконання посадових обов'язків» [3, ст. 4]. Отже, можна говорити про негативну природу цього принципу, тобто покладення на службовця обов'язків із утримання від певних дій задля забезпечення об'єктивного та безстороннього, аполітичного виконання державних завдань. Проте із положень статті 10 Закону України «Про державну службу» впливають

не лише негативні обов'язки. Вимоги політичної неупередженості складаються з:

1) обов'язку неупереджено виконувати законні накази (розпорядження), доручення керівників незалежно від їх партійної належності та своїх політичних переконань;

2) заборони демонструвати свої політичні погляди та вчиняти інші дії або бездіяльність, що у будь-який спосіб можуть засвідчити його особливе ставлення до політичних партій і негативно вплинути на імідж державного органу та довіру до влади або становити загрозу для конституційного ладу, територіальної цілісності і національної безпеки, для здоров'я та прав і свобод інших людей;

3) заборони:

а) для категорії «А»:

– бути членом політичної партії, обіймати посади в керівних органах політичної партії;

– суміщати державну службу із статусом депутата місцевої ради;

– залучати, використовуючи своє службове становище, державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, працівників бюджетної сфери, інших осіб до участі у передвиборній агітації, акціях та заходах, що організуються політичними партіями;

– у будь-який інший спосіб використовувати своє службове становище в політичних цілях;

б) для категорій «Б» та «В»:

– обіймати посади в керівних органах політичної партії;

– залучати, використовуючи своє службове становище, державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, працівників бюджетної сфери, інших осіб до участі у передвиборній агітації, акціях та заходах, що організуються політичними партіями;

– у будь-який інший спосіб використовувати своє службове становище в політичних цілях;

4) обов'язку в разі реєстрації державного службовця кандидатом у депутати Центральною виборчою комісією, виборчими комісіями, сформованими (утвореними) в установленому порядку, в одноденний строк письмово повідомити про це керівника державної служби;

5) організувати і брати участь у страйках та агітації [3, ст. 10].

Таким чином, політична неупередженість як принцип містить у собі не одну вимогу, а систему обов'язків та заборон, що мають виконуватися державними службовцями як при вступі на посаду, так і при проходженні служби.

Важливою особливістю є відносний характер політичної неупередженості: повний перелік заборон, визначених Законом України «Про державну службу», розповсюджується тільки на державних службовців категорії «А». Із наведених вище положень впливає можливість для категорій «Б» і «В» бути членами політичних партій і депутатами місцевих рад, проте заборона демонструвати свої політичні погляди та вчиняти інші дії або бездіяльність, що у будь-який спосіб можуть засвідчити його особливе ставлення до політичних партій і негативно вплинути на імідж державного органу та довіру до влади або становити загрозу для конституційного ладу, територіальної цілісності і національної безпеки, для здоров'я та прав і свобод інших людей стосується всіх без винятку державних службовців. У цьому контексті доречно звернутися до Закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 № 2365-III, який визначає метою діяльності політичної партії сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, участь у виборах та інших політичних заходах [6, ст. 2]. Отже, державні службовці категорій «Б» і «В» хоча й можуть бути членами політичних партій, але не мають права демонструвати власних поглядів.

Окрім політичної неупередженості, національне законодавство також використовує поняття позапартійності та політичної нейтральності, які є дотичними до терміну «політична неупередженість». Так, відповідно до пункту дев'ятого статті 6 Закону України «Про політичні партії в Україні» державні службовці у випадках, передбачених Законом України «Про державну службу», не можуть бути членами політичних партій [6, ст. 6]. Із цього положення випливає висновок про

те, що позапартійність є складником політичної неупередженості державного службовця. Згідно з нормою, закріпленою частиною першою статті 40 Закону України «Про запобігання корупції», державні службовці зобов'язані під час виконання своїх службових повноважень дотримуватися політичної нейтральності, уникати демонстрації у будь-якому вигляді власних політичних переконань або поглядів, не використовувати службові повноваження в інтересах політичних партій чи їх осередків або окремих політиків [4, ст. 40].

Заборона, встановлена останнім нормативно-правовим актом, є, по суті, аналогічною (хоча менш деталізованою) до тієї, що визначена профільним Законом. Із метою уніфікації законодавчої термінології вважаємо доцільним обрати єдиний термін для позначення аналізованої вимоги до осіб, що виконують функції держави.

В умовах євроінтеграційних процесів в Україні особливого значення набуває досвід європейських країн у сфері державного управління, в тому числі державної служби.

Наприклад, для сучасної Німеччини характерним є тісне взаємопроникнення політичної і адміністративної сфер. Відповідно до закону про публічну службу чиновники мають право брати участь у діяльності політичних партій і добиватися парламентської кар'єри. Обрані до Бундестагу чи Бундесрату продовжують отримувати значну частину своєї основної зарплати. Нині чисельність чиновників в Парламенті досягає понад 40 відсотків усього його складу. Іншими словами, чиновники в Німеччині являють собою привілейовану політичну групу. Їхня професійна компетентність і фінансова незалежність дозволяє досягати значного просування в партіях. Отже, на відміну від багатьох європейських країн, кар'єра державного службовця-чиновника в Німеччині не є альтернативою політичній кар'єрі [7, с. 48–54]. Німецька система управління державною службою не обмежує права службовців демонструвати свої політичні погляди, адже неможливо бути політичним діячем, не поширюючи ідей партії.

В Італії чітко розмежовують політичні та чиновницькі посади на державній службі. Міністри, віце-міністри, їх радники – це пости політичні, і тому вони підлягають зміні разом з урядом. Більш низькі посади – це і є службовці, які повинні бути аполітичними; їхнє становище відносно стабільне. Таким чином, в Італії державна служба і політична влада відокремлені одна від одної, хоча призначення чиновників найвищого рівня здійснюється політичним керівництвом [7, с. 100]. Німеччина та Італія демонструють доволі успішний, хоча й діаметрально протилежний досвід щодо політичної неупередженості державного службовця.

В Естонії законодавчо передбачаються обмеження прав державних службовців, які мають традиційний характер: заборона на участь у страйках, заборона на входження до складу постійно діючих керівних органів політичних партій тощо. Водночас у ряді випадків обмеження мають достатньо гнучкий характер. Ураховуючи адміністративно-правовий статус чиновників, спори на державній службі розглядаються в адміністративному суді за правилами, встановленими Адміністративно-процесуальним кодексом Естонської Республіки [7, с. 76]. Так, спосіб регулювання, обраний Естонією, є схожим до національного тим, що державному службовцю дозволяється членство в політичній партії, але забороняється входження до її керівних структур.

Дослідивши правове регулювання інституту державної служби в різних європейських державах, можемо виділити такі три підходи до політичної неупередженості службовців:

- 1) відокремлення політичних посад від посад публічної служби з обов'язковою вимогою політичної неупередженості для останніх;
- 2) єдність політичної та адміністративної сфер управління та відсутність обмежень у вигляді політичної неупередженості;
- 3) «часткова» вимога політичної неупередженості, за якої службовцям нижчого рівня дозволяється членство в політичних партіях, але забороняється входження до складу їхніх керівних органів і демонстрація своїх політичних поглядів.

Україною у чинному Законі України «Про державну службу» надано перевагу третьому підходу, однак можливість членства в політичній партії без права демонструвати політичну позицію за своїм змістом викликає сумніви. Ураховуючи сутність державної служби як публічної практичної діяльності із виконання завдань і функцій держави, вважаємо за необхідне зробити вимогу політичної неупередженості абсолютною.

Із погляду Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року № 2747-IV публічна служба включає діяльність на державних політичних посадах, у державних колегіальних органах, професійну діяльність суддів, прокурорів, військову службу, альтернативну (невійськову) службу, іншу державну службу, патронатну службу в державних органах, службу в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування (широке розуміння поняття публічної служби) [8, п.17 ч.1 ст.4]. Варто зазначити, що для деяких видів публічної служби законодавством встановлено більш жорсткі обмеження стосовно політичної неупередженості. Так, відповідно до частини першої статті 3 Закону України «Про Службу безпеки України» від 25.03.1992 року № 2229-ХІІ діяльність Служби безпеки України, її органів і співробітників ґрунтується на засадах законності, поваги до прав і гідності особи, позапартійності та відповідальності перед народом України. Стаття 6 передбачає: «Використання Служби безпеки України в партійних, групових чи особистих інтересах не допускається. Діяльність партій, рухів та інших громадських об'єднань, що мають політичні цілі, в Службі безпеки України забороняється. На період служби чи роботи за трудовим договором членство співробітників Служби безпеки України у таких об'єднаннях зупиняється. Як виняток, дозволяється членство працівників, які уклали трудовий договір із Службою безпеки України, у професійних спілках» [9, ст. 3, 6]. Згідно з положенням статті 11 Закону України «Про Збройні Сили

України» від 06.12.1991 року № 1934-ХІІ Збройні Сили України провадять свою діяльність на засаді заборони створення і діяльності організаційних структур політичних партій [10, ст. 11]. Закон України «Про прокуратуру» так само встановлює: «Прокурор не може належати до політичної партії, брати участь у політичних акціях, мітингах, страйках» [5, ч.3 ст.18]. Отже, для деяких категорій публічних службовців України вимога політичної неупередженості є абсолютною. Така диференціація правового регулювання принципів виконання завдань і функцій держави не здається виправданою. Особи, що посідають політичні посади, безпосередньо здійснюють формування державної політики, а державні службовці мають виконавчі повноваження і не повинні впливати на політичні процеси та демонструвати своє ставлення до них.

У контексті змісту принципу політичної неупередженості державної служби необхідно звернутися до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, у справі «Карапетян та інші проти Вірменії» заявники – державні службовці вищого корпусу, що обіймали керівні посади в Міністерстві закордонних справ, після президентських виборів у Вірменії 2008 року, що супроводжувалися акціями протестів опозиційних сил, зробили заяву про свою стурбованість ситуацією, що склалася у Вірменії, яка загрожує внутрішніми та зовнішніми небажаними викликами, і обурення фальсифікацією виборчого процесу, що перешкоджає волі країни та суспільства провести цивілізовані, чесні та вільні президентські вибори. Після заяви цих чотирьох посадовців їх було звільнено указами Міністра закордонних справ Вірменії. Заявники розпочали адміністративне провадження, оскаржуючи свої звільнення та прагнучі відновлення на посадах. Національними судами їм було відмовлено. ЄСПЛ зазначив про необхідність дотримання справедливого балансу між фундаментальним правом на свободу вираження поглядів та публічним інтересом із належного виконання завдань

державної служби та пропорційності звільнення заявників законній меті, що переслідується. За словами уряду, заявники у своїй заяві оцінили політичний процес, підтримали політичну лінію політичної сили та поставили під сумнів президентські вибори 2008 року, використовуючи свої імена та посади. Заявники же стверджували, що їх заява мала суворо нейтральний політичний зміст і що вона мала на меті досягти цінностей, закріплених у Конституції та міжнародних договорах, обов'язкових для Вірменії. ЄСПЛ відзначив важливість «особливого зв'язку довіри та благонадійності між державним службовцем та державою». На його думку, із метою консолідації та підтримки демократії держави можуть встановлювати конституційні механізми захисту демократії через забезпечення політичної нейтральності державної служби. Порушення статті 10 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка проголошує право на свободу вираження поглядів, ЄСПЛ визнано не було [11].

Резонансним для України є Рішення ЄСПЛ у справі «Полях та інші проти України» щодо звільнення державних службовців на підставі Закону України «Про очищення влади» 2014 року, яким було порушено презумпцію невинуватості як основоположний принцип права. Окрім того, у зв'язку з положеннями цього нормативно-правового акта державні службовці, що обіймали визначені посади, звільнялися «автоматично», тобто незалежно від того, чи були вони особисто пов'язані з недемократичною діяльністю та чи підтримували політичну позицію тогочасного уряду. Отже, державні службовці, до яких застосовується вимога політичної неупередженості, звільняються з політичних причин. ЄСПЛ було визнано порушення прав заявників та встановлено зобов'язання для України відшкодувати їм моральну шкоду [12]. Варто зазначити, що наявність рішення міжнародного судового органу є підставою для перегляду рішень національними судами загальної юрисдикції, і наразі всі державні службовці, звільнені на підставі Закону України «Про

очищення влади», мають право на звернення до судів за виключними обставинами.

Питання членства державних службовців у політичних партіях давно дискутується науковцями. С.А. Федчишин вважає заборону для державних службовців (незалежно від виду служби, категорії посади та органу влади, де громадяни проходять службу) бути членами політичних партій пріоритетним та таким, що відповідає вимогам часу, кроком [13, с. 206–209]. Л.Р. Наливайко й А.Ф. Орешкова так само вказують на проблему відсутності цієї заборони в чинному Законі та недостатність закріплення неприпустимості демонстрації політичних поглядів під час виконання державними службовцями посадових обов'язків [14, с. 41–44].

В.В. Васильківська натомість зазначає, що принцип політичної неупередженості має на меті захист державних службовців від впливу й контролю з боку політичних партій так, щоб вони могли ефективно працювати незалежно від того, яка партія приходить до влади, а також від втрати своїх посад за політичними мотивами в разі, коли одна партія змінює іншу, тобто все, що пов'язує державного службовця з політичною партією, є його особистою справою і не зачіпає державно-службової діяльності [15, с. 87–91].

Висновки. Дослідивши зміст принципу політичної неупередженості, що закладений у Закон, зарубіжний досвід правового регулювання цього питання, а також проаналізувавши погляди науковців на проблему членства державних службовців у політичних партіях, можемо дійти такого висновку. Вимога політичної неупередженості має ключове значення для правового статусу публічного службовця, адже безпосередньо впливає на виконання ним завдань і функцій держави. Національне законодавство потребує уніфікації термінології задля уникнення суперечностей у розумінні змісту політичної неупередженості, а також внесення змін із установлення абсолютної заборони членства в політичних партіях для державних службовців усіх категорій посад.

Анотація

У статті досліджується питання політичної неупередженості державного службовця в Україні. Авторкою аналізується зміст понять «принципи права», «принципи державної служби», «політична неупередженість», «політична нейтральність», «позапартійність». Політична неупередженість розглядається порівняно з іншими категоріями адміністративного права, що зустрічаються в різних нормативно-правових актах законодавства України. У статті робиться акцент на розумінні неупередженості як здійснення діяльності в державних (публічних) інтересах із ігноруванням інтересу особистого (приватного). Авторкою розглянуто позитивні та негативні обов'язки, що покладаються на державного службовця у зв'язку з вимогою політичної неупередженості Законом України «Про державну службу». Окрім того, у статті досліджується досвід зарубіжних країн (Німеччини, Італії та Естонії) із питання нормативно-правового забезпечення та реалізації принципу політичної неупередженості публічних службовців. На підставі аналізу практичних підходів інших країн авторка окреслює три підходи до формулювання засади неупередженості державного службовця в законодавстві. Україну віднесено до країн, що застосовують третій підхід – «часткової» або відносної політичної неупередженості. При цьому у статті наведено приклади абсолютної політичної неупередженості деяких категорій публічних службовців. У статті звертається увага на практику Європейського суду з прав людини як взірця для національної правової системи. Авторкою аналізуються судові рішення в справах «Карапетян та інші проти Вірменії», «Полях та інші проти України», що прямо стосуються питання політичної неупередженості публічного службовця. Вказується на обов'язковість виконання останнього зазначеного рішення проти України в частині відновлення на посаді державних службовців, що були звільнені на підставі Закону України «Про очищення влади», у разі звернення за виключними обставинами. У статті авторкою особлива увага звертається на проблематику членства державного службовця в політичній партії та наголошується на необхідності встановлення на нормативному рівні повної заборони такого членства, незалежно від категорії посади.

Ключові слова: політична неупередженість, державна служба, принципи державної служби, політична нейтральність, позапартійність, публічний інтерес, баланс інтересів, очищення влади.

Yaitska D.I. To the issue of political impartiality of civil servants in Ukraine

Summary

The scientific article examines the issue of political impartiality of civil servants in Ukraine. The author analyzes the meaning of the concepts "principles of law", "principles of civil service", "political impartiality", "political neutrality", "non-partisanship". Political impartiality is considered in comparison with other categories of administrative law found in various legal acts of Ukrainian legislation. The article emphasizes the understanding of impartiality as the implementation of activities in the state (public) interests while ignoring the interest of personal (private). The author considers the positive and negative responsibilities imposed on a civil servant in connection with the requirement of political impartiality by the Law of Ukraine "On Civil Service". In addition, the article examines the experience of foreign countries (Germany, Italy and Estonia) on the issue of legal framework and the implementation of the principle of political impartiality of public servants. Based on the analysis of practical approaches of other countries, the author outlines three approaches to formulating the principle of impartiality of civil servants in legislation. Ukraine is one of the countries that apply the third approach – "partial" or relative political impartiality. At the same time, the article gives examples of absolute political impartiality of some categories of public servants. The article draws

attention to the case law of the European Court of Human Rights as a model for the national legal system. The author analyzes the court decisions in the cases of Karapetyan and Others v. Armenia, Polyah and Others v. Ukraine, which directly address the issue of political impartiality of a public servant. It is pointed out that the latter decision is obligatory against Ukraine in terms of reinstatement of civil servants who were dismissed on the basis of the Law of Ukraine "On Purification of Power", in case of appeal due to exceptional circumstances. In the article, the author pays special attention to the issue of membership of a civil servant in a political party and emphasizes the need to establish at the regulatory level a complete ban on such membership, regardless of the category of position.

Key words: political impartiality, civil service, principles of civil service, political neutrality, non-partisanship, public interest, balance of interests, purification of power.

Список використаних джерел:

1. Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків : Друкарня МАДРИД, 2012. 196 с.
2. Конституція України: Закон України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
3. Про державну службу: Закон України № 889-VIII від 10.12.2015 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
4. Про запобігання корупції: Закон України № 1700-VII від 14.10.2014 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
5. Про прокуратуру: Закон України № 1697-VII від 14.10.2014 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
6. Про політичні партії в Україні: Закон України № 2365-III від 05.04.2001 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
7. Світові моделі державного управління: досвід для України / за заг. ред. Ю.В. Ковбасюка, С.В. Загороднюка, П.І. Крайніка, Х.М. Дейнеги. Київ : НАДУ, 2012. 612 с.
8. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України № 2747-IV від 06.07.2005 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
9. Про Службу безпеки України: Закон України № 2229-XII від 25.03.1992 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>
10. Про Збройні Сили України: Закон України № 1934-XII від 06.12.1991 року. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
11. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Карапетян та інші проти Вірменії». Офіційний сайт Європейського суду з прав людини. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168703%22%5D%7D>}.
12. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Полях та інші проти України». Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>.
13. Федчишин С.А. Питання участі державних службовців у політичній діяльності в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Випуск 2. Том 2. 2017. URL: <http://www.irbis-nbuv.gov.ua/>.
14. Наливайко Л.Р., Орешкова А.Ф. Принцип політичної неупередженості в системі державної служби / Л.Р. Наливайко, А.Ф. Орешкова. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. № 3. Т. 1. с. 41–44.
15. Васильківська В. Теоретико-правова характеристика новітніх принципів державної служби з урахуванням законодавчих перетворень. *Підприємництво, господарство і право*. Випуск 10. 2016. URL: <http://www.irbis-nbuv.gov.ua/>.

ДИНАМІКА САМОВІЛЬНОГО ЗАЛИШЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ ЧАСТИНИ АБО МІСЦЯ СЛУЖБИ В ПЕРІОД 2013–2019 РР.

Постановка проблеми. Сучасний етап розвитку України характеризується надзвичайно складною економічною, військово-політичною та соціальною ситуацією, що погіршується у зв'язку з наявністю де-факто військового протистояння на сході держави, а також відсутністю корінних реформ економічного характеру. Це змушує законодавця відповідним чином реагувати на сучасні виклики нормальному порядку функціонування та розвитку суспільних відносин. Не є винятком і сфера кримінально-правового регулювання суспільних відносин. У зв'язку з вищезазначеним до Кримінального кодексу України (далі – КК України) вноситься низка змін, особливо до статей, які стосуються кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військових кримінальних правопорушень). Це зумовлюється тим, що після початку бойових дій на сході України суттєво збільшується кількість військових кримінальних правопорушень, одним із яких є самовільне залишення військової частини або місця служби. Тож особливо актуальним постає дослідження динаміки вчинення самовільного залишення військової частини або місця служби в період із 2013 по 2019 рр. включно.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби сьогодні ще не була предметом дослідження вітчизняних науковців. Проте окремі аспекти динаміки злочинності загалом, а також кримінальних правопорушень проти несення військової служби досліджували Ю.В. Александров,

Х.Д. Алікперов, В.В. Голіна, О.М. Джужа, А.Ф. Зелінський, Ю.Ф. Іванов, О.М. Литвак, О.М. Литвинов, Ю.І. Муромцева, М.І. Фіалка.

Формулювання завдання дослідження. У статті досліджується динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби в період із 2013 по 2019 рр.

Виклад основного матеріалу. Дослідження слід розпочати з визначення поняття динаміки злочинності загалом. Категорія «динаміка злочинності» є одним із показників злочинності, під якими необхідно розуміти сукупність основних статистичних характеристик злочинності, що дають можливість здійснити кількісно-якісне вимірювання цього явища, а саме створити уявлення про її розміри, міру змінюваності, імовірність і величину майбутнього кримінального протиправного вияву, а також для розроблення предметних заходів щодо запобігання і протидії кримінально-протиправним проявам [1, с. 238]. Серед показників злочинності виділяються як кількісні, так і якісні. Динаміка злочинності належить до кількісних показників.

Погляди дослідників на поняття динаміки злочинності фактично тотожні. Так, наприклад, на думку Ю.Ф. Іванова, під динамікою злочинності необхідно розуміти показник, який безпосередньо відображає зміну її рівня та структури протягом того чи того часового періоду (року, трьох років, десяти років тощо) [2, с. 67]. Аналогічної позиції дотримується й О.М. Литвинов: динаміка злочинності – це кількісний показник злочинності, що безпосередньо відображає зміни її кількісних і якісних показників протягом певного часового про-

міжку (одного, двох, трьох, п'яти, десяти років тощо) [3, с. 59]. Ю.В. Александров вважає, що динаміка злочинності – це рух злочинності в часі в бік її зменшення, збільшення або ж стабілізації. З вищезазначеного визначення випливає, що її характеризують зміна рівня та структури злочинності в часі, тобто зміна кількісних і якісних показників злочинності на певній території за певний час [4, с. 54]. На думку В.В. Голіни, динаміка злочинності – це зміна всіх її показників загалом або їх елементів протягом певного відрізка часу [5, с. 59].

Отже, розглянувши думки дослідників щодо поняття динаміки злочинності, можемо зробити висновок, що під нею необхідно розуміти зміни її кількісних і якісних показників протягом певного часового проміжку. Тобто такі зміни стосуються кримінального правопорушення, зокрема кількості його вчинення в той чи інший проміжок часу.

Переходячи безпосередньо до аналізу динаміки самовільного залишення військової частини або місця служби, слід зазначити, що на неї впливає багато детермінант, які фактично за механізмом дії та змістом можна згрупувати у три напрями:

- правового характеру;
- соціально-демографічні;
- соціально-економічні, політичні, управлінські [6, с. 59].

Так, наприклад, причини й умови правового характеру пов'язані насамперед зі станом кримінального законодавства та правозастосовною практикою. Зокрема, розширення або звуження сфери кримінальної відповідальності, криміналізація або декриміналізація діянь неминуче впливають на рівень і структуру злочинності загалом і на кримінальне правопорушення, передбачене ст. 407 КК України. Тобто, якщо до початку бойових дій на Донбасі конструкція ст. 407 КК України не зазнавала змін, то після їх початку зміни до неї були внесені вже тричі. Така ситуація зумовлена зміною місця досліджуваного правопорушення в системі військових кримінальних правопорушень, оскільки цілком логічно, що після

початку бойових дій на Донбасі кардинально збільшується кількість кримінальних правопорушень, передбачених ст. 407 КК України.

Крім того, недоліки у правозастосовній практиці органів, які здійснюють боротьбу зі злочинністю, зокрема нереагування на випадки самовільного залишення військової частини або місця служби, також впливають на динаміку цього правопорушення [4, с. 57]. Тобто можемо констатувати, що не обліковані кримінальні правопорушення, передбачені ст. 407 КК України, не враховуються безпосередньо в динаміку цього правопорушення, а тому не відображаються в офіційній статистиці. Цей факт свідчить про високу латентність самовільного залишення військової частини або місця служби (під латентною злочинністю слід розуміти ті кримінальні правопорушення, що були вчинені, але не стали відомими правоохоронним органам, або ж стали їм відомі, проте були приховані ними від реєстрації) [7, с. 14]. На нашу думку, латентність самовільного залишення військової частини або місця служби суттєво впливає на динаміку.

Натомість демографічні зміни справляють не причинний, а функціональний вплив на злочинність загалом і на самовільне залишення військової частини або місця служби. Так, наприклад, згідно з даними перепису загальна кількість населення України у 2001 р. становила 48 млн 457 тис. осіб, серед яких чоловіків було 22 млн 441 тис. осіб (46,3% від загальної кількості населення) [8, с. 131]. Зауважимо, що минуло вже 19 років, але другого офіційного перепису ще не було проведено (його проведення планується у листопаді-грудні 2020 р.). Результати Всеукраїнського перепису населення 2020 р. стануть надійною базою для точного розуміння динаміки досліджуваного злочину, оскільки дадуть реальну інформацію про кількість населення. Проте певні напрацювання щодо перепису в Україні вже були. Так, за результатами оцінки наявного населення України, проведеного Кабінетом Міністрів України, станом на 1 грудня 2019 р. в Україні без урахування окупованих

територій і громадян, які живуть за кордоном, проживає 37 млн 289 тис. осіб [9].

Таким чином, вищезазначена статистика свідчить, що кількість населення в Україні зменшилася на понад 10 млн осіб. Ця цифра також суттєво впливає на динаміку вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 407 КК України, оскільки чим більше проживало б населення в державі, тим частіше потенційно було би вчинено відповідне кримінальне правопорушення, адже було би більше призвано осіб до строкової служби.

Проте не детермінанти правового характеру чи соціально-демографічні детермінанти, а саме соціально-економічні, політичні й управлінські здійснюють найбільш істотний, причинно зумовлений вплив на злочинність і її динаміку як у державі загалом, так і в окремих її регіонах [10, с. 119]. Тому, проаналізувавши ці детермінанти, можна спрогнозувати динаміку самовільного залишення військової частини або місця служби.

Так, наприклад, в останні роки в Україні суттєво знижується рівень життя населення, люди починають втрачати роботу. Крім того, з'явилося абсолютно нове поняття «раптова бідність», на що вплинули анексія Кримського півострова, бойові дії на Донбасі, підвищення курсу долара, підвищення цін на комунальні послуги, продукти харчування тощо [11]. Рівень заробітної плати суттєво не збільшується. Всі ці обставини змушують людей (насамперед чоловіків) шукати роботу, й одним із місць роботи, де можна одержати гідну заробітну платню, є армія, оскільки після початку неоголошеної війни на сході держави матеріальне і соціальне забезпечення військовослужбовців, як контрактників, так і службовців строкової служби, суттєво покращилося. Тому з огляду на значно більшу кількість військовослужбовців потенційно збільшується кількість можливо вчинених кримінальних правопорушень.

Так, станом на серпень 2020 р. у Збройних Силах України нараховується 246 689 осіб [12]. До початку бойових дій на Донбасі кількість

військовослужбовців становила 120 900 чоловік [13]. Можемо констатувати, що кількість військовослужбовців в Україні збільшилася вдвічі. Цей факт разом із активною фазою бойових дій у 2014–2015 рр. кардинально вплинув на динаміку кримінального правопорушення, передбаченого ст. 407 КК України.

Політичні й управлінські детермінанти меншою мірою впливають на динаміку самовільного залишення військової частини або місця служби, хоча не можна також забувати, що й досі в армії існує «дідівщина» – армійські деструктивні традиції та звички, що передаються від призову до призову та базуються на приниженні честі та гідності новоприбулих військовослужбовців старшими за віком, вислугою чи службовим становищем [14]. Чим поширеніша «дідівщина» в армії, тим більший ризик вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 407 КК України.

Щоправда, ст. 406 КК України встановлено кримінальну відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглих, яке також можна трактувати як «дідівщину», оскільки вона проявляється у формі жорстокого, нелюдського та такого, що принижує честь і гідність, поводження здебільшого у формі психологічного насильства «старших» над «молодшими», і не кожен може таке витримати. Тому це також виступає однією з детермінант самовільного залишення військової частини або місця служби.

Як зазначає О.М. Джужа, диференціація правових, соціально-демографічних і соціально-економічних, політичних, управлінських факторів впливає на статистичну криву самовільного залишення військової частини або місця служби, яка є обов'язковою для об'єктивної оцінки реальних змін у її динаміці та майбутнього прогнозу динаміки цього кримінального правопорушення. Зниження чи зростання рівня цього кримінального правопорушення відбувається внаслідок як реальних соціальних змін рівня та структури самовільного залишення військової частини

Таблиця 1

**Динаміка самовільного залишення
військової частини або місця служби**

Рік	Кількість вироків
2013	12
2014	199
2015	1 651
2016	2 178
2017	2 411
2018	2 547
2019	753

або місця служби, так і правових змін у законодавчій характеристиці кола кримінально-караних діянь, у повноті обліку, реєстрації та в інших юридичних факторах тощо [15, с. 71]. Всі ці фактори впливають на динаміку самовільного залишення військової частини або місця служби.

Досліджуючи безпосередньо статистику самовільного залишення військової частини або місця служби, на нашу думку, найбільш доречно її аналізувати із 2013 р., оскільки динаміка з 2014 р. чітко продемонструє збільшення кількості таких правопорушень. У таблиці наведено кількість вироків за ст. 407 КК України.

Висновки. Таким чином, із 2013 до 2018 рр. включно кількість вироків за ст. 407 КК України постійно зростала і тільки із 2019 р. починає знижуватися. Такі показники свідчать про те, що динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби йде на спад.

Анотація

У статті автор досліджує динаміку самовільного залишення військової частини або місця служби у період 2013–2019 рр. Обґрунтовано актуальність дослідження динаміки самовільного залишення військової частини або місця служби у зв'язку із бойовими діями на сході України.

Вивчається поняття динаміки злочинності, розкриваються її сутнісні характеристики. Визначені також основні детермінанти, які впливають на динаміку самовільного залишення військової частини або місця служби у період 2013–2019 рр.: детермінанти правового характеру; соціально-демографічні; соціально-економічні, політичні, управлінські. Зроблено висновок, що на самовільне залишення військової частини або місця служби у період 2013–2019 рр. впливають саме соціально-економічні детермінанти.

У статті уточнено, що самовільне залишення військової частини або місця служби є кримінальним правопорушенням із високим рівнем латентності, оскільки значна кількість таких випадків не обліковується і не відображається в офіційній статистиці. Зроблено висновок, що латентність самовільного залишення військової частини або місця служби суттєво впливає на динаміку.

Наведено статистичні дані про вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 407 КК України, та визначено, що із 2013 до 2018 рр. включно кількість вироків за ст. 407 КК України постійно зростала і тільки із 2019 р. починає знижуватися. Зроблено висновок, що порівняно із 2013 р. у 2018 р. було винесено у 200 разів більше вироків суду.

Ключові слова: самовільне залишення військової частини або місця служби, детермінанти, динаміка, злочинність, соціально-економічні, правові, соціально-демографічні.

Найбільше вироків за ст. 407 КК України було винесено у період 2016–2018 рр., тобто після початку бойових дій на Сході України. Все це свідчить про те, що загострення ситуації на Донбасі кардинально вплинуло на динаміку досліджуваного кримінального правопорушення, оскільки порівняно з 2013 р. кількість вироків судів за ст. 407 КК України у 2018 р. збільшилася у 200 разів.

Vysotskyi P.G. Dynamics of illegal leaving of a military unit or place of service in the period of 2013–2019

Summary

In a scientific article, the author examines the dynamics of unauthorized leaving of a military unit or place of service in the period from 2013 to 2019. The article identifies the relevance of the study of the dynamics of leaving a military unit or place of service and substantiates that this study is important primarily with a dramatic increase in the number of criminal offenses under Article 407 of the Criminal Code of Ukraine due to hostilities in eastern Ukraine.

In particular, the scientific article explores the concept of the dynamics of crime in the views of scientists, reveals its essential characteristics. The main determinants that affect the dynamics of unauthorized leaving of a military unit or place of service in the period from 2013 to 2019 are also identified. The author defines the following determinants: determinants of a legal nature; socio-demographic determinants; socio-economic, political, managerial determinants. The article concludes that the unauthorized leaving of a military unit or place of service in the period from 2013 to 2019 is influenced by socio-economic determinants.

The scientific article clarifies that leaving a military unit or place of service is a criminal offense with a fairly high level of latency, as a significant number of the above criminal offense is not accounted for and is not reflected in official statistics. As a result, the article concludes that the latency of leaving a military unit or place of service significantly affects the dynamics.

The article provides statistics on the commission of a criminal offense under Art. 407 of the Criminal Code of Ukraine and determined that from 2013 to 2018 inclusive, the number of sentences under Art. 407 of the Criminal Code of Ukraine was constantly growing. Only from 2019, the number of sentences under this article of the Criminal Code of Ukraine is reduced. As a result, it was concluded that compared to 2013, in 2018, 200 times more court verdicts were issued.

Key words: unauthorized leaving of a military unit or place of service, determinants, dynamics, crime, socio-economic, legal, socio-demographic.

Список використаних джерел:

1. Фіалка М.І. До проблеми визначення змісту терміна «кримінологічна характеристика злочинності». *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2015. № 1. С. 237–246.
2. Іванов Ю.Ф. Кримінологія : навчальний посібник. Київ : Вид. Паливода А.В., 2006. 264 с.
3. Кримінологія: питання та відповіді : навчальний посібник / за заг. ред. О.М. Литвинова. Харків : Золота миля, 2015. 324 с.
4. Александров Ю.В., Гель А.П., Семаков Г.С. Кримінологія: Курс лекцій. Київ : МАУП, 2002. 295 с.
5. Кримінологія : підручник / за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головкина. Харків : Право. 2014. 440 с.
6. Зелінський А.Ф. Кримінологія : навчальний посібник. Харків : Рубікон, 2000. 240 с.
7. Аликперов Х.Д. Понятие и причины латентной преступности / Науч.-метод. Сонет при прокуратуре АзССР; Бакинская спец. сред. школа милиции им. Н.К. Ризаева МВД СССР. Баку, 1989. 39 с.
8. Муромцева Ю.І. Демографія : навчальний посібник. Київ : Кондор, 2009. 300 с.
9. В Україні живе 37,3 мільйона осіб – оцінка уряду. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2020/01/23/7238191/> (дата звернення: 21.10.2020).
10. Литвак О.М. Держава і злочинність : монографія. Київ : Атіка, 2004. 304 с.
11. Якість життя в Україні: оцінки експертів. URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/yakist-zhittya-v-ukrayini-ocinki-ekspertiv/> (дата звернення: 21.10.2020).

12. Міноборони уточнило чисельність Збройних Сил України. URL: <https://www.ukrmilitary.com/2020/08/zsu.html> (дата звернення: 21.10.2020).
13. Воєнна історія. URL: <https://www.mil.gov.ua/ministry/istoriya.html> (дата звернення: 21.10.2020).
14. Дідур О. Ганебна дідівщина – деструктивна традиція із «совка».
15. Кримінологія : навчальний посібник / за заг. ред. О. М. Джужі. Київ : Атіка, 2010. 312 с.

УДК 343.985

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.13>

Іщенко Т.В.

*ад'юнкт кафедри криміналістики та судової медицини
Національна академія внутрішніх справ***ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ
ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА**

Постановка проблеми. Із часу криміналізації домашнього насильства в Україні кількість облікованих кримінальних правопорушень стрімко зростає, про що свідчить офіційна статистика Генеральної прокуратури України. Так, якщо минулого року за ст. 126-1 Кримінального кодексу України (далі – КК України) було обліковано 1 068 кримінальних правопорушень, то лише за 9 місяців поточного року цей показник становив 1 859 [1, 2]. Однак, незважаючи на суттєві цифри, реальний стан вчинення домашнього насильства в нашій державі є зовсім іншим. Для прикладу, за 9 місяців поточного року органами Національної поліції України виявлено 102 976 адміністративних правопорушень, передбачених ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), і 75 547 осіб, котрі їх вчинили (повторно 9 755 осіб) [3]. Оскільки, як свідчить аналіз судово-слідчої практики, сьогодні від притягнення особи до адміністративної відповідальності за вказаною статтею, якою підтверджується повторність вчинення домашнього насильства, залежить можливість початку кримінального провадження за ст. 126-1 КК України, а також з огляду на те, що досудове розслідування цього злочину здійснюється у формі приватного обвинувачення, дедалі актуальнішим стає питання щодо початку досудового розслідування кримінальних правопорушень за фактом домашнього насильства.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з особливостями початку досудового розслідування, викликали та про-

довжують викликати підвищений інтерес у дослідників. Зокрема, процесуальні аспекти початку досудового розслідування вивчали Ю.П. Аленін, В.В. Вапнярчук, Л.М. Лобойко, М.А. Погорецький та ін. Особливу увагу дослідженню питань щодо досудового розслідування у формі приватного обвинувачення приділяли І.В. Діков, С.І. Перепелиця, І.А. Тітко. Втім, оскільки «домашнє насильство» визнане національним законодавством як злочин нещодавно, питання, пов'язані саме з початком досудового розслідування домашнього насильства, не відображені в науковій літературі, а тому потребують дослідження.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є визначення особливостей початку досудового розслідування домашнього насильства. Поставлена мета передбачає розв'язання таких завдань: виявити проблемні питання, пов'язані з початком досудового розслідування злочинів, передбачених ст. 126-1 КК України, у формі приватного обвинувачення, та запропонувати шляхи їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Досудове розслідування будь-якого кримінального провадження розпочинається з моменту внесення слідчим, дізнавачем, прокурором відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Важливе значення мають приводи та підстави для його початку.

Зауважимо, що в науковому колі процесуалістів немає однозначного розуміння цих понять. Так, В.В. Вапнярчук приводом для внесення відомостей до ЄРДР (тобто до початку досудового розслідування) визна-

час передбачене законом джерело інформації, з якого слідчий, прокурор дізнаються про вчинене кримінальне правопорушення і з моменту появи якого розпочинається кримінальне провадження (кримінальні процесуальні відносини) [4, с. 334].

На думку М.А. Погорецького, таким приводом є передбачений кримінально-процесуальним законом акт вольової дії особи, адресований уповноваженим суб'єктам кримінального провадження, чи вольовий акт уповноваженого суб'єкта, спрямований на реалізацію ним своїх повноважень, що є юридичним фактом, внаслідок якого уповноважений суб'єкт кримінального провадження отримує відомості про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення та є підставами для формування у нього внутрішнього переконання про необхідність внесення таких відомостей до ЄРДР і початок досудового розслідування [5, с. 96].

Зі змісту ч. 1 ст. 214 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) можна визначити приводи та підстави початку досудового розслідування. Такими приводами є: 1) заява про вчинене кримінальне правопорушення; 2) повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення; 3) самостійне виявлення слідчим (прокурором) із будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Підстави визначені законодавцем як обставини, які можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення [6].

Початок досудового розслідування кримінального провадження, передбаченого ст. 126-1 КК України, має свої особливості. Насамперед це пов'язано з тим, що воно відповідно до ст. 477 КПК України здійснюється у формі приватного обвинувачення, тобто кримінальне провадження за ним може бути розпочато лише за заявою потерпілого. З огляду на це заява потерпілого є єдиним приводом для початку кримінального провадження за ст. 126-1 КК України.

У разі, якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, заяву може подати законний представник потерпілого. Однак залишається відкритим питання, як діяти, коли страждає від домашнього насильства повнолітня особа, в т. ч. і похилого віку, недієздатність (обмежена дієздатність) якої не була встановлена законом, і вона з тих чи інших об'єктивних причин самостійно не може подати таку заяву.

Одним зі способів вирішення цієї проблеми, за нашим переконанням, могло би стати внесення до КПК України норми, що б надавала право прокуророві розпочинати кримінальне провадження, якщо особа через свій безпорадний стан чи з інших об'єктивних причин не може самостійно захистити свої законні інтереси, яке б не підлягало закриттю у разі примирення потерпілого з підозрюваним. Схожа норма містилася у ст. 27 КПК України 1960 р.

На дієвості раніше чинного правила про правомочність прокурора розпочати кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення без заяви потерпілого за умови його безпорадного стану наголошує дослідник С.І. Перепелиця [7, с. 11], чий погляд також поділяє І.А. Тітко, котрий зазначає, що доцільно частково відродити інститут прокурорського втручання у провадження приватного обвинувачення, надавши прокурору право у виключних випадках розпочинати кримінальне провадження без отримання заяви від постраждалої особи з огляду на безпорадність стану останньої [8, с. 269].

Іншим способом вирішення проблеми щодо належного захисту інтересів постраждалих осіб, на наш погляд, стало б виключення ст. 126-1 КК України з переліку статей, за якими кримінальне провадження може бути розпочате у формі приватного обвинувачення, надавши можливість слідчому, прокурору його розпочинати не тільки за заявою постраждалої особи. У цьому аспекті варто взяти до уваги результати проведеного нами

опитування громадян, під час якого на запитання про те, чи має кримінальне провадження у разі вчинення домашнього насильства розпочинатися тільки за заявою постраждалої особи (повнолітньої), 92,7% респондентів (773 особи) повідомили, що підтримують також можливість початку кримінального провадження і за заявою родичів постраждалої особи або ж за повідомленням установ (системи освіти, охорони здоров'я тощо), котрим стало відомо про вчинення домашнього насильства, і лише 7,3% (61 особа) відповіли, що тільки за заявою постраждалої особи.

Вказану думку також підтримують опитані з цього приводу слідчі Національної поліції. Зокрема, переважна більшість респондентів вважають за доцільне виключення цього злочину з переліку ст. 477 КПК України. 39,5% слідчих підтримують можливість початку кримінального провадження і за заявою родичів постраждалої особи або ж за повідомленням органів та установ (системи освіти, опіки, охорони здоров'я, громадських правозахисних організацій, правозахисників, правоохоронних органів тощо), яким стало відомо про систематичне вчинення домашнього насильства, 33,1% – підтримують надання права слідчому, прокуророві розпочати кримінальне провадження у разі самостійного виявлення ними обставин, що можуть свідчити про систематичне вчинення домашнього насильства. Не вважають за доцільне виключення цієї статті з переліку кримінальних правопорушень, щодо яких кримінальне провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення, 37,9% респондентів, на думку яких кримінальне провадження за ст. 126-1 КК України має розпочинатися тільки за заявою постраждалої особи, та 12,9% респондентів, які підтримують необхідність надати право прокуророві розпочинати кримінальне провадження у разі, якщо особа через свій безпорадний стан чи з інших об'єктивних причин не може захистити свої законні інтереси.

Крім того, серед опитаних громадян 22% респондентів (56 осіб) однією із причин,

чому вони не зверталися до поліції у ситуації вчинення щодо них домашнього насильства, заявили про погрози та побоювання помсти з боку кривдника. Тому в таких випадках захист інтересів громадян повинна забезпечувати саме держава.

Наступним проблемним, на нашу думку, питанням є визначення підстав початку кримінального провадження, тобто виявлення обставин, які можуть свідчити про вчинення саме кримінального правопорушення, а не іншої події. Як зазначає Л.М. Лобойко, такими обставинами є ознаки кримінального правопорушення й ознаки складу такого правопорушення. Для початку досудового розслідування достатньою є мінімально необхідна кількість таких ознак: суспільна небезпечність і протиправність (ознаки правопорушення) й об'єкт і об'єктивна сторона (ознаки складу правопорушення) [9, с. 90]. Так, ми погоджуємося з думкою Л.М. Лобойка про те, що на момент отримання і вивчення первинних відомостей, попри їх можливу обмеженість, правова кваліфікація діяння має бути встановлена обов'язково. Це потрібно для визначення різновиду (галузі) юридичного процесу, у межах якого будуть встановлюватися обставини діяння в обсязі, необхідному для більш точних висновків щодо його кваліфікації [9, с. 90]. Насамперед це важливо для розслідування домашнього насильства, оскільки воно пов'язане з наявністю норм як адміністративного (ст. 173-2 КУпАП), так і кримінального законодавства (ст. 126-1 КК України), які встановлюють юридичну відповідальність за ці правопорушення, та необхідністю їх відмежування. Основною відмінністю вказаних норм є систематичність вчинення зазначених дій.

Зауважимо, що інформація про вчинення домашнього насильства до підрозділів Національної поліції України може надходити як безпосередньо від громадян, які постраждали від домашнього насильства або ж яким про це стало відомо, так і від суб'єктів, що здійснюють заходи у сфері запобігання та

протидії домашньому насильству, визначених у ст. 6 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Крім того, зазначені суб'єкти відповідно до ст. 15 вказаного Закону здійснюють взаємне інформування не пізніше однієї доби про виявлені факти домашнього насильства у випадках, передбачених цим Законом [10]. Така інформація може мати як кримінальний, так і некримінальний характер і підлягає обов'язковій реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі «Інформаційний портал Національної поліції України» (журналі єдиного обліку) (далі – ІТС ПНП, журналі ЄО).

Отже, на перший погляд, інформація некримінального характеру надалі може набути кримінального у разі встановлення систематичності протиправних дій особи. З огляду на особливість злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, досить складно на момент надходження заяви чи повідомлення про вчинення домашнього насильства визначити, до події якого характеру його слід віднести без проведення відповідної перевірки.

У науковому колі процесуалістів немає однозначної думки щодо початку досудового розслідування. Це пов'язане зі скасуванням інституту дослідчої перевірки. Зокрема, Ю.П. Аленін вважає, що будь-яка процесуальна галузь процесуального права має передбачати попередній, перевірочний, фільтраційний етап перед основним провадженням [11, с. 202]. Він зауважує, що ст. 214 КПК України не є еквівалентом стадії з перевірки заяв і повідомлень про злочини. Незважаючи на певні прогалини у правозастосуванні, пов'язані більшою мірою не із процесуальною формою, а з позапроцесуальними чинниками, вказана стадія все ж таки надавала можливість досить ефективно фільтрувати повідомлення і заяви про злочини та відділяти некримінальні події [11, с. 201].

Інші дослідники перевірку заяв чи повідомлень виділяють в окремий етап. Зокрема, І.В. Діков, досліджуючи рух заяви (повідомлення) про вчинене кримінальне правопору-

шення у формі приватного обвинувачення з моменту прийняття відповідним органом до початку досудового розслідування, визначає три етапи: 1) прийняття та реєстрацію заяви (повідомлення) про кримінальне правопорушення; 2) перевірку заяв (повідомлення), яка полягає у з'ясуванні наявності (чи відсутності) ознак злочину, передбаченого Особливою частиною КК України; 3) внесення відомостей до ЄРДР, що означає початок розслідування [12, с. 63].

О.В. Поліщук виокремлює інститут початку досудового розслідування, який розглядає як стадію кримінального процесу, що складається з таких етапів: 1) прийняття заяв, повідомлень і первинної інформації про кримінальні правопорушення; 2) реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та підготовки до проведення слідчих (розшукових) дій; 3) проведення невідкладних слідчих (розшукових) дій і вжиття інших заходів, спрямованих на підтвердження або спростування даних, що містяться в заяві або повідомленні, та збір джерел криміналістично значимої інформації; 4) внесення відомостей до ЄРДР [13, с. 129].

Ми погоджуємося з думкою М.А. Погорецького про те, що за чинним КПК України 24-годинний термін – це не перевірка заяв і повідомлень про кримінальне правопорушення, а лише внесення відповідних відомостей до ЄРДР [5, с. 101].

Із цього приводу в узагальненні Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 січня 2017 р. № 9-49/0/4-17 зазначено, що, якщо зі звернення особи вбачається, що вона порушує перед органом досудового розслідування питання про вчинення кримінального правопорушення, ініціюючи здійснення ним дій, визначених КПК України, то, навіть якщо результати аналізу наведених особою відомостей свідчать про відсутність ознак складу злочину, такі відомості мають бути внесені до ЄРДР із подальшим закриттям кримінального провадження відповідно до ст. 284 КПК України [14].

Зауважимо, що до органів Національної поліції України щоденно надходить значна кількість заяв про притягнення кривдників до юридичної відповідальності за вчинення домашнього насильства. Заявник не завжди вимагає його притягнути саме до кримінальної відповідальності, тому здебільшого рішення за такими заявами приймаються в межах КУпАП. На нашу думку, у разі звернення особи із заявою про притягнення кривдника саме до кримінальної відповідальності за вчинення домашнього насильства, передбаченого ст. 126-1 КК України, такі відомості необхідно обов'язково внести до ЄРДР і в рамках кримінального провадження здійснити їх розгляд і перевірку. Зазначене не лише забезпечить своєчасне відновлення порушених прав громадян, але й призведе до зменшення скарг на дії органів досудового розслідування щодо невнесення таких відомостей до ЄРДР. У самій заяві необхідно не лише якомога детальніше зазначити обставини вчиненого правопорушення, але й вказати про наявність попередніх фактів вчинення домашнього насильства.

Як показує вітчизняна слідча практика, часто у разі надходження заяви про притягнення кривдника до відповідальності відомості за ними до ЄРДР не вносяться, а розгляд такої заяви здійснюється в межах Закону України «Про звернення громадян» або КУпАП зазвичай дільничними офіцерами поліції. У разі встановлення в матеріалах відомостей, що вказують на вчинення кримінального правопорушення, поліцейські відповідно до вимог Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, затвердженого наказом МВС України від 08 лютого 2019 р. № 100, невідкладно рапортом доповідають про це керівникові органу (підрозділу) поліції або особі, яка виконує його обов'язки, після чого цей рапорт невідкладно реєструється в ІТС ПНП (журналі ЄО) та не пізніше 24 годин із

моменту реєстрації зібрані матеріали надсилаються до органу досудового розслідування органу (підрозділу) поліції для внесення відповідних відомостей до ЄРДР [15]. У такому разі, на нашу думку, буде самостійне ініціювання початку кримінального провадження з боку працівника поліції, що є недопустимим у справах приватного обвинувачення.

За результатами проведеного аналізу вітчизняної судової практики, а саме вироків та ухвал судів першої інстанції, внесених до Єдиного державного реєстру судових рішень із початку 2019 по вересень 2020 рр., нами встановлено, що фактично в усіх регіонах України відомості про вчинення злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, вносилися до ЄРДР за наявності попередніх фактів вчинення домашнього насильства, за які особу було притягнуто саме до адміністративної відповідальності, зазвичай у разі вчинення особою не менше трьох адміністративних правопорушень, передбачених ст. 173-2 КУпАП, за якими складено відповідні протоколи, що розглянуті судом і, відповідно, за якими винесено постанови про притягнення особи до адміністративної відповідальності. Слід зауважити, що за результатами розгляду декількох адміністративних матеріалів, об'єднаних у суді в одне провадження, могла бути винесена одна постанова суду, що не стало перешкодою для доказування систематичності домашнього насильства. Крім того, у разі винесення декількох постанов суду про притягнення до адміністративної відповідальності не всі з них до початку досудового розслідування кримінального провадження набрали законної сили.

Не менш поширеною практикою, з якою ми цілком згодні, є внесення відомостей до ЄРДР за ст. 126-1 КК України саме після вчинення останнього факту домашнього насильства, який є третім і якому передують факти притягнення особи до адміністративної відповідальності. Зауважимо, що з огляду на ч. 2 ст. 9 КУпАП адміністративна відпові-

дальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою згідно із законом кримінальної відповідальності. Таким чином, вважаємо, що притягнення особи до адміністративної відповідальності за останнім (зазвичай третім) фактом домашнього насильства не відповідає вимогам зазначеної статті, оскільки у разі доведення систематичності за наявності попередньо складених протоколів про адміністративні правопорушення слід розпочинати кримінальне провадження саме за останнім фактом, за яким особа не була притягнута до адміністративної відповідальності.

Крім того, як свідчить аналіз вітчизняної судової практики, мають місце факти вчинення відомостей про вчинення домашнього насильства без попереднього притягнення особи до адміністративної відповідальності. Яскравим прикладом цього може слугувати кримінальне провадження за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 125, ст. 126-1, ч. 2 ст. 146 КК України, яке знаходилося у провадженні слідчого відділу Новоайдарського відділу поліції Головного управління Національної поліції в Луганській області. У вказаному кримінальному провадженні встановлено, що особа в період із 20 по 27 червня 2019 р., приблизно 24, 25, 26, 27 червня 2019 р. систематично вчиняла щодо малолітнього пасинка, з яким перебувала у сімейних відносинах і проживала в одному будинку, домашнє насильство [16].

За результатами проведеного нами анкетування серед слідчих Національної поліції України встановлено, що 35,5% опитаних вважають, що кримінальне провадження за ст. 126-1 КК України може бути розпочато за наявності не менше трьох фактів звернення постраждалої особи до поліції щодо протиправних дій кривдника, за які особу не було притягнуто до відповідальності; 32,3% – що за наявності попередніх фактів притягнення особи як до адміністративної (за ст. 173-2 КУпАП), так і кримінальної (напри-

клад, за ст. 125, 126, 122, 121 КК України щодо одного й того самого потерпілого) відповідальності; 28,2% – у разі обов'язкового винесення судом не менше трьох постанов за ст. 173-2 КУпАП, що набрали законної сили; 12,1% – у разі обов'язкового винесення судом не менше двох-трьох постанов за ст. 173-2 КУпАП та останнього факту домашнього насильства, за яким не складався протокол про адміністративне правопорушення за вказаною статтею; лише 10,5% – у разі обов'язкового винесення судом не менше трьох постанов за ст. 173-2 КУпАП незалежно від того, чи набрали вони законної сили.

На наш погляд, кримінальне провадження за ст. 126-1 КК України повинно розпочинатися за наявності щонайменше двох попередніх фактів, за які особу притягнуто до юридичної відповідальності (адміністративної та / або кримінальної) та останнього факту, за яким особу не було притягнуто до відповідальності.

Щодо приводів для початку досудового розслідування домашнього насильства, то вважаємо, що для кримінальних проваджень цієї категорії їх слід розширити і до заяви потерпілого додати такі джерела інформації, як: заяви / повідомлення родичів постраждалої особи, повідомлення органів та установ, котрим стало відомо про систематичне вчинення домашнього насильства, а також самостійне виявлення слідчим, прокурором або іншою посадовою особою органу поліції обставин, що можуть свідчити про його систематичне вчинення. Необхідно виключити ст. 126-1 КК України із переліку кримінальних правопорушень, за якими кримінальне провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення. Більш того, виявлення фактів домашнього насильства та своєчасне реагування на них належить до повноважень уповноважених підрозділів органів Національної поліції України у сфері запобігання та протидії домашньому насильству відповідно до ст. 10 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» [10].

Проведене дослідження дозволяє сформулювати такі **висновки**:

1. З метою належного захисту інтересів постраждалих осіб від домашнього насильства вважаємо за необхідне виключити ст. 126-1 КК України з переліку кримінальних правопорушень, за якими кримінальне провадження може бути розпочате у формі приватного обвинувачення.

2. Досудове розслідування за ст. 126-1 КК України повинно розпочинатися за наявності

щонайменше двох попередніх фактів домашнього насильства, за які особу притягнуто до юридичної відповідальності (адміністративної та / або кримінальної) та останнього випадку, за яким особу не було притягнуто до відповідальності.

Подальші перспективи майбутніх наукових розвідок вбачаємо у більш детальному вивченні особливостей початку досудового розслідування злочинів, передбачених ст. 126-1 КК України.

Анотація

У статті досліджено актуальні питання щодо особливостей початку досудового розслідування кримінального провадження, передбаченого ст. 126-1 Кримінального кодексу України (домашнє насильство). Встановлено, що воно відповідно до ст. 477 Кримінального процесуального кодексу України здійснюється у формі приватного обвинувачення, а єдиним приводом для початку кримінального провадження є заява потерпілого.

Визначено та проаналізовано проблемні питання, пов'язані з початком досудового розслідування домашнього насильства, наведено шляхи їх вирішення. Запропоновано надати прокуророві право розпочинати кримінальне провадження за ст. 126-1 Кримінального кодексу України у випадку, якщо особа через свій безпорадний стан або з інших об'єктивних причин не може самостійно захистити свої законні інтереси. Крім того, доведено необхідність виключення ст. 126-1 Кримінального кодексу України з переліку кримінальних правопорушень, за якими кримінальне провадження може бути розпочато у формі приватного обвинувачення. Підкреслено важливість розширення приводів для початку досудового розслідування домашнього насильства.

Встановлено, що одним із проблемних питань є визначення підстав початку кримінального провадження. На основі узагальнення вітчизняної судової практики, а саме вироків та ухвал судів першої інстанції, а також результатів проведеного анкетування слідчих Національної поліції України пропонується досудове розслідування за ст. 126-1 Кримінального кодексу України розпочинати за наявності щонайменше двох попередніх фактів домашнього насильства, за які особу притягнуто до юридичної відповідальності (адміністративної та / або кримінальної), та останнього випадку, за яким особу не було притягнуто до відповідальності.

Ключові слова: домашнє насильство, досудове розслідування, кримінальне правопорушення, кримінальне провадження, привід, підстава.

Ishchenko T.V. Peculiarities of the initiation of the pre-trial investigation into domestic violence

Summary

The article examines current issues regarding the peculiarities of the initiation of the pre-trial investigation of criminal proceedings provided for in Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine (domestic violence). It was established that in accordance with Article 477 of the Criminal Procedural Code of Ukraine it is carried out in the form of a private prosecution and the only cause for initiating criminal proceedings is the statement of the victim.

The problematic issues related to the initiation of the pre-trial investigation into domestic violence have been defined and analyzed, and ways to solve them have been suggested. It was proposed to

provide the prosecutor with the right to initiate criminal proceedings under Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine if a person, due to their helpless state or for other objective reasons, cannot independently protect their legitimate interests. In addition, the necessity to exclude Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine from the list of criminal offenses for which criminal proceedings may be initiated in the form of a private prosecution has been proved. The importance of expanding the grounds for initiating a pre-trial investigation into domestic violence was emphasized.

It was established that one of the problematic issues is to determine the grounds for initiating criminal proceedings. Based on the generalization of domestic jurisprudence, namely the verdicts and rulings of the courts of first judgment, as well as the results of a survey of investigators of the National Police of Ukraine, it is proposed to initiate a pre-trial investigation under Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine in the presence of at least two previous facts of domestic violence, for which the person was brought to legal responsibility (administrative and / or criminal) and the last case, for which the person was not brought to justice.

Key words: domestic violence, pre-trial investigation, criminal offense, criminal proceedings, cause, ground.

Список використаних джерел:

1. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за грудень 2019 р. *Генеральна прокуратура України*. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113897&libid=100820&c=edit&_c=fo.
2. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за вересень 2020 р. *Генеральна прокуратура України*. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820&c=edit&_c=fo.
3. Звіт про стан застосування адміністративного законодавства органами Національної поліції України за 9 місяців 2020 р. (форма № 1-АП). *Єдиний державний веб-портал відкритих даних*. URL: <https://data.gov.ua/dataset/207f2c6d-998f-4a15-91de-f7e5259beaf7/resource/6906f6ff-af7e-4a7b-90b9-883875b4ef32>.
4. Кримінальний процес : підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін. Харків, 2013. 824 с.
5. Погорецький М.А. Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 93–103.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
7. Перепелиця С.І. Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2014. 19 с.
8. Тітко І.А. Проблемні питання захисту інтересів постраждалих, стан яких унеможливорює (ускладнює) самостійну ініціацію кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 2. С. 267–271.
9. Лобойко Л.М. Актуальні проблеми визначення підстав і моменту початку досудового розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 87–92.
10. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 07 грудня 2017 р. № 2229-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19#Text>.
11. Аленін Ю.П. Початок досудового розслідування за КПК України 2012 р. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 198–203.
12. Діков І.В. Особливості кримінального провадження у формі приватного обвинувачення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Ірпінь, 2016.

13. Поліщук О.В. До питання визначення етапів початку досудового розслідування. *Південно-український правничий часопис*. 2017. № 2. С. 125–129.
14. Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 січня 2017 р. № 9-49/0/4-17. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00212.html.
15. Порядок ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події: наказ МВС України від 08 лютого 2019 р. № 100. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0223-19#Text>.
16. Вирок Новоайдарського районного суду Луганської області від 22 листопада 2019 р. Справа № 419/2356/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85826638>.

УДК 341.1/8

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.14>**Бобріченко В.В.***студентка III курсу юридичного факультету
Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара***НОРМИ-ЗВИЧАЇ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ**

Постановка проблеми. Вивченню звичаю як джерела міжнародного права присвячено багато наукових досліджень як в українській науці, так і у світовій, але це питання залишається спірним і не зрозумілим із деяких позицій. Більшість науковців досліджують окремі питання, не надаючи повної характеристики звичаю, описують окремі аспекти цього явища, через що неможливо зробити загальний висновок про те, чим воно є. Тому ми спробуємо узагальнити відомості про міжнародний правовий звичай.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Оскільки звичай – один із двох джерел міжнародного права, його вивченню приділяється багато уваги. Ця тема досліджувалася такими науковцями, як М. Соеренсен, М.Г. Мендельсон, Р. Муллерсон, Ю.С. Шемшученко, О. Київець, М.Г. Косогубова. Досі думки вчених розділяються: одні вважають, що звичай є повноцінним джерелом міжнародного публічного права, і без нього воно не буде відображатися повністю, інші – що через складність процедури надання юридичної сили звичаю та її відмінність від прийняття закону можна було б і позбавити його такого статусу, що зробить міжнародне публічне право більш кодифікованим.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є дослідження звичаю як правової категорії, його порівняння з узвичаєнням і наведення прикладів для кращого розуміння суті цих понять, а також узагальнення відомостей про міжнародний правовий звичай, що дасть можливість краще зрозуміти суть цієї категорії.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні виділяють два основні джерела міжнародного публічного права: 1) звичай, 2) міжнародний договір. Складність вивчення звичаю як джерела міжнародного права полягає у тому, що він: 1) є результатом неформального або навіть незвичного процесу творення права, а отже, відсутня точність, притаманна стадіям появи закону; 2) відсутність конкретної матеріальної бази – держави рідко складають збірники зі звичаями, якими вони користуються; 3) процес творення міжнародних звичаєвих норм є постійним явищем, бо з розвитком суспільства виникають і нові звичаї, які роблять процес застосування права простішим. Звичаєве право творять не тільки держави, а й міжнародні організації, нації та національності, котрі борються за свою незалежність, і багато інших суб'єктів міжнародного права у будь-якій формі взаємодії між собою (будь-то конференція з укладення договору або нарада), які у разі встановлення нових взаємовідносин можуть створювати і нові правила поведінки, поки що не врегульовані законом.

У ст. 38 Статуту Міжнародного суду міститься, на нашу думку, основоположна теза, за якою Суд, зобов'язаний вирішувати передані йому спори на основі міжнародного права, використовує, окрім міжнародних конвенцій, загальних принципів права, судових рішень і доктрин найбільш кваліфікованих спеціалістів, також і *міжнародний звичай* [1]. Таким чином, у нормативно-правовому акті визнається, що звичай є офіційним джерелом міжнародного права. Щодо самого поняття міжнародного звичаю, то, по-перше, *звичай* –

це загальноприйняте правило поведінки, яке склалося протягом тривалого часу шляхом багаторазового повторення, по-друге, *міжнародний звичай* – загальна практика, визнана законом [1]. Цікавим, на наш погляд, є визначення Мендельсона, що *норма міжнародного звичаєвого права* – це норма, яка створюється і підтримується постійною й одноманітною практикою держав та інших суб'єктів міжнародного права, посягаючи на їхні міжнародно-правові відносини, за обставин, які дають законні підстави для очікування такої поведінки у майбутньому [3, с. 8].

Звичай не може стати правовою нормою тільки тому, що він застосовується на практиці протягом тривалого часу. Для будь-якого звичаю, щоб він мав юридичну силу, необхідне надання суб'єктом міжнародного права такої сили (наприклад, визнання акта, у якому він закріплений, або комплексу актів). Міжнародний Суд ООН у справі про континентальний шельф Північного моря виклав дві основні ознаки, що мають бути притаманні звичаю для надання йому статусу юридичної норми та можливості застосування у міжнародній практиці. До них належать *об'єктивний* і *суб'єктивний* елемент. Так, об'єктивний елемент полягає в існуванні практики (застосування цього звичаю державами): 1. Має бути застосування звичаю не однією державою, а декількома, особливо тими, чий інтерес у справі були порушені (загальна прийнятність державами). 2. Фактичне використання звичаю послідовно, однаково та рівномірно. Як зазначають науковці Лондонської конференції: «У визначенні Міжнародного Суду ООН немає конкретних вимог часу: це все питання накопичення практики достатньої щільності з погляду однорідності, обсягу та репрезентативності. Деякі звичаєві правила виникли досить швидко: наприклад, суверенітет над повітряним простором і режим континентального шельфу, оскільки значна та репрезентативна кількість державної практики зростала швидко у відповідь на нову ситуацію» [3, с. 20]. Та деяким правилам, аби стати загальноновизнаними,

потрібен певний проміжок часу, наприклад, як це було із принципом суверенної рівності та невтручання – спочатку він був привілеєм лише «сильних» держав, а у сучасному світі на ньому базуються всі міжнародно-правові відносини. Суб'єктивний елемент полягає у можливості застосування звичаю як закону, його ще часто пов'язують з *opinio juris*. Міжнародний Суд ООН у справі Нікарагуа проти США дав визначення поняттю *opinio juris*: «Для формування нового звичаєвого правила не тільки відповідні акти мають «складати усталену практику», але вони мають супроводжуватися *opinio juris sive necessitatis*. Будь-які держави, які використовують такі дії, або інші держави, здатні на них відреагувати, повинні поводитися так, щоб їхня поведінка була доказом переконання, що практика (використання звичаю) стає обов'язковою завдяки існуванню норми права, яка цього вимагає. Суб'єктивний елемент має на увазі саме поняття *opinio juris sive necessitatis*». Якщо простіше, то будь-яка держава (точніше їх сукупність) використовує звичай так, ніби він уже є законом.

То що ж вважається практикою держави, тобто які дії держави можна вважати підтвердженням важливості звичаю і наявності державної практики? Як зазначається у Звіті Лондонської конференції 2000 р., виділяють вербальні та фактичні дії. Хоча декотрі вважають, що усні заяви – це «пусті балачки», але саме вони є найбільш поширеним видом державної практики та застосовуються частіше, аніж дії. Усними заявами можуть бути: дипломатичні заяви (в т. ч. протести), політичні заяви, офіційні посібники (наприклад, із питань військового законодавства), інструкції для збройних сил, прохання перед міжнародним трибуналом, заяви в міжнародних організаціях і акти, які вони потім приймають. Фізичні акти поведінки, наприклад, арешт людини / корабля або заволодіння майном, є дуже рідкісним явищем державної практики та можуть порушувати багато міжнародних норм. Тому автори наголошують,

що немає причини, аби не визнавати усні акти видом державної практики [3], але усні заяви мають відповідати певним критеріям: наприклад, вони повинні бути публічними (мають бути висловлені хоча б в одній іншій країні). До державної практики також відносять: 1) утримання від певних дій, тому що навіть така поведінка свідчить про позицію держави та характеризує її як суб'єкта міжнародного права; 2) поведінку осіб, котрі представляють державу, бо вони є частиною державного апарату, і їхня поведінка деякою мірою відображає ставлення держави до подій на світовій арені; 3) діяльність органів виконавчої, законодавчої та судової влади. У виконавчій владі переговори не завжди веде міністр закордонних справ, у них можуть брати участь і інші органи цієї гілки влади, наприклад, міністерство фінансів. Законодавча влада за допомогою законів, які вона приймає, та інших нормативно-правових актів також висловлює позицію держави (закони не беруться нізвідки, вони базуються на суспільних відносинах, а відповідають вони їм чи ні – це вже інше питання). Ця гілка влади нерідко відіграє вирішальну роль у питаннях війни та миру, укладення договорів та ін. Наприклад, одним із повноважень Верховної Ради України є «оголошення за поданням Президента України стану війни й укладення миру, схвалення рішення Президента України про використання Збройних Сил України та інших військових формувань у разі збройної агресії проти України» [8, п. 9 ст. 85]. Стосовно судової гілки влади, то здебільшого її рішення конкретизують, а в тих країнах, де існує судовий прецедент, – ще й удосконалюють норми державного законодавства. В Україні, перш ніж певний міжнародний договір буде ратифікований, він має бути поданий до Конституційного Суду України з метою перевірки його на відповідність Конституції України. Якщо він виявиться відповідним Конституції, то може бути ратифікований, а якщо ні – то лише після внесення відповідних змін до неї. Так, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Консти-

туційний Суд України» КСУ надає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість [10]. Позиції цих трьох гілок влади нерідко суперечать одна одній, тому у міжнародному співтоваристві приділяється більша увага виконавчій владі, адже її представником є міністр закордонних справ.

Виникнення нового міжнародно-правового звичаю, який згодом стає правилом, часто займає багато часу. Прикладом може бути практика США, коли у 1945 р. американський президент Гаррі Трумен у своїй прокламації проголосив «юрисдикцію і контроль» над континентальним шельфом біля США. Його приклад перейняли пізніше й інші країни, наприклад, Велика Британія, Аргентина, котрі проголошували поширення свого суверенітету вже не тільки на континентальний шельф, а й на води, які над ним знаходяться (їх ще називають «спіконтинентальним морем») [11, с. 700]. З цього можна зробити висновок: спершу певна держава вчиняє дію, що видається іншим цілком доцільною у певній ситуації, а потім інші держави у відповідь вчиняють таку саму дію (можливо, навіть із доповненнями), яка потім перетворюється на практику і надалі – на міжнародно-правовий звичай.

Насправді у міжнародному публічному праві дуже багато норм-звичаїв, існують навіть такі звичаї, які не мають юридичного закріплення, але порушення яких вважається поганим тоном. Макс Соеренсен навів достатньо цікаве твердження стосовно цього: нікого ж не дивує, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права [4]. Але цей приклад є швидше узвичаєнням, ніж правовим звичаєм. Узвичаєння – це правило поведінки, яке може бути застосоване для регулювання певних суспільних відносин, але за порушення якого не передбачено відповідальності.

Прикладом звичаю, що потім став правовою нормою, може бути дипломатичний імунітет. Так, ще у стародавньому світі було щось схоже на сучасні дипломатичні імунітети та привілеї, причому імунітет походить із норм-звичаїв, а привілеї – із правил ввічливості. Вже у стародавніх країнах формувалися правила прийому послів з інших країн, гарантувалася їхня недоторканість, але вперше норми посольського права як кодифікація норм звичаїв і не тільки були розроблені 19 березня 1815 р. на Віденському конгресі (було прийнято Регламент про ранги дипломатичних представників). У Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. було розподілено імунітети та привілеї дипломатичного представника як особи й окремо – як органу держави [5].

До звичаєвого права можна віднести більшість норм міжнародного гуманітарного права, з метою кодифікації яких Міжнародний комітет Червоного Хреста у 1996 р. провів широкомасштабне «Дослідження звичаєвого міжнародного гуманітарного права», внаслідок чого видав дві книжки: «Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми» (I том) і «Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Практика» (II том). На нашу думку, доцільно було б навести такі норми гуманітарного права, які по суті були звичаями: це і статут журналістів, і методи ведення війни, і розрізнення цивільних осіб і комбатантів, і запобіжні заходи під час здійснення нападу, і медичний і духовний персонал на війні та ін. [6].

Як приклад можна навести також договір купівлі-продажу у торговому міжнародному праві, адже люди здійснювали такий обмін речами не тому, що це було прописано в законі, а тому, що це було зручно. Вже після цього з'явилася норма, яка оформила договір купівлі-продажу як один із можливих видів угоди.

Для кодифікації, узагальнення і розвитку міжнародного звичаєвого права (та й права взагалі) була створена Комісія міжнародного права при ООН, яка і визначає, чи може звичай стати правовим. У відомій справі про кон-

тинентальний шельф Міжнародний Суд ООН посилався саме на те, що принцип рівновіддаленості не може бути визнаний правовим, оскільки Комісія міжнародного права нічого про це не зазначила і навіть не визнала його таким, що формується як правовий звичай.

Не кожен звичай обов'язково стане правовою нормою – у такого звичаю повинно бути *opinion juris*, тому ми наведемо декілька прикладів, коли звичай не став нормою права (їх ще називають узвичаєннями, або соціальними нормами права). До речі, узвичаєння – це звичаєві норми, які перебувають на першому етапі їх становлення як правової норми (другий етап – *opinion juris*).

Першим прикладом може бути вже згадана справа про континентальний шельф, так, Міжнародний Суд ООН зазначив: «Принцип рівного відстояння, як він сформульований у ст. 6 Женевської конвенції 1958 р., не був представлений Комісією міжнародного права як норма звичаєвого права, що формується. Не можна стверджувати, ніби в цій статті відображається або уточнюється ця норма. Це підтверджується тим фактом, що при підписанні, ратифікації або приєднанні до Конвенції будь-яка держава може зробити застереження <...> чого не допускають ст. 1–3. <...> Ст. 6 прямо стосується прав на континентальний шельф як такий, і, оскільки вона не виключена зі сфери дії права на застереження, можна зробити закономірний висновок, що вона не розглядається як частина загального звичаєвого права, яке створюється» [7].

Наступним прикладом може послугувати право учасників (наприклад, міжнародної організації) при голосуванні утриматися від прийняття рішення. І це не означає, що за таких обставин голоси інших учасників будуть знехтувані або його притягнуть до відповідальності, – ні, таким чином він висловлює свою позицію.

Висновки. Про норми-звичаї у сучасному міжнародному праві можна сказати, що більше їх там, де розвиток права не встигає за розвитком самих суспільних відносин.

Поки приймуть правову норму, ці відносини вже перестануть існувати, тож на допомогу приходять норми-звичаї, які не тільки відповідають часу, але й дають змогу регулювати відносини у найкращий спосіб (це як прокласти дорогу там, де вона вже витоплана людьми, а не там, де ніхто не ходить). На нашу думку, є виправданим статус звичаю як джерела міжнародного права, адже майже вся історія людства будувалася саме на звичаях, і право не є винятком. Деякі науковці вважа-

ють, що звичай приймається хаотичним шляхом, і незрозуміло, яким із них користуватися. Проте в міжнародному праві, на нашу думку, є достатньо дієвий механізм, котрий забезпечує ясність у цьому процесі: є дві чіткі ознаки звичаю, а також Комісія міжнародного права, яка визнає можливість використовувати звичай (навіть якщо він тільки формується) у вигляді правової норми, адже, як сказав Едмунд Гуссерль: «Весь сукупний культурний світ у всіх його формах прийшов із традиції» [8].

Анотація

У статті досліджено наявні у зарубіжній та українській науковій літературі підходи до розуміння поняття міжнародно-правового звичаю, визначено причини складності його вивчення та проаналізовано поняття «узвичаєння». Основну увагу у статті приділено аналізу зарубіжних матеріалів, наприклад, Лондонської конференції, статутних документів ООН, практики Міжнародного Суду ООН. Метою статті був розгляд міжнародного звичаю на основі праць інших науковців та авторського бачення цього поняття з відповідними аспектами (тобто його двома основними ознаками). Також з'ясовано, якою має бути практика держави, щоб надалі можна було створити правовий звичай і т. п. Підсумовано, що звичаєве право – це не нетрі, якими їх уявляє більшість, а механізована система із прийняття і визнання певного звичаю як норми права, з відповідними уповноваженими суб'єктами для визначення його долі. Зроблено висновок, що статус звичаю як джерела міжнародного права є виправданим, тому що майже вся історія людства будувалася на звичаях, і право не є винятком, що підтверджується прикладами, наведеними у статті. Згадано Комісію міжнародного права, міжнародне гуманітарне право, справу про континентальний шельф Північного моря, дипломатичний імунітет і багато іншого, що дає загальне уявлення про систему міжнародного звичаєвого права. Також детально проаналізовано дві основні ознаки звичаю, наведено приклади з міжнародної практики для міжнародно-правового звичаю та для узвичаєння.

Ключові слова: міжнародний звичай, узвичаєння, міжнародне звичаєве право.

Bobrichenko V.V. Norms-customs in modern international public law

Summary

This article is dedicated to the concept of “international custom”, which is exist both in Ukrainian and foreign scientific literature, identifying the reasons of the complexity of its study, and referring the concept of “custom”, to increase awareness of this subject. Most of the research is based on foreign materials, such as the London Conference, statutory documents of the UN, the case law of the International Court of Justice and etc. The purpose of this study is to find out different visions of this term by modern scientists, and as a consequence there is provided author’s vision of the general picture of this concept with the corresponding aspects (there are given two basic sings of international custom and it is clarified what the kind of state practice should be to create a legal custom in the future, etc). Also it was found out that customary law is not a slum, as it is represented by the majority of scholars, but it is a sufficiently mechanized system, with the adoption and recognition of a custom as a rule of law, with the appropriate authorities to determine its fate. It is concluded that international custom is justifiably considered as a source of international law, because most of the human history has been based on customs and law is no exception and it is confirmed by the examples given in the

article from history. In the study they refer to the Commission on International Law, international humanitarian law, the North Sea continental shelf case, diplomatic immunity and much more, which provides a general idea of the system of customary international law. Also two main features of the custom law have been close analyzed. In research they provide two examples from international practice, which involve the international legal custom and two of custom (social custom).

Key words: international custom, social custom, international customary law.

Список використаних джерел:

1. Статут ООН та Статут Міжнародного Суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#o544 (дата звернення 29.10.2020)/
2. Customary international law as a Source of Law. URL: <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2011/04/21/lesson-2-2-customary-international-law-as-a-source-of-law/>
3. International Law Association, London Conference, Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). URL: <https://perma.cc/5CJ8-UTR2> [hereinafter ILA Final Report].
4. Soerensen M. Cours general sur principes de droit international public. Academie de Droit International, 1960. P. 37.
5. Фалалеева Л.Г, Мараховський В.В. Дипломатичні імунітети: принципи, норми, практика застосування. *Вісник Академії адвокатури України*. 2009. № 1 (14). URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vaau_2009_1_31.pdf.
6. Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. *Український часопис міжнародного права*. 2006. № 2. URL: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/ukr-irrc_857_henckaerts.pdf.
7. Кийнець О. *Opinio juris* як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика міжнародного суду. URL: <http://www.pravnuk.info/urukrain/1573-opinio-juris-yak-kvalifikuyucha-oznaka-mizhnarodnogo-zvichayu-praktika-mizhnarodnogo-sudu-oon.html>.
8. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення 29.10. 2020).
9. Цікаві вислови про «традиції». URL: <https://rivne1.tv/news/72099-tsikavi-vislovi-pro-traditsii>.
10. Закон України «Про Конституційний Суд України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення 29.10.2020).
11. Притула А.М. Історичний нарис про економічні зони. *Актуальні проблеми держави і права*. С. 699–706. URL: <http://www.apdp.in.ua/v22/129.pdf>.

ПРАВОВІ НОВЕЛИ

№ 12/2020

Науковий юридичний журнал

Коректура: *Рослюк С.В.*

Верстка: *Калабухова С.Ю.*

Формат 60x84/8. Гарнітура Times New Roman.
Папір офсет. Цифровий друк. Ум.-друк. арк. 12,55.
Замов. № 1220/367. Наклад 300 прим.

Видавничий дім «Гельветика»
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а
Телефон +38 (0552) 39 95 80
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.