

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА
імені В. М. КОРЕЦЬКОГО
НАН УКРАЇНИ

Держава і право

ЗБІРНИК
НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Серія ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 84



Київ
Видавництво «Юридична думка»
2019



*Затверджено до друку
та рекомендовано до поширення
через мережу Інтернет
Вченою радою Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(протокол № 7 від 27 червня 2019 р.)*

**Збірник затверджено Міністерством освіти і науки України
як наукове фахове видання, в якому можуть публікуватися результати
дисертаційних досліджень**

**Збірник включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus international (Варшава, Польща).**

Статті збірника прирівнюються до публікацій у зарубіжних фахових виданнях

Редакційна колегія

Шемшученко Ю. С. – доктор юридичних наук, академік НАН України (голова редакції); **Кресіна І. О.** – доктор політичних наук (головний редактор); **Акуленко В. І.** – доктор юридичних наук; **Андрійко О. Ф.** – доктор юридичних наук; **Антонов В. О.** – доктор юридичних наук; **Батанов О. В.** – доктор юридичних наук; **Батлер Уільям Елліот** – доктор юридичних наук, іноземний член НАН України (США); **Денисов В. Н.** – доктор юридичних наук; **Кваша О. О.** – доктор юридичних наук; **Костенко О. М.** – доктор юридичних наук; **Кресін О. В.** – доктор юридичних наук; **Кубко Є. Б.** – доктор юридичних наук; **Кулинич П. Ф.** – доктор юридичних наук; **Малишева Н. Р.** – доктор юридичних наук; **Нагребельний В. П.** – кандидат юридичних наук; **Оніщенко Н. М.** – доктор юридичних наук; **Пархоменко Н. М.** – доктор юридичних наук; **Сіренко В. Ф.** – доктор юридичних наук, член-кореспондент НАН України; **Скрипнюк О. В.** – доктор юридичних наук; **Теплюк М. О.** – доктор юридичних наук; **Тимченко Г. П.** – доктор юридичних наук; **Усенко І. Б.** – кандидат юридичних наук; **Хуторян Н. М.** – доктор юридичних наук; **Юшик О. І.** – доктор юридичних наук.

Держава і право: Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. Випуск 84 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2019. 188 с.

У збірнику висвітлюються актуальні питання теорії та історії держави і права, порівняльного правознавства, державного управління, адміністративного, конституційного, міжнародного, цивільного і підприємницького, аграрного та екологічного права, кримінології, кримінального і кримінально-процесуального права.

Видання розраховане на науковців, викладачів, аспірантів і студентів, усіх, хто прагне отримати знання з юридичних наук.

Адреса редакції

01601, Київ, вул. Трьохсвятительська, 4, к. 211
Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України
тел. 279-73-96, факс 278-54-74

© Інститут держави і права
імені В. М. Корецького НАН України, 2019
© Видавництво «Юридична думка», 2019

ISSN 1563-3349

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.12

О. С. КАЛЬЯН
О. І. МИСАК

ГЕНЕЗА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ВИДУ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Аналізуються виникнення, становлення, розвиток міжнародно-правової відповідальності як одного із видів юридичної відповідальності. Проаналізовано спільне та відмінне у процесах формування права як виду соціальних норм та міжнародного права як особливого правового феномена. Досліджуються метаморфози міжнародно-правової відповідальності як складної правової конструкції та одного з видів юридичної відповідальності. Висловлюється думка, що одним з найбільш важливих питань, які останнім часом досліджуються у доктрині загальної теорії держави і права, є питання міжнародно-правової відповідальності. Якщо у минулому цей правовий феномен досліджувався переважно у працях, присвячених міжнародному праву, то нині ця проблематика привертає увагу дослідників і галузі загальної теорії права.

Ключові слова: *гене́за, право, міжнародне право, юридична відповідальність, міжнародно-правова відповідальність.*

© *КАЛЬЯН Олександр Сергійович* – кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри підприємництва та права Полтавської державної аграрної академії

© *МИСАК Олена Ігорівна* – старший викладач кафедри правознавства Вінницького інституту Університету «Україна»

Kalian Oleksandr, Mysak Olena. Genesis of international legal responsibility as a form of legal responsibility

The article analyzes the emergence, formation, and the development of the international legal responsibility as one of the types of legal responsibility. The common and different processes in the formation of law as a form of social norms and international law as a special legal phenomenon are analyzed. The metamorphosis of international legal responsibility as a complex legal structure and one of the types of legal responsibility is researched. It is suggested that one of the most important contemporary issues that has recently been studied in the doctrine of the general theory of state and law is the question of international legal responsibility. It is suggested that one of the most important contemporary issues that has recently been studied in the doctrine of the general theory of state and law is the question of international legal responsibility. If in the past this legal phenomenon was investigated mainly in works devoted to international law, then the problem now attracts the attention of the general theory of law.

Key words: *genesis, law, international law, legal responsibility, international legal responsibility.*

Сусідня країна, яка за міжнародними угодами зобов'язувалась визнавати територіальну цілісність нашої держави, перетворилася на агресора. Дії Російської Федерації проти України суперечать нормам національного права, а також, підривають підвалини міжнародного права. Наразі, ефективним інструментом для комплексного вирішення згаданих проблем має стати можливість притягнення держави-агресора до міжнародно-правової відповідальності.

Дослідження проблем міжнародно-правової відповідальності, зумовлена тим, що загальносвітові процеси інтеграції та глобалізації вимагають удосконалення правового забезпечення в усіх сферах суспільних відносин, є необхідною умовою для з'ясування й вирішення багатьох питань, зокрема, необхідно розуміти юридичні механізми вирішення суперечок у майбутньому, а також взаємні межі відповідальності України та інших держав. Правильне розуміння і регламентація міжнародно-правової відповідальності є необ-

хідною умовою з'ясування і вирішення багатьох нагальних практичних питань.

Міжнародно-правова відповідальність досліджувалася вітчизняними й зарубіжними фахівцями як із міжнародного права, так і у працях дослідників теорії держави і права – С.С. Алексєєва, Е.Дж. де Аречаги, М.О.Баймуратова, Ю.Ю. Блажевича, С. М. Братуся, В.А. Василенка, В.А. Василенко, Н.В. Витрука, А.І. Дмитрієва, П.М. Куріса, Д.Б. Левіна, Д. А. Ліпінського, І.І. Лукашука, М.І. Матузова, О.Г. Мурашина, Л.Ф. Оппенгейма, О.Ф. Скакун, О.А Сунцової, Р.Л. Хачатурова та ін. Наразі, незважаючи на конструктивні підходи цих та інших учених до розв'язання вказаної проблематики, це питання залишається важливим напрямом розвитку як сучасної доктрини теорії держави і права, так і міжнародного права.

16 січня 2017 року Україна подала до Міжнародного Суду Організації Об'єднаних Націй позов проти Росії, щодо порушення Конвенції про заборону фінансування тероризму та Конвенції про заборону расової дискримінації. Україна висуває Росії низку звинувачень, а саме: у наданні зброї та інших видів допомоги незаконним збройним формуванням; у збитті літака «Малайзійських авіаліній» рейсу МН17; обстрілі житлових районів Маріуполя та Краматорська; знищенні цивільного пасажирського автобуса неподалік Волновахи; вибуху під час мирного зібрання в Харкові; дискримінації щодо української та кримськотатарської громад у Криму; забороні діяльності Меджлісу кримськотатарського народу; зникненнях, вбивствах, незаконних обшуках, затриманнях; обмеженні викладання української та кримськотатарської мов. 6 березня 2017 року відбулися перші слухання в Гаазі, а 19 квітня 2017 року було оголошено рішення про запобіжні заходи. Міжнародний суд ООН визначив, що Росія має поновити діяльність Меджлісу кримськотатарського народу, забезпечити доступність осві-

ти у Криму українською мовою. Міжнародний суд ООН оприлюднив український меморандум, який документально підтверджує порушення Російською Федерацією Конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму та Конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. На сайті Міжнародного суду ООН опубліковано текст меморандуму¹.

У Гаазі, 3-7 червня 2019 року відбулися слухання про попередні заперечення Російської Федерації (юрисдикції) у справі про застосування та тлумачення Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму та Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. За підсумками суд повинен вирішити, чи є у нього юрисдикція по всім заявленим Україною порушенням. Якщо аргументи України переконають суддів, Міжнародний суд ООН зможе перейти до розгляду справи по суті. Припускають, що це рішення суд винесе десь ближче до кінця нинішнього року чи на початку наступного. Зауважимо, що 14 вересня 2016 року Україна ініціювала в міжнародному трибуналі ООН з морського права арбітражне провадження проти Росії задля захисту своїх прав як прибережної держави в прилеглих до окупованого Криму зонах Чорного й Азовського морів і Керченській протоці. Постійна палата третейського суду в Гаазі з 10 по 14 червня 2019 року проводила слухання щодо попередніх заперечень РФ за позовом України про порушення права прибережної держави відповідно до Конвенції ООН з морського права 1982 року. Україна зазначила у позові, що РФ порушує її суверенні права користуватися гарантованими правами у своїх морських акваторіях і на континентальному шельфі в прилеглих до АР Крим морських зонах, включаючи права на природні ресурси континентального шельфу. Постійний третейський суд у Гаазі до кінця 2019 року прийме рішення щодо юрисдикції у справі України проти Російської Федерації щодо порушення Конвенції ООН з

морського права в Чорному та Азовському морях і Керченській протоці. Також, Міжнародний Трибунал з морського права зобов'язав Росію звільнити Військові кораблі України, захоплені Росією, та повернути їх під наш контроль, а також звільнити військових моряків і повернути їх на батьківщину. Звичайно, це – неповний перелік позовів, які наша держава ініціювала проти агресора, що свідчить про необхідність використання ефективних юридичних засобів забезпечення дотримання основних принципів і норм права. Саме таким ефективним інструментом, що примушує дотримуватися приписів правових норм, гарантує дотримання прав та свобод людини і громадянина є юридична відповідальність, та один із її видів – міжнародно-правова відповідальність.

Розуміння природи міжнародно-правової відповідальності, як і будь-якого іншого правового феномена, багато в чому залежить від розуміння його генези, яка пов'язана з історією права в цілому. Однак, ґрунтовне розкриття природи цього соціального явища неможливе без історичного підходу до нього, без з'ясування того, коли воно виникло і як воно розвивалося, тобто єдність минулого, теперішнього і майбутнього. Спроби ігнорувати історію неминуче ведуть до нерозуміння сутності явища і до помилок в його використанні. Неправильне тлумачення минулого, тягне за собою нерозуміння справжнього і помилкову оцінку майбутнього.

Необхідно зауважити, що період формування й розвитку міжнародно-правової відповідальності до початку ХХ століття, характеризувався домінуванням норм, що забезпечували захист правопорядку, що був вигідним лише окремим державам. Ці норми дозволяли вирішення міжнародних конфліктів за допомогою воєнних засобів². Ті чи інші зміни, що відбувалися в історії людства, безперечно істотно впливали на процес і характер формування й розвитку норм

інституту міжнародно-правової відповідальності, який безпосередньо пов'язаний з функціонуванням права.

Міжнародно-правова відповідальність є частиною механізму дії права, на жаль, у світовій літературі нелегко знайти дослідження, притаманні історичному розвитку міжнародно-правової відповідальності. Дослідники зазвичай виходять з того, що відповідальність виникла одночасно з розвитком права і настільки тісно з ним пов'язана, що не має власної історії. Існує навіть думка, ніби і в стосунках між первісними племенами діяли певні правила і, отже, існувало не тільки внутрішнє право, а й міжнародне право.

Слід відзначити, що досить поширеною була практика укладання між племенами угод про мирне співіснування чи сумісну воєнну діяльність, про розподіл територій володінь. Без таких угод про мир кожен народ перебував у режимі війни з сусідніми племенами. Це свідчить про те, що навіть на ранніх стадіях розвитку суспільства відносини між самостійними утвореннями потребували регулювання. Хоча, не всяке нормативне регулювання є правовим, зауважимо, що такі племенні норми, були правилами, які склалися в практиці. Однак деякі автори, зокрема, Ю.М.Колосов вважають, що за часом свого виникнення міжнародно-правова відповідальності, збігається з появою права взагалі³.

Великим є внесок Стародавнього Риму в розвиток права, і показово, що ця правова система не містить жодної згадки про можливість існування міжнародного права. У прагненні довести існування міжнародного права, помилково посиляються на римське «*jus gentium*» (право народів). Загально-визнано, зауважує Е.Б. Пошуканіс, що «право народів» було виключно частиною римського права, що регулювало відносини римських громадян з іноземцями, щодо яких воно було дискримінаційним⁴.

Значимо, що накопичений досвід мав значення для майбутнього права та міжнародного права. Була доведена

можливість нормативного регулювання міждержавних відносин, зауважує І.І. Лукашук. Були вироблені форми нормативного регулювання — звичаї і договори. Останні за формою схожі до нинішніх міжнародних договорів. Проте, такими вони не були. Норми міждержавних відносини давнини, представляли собою релігійні приписи або моральні зобов'язання⁵. Твердження, згідно з яким національне право як і міжнародне право, виникає одночасно з державою, є прикладом того, як ігнорування специфіки явища і його історії веде до помилкової аналогії.

Період середньовіччя зробив вагомий внесок в підготовку ґрунту для створення міжнародного права і розвитку міжнародно-правової відповідальності. Ідеї міжнародного права та паростки ідей щодо міжнародно-правової відповідальності були сформульовані у XVI-XVII століттях⁶, зокрема, провідником ідей став голландський юрист, богослов, дипломат Ґуго Ґроцій (1583-1654 рр.). У праці «Про право війни і миру» (1625 г.) він вперше обґрунтував існування «права, яке визначає відносини між народами або їх правителями»⁷. Полководці відповідальні за все зроблене під їхньою командою; відповідальні й усі воїни, що брали участь у якій-небудь спільній дії, наприклад, у спаленні міста; у справах же, зроблених поодиноці, кожний відповідальний за шкоду, винуватцем ж якої він був. «Будь навіть під час війни миротворцем» — стверджував Ґуго Ґроцій⁸. При покаранні ворогів він вважав потрібним розрізняти призвідників війни і підлеглих їм осіб, з якими поводження повинне бути більш м'яким. Автор пише: «...справедливість велить нам, щоб ми не зрівнювали ні злочин і помилку, ні провину і нещасливий випадок. Якщо навіть справедливість не вимагає звільнення від покарання, але це відповідає людинолюбству, скромності і величчю душі»⁹. Книга друга містить главу XVII «Про шкоду, заподіяну правопорушенням, і виникнення зобов'язання». Встановлюється загальний принцип, згідно з яким в результаті винного пра-

вопорушення «виникає природне зобов'язання при наявності збитку, а саме — зобов'язання відшкодувати його»¹⁰. Однак в подальшому мова йде про відповідальність лише фізичних осіб. Щодо міжнародно-правової відповідальності автор обмежився твердженням того, що держава «не відповідає за вчинки окремих громадян, коли немає його власного діяння або провини»¹¹. Останнє положення, являло собою новелу, адже у той час вважалося, що держава несе відповідальність за дії будь-якої особи, що знаходиться під її юрисдикцією. Цей трактат мав такий авторитет у Європі, що у випадку виникнення міжнародних неузгодженостей її положення використовувалися як підстава для вирішення спірних питань¹².

Разом із тим, міжнародно-правове регулювання фактично не діяло, тож найчастіше звертались до судової чи арбітражної практики. Оскільки, загальновизнані норми про відповідальність держав були відсутні, за необхідності укладалися угоди, що вирішували відповідні питання стосовно конкретного випадку. Зокрема, Вашингтонський договір між США і Великобританією 1871 року, котрий запровадив арбітраж у справі судна «Алабама»¹³. Я. Броунлі з цього виводу пише: «Право відповідальності держав, своїм розвитком багато в чому зобов'язане практиці претензійних комісій і арбітражних судів»¹⁴. У IV Гаазькій конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: «Положення про закони і звичаї війни на суходолі» 1907 року, розглядалися певні питання міжнародно-правової відповідальності, зокрема, зазначалось, що сторона, яка порушила відповідні норми, буде нести матеріальну відповідальність і зобов'язана виплатити компенсацію. «Воююча сторона, яка порушує норми зазначеного Положення, підлягає відповідальності у формі відшкодування збитків, якщо для цього є підстави. Вона є відповідальною за всі дії, вчинені особами, які входять до складу її збройних сил»¹⁵.

З точки зору наукових досліджень, відзначимо вагомий внесок німецького та італійського юристів Д. Анцілотті та Г. Тріпеля. Зокрема, Д. Анцілотті зазначав: «Існування міжнародного правопорядку передбачає, що суб'єкти міжнародного правопорядку на яких лежать обов'язки повинні також нести відповідальність за їх не виконання»¹⁶. У практичному плані проблема відповідальності держави в той період розумілась як відповідальність за шкоду, заподіяну іноземцям, так вона розглядалася і доктриною.

Створення Ліги націй, як першої організації, метою існування якої було забезпечити мир і співробітництво між державами, стало поштовхом для подальшого розвитку міжнародно-правової відповідальності. Відповідно до Статуту Ліги націй, у 1922 році була заснована Постійна палата міжнародного правосуддя, як постійний міжнародний суд. Також у Статуті зазначалось, що всі міжнародно-правові спори підлягають третейському чи суддівському розгляду.

Сповна питання міжнародно-правової відповідальності отримало розвиток після Другої Світової війни, коли людство усвідомило ступінь шкоди, завданої фашистськими державами. У 1945 році питання протидії міжнародно-протиправним діянням знайшло відображення в Статуті ООН (Глава VII «Дії у відношенні загрози миру, порушень миру й актів агресії»). У другій половині ХХ століття стала визнаватись відповідальність держав за агресію, військові злочини, політику апартеїду, геноциду. Змінюється характер застосовуваних заходів відповідальності і форм її реалізації.

Однак, тільки в ХХІ столітті міжнародне співтовариство виявилось здатним прийняти, підготовлений Комісією міжнародного права, проект статей про відповідальність держав. Та й прийнятий він був Генеральною Асамблеєю ООН лише до відома. Втім, норми, що містяться в цьому проекті, мають виняткове значення для вдосконалення механізму міжнародно-правової відповідальності. Необхідно визнати,

що як тільки у світі виникає новий конфлікт чи загострюється старий, відразу скликають засідання Ради Безпеки ООН – вони екстрені, термінові, однак ця екстреність часто завершується нічим. Водночас міжнародне співтовариство напружувало певні механізми у збереженні міжнародного миру і безпеки, але використовує їх безсистемно і під значним тиском, про що говорить реакція Ради Безпеки ООН на події в Україні.

Тож шлях України – спираючись на норми права, доктрину, попередній практичний досвід інших держав (Грузія проти Росії; Нікарагуа проти США; Конго проти Уганди) у цій сфері, звертатись у міжнародні судові інстанції. У цьому зв'язку необхідно розробити міжнародні стандарти і сприяти їх впровадженню у національні законодавства. Адже глобалізаційні процеси диктують необхідність встановлення нового світового порядку, який би дозволив швидко та адекватно вирішити глобальні проблеми, від яких залежить існування людства.

1. Application of the international convention for the suppression of the financing of terrorism and of the international convention for the elimination of all forms of racial discrimination (Ukraine v. Russian Federation). URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1559639497-8162.pdf>. 2. Буткевич О.В. Історія міжнародного права: підруч. Київ: Ліра-К, 2013. С. 228. 3. Колосов Ю.М. Ответственность в международном праве. Москва: Юридическая литература, 1975. С. 8. 4. Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права. Москва: Наука, 1980. С. 149. 5. Лукашук И.И. Право международной ответственности. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 27. 6. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основи теорії: підруч. / за ред. В.Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. С. 48. 7. Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых обменяются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. Москва: Гос. изд. юр. лит-ры, 1956. С. 118. 8. Там же. С. 594. 9. Там же. С.697, 700. 10. Там же. С. 419. 11. Там же. С. 506. 12. Бирюков П.Н. Международное право: учеб.

пособ. Москва: Юристь, 2000. С. 26. **13.** Лукашук И.И. Цит. работа. С. 39. **14.** Броунли Я. Международное право: у 2-х кн. Москва: Прогресс, 1977. Т. 2. С. 82. **15.** IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі: Конвенція, Міжнародний документ від 18.10.1907 поточна редакція. Набрання чинності для України міжнародного договору. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222. **16.** Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1: Введение – Общая теория / пер. с четвертого итальянского издания А.Л. Сакетти и Э.М. Фабрикова; под ред. и с предисл. доктора юрид. наук Д.Б. Левина. Москва: Изд-во иностранной литературы, 1961. С. 393.

Kalian Oleksandr, Mysak Olena. Genesis of international legal responsibility as a form of legal responsibility

Problematic issues of international legal responsibility are determined by the insufficient level of its coverage in the national doctrine of the theory of state and law and the general need for the theoretical substantiation of the modern concept of international legal responsibility, the regulation of legal terminology on issues of legal liability and international legal responsibility, as one of its types.

The choice of the topic is explained by the insufficient level of its research in the national doctrine of the theory of state and law, as well as the general need for theoretical substantiation of the modern concept of international legal responsibility, regulation of legal terminology on issues of legal responsibility and international legal responsibility, as one of its types. So the main goal the scientific article is to find out the emergence, development of international legal responsibility, the theoretical and legal basis of international legal responsibility as a form of legal responsibility, to ensure compliance with the developed theoretical foundations of modern trends in law, analysis of mechanisms for its implementation.

Russia's military aggression against the Ukrainian state, annexation of the Crimea endangered the lives and safety of Ukrainian citizens. International legal responsibility should become an effective tool for the integrated solution of these problems.

A thorough discovery of the nature of a social phenomenon is impossible without a historical approach to it, without figuring out when

it arose and how it developed. Understanding the nature of international responsibility, as well as any other social phenomenon, largely depends on the understanding of its history, which is inextricably linked with the history of law as a whole. Every phenomenon represents the unity of the past, the present and the future. Attempts to ignore history inevitably lead to a lack of understanding of the nature of the phenomenon and to mistakes in its use. An incorrect interpretation of the past entails misunderstanding of the true and false estimation of the future.

International legal liability is part of the mechanism of law, unfortunately, it is not easy to find in the world literature studies devoted to international legal responsibility's historical development. It should be noted that the period of formation and development of international legal responsibility until the beginning of the twentieth century was characterized by domination of relevant norms, which ensured law and order protection, beneficial only to individual states.

The views according to which the right of internal state as well as international law arises simultaneously with the state is an example of how ignoring the specific nature of the phenomenon and its history leads to a false analogy. The legal system within the states was formed much earlier than the community of states. The needs of this system and brought to life the state and the right. States should have realized this need and obeyed the norms that are legally binding.

Key words: genesis, law, international law, legal responsibility, international legal responsibility.

УДК 340.5

**О. В. ТКАЧЕНКО
А. О. САПАРОВА**

ОНТОЛОГІЧНЕ ПИТАННЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

За допомогою протиставлення контекстуалізації і автономізації права, розкривається основний зміст предметного поля порівняльного правознавства. Обґрунтовується недостатність виключно методологічного сприйняття природи правового порівняння. Пропонується інтерпретація «онтологічного питання» природи права в якості правових відмінностей. Останні стверджуються основною проблемою сучасного порівняльного правознавства.

Ключові слова: порівняльне правознавство, контекстуальність vs. автономність права, право-як-посередник, право-як-відмінність, онтологія правового порівняння, скасовуваність права.

Tkachenko Oleksandr, Saparova Anastasiia. Ontological issue of comparative law

In the article, the main content of the subject field of comparative law is revealed by means of contrasting of the law contextualization and law autonomy. The failure of exclusively methodological perception of the nature of legal comparison is substantiated. The interpretation of the nature of law «ontological question» as a legal differences is proposed. The ones argue as the main problem of modern comparative law.

Key words: comparative law, contextuality of law vs. autonomy of law, law-as-intermediary, law-as-difference, legal comparison ontology, law cancellability.

© **ТКАЧЕНКО** Олександр Валерійович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теоретичних та приватно-правових дисциплін Київського міжнародного університету

© **САПАРОВА** Анастасія Олександрівна – кандидат юридичних наук, завідувач кафедри теоретичних та приватно-правових дисциплін Київського міжнародного університету

Початок нового тисячоліття ознаменувався таким ступенем інтелектуального напруження, інтенціональність якого сягає найглибінніших питань упорядкування і розкриття буттєвості людського існування, що його повною мірою можна назвати періодом філософсько-методологічного самовизначення правознавства. Транзит від референції до конституації в сфері правової філософії легітимується остаточним усвідомленням того, що облаштування власної дисциплінарної території можливе лише за рахунок експлікації і концептуалізації інтелектуальності *sui generis* (тобто властивої лише праву як особливому світу), а не шляхом імпорту вже готових методологічних схем ззовні.

При цьому вказане філософсько-методологічне самовизначення, а по суті – самотворення правознавства здійснюється шляхом рефлексії адекватності відомої дуальності природного і позитивного права горизонту викликів, які пропонує сучасність. Іншими словами, основним питанням виступає таке – чи дійсно революційні і трансформаційні процеси європейської раціональності не в змозі поставити під сумнів методологічну адекватність правового позитивізму та природного права окремо, і їх разом у вимірі опозиційності один одному? І, відповідно, чи дійсно міркування, побудовані на концептуалізаціях доктрин позитивного і природного права залишаються методологічно і епістемологічно несумірними?

Один із авторів цієї статті у своєму дисертаційному дослідженні обґрунтовувала фундаментальну помилковість припущення про адекватність і застосовність будь-якого існуючого і розробленого методологічного інструментарію¹. Припускаємо, що нагальним стає конституювання нової методології, з огляду на «неметодологічність», неінструментальність існуючих схем мислення у сучасних умовах.

Дане дослідження присвячене: по-перше, екстраполяції на сферу онтології права тези про неможливість представ-

лення позитивного і природного права як бінарної опозиції сучасності, по-друге, розгляд цієї тези як передумови філософсько-правової дискурсивізації в порівняльному правознавстві.

З одного боку, обсяг, складність та дискусійність проблематики онтології правового порівняння, та, з другого боку, вимогливий формат даного дослідження, неминуче обумовили редукцію онтологічного питання порівняльного правознавства. Такою редукцією є представлення цього питання в якості системи координат, утвореної двома тезами відомого угорського вченого Чаби Варги, в працях якого чи не найбільше переплітаються питання філософії права і порівняльного правознавства. При цьому окремо застережемо — ці тези ми беремо ізольовано від системи поглядів вченого, й для нашого дослідження сприймаємо інструментально — як максими, що в умовах стислого обсягу роблять керованим виклад заявленої нами теми й дозволяють мінімізувати неминучу елімінацію її комплексності й багатовимірності.

Першою тезою — «межовим знаком» є твердження Ч. Варги, що «право як мова є не більше за опосередковуваний елемент посередницької діяльності, тобто виключно тим, що існує лише остільки, оскільки воно вказує на дещо інше, являє ще дещо, іншими словами, за відсутності кращого заміщує дещо оригінальне й таким чином слугує його символом»². Другою тезою є таке міркування: «що стосується соціального способу існування людей, то є очевидним, що окремі люди, чи цілі групи людей, можуть піддавати трансформації те, що запозичується. І це цілком природно. Врешті, ми не живемо задля того, аби відтворювати повну «чисту» ідентичність як автомати самовідтворення, однак живемо у спосіб постійної відповіді на виклики пануючого (у нашому випадку — нового) середовища, взятого у вузькому чи широкому розумінні. Така наша здатність до відповідей буде зростати завдяки різноманіттю і внутрішній дифе-

ренціяції як порівняно з попереднім станом речей, так і з нашими очікуваннями»³.

Акцентуючи на їх онтологічних конотаціях, при подальшому викладі першу тезу ми позначимо формулою «право-як-посередник», а другу, для посилення ефекту якісної відмінності модусів відтворення і відповіді в структурі екзистенції, формулою «право-як-відмінність».

Співвідношення формул «право-як-посередник» і «право-як-відмінність» з дихотомією «природне право – позитивне право», й значення такого співвідношення для коректної постановки онтологічного питання порівняльного правознавства обумовили структуру подальшого викладу в межах даної статті. Спочатку ми розглянемо формулу «право-як-посередник» в якості тези контекстуалізму **(I)**; потім ми ствердимо цю формулу як тезу автономної природи права **(II)**; після цього ми обґрунтуємо онтологічну сумірність контекстуалізації і автономізації права **(III)** в аспектах того, що контекстуалізм не виключає універсалізацію **(III.1)**, наявний дискурс автономної природи права передбачає універсалізацію права **(III.2)**, нарешті, концептуалізація права в якості посередника принципово сумісна з ідеєю скасовуваності права **(III.3)**; обґрунтуємо відмінність в якості онтологічної сфери права **(IV)**; зробимо **висновок**, в якому ствердимо порівняльне правознавство як дискурс правової онтології.

I. Право-як-посередник: теза контекстуалізму

Контекстуальна оптика бачення права експліцитно заперечує його самоцінність, первинність для нього власної логіки дискурсу – «єдина власна цінність права визначається цінністю інструментів, які гарантують його спроможність – за відсутності якого-небудь самостійного цільовизначення – надійно й ефективно грати роль посередника у справі реалізації цінностей, встановлених для нього ззовні»⁴.

Отже, право підпорядковується іншій системі цінностей, пояснюється причинами зовнішнього відносно нього характеру. Стверджується, що право не має власного оригінального змісту, а є лише відображенням деякого не-(поза) правового феномену: «право не є царством зсередини, набором норм і понять, провінцією одних юристів, а виступає дзеркалом суспільства. В ньому немає нічого історично випадкового, нічого власного»⁵. Відсутність власного змісту автоматично означає відсутність власного існування, власного буття. Отже, не є легітимним розгляд права у онтологічній площині, не існує онтології права. Це твердження послідовно відстоює І. Честнов: «виокремити юридичний момент, наприклад, у договорі купівлі-продажу, перевезення або у голосуванні на виборчій дільниці, у поданні скарги і т.д. можна тільки аналітично. Таким чином, немає правових явищ (законів, індивідуальних актів, правовідносин), які водночас не були б психічними, економічними, політичними і т.д. — у широкому сенсі — соціокультурними феноменами»⁶.

Відсутність власної онтології означає, що формула «право-як-посередник» набуває виключно методологічного звучання. Право актуалізується виключно у модусі «між» чимось, що не є правом. Отже, і правового порівняння не існує, оскільки порівнюється не право, а те, що воно опосередковує. Тому формула «право-як-відмінність» є логічно помилковою, адже в самому праві немає нічого, що б виступало джерелом відмінностей. Таке джерело знаходиться поза ним. Для Ч. Варги це виступає аргументом сприймати контекстуалізм як концептуалізацію природного права: «право [ius] ніколи не буде й не може бути зведене до lex [закону], оскільки право завжди вказує на явище, більше за нього самого»⁷.

II. Право-як-посередник: теза автономної природи права

Дискурс автономної природи права ґрунтується на діаметрально протилежному постулаті — виокремлення ексклюзивного відношення права і якогось позаправового феномена не є значущим для розуміння права. Автономізація права майже завжди асоціюється з правовим позитивізмом, оскільки під незалежністю права вбачають «розподільчу тезу» — інваріант позитивістського канону, згідно з якою «не існує необхідного (тобто понятійного чи логічного) зв'язку між правом і мораллю. З цього випливає, що зміст правопорядку може бути досліджений і встановлений безвідносно до моральних і політичних цінностей»⁸.

Однак змістовна протилежність контекстуалізму і автономізації не виключає тотожності їх концептуалізацій. Формула «право-як-посередник» не меншою мірою може використовуватись для обґрунтування дискурсу автономної природи права. Позитивістські конотації тут не будуть перешкодою. Оскільки в порівняльному правознавстві незалежність права від зовнішнього контексту передусім ілюструється практикою правових запозичень — достатньо згадати один з найвідоміших концептів «правових трансплантатів», — посередницька місія права також стає цілком очевидною. Для А. Ватсона, автора згаданого концепту, фундаментальним є припущення про відображення в правових запозиченнях універсальних властивостей права. Він запитує: «Якщо право в одній державі значною мірою є результатом запозичень з іншої країни, то про який характерний зв'язок між людьми і їхньою землею з одного боку, і з їхнім правом, з іншого, можна вести мову?»⁹

У цьому і полягає логіка посередництва права — долати національну обмеженість і пов'язувати людей, незважаючи на різні контексти їх існування. «Право-як-посередник» цілковито може тлумачитися як свідчення того, що «правові

норми не є особливо розробленими саме для цього окремого суспільства, в якому вони зараз діють»¹⁰.

III. Онтологічна сумірність контекстуалізації і автономізації права

Таким чином, формула «право-як-посередник» однаковою мірою застосовна як до контекстуалізму, так і до автономізації, будучи неспроможною методологічно специфікувати їх відносно один одного. Більше того, ця формула покриває собою дуалізм природного і позитивного права. Це підтверджує поширену в сучасній методологічній літературі позицію про їх принципову ідентичність. Однак, на нашу думку, методологічною тотожністю справа не обмежується. Контекстуалізм і автономізація не розрізняються також щодо формули «право-як-відмінність». Іншими словами, йдеться про їх принципову онтологічну сумірність.

III.1. Контекстуалізм не виключає універсалізацію

Контекстуалізм, якщо для нього парадигмальними є обидві формули: і «право-як-посередник», і «право-як-відмінність» є концепцією того, що джерелом відмінностей у праві виступає зовнішнє середовище його існування, й взаємозв'язок з іншими явищами. Однак контекстуалізм не може обґрунтувати необхідний логічний зв'язок між ідеями посередництва і відмінності.

Навпаки, більш імовірною і послідовною є стратегія заперечення відмінностей через посилання на значення контексту. Особливо якщо зважати на згадане вище віднесення контекстуалізму до природно-правової традиції. Адже ідея природного права повністю узгоджується з постулюванням універсальності правових смислів, що виступають дійсною причиною, існують об'єктивно, й для яких національне право є лише формою зовнішнього вияву. Квінтесенцією і апогеєм формули «право-як-посередник»

насправді є не розчинення права у своєрідності місцевої культури, побуту і звичаїв, а ствердження його дотичності математиці, «залежності права не від досвіду, а від визначень, не від фактів, а від строго логічних доказів»¹¹.

Складно знайти більш послідовну доктрину контекстуалізму в порівняльному правознавстві, аніж функціоналізм, який змістовне наповнення своєї відомої презумпції ідентичності якраз і виводив з економічного детермінізму – впливу економіки (контексту) на право. Ніхто ж не забороняє розглядати в якості контексту не лише мову і культуру, тим більше, що економіка значно більшою мірою демонструє міць контексту!

Таким чином, побудова контекстуалізму на фундаменті формально-логічного закону тотожності слугує підвищенню наукової репутабельності. Домінуючою є позиція, що саме інтернаціоналізація економіки, розвиток міжнародних відносин, торговельних зв'язків, збільшення експорту капіталу і експансії колоніалізму справили вирішальний вплив на становлення порівняльного правознавства. Якщо під контекстом розуміти метаюрідичний критерій, який вказує на неопозитивні, не створені людиною феномени дійсності, що фіксуються математичною мовою понять, зміст яких залишається інваріантним, тоді справжнім тріумфом контекстуалізму є універсалістські постулати функціоналізму про те, що «всі суспільства сприймають життя як сукупність більш чи менш тотожних соціальних проблем»¹², і якщо навіть правові системи функціонують індивідуально і незалежно одна від одної, «всі вони призначені для дачі відповідей і рішень на ті ж самі проблеми і ті ж самі конфлікти між людьми»¹³.

Вказане дає підстави поставити під сумнів послідовність міркувань Ч. Варги і, відповідно, узгодженість формул посередництва і відмінності. Якщо право потрапляє під владу контексту, яким би він не був, й стає просто посередником

між ним і людиною, остання втрачає здатність до екзистування — замість творчих і унікальних відповідей (відмінностей) вона стає приреченою на відтворення ідентичності (тотожності).

III.2 Наявний дискурс автономної природи права передбачає його універсалізацію

Дисоціація формул «право-як-представник» і «право-як-відмінність» для наявного у порівняльному правознавстві дискурсу автономної природи права є навіть більш виразною. Ще на Першому міжнародному конгресі порівняльного правознавства позитивізм був проголошений інструментом пошуку «універсальної мови права, яка б об'єднала все людство»¹⁴. Саме в позитивістському характері концепції «правових трансплантантів» вбачає її універсалізуючий потенціал також П. Легран: «Оскільки норми не є пов'язаними з суспільством в жодному змістовному розумінні, відмінності у історичних факторах і традиціях мислення не перешкоджають і не наділяють їх здатністю до переміщення. Дана конкретна норма потенційно всюди рівною мірою вдома»¹⁵.

Автономність права в порівняльному правознавстві виявляється лише в зміні, порівняно з контекстуалізмом, локалізації універсального. Іншими словами, заперечується не універсальне, а лише його метаюридична (економічна, соціологічна чи культурна) природа. Універсальні смисли розуміються не як зовнішні, а як внутрішні відносно самого правознавства. Сама ж універсальність виступає наслідком «руху норми права з однієї країни до іншої»¹⁶, «перенесення правових норм і інститутів з одного середовища в інше»¹⁷. Універсалізація виявляється питанням встановлення і балансування взаємозалежності між правовими системами, їх постійної взаємодії, яка утворює спільний для них (і гіпотетично універсальний) семантичний простір. Ідея універ-

салізації права як переміщення норм незважаючи на контексти національних правових систем, є ідейно близькою позитивістській тезі, що «дійсність і дієвість або чинність права визначається виключно юридичними нормами і не потребує додаткової легітимації шляхом посилення на метаюридичні цінності етичного, релігійного чи іншого характеру»¹⁸.

III.3 Концептуалізація права в якості посередника є ідеєю скасовуваності права

Наведений вище аналіз дає змогу припустити, що формули «право-як-посередник» і «право-як-відмінність» є несумірними. Всі наявні у порівняльному правознавстві змістовні варіації (контекстуальність *vs.* автономізація; природне право *vs.* позитивне право) знімаються в інструменталізмі формули «право-як-посередник». При цьому формула «право-як-відмінність» значною мірою залишається декларцією, позбавленою концептуального забезпечення.

Настав час запитати, що саме криється в змісті формули «право-як-посередник», якщо вона робить непотрібними всі наявні методологічні й онтологічні диференціації, позбавляючи їх діалектики зіткнення і прирощення смислів? Яка метафізична ідея застиглою тінню нависла над успадкованим традицією розумінням права?

Оскільки формула «право-як-посередник» неминуче призводить до ідеї універсальності права, здійснимо акцентуацію на самому словосполученні *універсальність права*. Чи це означає, що право є цінним лише якщо воно сприяє універсалізації? А якщо між правом і універсальним виникне конфлікт, чи, більш ймовірно, ми більше не потребуватимемо права як інструменту творення універсальної семантики, чому ми віддамо перевагу – праву чи універсальному порядку?

Порівняльне правознавство протягом всього ХХ століття обґрунтовувало свої претензії на науковість тим, що воно

здатне зробити право ефективним посередником у справі творення універсального — «формування глобальної юриспруденції і створення глобального судового співтовариства, універсалізації прав людини»¹⁹. Ідея правової трансплантації — яка, нагадаємо, на перший погляд, стверджує автономність, самоцінність права — саме тому і здобула популярність, що ототожнює процес поширення (трансплантації) права з процесом правових змін в еру глобалізації. Начебто саме концепція «правових трансплантантів» «характеризується як здатністю проникнення в сутність правової теорії, так і адаптації цієї теорії до вимог сьогоденішнього світу, який дедалі більше стає глобалізованим»²⁰.

Порівняльне правознавство визначає себе як таке, що «намагається зрозуміти глобалізацію і її вплив на право і розвинути стратегію поводження з нею»²¹. А якщо ми прив'язуємо долю права до глобалізації, то будь-які відтінки смислів, що відмежують контекстуалізм і автономізацію, втрачають смисл. Значимим стає лише наступне: «Наш час підтримується свого роду узагальненим атомізмом, оскільки жодна символічна санкція на зв'язок нездатна чинити супротив абстрактній могутності капіталу»²².

Смисл цього висловлювання А. Бадью полягає в тому, що право (як одна із символічних систем) може існувати лише допоки задовольняє потребам економіки. Якщо капітал більше не потребуватиме права, останнє підлягатиме скасуванню, оскільки воно є лише інструментом — посередником. Ідея можливості скасування права лише на перший погляд видається фантазмагоричною — насправді вона завжди була іманентною серцевиною як природного, так і позитивного права, виступаючи неминучим атрибутом ствердження права як посередництва, його онтологічної неповноцінності. Для природного права все очевидно — право є відображенням контексту і займає підпорядковане

місце в ієрархії цінностей. Тому воно залежить від цієї ієрархії — якщо революційним чином зміниться зовнішнє буття людини, то і право позбудеться фундаменту і легітимної основи свого існування. Тому з абсолютною серйозністю слід ставитися до категоричного твердження Ч. Варги: «Право не несе жодного власного послання»²³. Але і парадигма позитивного права розглядає право як принципово скасоване — логіка постійного повернення до норми і звільнення права від необхідності жодних виправдань з огляду на зміст контексту ґрунтується лише на тому, що прив'язка права до контексту може завадити його скасуванню, позбавленню його буття й тим самим зруйнує основу позитивізму — постулат про те, що закон має смисл допоки він не скасований. Тому для позитивізму незалежність права — це не свідчення його цінності, а лише запорука можливості утилітарного поводження з ним.

Скасованість права була знята з порядку денного у другій половині минулого століття, передусім у зв'язку з розквітом герменевтичної (у широкому розумінні) парадигми, пронизаної розчаруванням в ідеї, що право є справою математичної дедукції з кодифікованих аксіом. Однак, як з'ясовується сьогодні, на початку нового тисячоліття, таке розчарування було лише вельми тимчасовим відхиленням від заданої ще Платоном траєкторії руху. Причаївшись, знов набирає силу світогляд, згідно з яким лише асоціація з математикою може дати праву науковий авторитет. Приголомшливий, вже мало керований та ще менш усвідомлений процес технологічного розвитку знов вивів на авансцену мрію про право, «яке б мало таке саме значення, як і дарвінівська таксономія світу природи»²⁴.

При цьому наше сьогодні демонструє якісно новий зміст епохи — місце безперспективних спроб надати праву технічних рис займає стратегія скасування права і заміни його технікою. Причому ця стратегія має всі шанси на успіх.

Провісником такого скасування права є децентралізовані криптографічні алгоритми, які отримали назву «блокчейн».

Правдивою й одночасно такою, що викликає відразу в більшості «користувачів» правової системи, іманентною рисою права є принципова єдність правотворчості й правозастосування. Найбільш повно ця риса виражена у формулі Г. Кельзена: норма функціонує як схема тлумачення. Це означає, що «нормативні тексти (закони і т. ін.) не мають наперед заданого, зафіксованого значення, яке належить судді логічно вивести із норми та застосувати до конкретної справи. Конструювання індивідуальних норм не є результатом знання про деякий об'єктивний зміст більш високих правових норм; воно також не є результатом логічних операцій»²⁵. Іншими словами, «на кожному ступені правозастосування продовжується творче конструювання норм права, причому ті, хто застосовує право, залишаються вільними у рішеннях щодо конкретизації змісту норм»²⁶.

Якщо раніше вказане «прокляття полісемії» обґрунтовувалося тим, що право оперує словами природної мови, не здатної цементувати значення, ір нині з'явилася альтернатива. Блокчейн виводить людство з «платонівської печери», пропонуючи технологічне вирішення проблеми полісемії. Таким вирішенням виступає хеш (hash) – унікальний код, який змінюється при зміні навіть одного символу в тексті, розраховується за складною математичною формулою і завжди буде однаковим для однієї і тієї ж інформації²⁷. Отже, не може бути два різних хеши для абсолютно однакової інформації²⁸.

Найбільш яскраво технологія усунення полісемії у відносинах між людьми втілюється у смарт-контракті, який являє собою «електронний протокол передачі інформації, що забезпечує виконання сторонами умов контракту»²⁹. Будучи «криптографічно захищеним програмним кодом»³⁰, смарт-контракти забезпечують «автоматичне виконання

умов договору з мінімальними витратами на їх супровід і без необхідності залучення третіх осіб для забезпечення довіри»³¹.

Останнє твердження дозволяє припустити, що ідея права, втілена в формулі «право-як-посередник» близька до свого вичерпання — якщо право є лише посередництвом, позбавленим власного буття, тоді воно стає непотрібним; якщо право є лише технологією посередництва, тоді найближче майбутнє вже готове продемонструвати технологічну нікчемність права, замінивши його більш ефективними технологіями посередництва, першою з яких і є смарт-контракт. При цьому неможливо погодитися з І. В. Давидовою, яка у своїй докторській дисертації стверджує, що «смарт-контракт може розглядатися з двох позицій: правової (у якості правочину) і технічної (у якості комп'ютерної програми)»³².

Ми наполягаємо на принциповій несумісності права і техніки, конфліктності засад, на яких вони побудовані. Така несумісність якраз і висвічує те, що право є значно більшим за методологію, воно окреслює окремий світ буття і сущого, існування якого добігає кінця перед очікуванням скорого тріумфу техніки над дискурсом.

До речі, висновок щодо несумісності правового і технічного опосередкування людського співжиття можна зробити і на підставі міркувань самої І. В. Давидової. Так, вчена цілком слушно зазначає, що самовиконання умов договору самою комп'ютерною програмою позбавляє значення саме поняття зобов'язання, оскільки у «смарт-контракті має значення прописана програма, а не поведінка боржника»³³. Дійсний масштаб цієї сентенції заслуговує самостійного дослідження. Тому тут обмежимося лише тезою — зобов'язання не лише є одним з найвитонченіших й найзагадковіших творінь римського генію, воно виступає дійсним генератором гравітаційного поля права. Позбавлення його смислу запустить незворотній процес ентропії правової

матерії. Тому цілком послідовною і чесною є позиція, що для функціонування смарт-контрактів і подібних до них технологій не потрібне право, «оскільки вони можуть існувати і поза правом, як децентралізовані альтернативи цілісній правовій системі»³⁴.

Саме через це для порівняльного правознавства набуває найважливішого значення пересторога, сформульована Д. Самуелем: «Небезпечним є припущення, що процес мислення в праві засновується на чіткому розмежуванні між правовими нормами і позаправовими феноменами»³⁵. Ми розуміємо це застереження так: небезпечним є сприйняття права лише як методу («посередника»), оскільки обмеженість сферою методологічного в підсумку легітимує скасування права. Формула «право-як-посередник» – це формула знищення права. Підґрунтям права, що легітимує його існування, може бути лише власна правова онтологія.

IV. Відмінність як онтологічна сфера права

Чи може порівняльне правознавство запропонувати якусь альтернативу наведеному вище сценарію скасування права з причин його технологічної неефективності? Якщо така альтернатива і можлива, то вона повинна полягати в експансії самого права за вузькі межі методології (правової норми) у сферу фактичності світу – ствердження права не лише як регулюючої системи, але і як того, що врегульовується. Право – не лише відношення до світу, право саме створює окремих світ. Тому скасування права є значно більшим за відмову від чергової застарілої технології – це знищення цілого світу, того світу, який дозволяв людині бути екзистенцією. Вказане означає не що інше, як ствердження права в якості окремої онтології.

За словами А. Кауфмана, «ідея онтології закорінена в емпірично заснованій гіпотезі, що все, що засноване в бутті, некероване»³⁶. Причетність онтології права передбачає

пошук «некерованого елемента» (*Unverfügares* – не наявний у розпорядженні), який міг бути одночасно конкретним і історичним³⁷. На нашу думку, на такий некерований (онтологічний) елемент права вказує М. Гражде, коли він говорить про неминучий розрив між спробою буквальної трансплантації зарубіжної правової норми й семантикою місцевих правових дискурсів³⁸. «Провал трансплантації» висвічує здатність місцевих дискурсів впливати на семантику права. Така здатність і є основою їх самоідентифікації, вирізнення себе з-поміж інших.

Іншими словами, гідність і дійсне значення права містяться у формулі «право-як-відмінність». Більше того, саме її концептуалізація здатна перетворити порівняльне правознавство на онтологічний дискурс, призначенням якого буде обґрунтування того, що відмінність є формою існування права, й без здатності вирізнення право неможливе.

Стратегією можливої відповіді права на загрозу його існуванню, що кидає йому техніка, є концентрація зусиль порівняльного правознавства на осмисленні того, що Ж. Дерріда назвав «темним витком диференціації» – силі розрізнення суцього³⁹. Надзвичайно важливо спробувати знайти цей виток у самій серцевині права, мислити право онтологічно, тобто розглядати його як створене буквально з «Ніщо», чогось, що є некерованим у своїй здатності завжди бути відмінним. Лише мислячи таким чином, можна зрозуміти як дійсний зміст сентенції О. Тихомирова про те, що правова реальність має у своїй сутності компаративну природу⁴⁰, так і те, що їй повністю відповідає чудове міркування П. Леграна – створюючи правову норму, наприклад, французи, роблять не лише це: вони також роблять щось особливого французьке⁴¹. Лише самоствердження порівняльним правознавством себе в якості дискурсу правової онтології, тобто запитування про «правове ніщо», дозволить зрозуміти і ствердно відповісти на заклик Д. Самуеля: «Необхідні ком-

паративісти, які постійно мислять у поняттях діалектики, в якій немає прогресу в напрямку деякого уніфікованого чи вищого стану. Існує лише один і інший. І тому компаративіст ніколи не може бути уніфікатором, й ті, хто пропонує уніфікацію права, протистоять компаративістам»⁴².

Формула «право-як-відмінність» дозволяє стверджувати право як самостійну, підпорядковану власним законам цінність, а не як посередника для досягнення чогось іншого. Право, будучи фундаментом культури, завжди є кінцевою метою, а не засобом.

У свою чергу, формула «право-як-посередник» є небезпечно помилковою. Така помилковість має подвійне джерело. По-перше, принципове невірне тлумачення Ч. Варгою мови як інструмента, що не має власної мети, а лише призначений для комутації сукупностей, що нею обслуговуються, посередництва між ними⁴³. Саме невідповідність статусу інструмента / посередника дійсній онтології мови обґрунтовує власну гідність права, як самостійної дискурсивності – відповідального мовлення. По-друге, більш ніж сумнівним є розуміння економіки як мети, для якої право начебто виступає засобом. Зараз лише процитуємо міркування Ф. Гайека, яке ми цілковито підтримуємо: економіка має справу лише із засобами, але не цілями – «у кінцевому підсумку економічних цілей зовсім не існує. Економічні зусилля полягають у розподілі засобів поміж кінцевими цілями, що сперечаються між собою, й які завжди мають неекономічний характер»⁴⁴.

Висновок

Розглянуті нами формули «право-як-посередник» і «право-як-відмінність», як маркери можливої онтологічної проблематизації в порівняльному правознавстві, не можуть, на відміну від позиції їх автора, Ч. Варги, одночасно позитивно стверджуватись. Ці формули не являють собою диптих, а

натомість створюють поміж собою антиномічне напруження. Ствердження однієї автоматично означає заперечення іншої. Однак це не антиномія всередині права, це протиборство між правом як самостійним світом смислів культури («право-як-відмінність») і його пригніченням, зведенням до статусу інструмента, який може бути замінений іншим і кращим за нього («право-як-посередник»).

Характер завдань, які стоять перед сучасним порівняльним правознавством, можна влучно передати відомим висловом Р. Іеринга «боротьба за право». Цього призначення порівняльного правознавства не скасовує та обставина, що шанси не лише на виграш, а й навіть на конкурентне протиборство майже дорівнюють нулю. На щастя, порівняльне правознавство просто не зможе пристати на бік переможця. Занадто високі ставки у цій грі. Поразкою порівняльного правознавства стане зникнення, а точніше, відміна права. Й тоді реальним стане майбутнє, яке ще два століття тому передбачав Е. Лермін'є, й настанню якого має всіляко перешкоджати порівняльне правознавство, як, напевно, єдиний можливий онтологічний дискурс права: «культури, в тому числі філософські ідеї народів, поступово стають за своєю сутністю космополітичними, що з часом призведе до зникнення народів, втрати людством його духовного багатства і краси... це веде до утвердження одноманітності та системності світу й матиме наслідком формування єдиного механізму пригнічення людської особистості: скрізь правила і дух системи, яка брутальною силою керує діяльністю людини, ув'язнюючи і калічаючи. Метод душить життя»⁴⁵.

1. Сапарова А. О. Запозичення в праві: філософсько-методологічні засади: дис. ... канд. юрид. наук. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2015. С. 31. 2. Варга Ч. Право и язык? Право как язык? Об окончательном единстве онтологии и

эпистемологии. *Загадка права и правового мышления* / под ред. М. Антонова. Санкт Петербург: ИД Алеф-Пресс, 2015. С. 201.

3. Varga C. Transfers of law: a conceptual analysis. Hungary's legal assistance experiences in the age of globalization. Nagoya: Center for Asian legal exchange graduate school of law, 2006. P. 25. **4.** Варга Ч. Цит. работа. С. 200–201. **5.** Ewald W. Comparative Jurisprudence (II): The logic of legal transplants. *American journal of Comparative law*. 1995. Vol. 43. № 4. P. 492. **6.** Честнов І. Універсальність права в контексті культурного релятивізму. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 185. **7.** Варга Ч. Цит. работа С. 201. **8.** Бульгин Е. К проблеме объективности права. *Проблемы философии права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 7. **9.** Watson A. Society and legal change. 2-ed. Philadelphia, 2001. P. 98. **10.** Ibid. **11.** Кассирер Э. Философия Просвещения. Пер. с нем. Москва, 2004. С. 262–263. **12.** Whitman J. Q. The neo-Romantic turn. *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 313. **13.** Kjaer A. N. A common legal language in Europe? *Epistemology and methodology of Comparative law*. Ed. by M. V. Hoescke. Portland: Hart Publishing, 2004. P. 385–386. **14.** Curran V. G. Comparative law and language. *The Oxford handbook of Comparative law*. Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 691. **15.** Legrand P. The impossibility of legal transplants. *Maastricht journal of European and Comparative law*. 1995. Vol. 4. P. 113. **16.** Legrand P. What legal transplants. Adapting legal cultures, Ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford: Portland Oregon, 2001. P. 56. **17.** Introduction. Histories of legal transplantations. *Theoretical inquires in law*. 2008. Vol. 10. № 2. P. 299. **18.** Дудченко В. В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 25. С. 13. **19.** Марченко М. Н. Теоретико-методологическая и практическая значимость сравнительного правоведения. *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку*: зб. наук. статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. С. 63. **20.** Introduction ... P. 299. **21.** Gerber D. J. Globalization and legal knowledge: implications for comparative law. *Tulane law review*. 2001. Vol. 75. P. 950. **22.** Бадью А. Манифест философии. Санкт Петербург: Machina, 2003. С. 30. **23.** Варга Ч. Цит. работа. ...

С. 207–208. **24.** Samuel G. Taking method seriously (part two). *The Journal of Comparative Law*. 2007. Vol. II. Issue II. P. 225. **25.** Антонов М. Творчий шлях та правове вчення Ганса Кельзена. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 350. **26.** Антонов М. Цит. праця. С. 351. **27.** Хэширование: просто и наглядно. URL: http://www.20khvylyn.com/life/education/story_20700.html. **28.** Давидова І. В. Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві: дис. ... докт. юрид. наук. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2018. С. 149. **29.** Немного истории: что такое умные контракты и зачем они нужны. URL: <http://forklog.com/nemnogo-istorii-cto-takoe-umnye-kontrakty-i-zachem-oni-nuzhny>. **30.** Давидова І. В. Цит. праця. С. 162. **31.** Там само. С. 160. **32.** Там само. С. 161. **33.** Давидова І. В. Там само. С. 173. **34.** Там само. С. 174. **35.** Samuel G. Taking method seriously (part two). *The Journal of Comparative Law*. 2007. Vol. II. Issue II. P. 221. **36.** Кауфман А. Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 330. **37.** Там само. **38.** Graziadei M. Comparative law as the study of transplants and receptions. *The Oxford handbook of comparative law*. Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 465. **39.** Неретина С., Огурцов А. Пути к универсалиям. Санкт Петербург: РХГА, 2006. С. 951. **40.** Тихомиров О. Проблеми компаративної саморефлексії порівняльного правознавства як юридичної компаративістики. *Право України*. 2019. № 3. С. 42. **41.** Legrand P. What legal transplants. *Adapting legal cultures*. Ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford: Portland Oregon, 2001. P. 59. **42.** Samuel G. Op. cit. P. 229. **43.** Варга Ч. Цит. работа. С. 200. **44.** Хайек Ф. А. ф. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. Москва, 2006. С. 281. **45.** Кресін О. В. Порівняльне правознавство у ХІХ–ХХ століттях: проблеми становлення: монографія. Київ: Логос, 2011. С. 145.

Tkachenko Oleksandr, Saparova Anastasiia. Ontological issue of comparative law

European rationality transformational processes of the twentieth century gained their echo at the beginning of the new millennium, in

particular, as the necessity to realization by jurisprudence the philosophy and methodological self-determination.

In view of this, in order to correctly determine the place and importance of comparative law for such philosophical and methodological self-determination, one of the main issues of modernity is the actualization of the fundamental foundations of comparative legal knowledge.

Actualization of the scientific status of comparative law requires a kind of «inventory» of the conceptualizations available within it. Schematics of such conceptualizations can be represented by the opposition of a contextualist view of a legal phenomenon and the assertion of an autonomous (independent) the existence and development of law from any external factors. In order to find out the actual content and epistemological potential of the opposition to law contextualism and law autonomy it is considered in the light of the formulas «law-as-intermediary» and «law-as-difference».

Deconstruction of the formula «law-as-intermediary» allows us to assert the principal identity of contextualist and autonomist concepts in comparative law.

They are both inclined to universalize the law, and they have an instrumentalist approach – law has value only as a means of different societies human coexistence forms unification. Instrumentalism also reveals another fundamental identity – both of these concepts are compatible with the idea of a possible abolition of law, its replacement with a more technological resource.

The rapid development of technological civilization provides a thesis of the law cancellability of qualitatively new sound. In particular, such technological tools as blockchain and smart contract are already considered by many as a more effective and operationally attractive alternative to institutes of the legal system (first of all, the civil obligation institute).

In comparative law, an alternative to the idea of cancellation of law may be the conceptualization of its own ontological issues. As an ontology of legal comparison, it is proposed to consider the discourse of legal differences.

Key words: comparative law, contextuality of law vs. autonomy of law, law-as-intermediary, law-as-difference, legal comparison ontology, law cancellability.

РОЛЬ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ ЛЮДИНИ В СИСТЕМІ ПРАВОЗАХИСНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Розглянуто поняття правозахисних гарантій прав людини в Україні, Уповноваженого з прав людини, визначено їх місце в структурі механізму правового захисту. Визначено місце та роль Уповноваженого з прав людини в системі правозахисних гарантій прав людини в Україні. Встановлено, що ступінь розвитку інституту Уповноваженого з прав людини безпосередньо вказує на рівень демократії в суспільстві.

Ключові слова: *права і свободи людини, гарантії прав людини, захист, механізм правового захисту, правозахисні гарантії.*

Tkachuk Lidia. Role Authorized agent on human rights in the system of legal-defending guarantees of human rights of Ukraine: theoretical and legal aspects

The paper is considered and described signs and concepts of legal-defending guarantees of human rights in Ukraine, Authorized agent on human rights. Additionally, their place in the structure of the mechanism of legal protection is defined. The location and role Authorized agent on human rights are determined in the system of legal-defending guarantees of human rights in Ukraine. It is set that Authorized agent on human rights is basis, foundation of the legal state and civil society, without professional activity of that, first of all on principles of absolute independence their existence is put under a doubt in general. Level of development Authorized agent on human rights directly specifies on the level of democracy in society.

Key words: *legal-defending guarantees of human rights, guarantee, protection, mechanism of legal protection, human rights and freedoms.*

Конституція України визначає нашу державу як правову, тобто державу, в якій втілюються принцип верховенства права, забезпечуються права і свободи людини та відповідальність влади перед людиною тощо. У такій державі юридична відповідальність за вчинену протиправну поведінку покладається однаковою мірою як на фізичних, так і на юридичних осіб, органи державної влади, місцевого самоврядування, службових та посадових осіб в порядку, передбаченому чинним законодавством. На превеликий жаль, вчинення дій, які порушують права людей державними органами та їх службовими та посадовими особами, трапляються дуже часто. Так, на сьогоднішній день для реалізації права на захист та відновлення порушених прав людини в Україні існує правовий інститут омбудсмана.

Саме правозахисні гарантії, які спрямовані на створення певних умов, способів та засобів, які забезпечують реальну захищеність прав людини, дають можливість для звернення до омбудсмана за захистом своїх порушених прав.

Проблеми захисту прав людини, зміцнення гарантій, удосконалення чинного законодавства у цій сфері були предметом дослідження у роботах Є.В. Білозьорова, К.Г. Волинка, В.І. Вишковської, Є.О. Гіди, А.М. Завального, М.С. Кельмана, А.М. Колодія, Я.Ю. Кондратьєва, В.В. Копейчикова, Ю.В. Кривицького, С.Л. Лисенкова, О.І. Наливайка, А.Ю. Олійника, Н.М. Оніщенко, Т.І. Пашука, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, В.Я. Тація, Ю.М. Тодики, Ю.С. Шемшученка та ін.

Омбудсман, або омбудсмен, – обрана чи спеціально призначена посадова особа для контролю різного роду адміністративних органів, а в деяких країнах – також приватних осіб і об'єднань.

До повноважень спеціальної посадової особи, якою є омбудсман, належить розгляд звернень громадян, інозем-

ців та осіб без громадянства щодо порушення прав людини з боку державних органів та посадових осіб.

Необхідно зазначити, що з початку ХХ століття посади омбудсманів почали з'являтися і в інших країнах, цей інститут він належить до тих державно-правових інституцій, які отримали поширення після Другої світової війни, коли питання захисту прав людини уперше в історії набуло неабиякого значення. Учасники конференції Організації Об'єднаних Націй 1959 р. запропонували поширити цей інститут на всі держави світу¹.

Нині у світі існують дві моделі інституту омбудсмана – англійська та шведська. Обидві спрямовані на захист прав громадян, а різниця полягає в тому, що в Англії існує механізм так званого “парламентського фільтру”, тобто громадяни спочатку звертаються до представників омбудсмана, а вже потім до нього. Квазіомбудсмани існують у країнах, що мають більш-менш сильну виконавчу владу. Найяскравішим прикладом цього є інститут медіатора – посередника у Франції, який належить до категорії адміністративних органів, оскільки діє в рамках виконавчої гілки влади: він призначається Декретом Міністрів. Різні варіанти цієї інституції, різні назви у кожній країні: у Швеції, Фінляндії і Данії – омбудсман, Франції – посередник (медіатор), Греції – захисник громадян, Польщі – уповноважений з прав громадян, Литві – контролер сейму, Молдові – парламентський адвокат, Україні й Російській Федерації – уповноважений парламенту з прав людини, що зумовлено різним історичним середовищем, неоднаковою правовою культурою, впливом конституційно-правових систем².

Отже, кожна держава обирає найбільш прийнятні моделі омбудсмана для захисту прав і свобод своїх громадян.

Частиною 2 статті 19 Конституції України передбачено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі,

в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України³.

Так, у статті 101 Конституції України чітко зазначається, що парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини та громадянина здійснює Уповноважений Верховної Ради з прав людини⁴.

Особлива роль у системі правозахисних гарантій прав людини, щодо захисту порушених прав людини та відновлення порушеного права належить Уповноваженому Верховної Ради з прав людини, що відображається у нормах Закону України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини”⁵.

Статтею 3 Закону України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини” визначено, що метою парламентського контролю, який здійснює Уповноважений, є:

1) захист прав і свобод людини і громадянина, проголошених Конституцією України, законами України та міжнародними договорами України;

2) додержання та повага до прав і свобод людини і громадянина суб’єктами, зазначеними у статті 2 цього Закону;

3) запобігання порушенням прав і свобод людини і громадянина або сприяння їх поновленню;

4) сприяння приведенню законодавства України про права і свободи людини і громадянина у відповідність з Конституцією України, міжнародними стандартами у цій галузі;

5) поліпшення і подальший розвиток міжнародного співробітництва в галузі захисту прав і свобод людини і громадянина;

6) запобігання будь-яким формам дискримінації щодо реалізації людиною своїх прав і свобод;

7) сприяння правовій інформованості населення та захист конфіденційної інформації про особу⁶.

Правовий статус Уповноваженого передбачений статтею 4 Закону України «Про Уповноваженого Верховної

Ради України з прав людини», де визначено, що Уповноважений є посадовою особою, статус якої визначається Конституцією України, цим та іншими законами України⁷.

Уповноважений здійснює свою діяльність незалежно від інших державних органів та посадових осіб. Діяльність Уповноваженого доповнює існуючі засоби захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина, не відміняє їх і не тягне перегляду компетенції державних органів, які забезпечують захист і поновлення порушених прав і свобод⁸.

Повноваження Уповноваженого не можуть бути припинені чи обмежені у разі закінчення строку повноважень Верховної Ради України або її розпуску (саморозпуску), введення воєнного або надзвичайного стану в Україні чи в окремих її місцевостях⁹.

Відповідно до положень статті 11 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» Уповноважений має право призначати своїх представників у межах виділених коштів, затверджених Верховною Радою України¹⁰.

Організація діяльності та межі повноважень представників Уповноваженого регулюються Положенням про представників Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, яке затверджується Уповноваженим¹¹.

Згідно із статтею 13 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» Уповноважений має право:

- 1) невідкладного прийому Президентом України, Головою Верховної Ради України, Прем'єр-міністром України, головами Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України, Генеральним прокурором, керівниками інших державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадовими та службовими особами;

2) бути присутнім на засіданнях Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України, колегії прокуратури України та інших колегіальних органів;

3) звертатися до Конституційного Суду України з поданням:

– про відповідність Конституції України законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, які стосуються прав і свобод людини і громадянина;

– про офіційне тлумачення Конституції України;

3¹) вносити в установленому порядку пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері захисту прав і свобод людини і громадянина;

4) безперешкодно відвідувати органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, бути присутнім на їх засіданнях;

5) ознайомитися з документами, у тому числі тими, що містять інформацію з обмеженим доступом, та отримання їх копій в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, органах прокуратури, включаючи справи, які знаходяться в судах. Доступ до інформації з обмеженим доступом здійснюється в порядку, встановленому законом;

6) вимагати від посадових і службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності сприяння проведенню перевірок діяльності підконтрольних і підпорядкованих їм підприємств, установ, організацій,

виділення спеціалістів для участі у проведенні перевірок, експертиз і надання відповідних висновків;

7) запрошувати посадових і службових осіб, громадян України, іноземців та осіб без громадянства для отримання від них усних або письмових пояснень щодо обставин, які перевіряються по справі;

8) відвідувати без попереднього повідомлення про час і мету відвідування такі місця:

– місця, в яких особи примусово тримаються за судовим рішенням або рішенням адміністративного органу відповідно до закону, в тому числі ізолятори тимчасового тримання, кімнати для затриманих та доставлених чергових частин органів Національної поліції, пункти тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають в Україні, кімнати для перебування тимчасово затриманих військовослужбовців, слідчі ізолятори, арештні доми, кримінально-виконавчі установи, приймальники-розподільники для дітей, загальноосвітні школи та професійні училища соціальної реабілітації, центри медико-соціальної реабілітації дітей, спеціальні виховні установи, військові частини, гауптвахти, дисциплінарні батальйони, спеціальні приймальники для тримання осіб, підданих адміністративному арешту, міські, районні управління та відділи, лінійні управління, відділи, відділення, пункти органів Національної поліції, спеціалізовані автомобілі (у тому числі спеціалізовані автомобілі з конвоєм), приміщення (кімнати) для тримання підсудних (засуджених) у судах, заклади примусового лікування;

- психіатричні заклади;
- пункти тимчасового розміщення біженців;
- приміщення для транзитних пасажирів у пунктах пропуску через державний кордон;
- будинки дитини, дитячі будинки-інтернати, притулки для дітей, дитячі будинки, загальноосвітні школи-інтернати

для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, центри соціальної реабілітації дітей з інвалідністю, центри соціально-психологічної реабілітації дітей;

- психоневрологічні інтернати;
- геріатричні пансіонати, будинки-інтернати для громадян похилого віку та осіб з інвалідністю;
- пансіонати для ветеранів війни і праці;
- соціально-реабілітаційні центри.

Наведений перелік не є вичерпним;

8¹) опитувати осіб, які перебувають у місцях, зазначених у пункті 8 цієї статті, та отримувати інформацію стосовно поведінки з цими особами і умов їх тримання;

9) бути присутнім на засіданнях судів усіх інстанцій, у тому числі на закритих судових засіданнях, за умови згоди суб'єкта права, в інтересах якого судовий розгляд оголошено закритим;

10) з метою захисту прав і свобод людини і громадянина особисто або через свого представника в установленому законом порядку:

- звертатися до суду про захист прав і свобод осіб, які через фізичний стан, недозрілості повноліття, похилий вік, неієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права і свободи; брати участь у судовому розгляді справ, провадження в яких відкрито за його позовами (заявами, клопотаннями (поданнями));

- вступати у справи, провадження в яких відкрито за позовами (заявами, клопотаннями (поданнями) інших осіб, на будь-якій стадії їх судового розгляду;

- ініціювати незалежно від його участі у судовому провадженні перегляд судових рішень;

11) направляти у відповідні органи акти реагування Уповноваженого у разі виявлення порушень прав і свобод людини і громадянина для вжиття цими органами заходів;

12) перевіряти стан додержання встановлених прав і свобод людини і громадянина відповідними державними органами, в тому числі тими, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, здійснюють виконання судових рішень, вносити в установленому порядку пропозиції щодо поліпшення діяльності таких органів у цій сфері;

13) здійснювати контроль за забезпеченням рівних прав та можливостей жінок і чоловіків;

14) здійснювати інші повноваження, визначені законом¹².

Стаття 14 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» визначає обов'язки Уповноваженого.

Уповноважений зобов'язаний додержуватися Конституції України і законів України, інших правових актів, прав та охоронюваних законом інтересів людини і громадянина, забезпечувати виконання покладених на нього функцій та повною мірою використовувати надані йому права.

Уповноважений зобов'язаний зберігати конфіденційну інформацію. Це зобов'язання діє і після припинення його повноважень.

У разі розголошення таких відомостей Уповноважений несе відповідальність у встановленому законодавством порядку.

Уповноважений не має права розголошувати отримані відомості про особисте життя заявника та інших причетних до заяви осіб без їхньої згоди.

Уповноважений здійснює парламентський контроль за дотриманням права на доступ до публічної інформації¹³.

Секретаріат Уповноваженого з прав людини за дорученням Уповноваженого забезпечує оприлюднення та надання інформації за запитами, адресованими Уповноваженому з прав людини, відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації»¹⁴.

Акти реагування Уповноваженого зазначені в статті Закону України 15 «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини». Актами реагування Уповноваженого щодо порушень положень Конституції України, законів України, міжнародних договорів України стосовно прав і свобод людини і громадянина є конституційне подання Уповноваженого та подання Уповноваженого до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та їх посадових і службових осіб¹⁵.

Конституційне подання Уповноваженого – акт реагування до Конституційного Суду України щодо вирішення питання про відповідність Конституції України (конституційності) закону України чи іншого правового акта Верховної Ради України, акта Президента України та Кабінету Міністрів України, правового акта Автономної Республіки Крим; офіційного тлумачення Конституції України¹⁶.

Подання Уповноваженого – акт, який вноситься Уповноваженим до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадовим і службовим особам для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав і свобод людини і громадянина¹⁷.

Таким чином, практика свідчить, що державна система захисту прав людини сьогодні не відповідає своєму призначенню повною мірою. Вважаємо, що модернізація статусу Уповноваженого має відбутися шляхом удосконалення норм Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини».

Особливу увагу слід приділити Уповноваженому в справах Європейського суду з прав людини, який у своїй діяльності керується Конституцією України, законами України, актами Президента України, Кабінету Міністрів України;

міжнародними договорами України; Регламентом суду та Положенням про Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 31.05.2006 року №784 «Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹⁸. Звертаємо увагу, що відповідно до цього Положення Уповноважений є посадовою особою, на яку покладено повноваження щодо забезпечення представництва України в Європейському Суді з прав людини під час розгляду справ про порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також інформування Комітету міністрів Ради Європи про хід виконання рішень Європейського суду.

Таким чином, розвиток в Україні інституту Уповноваженого став логічним наслідком конституційно визначеної орієнтації на побудову правової, демократичної держави. Завдяки специфічним повноваженням, що виокремлюють цей орган державної влади з-поміж інших правозахисних органів, його запровадження дало змогу значно посилити гарантії захисту прав людини, надати кожній особі можливості щодо захисту порушених прав¹⁹.

Щоправда, аналіз тієї ситуації, яка складається в Україні, змушує нас визнати й те, що неусталеність у самій системі державної влади, наявність численних прогалин у законодавстві, а також відсутність імперативних правових засобів впливу омбудсмана на відповідні органи державної влади суттєво ускладнюють здійснюваний вітчизняним омбудсманом захист прав людини. До того ж слід відзначити, що протягом останнього часу досить рельєфно проявилася ще одна вкрай небезпечна і неприпустима, з нашої точки зору, тенденція до політизації функціонування цього інституту, коли на нього здійснюється системний тиск з боку окремих політичних партій та політичних сил.

Уповноважений безпосередньо реалізовує правозахисні гарантії засобом захисту прав людини в Україні. Крім того, коли використано всі національні засоби захисту своїх прав, є можливість звернутися до міжнародних судових установ або організацій, членом або учасницею яких є Українська держава.

Якщо правозахисні гарантії прав людини в Україні розглядати як систему засобів, способів, умов, завдяки яким забезпечується ефективна реалізація людиною свого права на захист, то саме звернення за правовою допомогою до Уповноваженого є гарантією на відновлення порушеного права.

На нашу думку, головне призначення правозахисних гарантій прав людини в Україні полягає у забезпеченні всіх і кожного рівними правовими можливостями для захисту прав за допомогою Уповноваженого.

Роль та значення Уповноваженого полягає в тому, що він допомагає людині реалізувати норми законодавства для захисту своїх порушених прав та відновлення цих прав.

1. Майданник О.О. Інститут омбудсмана у механізмі забезпечення прав людини в Україні. *Адвокат*. 2010. № 7. С. 12-16. **2.** Хальота А.І. Щодо захисту конституційних прав людини шляхом звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. *Право України*. 2000. № 3. С. 31-34. **3.** Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%E2%F0#Find>. **4.** Там само. **5.** Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України 23.12.1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. (№ 20). **6.** Там само. **7.** Там само. **8.** Там само. **9.** Там само. **10.** Там само. **11.** Там само. **12.** Там само. **13.** Там само. **14.** Там само. **15.** Там само. **16.** Там само. **17.** Там само. **18.** Положеннями про Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31.05.2006 року №784 «Про заходи

щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

19. Вишковська В. І. Інститут омбудсмана у механізмі захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні. *Науковий часопис НПУ ім. М.П. Драгоманова*. Серія № 18. Економіка і право: зб. наукових праць. 2012. Вип. 18. С. 91-97.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.52

П. С. КОРНІЄНКО

МІСЦЕ І РОЛЬ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ У ФОРМУВАННІ ПРАВОЗАХИСНОГО МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВИ

Розкривається місце і роль Верховної Ради України, яка виступає однією з головних організаційно-правових гарантій конституційних прав людини і громадянина, а також важливим елементом системи органів державної влади, що забезпечують правозахисну діяльність.

Зазначається, що парламент відіграє значну роль у формуванні правозахисного механізму завдяки своїм конституційним повноваженням у даній сфері.

Ключові слова: парламент, права і свободи людини і громадянина, правозахисна діяльність, депутатське звернення, депутатський запит.

Kornienko Petro. The Position and Role of the Verkhovna Rada of Ukraine in Creating the Human Rights Mechanism of the State

The position and role of the Verkhovna Rada of Ukraine is highlighted as a key organizational and legal guarantee of the constitutional rights of a human and a citizen and an important element in the system of state power bodies that support the human rights work.

It is emphasized that the Parliament has significant role in creating the human rights mechanism due its constitutional authorities in this sphere.

© **КОРНІЄНКО Петро Сергійович** — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри філософії та соціально-гуманітарних дисциплін Національної академії статистики, обліку та аудиту

Key words: *Verkhovna Rada of Ukraine, parliament, rights and freedoms of a human and a citizen, human rights work, deputy address, deputy inquiry.*

Верховна Рада України є важливим елементом системи органів, що здійснюють правозахисну діяльність, та належить до організаційно-правових гарантій правового захисту.

Орган законодавчої влади, суб'єкт правотворчості створює в режимі «реального часу» обов'язкові до виконання положення, які так чи інакше стосуються прав і свобод людини і громадянина, а також їх обов'язків. Оскільки належний їх захист є неодмінною умовою забезпечення прав і свобод особи, то питання про те, яким чином будуть закріплюватись відповідні положення законодавства, є надзвичайно важливим. Якщо Конституція України закріплює визначальні принципи, цілі та ідеї забезпечення прав і свобод людини і громадянина, то законодавство, яке формується парламентом, відображає буденну життєдіяльність людей, закріплює та уточнює елементи можливостей реалізації прав і свобод особи. Це визначає потребу належного рівня правотворчої роботи органу законодавчої влади.

Відповідно ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Таким чином, робота парламенту, яка полягає у правотворчості, а саме: закріплення, розширення, уточнення прав і свобод людини, а також встановлення механізмів їх забезпечення, гарантування та захисту є важливим процесом державотворення та частиною ефективного правозахисного механізму.

З даного приводу варто звернутись до правової позиції Конституційного Суду України.

Так, Україна є правовою державою (стаття 1 Конституції України). Відповідно до Основного Закону України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (частина перша статті 3); права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (частина друга статті 3); права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (стаття 21); кожен має право на повагу до його гідності (частина перша статті 28); права і свободи людини і громадянина захищаються судом (частина перша статті 55); однією з основних засад судочинства є рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом (пункт 2 частини третьої статті 129).

Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Таке розуміння права не дає підстав для його отождолення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права¹.

Покликання та завдання парламенту як законодавчого органу, склад якого є виявом політичної волі народу, – відігравати роль форуму, де гласно, публічно, відкрито обговорюються важливі питання суспільного та державного життя, здійснюється контроль за діяльністю органів виконавчої влади, гарантувати належне управління країною, не допустити свавілля виконавчих структур, ігнорування ними інтересів та потреб народу².

У науковій літературі, присвяченій проблемам захисту прав і свобод людини і громадянина, законодавчі (представницькі) органи, як правило, не розглядаються як частина правозахисного механізму. Такий підхід, на наш погляд, не відображає реального правозахисного потенціалу органів законодавчої гілки державної влади.

Досить поширеними є випадки, коли дослідники юридичних механізмів захисту прав людини в Україні, наводячи перелік суб'єктів правового захисту, зокрема, органи конституційного контролю, судові та адміністративні органи; рівні захисту (органи загальної та галузевої компетенції); способи захисту (адміністративний і судовий); судову систему захисту, державні інститути несудового захисту і неурядові правозахисні організації; судовий захист та позасудові державні інститути правового захисту, натомість лише частково зачіпають тему впливу законодавчих органів на правозахисний механізм, та їх роль у ньому.

Дійсно, Конституція України прямо не обумовлює повноваження Верховної Ради України щодо прав і свобод людини. Однак при більш уважному аналізі її повноважень можна визначити певний правозахисний потенціал. На це вказує ст. 85 Конституції України, в якій вказано, що до повноважень Верховної Ради України належить: внесення змін до Конституції України в межах і порядку, передбачених розділом XIII цієї Конституції; прийняття законів; призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого

Верховної Ради України з прав людини; заслуховування його щорічних доповідей про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні; здійснення парламентського контролю в межах, визначених цією Конституцією та законом. Особливої уваги заслуговує положення про фундаментальне повноваження парламенту – прийняття законів.

Як передбачено ст. 92 Конституції, виключно законами України визначаються: 1) права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; 2) громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців та осіб без громадянства; 3) права корінних народів і національних меншин; 4) порядок застосування мов; 5) засади використання природних ресурсів, виключної (морської) економічної зони, континентального шельфу, освоєння космічного простору, організації та експлуатації енергосистем, транспорту і зв'язку; 6) основи соціального захисту, форми і види пенсійного забезпечення; засади регулювання праці і зайнятості, шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; виховання, освіти, культури і охорони здоров'я; екологічної безпеки; 7) правовий режим власності; 8) правові засади і гарантії підприємництва; правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання; 9) засади зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи; 10) засади регулювання демографічних та міграційних процесів; 11) засади утворення і діяльності політичних партій, інших об'єднань громадян, засобів масової інформації; 12) організація і діяльність органів виконавчої влади, основи державної служби, організації державної статистики та інформатики; 13) територіальний устрій України; 14) судоустрій, судочинство, статус суддів; засади судової експертизи; організація і діяльність прокуратури, нотаріату, органів досудового розслідування, органів і установ виконання покарань; порядок виконання судових рішень; засади організації та діяльності адвокатури; 15) заса-

ди місцевого самоврядування; 16) статус столиці України; спеціальний статус інших міст; 17) основи національної безпеки, організації Збройних Сил України і забезпечення громадського порядку; 18) правовий режим державного кордону; 19) правовий режим воєнного і надзвичайного стану, зон надзвичайної екологічної ситуації; 20) організація і порядок проведення виборів і референдумів; 21) організація і порядок діяльності Верховної Ради України, статус народних депутатів України; 22) засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

Парламент здійснює законодавче (нормативно-правове) регулювання охоронно-захисної діяльності всіх органів публічної влади, їх посадових осіб.

Правозахисна роль Верховної Ради України виражається в її законотворчій роботі. Парламент, реалізуючи свою основну функцію, зобов'язаний настільки упорядкувати суспільні відносини, щоб питання дотримання та захисту прав і свобод людини і громадянина не загострювалось чи погіршувалось недосконаліми чи суперечливими законами, а також відсутністю необхідних законодавчих актів. Формування якісної законодавчої бази в Україні є поступальним процесом з метою утвердження, розвитку положень щодо прав і свобод людини і громадянина, гарантій їх забезпечення та захисту.

Незважаючи на істотний прорив у законодавчому забезпеченні захисту прав і свобод людини, означені проблеми ще далеко не вичерпані. При розвитку, конкретизації в законах конституційних положень не виключена небезпека їх спотворення, звуження сфери дії прав або свобод, встановлення таких процедур і механізмів їх реалізації та захисту, які в силу неповноти, недосконалості можуть ускладнити реалізацію цього права чи свободи.

Для вітчизняного законодавця конституційно закріплена ще одна важлива функція, яка тісно пов'язана із правами і свободами людини і громадянина: можливість їх обмежувати. Конституція України закріпила в ст. 22 положення про те, що конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, одночасно встановила вичерпні випадки можливості обмеження прав і свобод людини і громадянина. Так, конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України, як це закріплено в її ст. 64.

Кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом (ч. 1 ст. 33 Конституції України).

Здійснення прав (право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань та право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір) може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, охорони здоров'я населення, захисту репутації або прав інших людей, запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ст. 34).

Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. Здійснення цього права може

бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей (ст. 35).

Законом, в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей, можуть встановлюватись обмеження права на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом (ст. 36).

Обмеження щодо права (збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування) може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку — з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (ст. 39).

Однак, як ми можемо побачити із представлених вище формулювань, вони допускають розпливчастість і нечіткість стосовно обмежень прав і свобод людини. Натомість у законодавчому процесі необхідні цілком виразні і вивірені конституційні критерії обмеження прав і свобод громадян, але їх теж немає. Законодавці навряд чи адекватно оцінюють ситуацію, за якої необхідно вживати заходів щодо захисту, наприклад, основ конституційного ладу або моральності. Відтак зберігається небезпека необґрунтовано обмежити права і свободи людини і громадянина, так і не визначивши ступінь небезпеки, коли таке обмеження є виправдане.

Парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина здійснює Уповнова-

жений Верховної Ради України з прав людини. Про це вказано в ст. 101 Конституції України.

Депутатський запит є ще одним спеціальним засобом парламентського контролю за діяльністю інших гілок влади у сфері прав і свобод людини і громадянина. Відповідно до ст. 86 Конституції України народний депутат України має право на сесії Верховної Ради звернутися із запитом до органів Верховної Ради, керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, керівників підприємств, установ, організацій, розташованих на території України, незалежно від підпорядкованості та форми власності.

Більш детально питання депутатського запиту регламентовано в Законі України «Про статус народного депутата України»³. Так, відповідно до ч. 2 ст. 15 згаданого закону депутатський запит – це вимога народного депутата, народних депутатів чи комітету Верховної Ради України, яка заявляється на сесії Верховної Ради України до Президента України, до органів Верховної Ради України, до Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ і організацій, розташованих на території України, незалежно від їх підпорядкування і форм власності, дати офіційну відповідь з питань, віднесених до їх компетенції.

Президент України, керівники органів державної влади та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, до яких звернуто запит, зобов'язані повідомити народного депутата, групу народних депутатів, комітет Верховної Ради України у письмовій формі про результати розгляду його (їх) запиту у п'ятнадцятиденний строк з дня його одержання або в інший, встановлений Верховною Радою України, строк.

Дотриманню та захисту прав і свобод людини і громадянина сприяє організаційна взаємодія Верховної Ради України з

Президентом, урядом, Конституційним, Верховним судами, Генеральною прокуратурою, Міністерством юстиції, з Уповноваженим з прав людини через відповідну кореспонденцію чи шляхом призначення у вказаних органах державної влади повноважних представників

Враховуючи вищевикладене, варто зауважити, що правозахисний потенціал органу законодавчої влади – парламенту, який передбачений законодавчо, є значним. Однак реальний стан справ у сфері правового захисту вказує на недостатнє використання парламентом усіх можливостей задля досягнення якісного ефекту для забезпечення прав і свобод людини і громадянина, в тому числі у сфері формування системи органів державної влади, які мають стати елементами правозахисного механізму. В переважній більшості випадків, як у науковій спільноті, так і серед інших груп громадян вказують на недостатню якість законотворчої роботи та потребу в реформах. Позитивні зрушення, які ми можемо сьогодні спостерігати, відбуваються переважно завдяки активізації населення після доволі складних суспільно-політичних потрясінь і через тиск на органи державної влади, або ж через необхідність виконання умов та задач, поставлених міжнародними організаціями⁴.

Однак варто відзначити, що парламент відіграє значну роль у формуванні правозахисного механізму завдяки своїм конституційним повноваженням у даній сфері. Поступово відбувається зміна акцентів державного управління, а з ним і законотворчої роботи парламенту, з суто державницької чи обслуговування олігархії на людиноорієнтовну, що передбачає пріоритет формування законодавства, а з ним і відповідних механізмів його реалізації, які закріплюють примат забезпечення прав і свобод людини і громадянина⁵.

Таким чином, парламент – Верховна Рада України виступає однією з головних організаційно-правових гарантій

конституційних прав людини і громадянина, а також важливим елементом системи органів державної влади, що забезпечують правозахисну діяльність.

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. *Вісник Конституційного Суду України*. 2004. № 5.
2. Органи державної влади України / за ред. В.Ф. Погорілка: монографія. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2002. С. 79.
3. Про статус народного депутата України: Закон України від 17.11.1992 № 2790-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/2790-12>.
4. Корнієнко П.С. Конституційні основи правозахисної діяльності України: монографія. Київ: Видавництво Ліра-К, 2018. С. 77.
5. Там само. С. 78.

Kornienko Petro. The Position and Role of the Verkhovna Rada of Ukraine in Creating the Human Rights Mechanism of the State

The position and role of the Verkhovna Rada of Ukraine is highlighted as a key organizational and legal guarantee of the constitutional rights of a human and a citizen and an important element in the system of state power bodies that support the human rights work.

According to Article 3 of the Constitution of Ukraine, human rights and freedoms and their guarantees determine the content and directions of the activities of the State. The State is responsible before a human for its activities. To assure and guarantee human rights and freedoms is the principle duty of the State.

It follows that the work of the Parliament, which is essentially lawmaking, namely, assuring, extending and specifying human rights and freedoms, as well as establishing the mechanism for their support, guarantee and protection is an important process of state-building and a part of the effective human rights protection mechanism.

The Parliament is responsible for legislative (legal) regulation of the protective work of all the public power bodies and their executive officers.

Also, it is emphasized that the role of the Verkhovna Rada of Ukraine in protecting human rights is embodied in its lawmaking work. When implementing its central function, the Parliament is obliged to organize the social relations in a manner not allowing for an aggravation of issues related with observance or protection of human rights and freedoms due to imperfect or contradictory laws or absence of the required legal acts. Creation of a high quality legal framework in Ukraine is a gradual process meant to assure and develop the provisions on rights and freedoms of a human and a citizen, and to guarantee their observance and protection.

Key words: parliament, rights and freedoms of a human and a citizen, human rights work, deputy address, deputy inquiry.

УДК 342. 1

І. С. ЧИЖ

**ЕРА «ІНФОРМАЦІЙНОГО КОМУНІЗМУ»:
УСВІДОМЛЕННЯ СЕБЕ
ЧИ «НЕПРИТОМНІСТЬ ДУХОВНОСТІ»?
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АКЦЕНТИ ВІДПОВІДІ
НА АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ ЧАСУ**

Досліджуються інформаційно-комунікативні процеси, які визначають нині порядок денний суспільного розвитку як у глобальному, загально цивілізаційному, так і у локальних (регіональних, національних) вимірах. Автор аналізує українські політико-правові реалії, зокрема щодо конституційно-правового запобігання насиллю над свідомістю людини і суспільства, коли технології і пропагандистська маніпуляція інформацією призводять до серйозних потрясінь з непередбачуваними наслідками, і пропонує шляхи удосконалення деяких норм Конституції України та інформаційного законодавства.

© ЧИЖ Іван Сергійович — доцент кафедри журналістики та мовної комунікації Національного університету біоресурсів і природокористування України, Заслужений журналіст України

Ключові слова: Інформаційно-комунікативні процеси, інформаційне право, конституційні права, громадянське інформаційне суспільство. «інформаційний комунізм», «політична голобородківщина».

Chyzh Ivan. The era of informational communism»: selfawareness or «fainted spirituality»? the constitutional and legal accents of answer on actual time challenges

The information and communication processes determining the agenda of social development both in the global and in the local (regional, national) dimensions are being researched. The author analyzes the Ukrainian political and legal realities in terms of judicial and constitutional prevention of violence on personal and public consciousness, when the technologies and manipulative informational propaganda lead to serious shock with unpredictable consequences. He also finds the mechanisms to improve some provisions of the Constitution of Ukraine and the legislature on information.

Keywords: *The information and communication processes, informational law, constitutional rights, civil informational society, «informational communism», «political Holoborodkivshchyna».*

Інформаційно-комунікативні процеси визначають нині порядок денний суспільного розвитку як у глобальному, загальноцивілізаційному, так і у локальних (регіональних, національних) вимірах. Причому природа протистоянь, збурень і конфліктів, котрі охопили величезну кількість країн чи не на всіх континентах, може бути різною, однаке механізми, інструментарії, що їх організують і надають динаміки – спільні.

У Франції, приміром, «жовті жилети» розпочали свою акцію 17 листопада 2018 року спонтанно, як протест проти досить незначного підвищення цін на пальне, проте за цим першим публічним виявом невдоволення прокотилися хвиля за хвилею нові й нові акції протесту. Згодом вони переросли у безлад у самому центрі Парижа, супроводжувалися підпалами, руйнуваннями та мародерством і набрали політичного забарвлення з вимогою відставки президента

Франції Е. Макрона. Рух зорганізувався у соціальних мережах і продовжує наростати завдяки блискавично поширюваній інформації. Таким чином, базова основа демократії – свобода слова і думки, пряма демократія, конституційно гарантована у праві громадян на протести, на очах у всього світу перетворюється на свою протилежність – диктатуру агресивної меншості.

Аналогічні протести із тим самим «жовто жилетним» антуражем відбулися у Бельгії (Брюссель), Нідерландах (Гаага, Роттердам, Амстердам, Маастрихт та інших містах) і навіть у Польщі, де фермери, зодягнуті у такі ж жилети, блокували важливу магістраль поблизу Варшави, вимагаючи від влади вирішення їхніх нагальних проблем.

Україна має свою непросту історію, коли саме інформація об'єднувала (чи, навпаки, роз'єднувала) суспільство і призводила до серйозних катаклізмів, потрясінь та змін¹. Останні ж події, пов'язані з президентськими виборами та їх результатами, які автор означає як українська «політична голобородьківщина», вимагають особливо пильної уваги і аналізу. (У цей політико-публіцистичний термін автор вкладає не обов'язково негативний підтекст. Це – протипага суціль скомпрометованій так званій «політичній еліті». Значна частина суспільства таким чином демонструє жорстке несприйняття існуючої соціально-економічної ситуації і засвідчує загальне прагнення позитивних змін. Люди готові підтримати екранних, віртуальних «слуг народу», аби позбутися тих, хто реальною політикою робить їхнє життя нестерпним. Таким чином, і у цій ситуації бачимо вирішальний вплив поширюваної інформації, яка, з одного боку, змінює суспільну свідомість та моделює поведінку як окремих індивідів, так і широких суспільних верств, а з іншого – веде до «непритомності духовності». (Стаття написана у квітні 2019 р. напередодні другого туру виборів Президента України. І. Ч.).

Саме нагальною потребою правового моніторингу та правової експертизи процесів, у основі яких конституційні права і свободи людини, включно передовсім з інформаційними правами, та напрацюванням законодавчих механізмів, найбільш сприятливих для формування і розвитку інформаційного громадянського суспільства, зумовлена актуальність цієї статті.

Проблеми інформаційних відносин широко і різноаспектно досліджуються науковцями усього світу. Із середини ХХ століття зародився цілий науковий напрям, який поступово формується у нову галузь юридичної науки – інформаційне право, а у міжнародному і національних законодавствах, починаючи з конституційних приписів, закладаються норми, в яких серед найважливіших прав і свобод людини – право на свободу слова і думки та інформаційні права.

Українські науковці також досить активно досліджують цю проблематику. Комплексно і ґрунтовно, зокрема саме в контексті конституційних гарантій інформаційних прав людини і громадянина, ця тема розглянута у шеститомному виданні «Інформаційне законодавство: Збірник законодавчих актів», де викладені матеріали щодо конституційних засад та основні інформаційні закони багатьох країн світу, передусім України, а також міжнародно-правові акти в інформаційній сфері². Особливо важливо, що і це видання, і наступні за ним – колективна монографія «Правове забезпечення інформаційної діяльності в Україні»³ та науково – практичний коментар «Інформаційне законодавство України»⁴ – це спільна фундаментальна праця Інституту держави і права ім.В.М. Корецького Національної Академії Наук України та Державного комітету телебачення і радіомовлення України (Держкомтелерадіо), у підготовці якої взяли участь науковці-правники, законотворці, у тому числі автор цієї статті, кому довелося брати особисто участь у

написанні й прийнятті Конституції України, а також фахівці-практики інформаційної сфери.

Колективу авторів (Ю.С. Шемшученко, І.С. Чиж, В.Ф. Погорілко, Т.А. Костецька, І.О. Кресіна, В.О. Горобцов, В.М. Петренко, В.В. Юричко, А.В. Колодюк, Б.А. Кормич, О.В. Соснін) вдалося здійснити дослідження високої якості, а головне продемонструвати такий рівень співпраці фундаментальної науки і конституційного органу державної влади, якої в Україні не було до того, а тим більше немає нині.

Ще одним надзвичайно важливим спільним напрацюванням Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України та Держкомтелерадіо була розробка законопроекту «Про Концепцію державної інформаційної політики», котра охоплювала увесь комплекс інформаційних правовідносин у державі й суспільстві на основі кращого європейського і світового досвіду формування громадянського інформаційного суспільства.

Узгоджуючи проект Концепції, розробники врахували низку принципових позицій законопроекту «Про інформаційний суверенітет та інформаційну безпеку України», внесений народним депутатом України І.С. Чижем 12.08.1999 р.⁵

Концепція була результатом пошуку оптимальної моделі розвитку надзвичайно складних інформаційних відносин між громадянами, суспільством і державою, своєрідним начерком проекту кроків до побудови розвинутого інформаційного громадянського суспільства⁶.

Проект Концепції було ухвалено у першому читанні (березень 2003 р.). На жаль, пізніше так звані «політичні доцільності» на користь приватного медіамонополізму та на шкоду національним інтересам не дали змоги ухвалити Концепцію в цілому. Подальший розвиток подій засвідчив, що інформаційне законодавство в Україні без чіткого розуміння його засад почало «розсипатися», втрачати динамізм

та «форсажність», окремі законопроекти приймаються спорадично, а цілі пласти норм у раніше ухвалених законах або вихолощуються часто непродуманими змінами і доповненнями, або, де-факто, не діють.

Тим часом саме в Україні було прийнято низку надзвичайно важливих документів, які визначили європейську інформаційну політику останнього десятиліття. Йдеться про Сьому європейську конференцію міністрів країн-членів Ради Європи з питань засобів масової інформації та комунікативної політики, проведену в Києві 10-11 березня 2005 року⁷.

Динамічні процеси і тенденції нинішньої доби, зумовлені інформатизацією та іншими новітніми технологіями, багато в чому визначають суспільний розвиток. Досліджуючи ці явища, автор доходить висновку, що саме гуманістичні засади мають бути в основі нового суспільства, яке сутнісно має означатися як громадянське інформаційне суспільство з пріоритетом прав і свобод людини над технологіями⁸.

Наш час став своєрідною стовідсотковою ілюстрацією популярної ще із 60-х років минулого століття теорії масових комунікацій — філософської концепції, покликаної пояснити новітні інформаційні процеси в суспільстві. Породжена бурхливим розвитком електронних засобів масової інформації, вона базувалася переважно на працях канадського філософа і публіциста Герберта Маршалла Маклюена(1911–1980), котрий працював професором філософії в університеті м.Торонто. Його славнозвісна книга «До розуміння засобів масової комунікації: продовження людини»(1964)⁹ поставила автора в один ряд з іменами М. Коперника, Ч. Дарвіна, З. Фрейда, чії концепції означали справжній науковий прорив у різних галузях знань. По суті, масова комунікація — це власне процес поширення інформації за допомогою технічних засобів (преса, радіо,

телебачення, кінематограф) на численно великі, розосереджені аудиторії.

Теорія масових комунікацій Г. М. Маклюена включає аналіз типів поширення інформації як рушійних сил історії; процесів «технологічного розширення свідомості» посередництвом аудіовізуальних мас-медіа; телебачення, як відкривача нової ери комунікації систем, та закладає такі передбачення незворотності трансформації суспільної свідомості, які з плином часу стають ще актуальнішими, ніж півстоліття тому¹⁰.

Саме Маклюен означив як еру «інформаційного комунізму» (від лат. «communis» – «спільний») консолідацію людства в одну спільноту. Науково-технічна революція інтенсифікувала нарощування знань, інформація поширюється практично миттєво, і проблемою уже є не отримання, а її аналіз, узагальнення і використання, якщо не з повним позитивним результатом, то бодай з мінімальними втратами від помилкових установок, нав'язаних шкідливою чи свідомо провокативною інформацією.

Маклюен охарактеризував також тенденції розвитку і постійного удосконалення комунікаційних систем ерою «технологічного розширення свідомості». Його аргументація: технічні винаходи виникають з практичної потреби людини підсилити якийсь із своїх органів, водночас вони ж призводять до його атрофії від бездіяльності і спричиняють поступове відмирання, своєрідну «ампутацію» людського органу. Аналогічно впливають на людину й новітні засоби масової комунікації (ЗМК), з тією лише різницею, що вплив ефірних способів поширення інформації носить комплексний, синтетичний характер. І наслідки від цього колосальні, адже сучасні ЗМК посилюють не окремі органи, фактично вони розширюють людські почуття й думки, свідомість в цілому. На людину тисне такий колосальний масив зовнішньої, часто суперечливої чи й кардинально протилежної за

змістом, інформації, яку вона не в силі упорядкувати, а її сприйняття, психіка, розум виявляються розбалансованими. Агресивний потік зростаючої інформації призводить до втрати людиною здатності до вибірковості, до опору інформаційній навалі, людина розчиняється у світі абсурду. Вона остаточно заплутується у павутинні інформаційних каналів, а нова інформація лише ускладнює і без того складний навколишній світ.

Справедливість такого твердження Маклюена важко спростувати, адже сучасне українське телебачення – пряма ілюстрація його теорії. Канали, можливо, за невеликим винятком, у вірнопідданому служінні олігархії добивають свідомість українців політичними ток-шоу, загальна рубрикація контенту яких укладається у брутально-цинічну тезу: СТД («Сам ти дурень!»), а інформаційні випуски у гонитві за сенсаціями цілком підпадають під означення ТСН (телебачення страшних новин), збираючи воедино усе найжахливіше, що трапляється не тільки в Україні, але й в усьому світі. Це формує стійкий логоневроз, страшенну втому від життя, демотивує суспільство, заганяє людину в стан неперехідної тривожності та депресії.

Звісно, Україна не виняток у цій загальносвітовій проблемі. Маклюен слушно стверджує, що в «епоху увімкнутої свідомості» людина весь час перебуває в полі експансивного тиску на неї ЗМК. Це спрощує для зацікавлених політичних сил процес маніпуляції суспільною свідомістю. Паралізуючи свідомість, телебачення призводить до загальної «духовної неприємності». Хіба що варто додати, з огляду на сучасну технологічно ще досконалішу систему впливу на свідомість із домінуванням Інтернету та конвергентних ЗМК, що знеособленим суспільством легко управляти за допомогою маніпулятивної пропаганди.

Наскільки справедливими і пророчими виявилися у цій частині передбачення Маклюена спостерігаємо сьогодні,

приміром, в українських суспільно-політичних реаліях. Наділені народом, як носієм суверенітету і єдиним джерелом влади (ст. 5 Конституції України)¹¹, повноваженнями на здійснення своїх функцій в інтересах і на користь громадян, «слуги народні» насправді повсякчас виявляють позірну, віртуальну сутність, жодним чином не забезпечуючи елементарних потреб громадян. Фактично це фейкові «слуги» і такі ж їхні діяння, коли, звісно, не йдеться про власні статки, власне збагачення і власне благополуччя. Отож, мовимо тут про реальність, котра перетворюється «у ніщо», несе на собі відбиток віртуальності. Водночас телевізійні, справді віртуальні «слуги народу» перекочують з екранів у реальну політику, отримуючи шанс на парламентське представництво і навіть на найвищу державну посаду президента. Тобто віртуальність стає реальністю завдяки ЗМК. Суспільство готове підтримати екранну «політичну голобородьківщину» аби позбутися тих у владі, хто не виконує свого конституційного призначення на утвердження України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави (ст. 1 Конституції)¹², у якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3 Конституції)¹³.

Створення електронними ЗМК «архетипів свідомості» внаслідок маніпулятивної пропаганди та нав'язування людській спільноті певних ідеологічних стереотипів, кліше, штампів сприйняття дійсності й реакції на події стає глобальним явищем, оскільки, як стверджував Маклюен, людство перебуває за крок до перетворення на «всесвітнє селище». За великим рахунком, і обрання Д. Трампа Президентом США, і британський Brexit (про що говорив світлої пам'яті Стівен Хокінг)¹⁴, і результат українських президентських

виборів — однопорядкові явища несприйняття панівних «еліт».

Якими будуть наслідки цього своєрідного «бунту» громадянського інформаційного суспільства у кожному конкретному випадку, покаже час. Чи це буде «усвідомлення себе», як вершителя власної долі, чи демонстрацією грубої помилки через «непритомність духовності», — стане зрозумілим невдовзі. Щодо британського досить-таки невдалого «розлучення з Європою», то уже очевидно, що суспільство — родоначальник демократичних традицій — помилилося і заплуталося...

А хіба не помилялося уже не раз українське суспільство, виносячи прямо з майданів на державний Олімп людей дрібних, нікчемних чи просто мародерів, що наживаються «на темноті й нужді людській» (М. Луків)? Відомий поет не помилився: виявляється, можна вміти читати-писати, бути навіть добре освіченим та, надивившись телеекрана чи Інтернету, втратити здатність бачити у розвитку явища і процеси, стати «темним». Якби було інакше, хіба б упала Україна так низько за рівнем і якістю життя людей? І хіба б перетворилися на європейських чорноробів мільйони українців? І отих, реально існуючих у владі, та насправді фейкових своїх «слуг», що «доурядувалися» до такої ганьби, хіба не громадяни України обирали?..

Традиція «майданної зміни влади», на щастя, нині переривається вільними демократичними виборами. За свій вибір відповідати будуть самі українці. Проте і цей, і попередні наші уроки, як і світові тенденції загалом, вимагають конституційно-правового запобігання насиллю над свідомістю людини і суспільства, коли технології і пропагандистська маніпуляція інформацією призводять до серйозних потрясінь з непередбачуваними наслідками.

За соціальною сутністю права людини — це не що інше, як певним чином унормована можливість (свобода)¹⁵.

Людина, звісно, має право на помилки, так само має право на вибір справедливості у ставленні до неї, має й право бути ошуканою, особливо, коли цього сама й прагне... Одначе правова держава зобов'язана забезпечити як особистість, так і суспільство загалом від свідомо спрямованої інформаційної руйнівної атаки. Адже «у загальних правовідносинах при реалізації норм Конституції особливо наочно виявляється політичний характер обов'язків держави перед особою (зокрема, політичні обов'язки – заборона цензури; жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова; захист інформаційної безпеки тощо). Подібні політичні обов'язки держави перед особою перетворюються на юридичні обов'язки органів державної влади та органів місцевого самоврядування... Закріплення в Конституції права на інформацію означає, що держава бере на себе обов'язок забезпечити це право, яке існує в загальних правовідносинах між державою і громадянином.

Особливою формою реалізації права на інформацію є застосування права. У цьому зв'язку визначальним є не декларативність, а реальний вплив громадської ініціативи на процеси у своїй країні, змістовність конституційно-правових приписів, орієнтованих на становлення інформаційного громадянського суспільства»¹⁶.

Артикулюючи переважно на зовнішній інформаційній експансії, що саме по собі є серйозною загрозою українській державності, суспільство якось не помітило іншої, ще більш витонченої, а тому стократ небезпечнішої загрози – внутрішньої повзучої «перекомутації» свідомості інформаційним інструментарієм. Колосальний вплив олігархічних медіамонополій «step by step» підняв одних до вершин популярності, інших – «перемножив на нуль». Післямайданна Україна на цей час, на жаль, ще більше розділена, ніж це було раніше. Є цілком реальною загроза втрати суверенітету і державної незалежності, якщо невідкладно не вжити захо-

дів правового реагування на очевидні й приховані загрози і виклики.

На рівні національному необхідно всебічно удосконалити і осучаснити існуюче інформаційне законодавство. Давно назріла потреба у сучасному законі, який унормовував би суверенні інформаційні права особи, суспільства і держави, збалансувавши їх на пріоритеті прав і свобод людини. Цілком адекватною базою для цього міг би стати доопрацьований відповідно до сучасних реалій проект закону, який пройшов процедуру першого читання у Верховній Раді України¹⁷. Є необхідність суттєво уточнити ст.17 Конституції України щодо забезпечення інформаційної безпеки, яка нарівні із захистом суверенітету і територіальної цілісності та економічною безпекою є «...найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу»¹⁸ та ухвалити Інформаційний кодекс на основі ґрунтовної Концепції національної інформаційної політики. Напрацювання такі існують вже не один рік і їхня актуальна потреба лише зростає.

Та головне – забезпечити конституційну функцію народу як джерела влади і носія державного суверенітету. Шляхом всенародного референдуму належить затвердити нову Конституцію України, створити таку систему народовладдя, яка б назавжди усунула олігархічний вплив на формування представницьких органів та розвела бізнес і владу.

Окрім того, мають бути створені бездоганні виборчі механізми, котрі апріорі не допускали б жодних переваг та преференцій будь-кому, передовсім обмежували монопольне «промивання мізків» медіакорпораціями, що обслуговують олігархат та їхніх висуванців, і жорстко припиняли політичне хабарництво у партіях та найменші спроби підкупу виборців. Необхідно законодавчо закріпити конституційне право виборця не підтримувати жодну кандидатуру, якщо це його воля, внівши відповідні зміни до виборчого

бюлетеня. Відсутність такої можливості спотворює реальний рівень «довіри-недовіри» до кандидатів на виборні посади, оскільки виборці змушені доводити до стану «недійсного бюлетеня» своє волевиявлення, у разі, коли жоден кандидат не отримав їхньої довіри.

Нарешті, що дуже важливо: є нагальна потреба, виходячи з існуючих українських реалій та досвіду, який Україна вже мала, запровадити тритурову систему обрання Президента. На нашу думку, у виборчому законі слід передбачити вихід до другого туру трьох кандидатів з найбільшою підтримкою виборців, якщо ніхто не набере більше половини голосів. За наслідками голосування у другому турі, коли і він не виявить переможця, до третього, підсумкового голосування, допускаються два кандидати з найбільшою підтримкою виборців. Така система, по-перше, розширить правову можливість (свободу вибору) для значного електорального масиву, котрий підтримував різних кандидатів на першому етапі; по-друге, пом'якшує, а то й максимально унеможливить неусвідомлений, маніпулятивний вибір внаслідок застосування інформаційно-пропагандистських технологій та психоемоційного тиску на виборців; по-третє, стане додатковим запобіжником від потрапляння на найвищі державні посади випадкових людей, далеких від розуміння навіть базових особливостей державного управління.

1. Чиж І.С. Конституційне право на поширення інформації як умова формування інформаційного громадянського суспільства. *Альманах права: Правова аналітика: доктринальні підходи та галузеві виміри*. 2018. Вип. 9. С. 310-315. **2.** Інформаційне законодавство: *Збірник законодавчих актів*: у 6 т. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижа. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2005. **3.** Правове забезпечення інформаційної діяльності в Україні / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижа. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. 384 с. **4.** Інформаційне законодавство України: наук.-практ. коментар /

за ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Чижа. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. 232 с. 5. Про інформаційний суверенітет та інформаційну безпеку України: проект закону. Внесено народним депутатом України Чижем І.С. 12.08.1999 р. URL: <http://www.rada.kiev.ua>. 6. Чиж Іван. Україна: шлях до інформаційного суспільства. Київ: Либідь, 2004. С. 50-85. 7. Сьома європейська конференція міністрів країн-членів Ради Європи з питань засобів масової інформації та комунікативної політики. URL: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/DHMM\(2006\)004_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/DHMM(2006)004_en.pdf). 8. Чиж Іван. «Невипадкові випадковості», що змінюють світ: від кібернетики до синергетики (технології, право, особа, суспільство в світлі сучасних інформаційних викликів). *Jurnalul Juridic National: Teorie si Practica (Republica Moldova)*. 2018. № 2 (30). С. 48-53; Чиж І.С. Конституційне право на поширення інформації як умова формування інформаційного громадянського суспільства. С. 310-315. 9. Маклюен Г.М. Понимание Медиа: Внешние расширения человека / пер. с англ. В. Николаева; загл. ст. М. Вавилова. Москва; Жуковский: КАНОН-пресс-Ц», «Кучково поле», 2003. 464 с. (Приложение к серии «Публикации Центра Фундаментальной Социологии»). 10. Чиж Іван. Теорія масових комунікацій Герберта Маклюена: проекція на сучасні тенденції суспільного розвитку. Соціокультурні та комунікативні аспекти функціонування мовних одиниць: матеріали міжнародної науково-практичної конференції). 29-30 листопада 2018 року. Київ: Міленіум. С. 83-85. 11. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Офіційне видання / Видавництво Інституту законодавства Верховної Ради України. Київ, 1996. С. 9. 12. Там само. С. 7. 13. Там само. С. 7-8. 14. URL: <https://lifter.com.ua/3301/Stiven-Hoking-v-ugase-Nastalo-samoe-opasnoe-vremya-dlya-nashey-planeti>. 15. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків: Право, 1997. С. 17.

Chyzh Ivan. The era of «informational communism»: selfawareness or «fainted spirituality»? the constitutional and legal accents of answer on actual time challenges

The information and communication processes nowadays determine the agenda of social development both in the global and in the local

(regional, national) dimensions. Moreover, the nature of confrontations, disturbances and conflicts, that involved a huge number of countries throughout almost all the continents, may be different, however, the mechanism and tools, being used to organize and put dynamics in them, are very much common here.

In France, for example, the so called «yellow vests» spontaneously began their action on November 17, 2018, as a protest against rather insignificant fuel prices rise, but this was the first public expression of dissatisfaction causing a cascade of new and new protest actions. Subsequently, they grew into a public mess in the heart of Paris, accompanied by arson, destruction and looting and violence with the requirement of resignation of President of France E. Makron. The movement was organized in social networks and started growing as soon as the information spreaded lightning fast. So, the basis of democracy — the freedom of speech and opinion, a direct democracy, and constitutionally guaranteed right of citizens to protest,— in the whole world's eyes have turned into its opposite, — an aggressive minority's dictatorship.

Similar protests with the same «yellow vest» entourage occurred in Belgium (Brussels), the Netherlands (The Hague, Rotterdam, Amsterdam, Maastricht and other cities) and even in Poland, where farmers dressed in the same vests, blocked an important highway near Warsaw, demanding the authorities to solve their urgent problems.

Ukraine has its own complicated history, with the periods when the information itself united (or, on the contrary, divided) society and led to some serious cataclysms, shocks and crucial changes. And the latest events associated with the presidential elections and their results, which the author names, as Ukrainian «political Holoborodkivshchyna», require a particularly close attention and a deep analysis. The author's political and journalistic terms do not necessarily have all the negative subtext. This phenomenon is rather a counterweight to the severely corrupted so-called «political elite». Thus, a part of society shows a rigid rejection of the existing socio-economic situation and proclaims the desire for positive changes. People are ready to support and select a virtual «People's servants» just to get rid of those politicians who make their lives unbearable. And in this situation we face the crucial influence of distributed information, which, on one hand, changes with public

consciousness and simulates the behavior of both individuals and wider social strata, and, on the other hand, leads to «fainted spirituality».

Key words: The information and communication processes, informational law, constitutional rights, civil informational society, «informational communism», «political Holoborodkivshchyna».

УДК 352.07:342.553:351.84

М. Є. ГАЙДАР

ПРОБЛЕМИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ТА ДОБРОВІЛЬНОГО ОБ'ЄДНАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА СУЧАСНІ ЗАКОНОПРОЕКТНІ ІНІЦІАТИВИ

Розглянуто передумови, сучасний стан, а також проблемні питання впровадження реформи місцевого самоврядування на засадах децентралізації. Проаналізовано проект закону про внесення змін до статті 4 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо забезпечення доступності необхідними публічними послугами, виділено його переваги та недоліки.

Ключові слова: реформування, місцеве самоврядування, об'єднання, територіальна громада, децентралізація, спроможність, законопроект, інфраструктура, адміністративно-територіальний устрій.

Gaidar Maria. Problems of decentralization and voluntary association of territorial communities in Ukraine: constitutional and legal support and modern legislative initiatives

The preconditions, the current state, and problem aspects of implementation of the local self-government reform on the principles of decentralization are considered. The draft law on amendments to Article 4 of the Law of Ukraine «On Voluntary Association of Territorial Communities»

© ГАЙДАР Марія Єгорівна – аспірантка Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

on the provision of access to necessary public services has been analyzed, its advantages and disadvantages are isolated.

Key words: *reforming, local self-government, association, territorial community, decentralization, capacity, draft law, infrastructure, administrative-territorial structure.*

Свою прихильність до європейських стандартів управління Україна підтвердила ще у вересні 1997 року, ратифікувавши Європейську хартію місцевого самоврядування. Саме з цього часу і розпочався процес реформування системи місцевого врядування. Втілення в життя системних змін почалося одразу після зіткнень на Майдані та зміни влади на початку 2014 року.

Саме тому, в період з 2014 по 2018 р. було розроблено та прийнято велику кількість законів та підзаконних актів щодо втілення в життя процедури добровільного об'єднання територіальних громад в межах реформи місцевого самоврядування на засадах децентралізації. Передусім вони стосуються співробітництва територіальних громад, делегування функціональних повноважень від місцевих державних адміністрацій до органів місцевого самоврядування, фінансової незалежності новостворених об'єднань, що дозволить, своєю чергою, посилити фінансову та функціональну спроможність місцевого самоврядування.

Про успіх реформи може свідчити, серед іншого, статистика поточного стану щодо кількості об'єднаних територіальних громад в Україні на 1 січня 2019 року, опублікована Державною казначейською службою України, що становить 782 об'єднані територіальні громади.

На забезпечення нормативного впорядкування вищезначених завдань та пошуку шляхів їх вирішення було прийнято Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», котрий за своєю природою є законом процедурним, адже націлений на врегулювання відносин,

що виникають у процесі добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст, а також добровільного приєднання до об'єднаних територіальних громад.

Центральним положенням даного закону є стаття 4 щодо основних умов добровільного об'єднання територіальних громад. Зазначені умови можна ще охарактеризувати як норми-орієнтири, норми-принципи, які визначають мінімальні вимоги при плануванні утворення об'єднаних територіальних громад. При їх дотриманні та правильному застосуванні можна забезпечити реальну спроможність територіальної громади.

Визначення «спроможної територіальної громади» міститься у Методиці формування спроможних територіальних громад. Це територіальні громади сіл (селищ, міст), які в результаті добровільного об'єднання здатні самостійно або через відповідні органи місцевого самоврядування забезпечити належний рівень надання послуг, зокрема у сфері освіти, культури, охорони здоров'я, соціального захисту, житлово-комунального господарства, з урахуванням кадрових ресурсів, фінансового забезпечення та розвитку інфраструктури відповідної адміністративно-територіальної одиниці¹. Адже вимогою часу є створення спроможних територіальних громад як основи місцевого самоврядування в Україні.

Нормативна база процесу об'єднання територіальних громад в цілому сформована. При цьому з боку різних суб'єктів законодавчої ініціативи виходять пропозиції щодо її оновлення. Приміром, 20 лютого 2019 року до Верховної Ради України народним депутатом Вітко А.Л. було подано проект закону № 10073 про внесення змін до статті 4 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо забезпечення доступності необхідними публічними послугами. Як зазначається в пояснювальній записці до законопроекту, його метою є вдосконалення правового

регулювання питання забезпечення доступності необхідними публічними послугами під час добровільного об'єднання територіальних громад, а прийняття зазначеного законопроекту сприятиме забезпеченню доступності необхідними публічними послугами, зокрема в частині отримання громадянами необхідних медичних послуг, забезпечення правопорядку та охорони громадського спокою, подолання можливих надзвичайних ситуацій, можливості отримання повного спектра послуг, що надаються центрами надання адміністративних послуг, відділеннями державного банку та відділеннями поштового зв'язку, під час добровільного об'єднання територіальних громад. Хоча незрозуміло, чому автор законопроекту наголошує на необхідності вдосконалення правового регулювання саме вказаних публічних послуг і чи є цей перелік вичерпним, а якщо ж є вичерпним, то на підставі яких критеріїв відбувалося виділення даних послуг як основних. До того ж наголошується, що прийняття зазначеного законопроекту сприятиме забезпеченню доступності необхідними публічними послугами, однак в самому проекті закону лише перераховуються органи, які уповноважені на надання певних публічних послуг, а не механізм реалізації їх повноважень, який би забезпечував реальну спроможність об'єднаної територіальної громади. Також проект закону містить низку прорахунків щодо переліку інфраструктурних суб'єктів на місцях, уповноважених на надання публічних послуг. Наприклад, не згадується про дошкільні навчальні заклади, заклади соціального захисту.

Мова в даному контексті може йти швидше про умови, які має забезпечити громада відповідно до своїх повноважень, для організації доступності і якості послуг як за рахунок власних ресурсів, так і спільно з центральними органами виконавчої влади, а також іншими територіальними громадами, виходячи з позицій ефективності використання ресурсів та доступності послуг. Причому ставити в залеж-

ність від наявності цієї інфраструктури саме право на об'єднання з можливостями формування такої (або іншої) інфраструктури у майбутньому видається не досить доречним.

Загалом питання освіти, охорони здоров'я, банківської справи та правопорядку врегульовані, на даний час, відповідними галузевими нормативно-правовими актами, серед них закони України «Про поштовий зв'язок», «Про національну поліцію», «Про банки і банківську діяльність» тощо. Враховуючи це, не вплине на кількість та структуру закладів охорони здоров'я, освіти, відділень поліції та банків, відділень поштового зв'язку, а також на якість послуг, які надаються ними, одне лише внесення змін до статті Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Дане питання потребує комплексного підходу та внесення цілої низки змін до нормативно-правових актів, які регулюють відповідну сферу суспільних відносин.

З іншого боку, якщо проаналізувати можливий вплив на процес утворення об'єднаних територіальних громад за умови внесення такої зміни до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», то можна припустити, що утворення громад буде заблоковано практично повністю, і єдиним можливим варіантом їх утворення залишиться одна громада на один район. Таке припущення ґрунтується на реальній ситуації з територіальним розміщенням вказаних у попередньому абзаці інституцій.

Якщо ж проаналізувати положення законопроекту, які пропонуються до розгляду, то варто зазначити наступне. Автор пропонує, що, по-перше, на території об'єднаної територіальної громади мають бути розташовані заклади екстреної, первинної та вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги. Однак не враховується той факт, що на даний час в країні до повноважень органів місцевого самоврядування належить тільки утримання структурних чи відокремлених підрозділів фельдшерсько-акушерських пунктів,

амбулаторій, медичних пунктів, медичних кабінетів, тобто закладів первинної медичної допомоги. До відання медичних закладів районного рівня належить надання вторинної медичної допомоги, наприклад, проведення діагностики, лікування, реабілітації та профілактики хвороб, травм, отруень, патологічних і фізіологічних станів. Щодо екстреної медичної допомоги, то управління даною сферою віднесено до компетенції областей, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя. До того ж питання щодо розміщення, утримання, фінансування та управління такими закладами визначаються окремими законами.

По-друге. На території об'єднаної територіальної громади мають бути розташовані територіальні органи Національної поліції України та Державної служби України з надзвичайних ситуацій. Знову не враховано, що організаційні питання, а також питання управління вказаних територіальних органів визначаються іншими законами. Слід зазначити, що територіальні органи Національної поліції України та Державної служби України з надзвичайних ситуацій утворюються лише на районному рівні та на рівні міст обласного значення. До того ж функціонують міжрайонні та міськрайонні територіальні органи. Створення додаткових територіальних органів вищевказаних структур на рівні об'єднаних територіальних громад вважаю недоцільним, адже це може здійснити додаткове навантаження на Державний бюджет України щодо питання утримання даної інфраструктури. А особливо гостро це питання постає наразі в період, коли на території України відбуваються процеси оптимізації державних структур.

По-третє. На території об'єднаної територіальної громади мають бути розташовані заклади освіти I-II ступенів. З такого формулювання достеменно не зрозуміло, що мав на увазі ініціатор проекту, адже закладами освіти є заклади дошкільної, шкільної, професійно-технічної та вищої осві-

ти. Якщо припустити, що йдеться про заклади середньої освіти, то на сьогодні в об'єднаних територіальних громадах можуть бути створені заклади середньої освіти навіть III ступеня.

По-четверте. На території об'єднаної територіальної громади мають бути розташовані центри надання адміністративних послуг. Створення таких центрів є потребою сьогодення, оскільки вони працюють за принципом «відкритого вікна». Їх діяльність спрямована на підвищення комфорту та якості при наданні відповідних публічних послуг. Відповідно до Закону України «Про адміністративні послуги» суб'єктами надання адміністративних послуг є орган виконавчої влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи, державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації, уповноважені відповідно до закону надавати адміністративні послуги. Тобто в об'єднаній територіальній громаді таку функцію можуть виконувати посадові особи органу місцевого самоврядування, і зовсім недоцільним є створення додаткових інституцій. Це підтверджується і ч. 3 ст. 3 вказаного закону: «До адміністративних послуг також прирівнюється надання органом виконавчої влади, іншим державним органом, органом влади Автономної Республіки Крим, органом місцевого самоврядування, їх посадовими особами, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації витягів та виписок із реєстрів, довідок, копій, дублікатів документів та інші передбачені законом дії, у результаті яких суб'єкту звернення, а також об'єкту, що перебуває в його власності, володінні чи користуванні, надається або підтверджується певний юридичний статус та/або факт». До того ж, як показує практика, в деяких громадах не виправдано створювати власний центр надання адміністративних послуг, якщо такий є у районному центрі чи у сусідній громаді.

По-п'яте. На території об'єднаної територіальної громади мають бути розташовані відділення державного банку та відділення поштового зв'язку. Виходячи із показників прибутковості, за необхідності, банками створюються відділення банків, а не з урахуванням їх територіального розміщення. Територіальні відділення поштового зв'язку розміщуються Укрпоштою чи іншими поштовими службами відповідно до потреб споживача та можливостей поштової служби. Наявність терміналів універсального призначення вирішує проблему отримання готівки чи сплати комунальних послуг, зборів чи інших платежів, тому цей індикатор не є важливою умовою для створення об'єднаної територіальної громади.

Можемо зробити висновок, що зміни до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», які пропонуються до прийняття суб'єктом законодавчої ініціативи, є популістськими, такими, що можуть лише ускладнити процеси об'єднання територіальних громад, до того ж перераховано лише перелік інфраструктури, яка повинна бути забезпечена при об'єднанні, та не врегульовано питання забезпечення доступності необхідними публічними послугами як заявлено у назві проекту закону.

Проблемним питанням під час впровадження реформи місцевого самоврядування на засадах децентралізації є і те, що дана реформа вступає у суперечність із застарілою радянською системою адміністративно-територіального устрою. Адже існує проблема щодо обмеженої юрисдикції органів місцевого самоврядування територіальних громад поза межами населених пунктів. Цікаво, що така територія знаходиться під юрисдикцією територіальної громади де-факто, однак дана юрисдикція відсутня де-юре. Про це може свідчити положення законодавства в сфері оподаткування земель, позаяк до місцевого бюджету територіальної громади надходить податок з усіх категорій земель, як у межах, так і за межами населених пунктів.

Розмежування між сільськими радами, районами, а інколи й областями є нелогічним, адже створення даних адміністративно-територіальних одиниць у радянські часи мало довільний характер. Дана ситуація ускладнює управління територіями та створює проблеми жителям поселень, які є «заручниками» у відповідних адміністративно-територіальних одиницях. Окремі поселення тяжіють до одних центрів, а входять до складу об'єднаних територіальних громад поза цими центрами. Для вирішення питань уточнення розмежування між громадами потрібні процедури, яких зараз не існує.

На вирішення даної проблеми було спрямовано низку законопроектів: «Про засади адміністративно-територіального устрою України» (проект № 8051 від 22.02.2018 року), Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» (№ 6403 від 21.04.2017 року), однак їх прийняття не увінчалось успіхом.

Отже, реформа місцевого самоврядування на засадах децентралізації, яка триває в Україні вже четвертий рік, безумовно, є потужним механізмом посилення ресурсної та інституційної спроможності громад, розбудови інфраструктури громад, у тому числі підвищення рівня публічних послуг, що надаються службовими та посадовими особами органів місцевого самоврядування. Тому непослідовним кроком на шляху до успішного завершення реформи буде створення штучних перепон у вигляді ускладнення процедури об'єднання територіальних громад, недосконалої законодавчої врегулювання даного процесу, а також небажання політиків позбавитися рудиментів радянського періоду в сфері адміністративно-територіального устрою України.

1. Методика формування спроможних територіальних громад: Постанова Кабінету Міністрів України від 08.04.2015 № 214. *Офіційний вісник України*. 2015. № 33. Ст. 22. 2. «Децентралізація в

Україні: від моніторингу до реагування» за підтримки Міжнародного фонду «Відродження». URL: <https://www.csi.org.ua/news/pro-zakonoproekt-10073-vid-20-02-2019/>. 3. Про адміністративні послуги: Закон України від 06.09.2012 № 5203-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. Ст. 409. 4. «Децентралізація в Україні: від моніторингу до реагування» за підтримки Міжнародного фонду «Відродження». URL: <https://www.csi.org.ua/news/pro-zakonoproekt-10073-vid-20-02-2019/>.

Gaidar Maria. Problems of decentralization and voluntary association of territorial communities in Ukraine: constitutional and legal support and modern legislative initiatives

Since 2014, a large number of laws and by-laws have been developed and adopted to implement the procedure for the voluntary amalgamation of territorial communities within the framework of the local self-government reform on the basis of decentralization. At present, as of the beginning of 2019, there are 782 amalgamated territorial communities in Ukraine.

The Law of Ukraine On Voluntary Amalgamation of Territorial Communities, which by its nature is a procedural law, as it is aimed at regulating the relations arising in the process of voluntary amalgamation of territorial communities of villages, settlements, cities, as well as voluntary jointing to amalgamated territorial communities, has been adopted to ensure the normative regulation of the above-mentioned tasks and to find ways to resolve them.

Article 4, which refers to the basic conditions for the voluntary amalgamation of territorial communities, is the central provision of this law. The stated conditions can be also described as standards-guidelines, standards-principles, which define the minimum requirements for the planning of the formation of amalgamated territorial communities. In case of complying with them and applying them in a proper way, the real capacity of the territorial community can be ensured.

The regulatory framework of the process of amalgamation of territorial communities is formed in general. At the same time, there are proposals as to its updating from various entities of the Legislative Initiative.

Amendments to the Law of Ukraine On Voluntary Amalgamation of Territorial Communities, which are proposed for adoption, are populist,

and such that can only complicate the processes of amalgamation of territorial communities, in addition, only the list of infrastructure that should be ensured in case of amalgamation is provided, but the issue of ensuring the availability of necessary public services as stated in the title of the draft law is not regulated.

The problem issue during the implementation of the reform of local self-government based on the principles of decentralization is the fact that this reform is in conflict with the outdated Soviet system of administrative and territorial organization. After all, there is a problem with the limited jurisdiction of local self-government authorities of territorial communities outside of settlements.

The distinction between village councils, districts, and sometimes regions is illogical, since the creation of these administrative and territorial units in the Soviet times was arbitrary. This situation complicates the management of territories and creates problems for residents of settlements that are “hostages” in the respective administrative and territorial units. Some settlements tend to certain centers, and they are a part of amalgamated territorial communities outside of these centers. To resolve issues of clarifying the demarcation between communities, procedures that do not exist now are required.

A number of draft laws, such as the draft Law On the Principles of Administrative and Territorial Arrangement of Ukraine (draft Law No. 8051 of 22.02.2018), the draft Law on Amendments to the Law of Ukraine On Regulation of Urban Development (No. 6403 of 21.04.2017), were submitted to resolve this problem, but their adoption was not successful.

Key words: reforming, local self-government, association, territorial community, decentralization, capacity, draft law, infrastructure, administrative-territorial structure.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 351.778.532.

І. В. ЯРОЩУК

СОЦІАЛЬНЕ ТА МОЛОДІЖНЕ БУДІВНИЦТВО В УКРАЇНІ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Аналізується правове регулювання державних програм кредитування молодіжного та соціального будівництва в Україні. На основі чинного законодавства України розкрито адміністративно-правові засади регулювання пільгового житлового кредитування молоді в Україні та визначено перспективні напрями його вдосконалення. Обґрунтовано необхідність удосконалити законодавчу базу регулювання державного молодіжного та соціального житлового кредитування для підвищення ефективності здійснення пільгового житлового кредитування.

Ключові слова: молодіжне та соціальне житлове будівництво, урядова програма, пільгове житлове кредитування молоді, адміністративно-правове регулювання.

Yaroshchuk Inna. Social and youth construction in Ukraine: legal aspects

The legal regulation of the state programs for youth housing and social construction crediting in Ukraine is being analyzed. The administrative and legal principles of regulation of preferential housing crediting for youth in Ukraine are disclosed as well as perspectives for its development are determined on the basis of the current law of Ukraine. The necessity to

© ЯРОЩУК Інна Володимирівна – кандидат історичних наук, доцент, доцент кафедри політичних наук Київського національного університету будівництва та архітектури

improve the legislative framework of regulation of the state youth housing crediting to increase the efficiency of implementation of preferential youth housing crediting was grounded.

Key words: *youth housing and social construction, government program, preferential housing crediting.*

Розв'язання однієї з найгостріших соціально-економічних проблем в Україні – забезпечення молоді та соціально незахищених верст населення житлом – має стати для держави пріоритетним. Застарілі норми, що регулюють пільгове та молодіжне кредитування, вступають у дисонанс з реаліями та роблять проблемною реалізацію житлових програм. Законодавча база має забезпечити реалізацію права на житло через пільгову систему кредитування всім хто його потребує, а особливо незахищеним верствам населення.

Теоретичною базою напрацювань з даної тематики стали наукові дослідження В.О. Омельчука «Формування державної молодіжної житлової політики в Україні» (2004), С.О. Ніщимної «Правове регулювання державного кредитування» (2005), О.Б. Німко «Адміністративно-правове регулювання державного молодіжного житлового кредитування» (2008), Д.Є. Андрєєвої «Адміністративно-правове регулювання в галузі молодіжної політики в Україні: організаційно-правові аспекти» (2009), В.В. Орлова «Формування державної молодіжної політики в Україні» (2009), П.С. Покатаєва «Державна підтримка розвитку житлового будівництва в Україні» (2011), А.О. Гавловської «Правовий механізм формування та реалізації державних молодіжних програм: теоретично-правові аспекти» (2016)¹, І.І. Штангрета «Правові аспекти будівництва соціального та молодіжного житла в Україні» (2017), К. М. Васьківської «Поняття та сутність адміністративно-правового регулювання пільгового житлового кредитування молоді в Україні та механізм

його дії» (2016), «Адміністративно-правові засади регулювання пільгового житлового кредитування молоді в Україні» (2018). Незважаючи на низку наукових напрацювань з даної тематики, окремі питання правового регулювання пільгового та молодіжного житлового будівництва потребують додаткового вивчення та узагальнення.

Значне коло нормативно-правових актів, прийнятих на різних рівнях, за відсутності структуроутворюючого закону, що регулює механізми забезпечення житлом, призводить до дублювання нормативно-правових приписів у нормативно-правових актах. Зміст державного регулювання у сфері молодіжного та соціального житлового кредитування полягає в удосконаленні взаємодії центральних органів виконавчої влади й органів державної виконавчої влади на місцях, органів місцевого самоврядування в чіткому закріпленні компетенції центральних і місцевих органів виконавчої влади в зазначеній сфері та в удосконаленні правового статусу міністерств і комітетів, що здійснюють управління у сфері пільгового житлового кредитування молоді².

Так, з метою сприяння проведенню державної житлової політики, виконання державних програм забезпечення молоді житлом у 2000 році був створений Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву. Фонд сприяє проведенню державної соціальної та молодіжної житлової політики: реалізує програми шляхом застосування механізму надання довгострокових державних кредитів і кредитів за рахунок інших джерел фінансування на будівництво (реконструкцію) і придбання житла, надання коштів у позику та залучення іноземних інвестицій, у тому числі кредитів, бере участь у розробленні та реалізації міжнародних інвестиційних проектів, розробляє механізм компенсації відсоткової ставки за кредитами, наданими на будівництво (реконструкцію) або придбання житла, державної підтримки шляхом сплати за рахунок коштів державного та/або міс-

цевого бюджету частини вартості будівництва (придбання) доступного житла³.

У світлі євроінтеграційних прагнень нашої держави і підписання Рамкової програми партнерства між Урядом України та ООН на 2018–2022 роки Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву активно співпрацює з міжнародними організаціями: Комітетом житлового господарства та землекористування Європейської економічної комісії ООН, проектом Ради Європи, Управлінням Верховного комісару ООН у справах біженців, Данською радою у справах біженців, Ініціативою «Житлове господарство у Східній Європі», Естонським союзом квартирних кооперативів.

З метою впровадження найкращих європейських практик житлових програм в Україні реалізується проект «Сталий розвиток міст і громад», та «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень» з виконання завдання щодо доступності житла. Вживаються заходи з налагодження міжнародних зв'язків з аналогічними Фонду європейськими установами, фінансовими інституціями ЄС. Відбувається обмін досвідом у створенні проектів соціальних і житлових програм, співпраця у сфері реалізації державних і регіональних механізмів фінансування житлового будівництва в Україні. Так, Парламентською Асамблеєю Ради Європи було прийнято Резолюцію 2198 (2018 рік), в якій Асамблея запропонувала Банку розвитку Ради Європи створити доступні кредитні програми, які можна буде використовувати для підтримки житлових проектів для вразливих верств населення України, у тому числі ВПО, які потребують постійного житла, проектів реконструкції, а також медичних та освітніх закладів у найбільш зруйнованих районах.

У рамках співробітництва з Європейською економічною комісією ООН Державний фонд сприяння молодіжному

житловому будівництву виконує рекомендації ЄЕК ООН, викладені в Національному огляді житлового господарства та землекористування щодо розширення асортименту економічно доступного житла. Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву на виконання Стратегії розвитку як інструмента реалізації державної житлової політики, затвердженої рішенням наглядової ради Держмолодьжитла від 21.10.2016 (протокол № 33), розробив проект Закону України «Про орендні будинки», де враховано рекомендації та зауваження робочої групи міжнародних експертів ЄЕК ООН.

Крім того, на виконання рекомендації ЄЕК ООН Фонд бере активну участь у стимулюванні розвитку механізмів фінансування житлового будівництва, об'єднуючи зусилля з банками для фінансування громадян України, які потребують поліпшення житлових умов в рамках «Державної цільової соціально-економічної програми будівництва доступного житла», та підписує відповідні меморандуми.

Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву бере активну участь у міжнародних заходах на території України. Так, у 2017 році за ініціативи Держмолодьжитла та підтримки Ради Європи було проведено круглий стіл «Захист прав людини внутрішньо переміщених осіб: пошук сталих рішень стосовно житлових питань». 25 вересня 2018 року в рамках проекту відбувся круглий стіл «Захист прав людини внутрішньо переміщених осіб: забезпечення реалізації права на житло».

У 2018 році Держмолодьжитлом за підтримки ЄЕК ООН проведено засідання круглого столу «Кращі практики житлової політики та можливості їх застосування в Україні» за участі міжнародних експертів Європейської економічної комісії ООН, представників органів державної влади та місцевого самоврядування, народних депутатів України, громадських організацій тощо.

Восени 2018 року на виконання постанови Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2000 р. № 1604 Питання Державної спеціалізованої фінансової установи «Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву» про участь у розробленні та реалізації міжнародних інвестиційних проектів були направлені пропозиції із залучення інвестицій у пілотний проект побудови орендного житла за схемою здачі житла в оренду або ж здачі житла в оренду з правом викупу до Кувейтської інвестиційної адміністрації.

У вересні 2018 року направлено звернення до Агентства США з міжнародного розвитку з проханням розглянути можливість донорства з метою кредитування житлових програм ВПО, учасників АТО на території України та пропозицією зустрічі з метою обговорення перспектив співпраці.

Для соціально незахищених верств населення діє програма «Доступне житло», за якою передбачено відшкодування певної частки вартості квартири. Інші кошти вносяться громадянином самостійно або у разі нестачі коштів, особа може взяти кредит в банку. Держава оплачує 50 % вартості будівництва або покупки житла внутрішньо переміщеним особам на яких поширюється дія Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб». Також 50 % від вартості житлової площі для військовослужбовців та громадян, що перебувають у складі добровольчих формувань для захисту України, а також особам, що зазнали шкоди здоров'ю під час участі в акціях протесту з 21 листопада 2013 року по 21 лютого 2014 року та отримали інвалідність внаслідок участі в антитерористичній операції. Для інших громадян, що підпадають під вимоги до позичальника, держава оплачує 30 % вартості придбання доступного житла.

У 2018 році за Державною програмою «Доступне житло» побудовано 2,39 млн м² житлових об'єктів, 9,1 мільярдів гривень залучено інвестицій. 38,7 тисяч сімей отримали житло.

На 2019 рік Держбюджетом передбачено 100 млн грн на фінансування програми «Доступне житло» та 30 млн грн на молодіжне житлове кредитування. Сам Фонд сприяння молодіжному житловому будівництву рекомендував закласифікувати в бюджет 2019 року видатки в розмірі 1 млрд грн на доступне житло та 857 млн грн на пільгове іпотечне кредитування молоді⁴. Фонд сприяння молодіжному житловому будівництву розробив ряд нових нормативно-правових актів. Протягом 2018-2019 років за участі Держмолодьжитла з місцевими громадами розроблено: 17 нормативно-правових актів: 6 – проектів законів України, 12 – постанов уряду. Прийнято: 1 закон України, 4 постанови уряду, 12 нормативно-правових актів, серед яких частина на даний момент знаходиться в процесі роботи⁵.

У Публічному звіті про роботу Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву в 2018 році констатується, що у планах на 2019-2020 роки у співпраці з Асоціацією міст передбачається необхідність забезпечення фінансування місцевих житлових програм на рівні не нижче 300 млн грн та прийняття щонайменше 30 нових місцевих житлових програм. Закріплення у Державній стратегії регіонального розвитку на період до 2027 року та відповідних регіональних Стратегіях реалізації житлових програм та розробка нових, модернізація існуючих механізмів забезпечення житлом різних категорій громадян в тому числі механізмів з пільгового кредитування за рахунок коштів державного бюджету. Зазначається важливість продовження співпраці з міжнародними організаціями та залучення небюджетних джерел фінансування.

Незважаючи на ці дані, в Україні доступ до довгострокових та дешевих житлових позик досить обмежений, ринок житла потребує додаткових механізмів залучення інвестицій у житлове будівництво. Таким механізмом могла б стати система ошадно позикових установ (ОПУ).

Основою функціонування системи ощадно позикових установ є будівельно-ощадні та ощадно-позикові каси. Будівельно-ощадні каси (БОК) – це банки, які спеціалізуються на залученні грошових коштів фізичних осіб під процент, що є нижчим за ринковий, із зобов'язанням надати вкладнику житлову позику для поліпшення житлових умов під процентну ставку нижче ринкового рівня на час укладання договору. Специфіка будівельно-ощадної каси полягає в тому, що покупець житла отримує довгостроковий кредит не грошима, а житлом, тобто конкретною квартирою. Ощадно-позикові каси (ОПК), на відміну від будівельно-ощадних, не використовують одержані від вкладників гроші для фінансування будівництва конкретних об'єктів. Вони можуть купувати квартири на первинному і вторинному ринках житла, оскільки у придбанні квартири не прив'язані тільки до того житла, що будується. У такій системі вкладники проходять три основні етапи участі: накопичення заощаджень, розподілу і кредитування⁶.

Одним із способів вирішення проблеми кредитування житла могло б стати створення будівельно-ощадних установ у сфері забезпечення пільгового житлового кредитування молоді. Це дало б можливість реалізувати право на житло молодим громадянам, не лише з високими доходами, але й середніми та низькими, яких більшість у нашій країні⁷. Система накопичень коштів на першій внесок та отримання пільгового кредиту на решту суми є чи не єдиним варіантом у отриманні власного житла. Завдяки утворенню будівельно-ощадних кас при Державному фонді сприяння молодіжному житловому будівництву фінансування довготермінового молодіжного житлового кредитування розшириться. Це, як наслідок, стимулюватиме вклади у будівельно-ощадні каси та свідчитиме про підтримку з боку держави, при цьому Фонд сприяння молодіжному житловому

будівництву виступав би гарантом захисту діяльності таких установ. Узагальнення цих теоретичних позицій у сфері функціонування іпотечного кредитування дає підстави зробити висновок, що пільгове житлове кредитування молоді в Україні перебуває у процесі свого становлення та пошуку оптимальної моделі застосування. Через бюджетне недофінансування цієї сфери відносин перед державою стоїть складне завдання — пошук додаткових джерел фінансування для забезпечення згаданих вище механізмів забезпечення молоді житлом, якими можуть стати власні кошти позичальників та кошти іноземних інвесторів.

Зазначимо, що основними способами державної підтримки молодіжного житлового кредитування є: надання пільгових довготермінових державних кредитів молодим сім'ям та самотнім молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла; надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та самотнім молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла за рахунок коштів статутного капіталу Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву; державна підтримка будівництва житла за програмою «Доступне житло»; надання стандартних іпотечних житлових кредитів у банківській установі за Програмою «Здешевлення вартості іпотечних кредитів»; часткова компенсація державою відсоткової ставки кредитів комерційних банків, у обсязі облікової ставки Національного банку України. Діяльність Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву має бути концептуально змінена. Фонд має стати самодостатнім і прозорим засобом у сфері молодіжного будівництва, який відповідатиме сучасним європейським нормам. Особливу увагу держава має приділяти забезпеченню доступним житлом внутрішньо переміщених осіб, учасників АТО та сімей загиблих військовослужбовців, які безпосередньо брали участь в АТО⁸.

1. Васьківська К.М. Адміністративно-правові засади регулювання пільгового житлового кредитування молоді в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2018. С. 6. 2. Там само. С. 5.
3. Статут Державної спеціалізованої фінансової установи «Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву»: Постанова Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2000 р. № 1604 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 р. № 1087). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1604-2000-%D0%BF>.
4. Деякі питання забезпечення громадян доступним житлом: Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 819. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/819-2018-%D0%BF>.
5. Публічний звіт про роботу Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву в 2018 році. URL <https://www.molod-kredit.gov.ua/>.
6. Сердюк А.В. Аналіз моделей іпотечного кредитування та їх придатності до використання у вітчизняних економічних умовах. *Вісник Вінницького політехнічного інституту*. 2008. № 1. С. 20–26.
7. Васьківська К.М. Аналіз світових моделей іпотечного кредитування та імплементація їх в систему пільгового житлового кредитування молоді в Україні. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 6. С. 46–51.
8. Штангрет І.І. Правові аспекти будівництва соціального та молодіжного житла в Україні. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2017 № 1. С. 236–243.

Yaroshchuk Inna. Social and youth construction in Ukraine: legal aspects

The legal regulation of the state programs for youth housing and social construction crediting in Ukraine is being analyzed. The administrative and legal principles of regulation of preferential housing crediting for youth in Ukraine are disclosed as well as perspectives for its development are determined on the basis of the current law of Ukraine. The main ways of the support of youth housing construction crediting are as follows: provision of preferential long-term government credits for young families and lonely young citizens for construction (reconstruction) and house buying; provision of preferential long-term government credits for young families and lonely young citizens for

construction (reconstruction) and house buying using the funds of the authorized capital of the State Youth Housing Construction Fund; government support of housing construction under “Affordable housing” program; providing standard residential mortgage credits in a banking institution under «Reducing the cost of mortgage credits» program; partial compensation of the state interest rate of commercial banks credits in the amount of the refinancing rate of the National Bank of Ukraine. Due to the creation of building and loan associations at the State Youth Housing Construction Fund for long-term youth housing crediting will be expanded. This, as a result, will stimulate contributions to the building and loan associations and will indicate support on the part of the state whereby Youth Housing Construction Fund would act as generalization of the pro theoretical of the activities of such institutions.

The generalization of these theoretical positions in the field of functioning of mortgage crediting allows concluding that preferential residential crediting of youth in Ukraine is in the process of its formation and the search for an optimal application model. Due to budget underfunding of this range of relations, the state faces a difficult task and namely the search for additional sources of funding to ensure the existence of the above-mentioned mechanisms for the provision of the youth with housing, which can be borrowers apos; own funds and funds of funding investors.

The necessity to improve the legislative framework of regulation of regulation of the state youth housing crediting to increase the efficiency of implementation of preferential youth housing crediting was grounded.

Key words: youth housing and social construction, government program, preferential housing crediting.

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 347.91/.95

С. О. КОРОЄД

ПОРУШЕННЯ НОРМ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ЯК ПРИЧИНА «ПРАВИЛЬНОГО» ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ

В якості порушення норм процесуального права розглядаються випадки прийняття судом доказів, поданих з порушенням строку на їх подання без поважних причин або за відсутності підтвердження надіслання доказів іншим учасникам справи. Зазначене порушення норм процесуального права розглядається з точки зору підстав для скасування судового рішення. Визначається характер тих порушень норм процесуального права, які не призвели до неправильного вирішення справи. Наведено аргументи, що неправильним буде вважатися вирішення справи з порушенням матеріального закону або на підставі неповно чи неправильно встановлених обставин справи. Обґрунтовується висновок, що порушення порядку і строків подання сторонами до суду своїх доказів, які мали суттєве значення і допомогли ухвалити правильне по суті рішення, не може бути виправданням такому порушенню та має тягти за собою відповідні процесуальні наслідки у вигляді скасування судового рішення як ухваленого на підставі недопустимих доказів.

Ключові слова: цивільне судочинство, правильне вирішення справи, рішення суду, порушення норм процесуального права, докази, допустимість доказів, подання доказів, обставини справи.

Koroied Serhii. Violation of the rules of procedural law as the reason for the «correct» resolution of a civil case

As a violation of procedural rules, the court considers cases when the court accepts evidence filed with violation of the deadline for filing without good (reasonable) reason or in the absence of confirmation of the sending of evidence to other participants in the case. This violation of procedural rules is considered from the point of view of the grounds for annulment of the court judgment. The nature of those violations of procedural law that did not lead to an incorrect resolution of the case is determined. Arguments are given that the resolution of the case with a violation of the material law or based on incomplete or incorrect established circumstances of the case will be considered incorrect. It is justified the conclusion that violation of the order and deadlines for the parties to submit their evidence to the court, which is essential and helped to rule a correct substantive judgement, cannot be an excuse for such a violation and should entail appropriate procedural consequences in form of annulment of judgment that was based on inadmissible evidence.

Key words: *civil proceedings, proper resolution of the case, court decisions, violation of the rules of procedural law, evidence, admissibility of evidence, presentation of evidence, circumstances of the case.*

Новий Цивільний процесуальний кодекс України (в редакції Закону від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII), який набув чинності 15 грудня 2017 року (далі – ЦПК), запровадив нові правила і строки подання сторонами в суд своїх доказів, а також встановив наслідки порушення вказаного порядку. Передусім йдеться про статтю 83, відповідно до якої докази, не подані у встановлений законом або судом строк, до розгляду судом не приймаються, крім випадку, коли особа, яка їх подає, обґрунтувала неможливість їх подання у вказаний строк з причин, що не залежали від неї. Крім того, суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надсилання (надання) їх копій іншим учасникам справи. Водночас в ЦПК (ст. 376) залишилася норма про те, що порушення норм процесуального права може бути підставою для скасування або зміни рішен-

ня, якщо це порушення *призвело до неправильного вирішення справи.*

Зважаючи на існуючі в судовій практиці випадки безпідставного (тобто без поважних причин з порушенням строків подання доказів чи задоволення судом клопотання про їх витребування, або за відсутності підтвердження надсилання доказів іншим учасникам справи) прийняття судом поданих стороною доказів (чи їх витребування судом за клопотанням сторони) та покладення цих доказів в основу ухваленого судом рішення, яке завдяки таким доказам буде правильним по суті, тому науковий інтерес становить питання порушення судом норм процесуального права в частині прийняття до розгляду таких доказів як можлива підстава для скасування судового рішення, якщо справу вирішено правильно.

Так, відповідно до ст. 83 ЦПК позивач, особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, повинні подати докази разом із поданням позовної заяви. Відповідач, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, повинні подати до суду докази разом з поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи. У випадку визнання поважними причин неподання учасником справи доказів у встановлений законом строк суд може встановити додатковий строк для подання вказаних доказів. Докази, не подані у встановлений законом або судом строк, до розгляду судом не приймаються, крім випадку, коли особа, яка їх подає, обґрунтувала неможливість їх подання у вказаний строк з причин, що не залежали від неї. Копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надсилання (надання) їх копій іншим учасникам справи, крім випадку, якщо такі докази є у відповідного учасника справи або обсяг дока-

зів є надмірним, або вони подані до суду в електронній формі, або є публічно доступними.

Строки подання учасниками справи заяв по суті спору (відзив на позовну заяву (відзив); відповідь на відзив; заперечення; пояснення третьої особи щодо позову або відзиву), разом з якими учасник справи повинен подати докази, встановлюються судом в ухвалі про відкриття провадження у справі (ст. 187) в межах строків, визначених ст. 178, 179, 180, 181 ЦПК.

Отже, ЦПК встановлює не лише строки подання учасниками справи доказів та обов'язок надіслання доказів іншим учасникам справи, а й процесуальні наслідки порушення цих строків та обв'язку. Причому у випадку порушення строків подання доказів ЦПК зобов'язує суд прийняти докази, якщо особа, яка їх подає, обґрунтувала неможливість їх подання у вказаний строк з причин, що не залежали від неї. При цьому встановлено відповідні гарантії для такої особи, у випадку неприйняття судом доказів. Так, в апеляційній скарзі особа може зазначити, в чому полягає неправильність установлення обставин, які мають значення для справи, внаслідок необґрунтованої відмови у прийнятті доказів, неподання доказів з поважних причин, а також вказати на нові обставини, що підлягають встановленню, докази, які підлягають дослідженню чи оцінці, обґрунтування поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції (стаття 356). А суд апеляційної інстанції одночасно зобов'язаний прийняти докази, які не були подані до суду першої інстанції, якщо учасник справи надав докази неможливості їх подання до суду першої інстанції з причин, що об'єктивно не залежали від нього (ст. 367).

Водночас ЦПК не встановлює жодних гарантій від прийняття судом доказів, поданих з порушенням строку без поважних причин. Лише в апеляційній скарзі особа може зазначити заперечення проти доказів, використаних судом

першої інстанції (п. 6 ч. 2 ст. 356). Причому можна зробити висновок: якщо в рішенні суду не зазначено докази, відхилені судом, і мотиви їх відхилення (п. 2 ч. 4 ст. 265), і суд при цьому врахував цей доказ при вирішенні справи (ч. 3 ст. 89), то такий доказ прийнято судом до розгляду, незважаючи на відсутність поважних причин для неподання доказу у встановлений для цього строк (наприклад, учасник справи з порушенням строку подав через канцелярію суду із відповідним клопотанням певний письмовий доказ і цей доказ суд або ухвалив прийняти до розгляду за відсутності поважних причин його неподання своєчасно, або взагалі питання прийняття цього доказу не вирішував, але долучив його до матеріалів справи і в майбутньому поклав в основу рішення).

Так само ЦПК прямо не встановлює жодних негативних процесуальних наслідків для суду, який прийняв такий доказ, чи учасника справи, який такий доказ подав.

Постає питання: чи може зазначене порушення, яке, по суті, є порушенням норм процесуального права, бути підставою для скасування чи зміни рішення суду першої інстанції?

Так, підстави для скасування судового рішення повністю або частково та ухвалення нового рішення у відповідній частині або зміни рішення встановлено ст. 376 ЦПК. При цьому порушення норм процесуального права є обов'язковою підставою для скасування судового рішення суду першої інстанції та ухвалення нового судового рішення, якщо:

- 1) справу розглянуто неповноважним складом суду;
- 2) в ухваленні судового рішення брав участь суддя, якому було заявлено відвід, і підстави його відводу визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованими;
- 3) справу (питання) розглянуто судом за відсутності будь-якого учасника справи, не повідомленого належним чином про дату, час і місце засідання суду (у разі якщо таке повідомлення є обов'язко-

вим), якщо такий учасник справи обґрунтовує свою апеляційну скаргу такою підставою; 4) суд прийняв судове рішення про права, свободи, інтереси та (або) обов'язки осіб, що не були залучені до участі у справі; 5) судове рішення не підписано будь-ким із суддів або підписано не тими суддями, які зазначені у рішенні; 6) судове рішення ухвалено суддями, які не входили до складу колегії, що розглядала справу; 7) суд розглянув в порядку спрощеного позовного провадження справу, що підлягала розгляду за правилами загального позовного провадження. Інші ж порушення норм процесуального права може бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи.

Водночас згідно з ч. 1 ст. 376 ЦПК серед підстав для скасування судового рішення повністю або частково та ухвалення нового рішення у відповідній частині або зміни рішення є лише такі підстави, пов'язані із доказами, як неповне з'ясування обставин, що мають значення для справи, та недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд першої інстанції визнав встановленими. Проте відсутня така підстава, як «правильне» вирішення справи на підставі доказів, які суд не мав права приймати.

Так само не зрозуміло із процесуальними наслідками, якщо суд порушив правила допустимості доказів, тобто взяв до уваги докази, що одержані з порушенням порядку, встановленого законом (ч. 1 ст. 78), тобто приписи ст. 83 ЦПК. У цьому аспекті залишається без однозначної відповіді питання: чи можна вважати докази, прийняті судом з порушенням строку на їх подання без поважних причин як «одержання доказів з порушенням порядку, встановленого законом»?

Маємо ствердно відповісти на це питання, що «так», це буде порушенням порядку, встановленого процесуальним законом. Проте, повертаючись до положень ст. 376 ЦПК,

бачимо, що серед підстав для скасування судового рішення повністю або частково та ухвалення нового рішення у відповідній частині або зміни судового рішення є: порушення норм процесуального права або неправильне застосування норм матеріального права (п. 4 ч. 1 ст. 376). Але спеціальна норма, яка розташована в абзаці другому ч. 2 вказаної статті робить виняток про те, що «порушення норм процесуального права може бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи».

Отже, на відміну від попередньої редакції ЦПК, яка забороняла скасовувати в апеляційному порядку правильне по суті і справедливе рішення суду з одних лише формальних міркувань, чинний ЦПК стосовно апеляційного провадження такої норми вже не містить, проте передбачає таке правило щодо касаційного перегляду. Водночас в загальному вигляді вказане правило в апеляційному провадженні все ж таки збереглося.

Як роз'яснював Пленум Верховного Суду України в постанові від 24 жовтня 2008 року № 12 «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку», порушення або неправильне застосування норм процесуального права можуть бути підставою для скасування чи зміни рішення, якщо таке порушення призвело до неправильного вирішення справи. Зокрема, порушення вимог ст. 59 ЦПК щодо допустимості засобів доказування, необґрунтована відмова суду в задоволенні клопотання осіб, які беруть участь у справі, у дослідженні доказів (ст. 60 ЦПК), порушення вимог статті 215 ЦПК щодо змісту рішення суду тощо. У разі скасування рішення суду у зв'язку з порушенням норм процесуального права (ч. 3 ст. 309 ЦПК) апеляційний суд повинен зазначити причинний зв'язок між порушенням норми процесуального права та прийняттям неправильного рішення (пункт 19).

Отже, порушення вимог щодо допустимості засобів доказування або необґрунтована відмова суду у дослідженні доказів, якщо це не призвело до неправильного вирішення справи, не може бути підставою для скасування чи зміни рішення.

Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у постанові від 14 червня 2012 року «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку» теж роз'яснював, що порушення або неправильне застосування норм процесуального права, що є підставою касаційного оскарження (ч. 2 ст. 324 ЦПК), можуть бути підставами для скасування чи зміни рішення лише у разі, якщо таке порушення призвело до неправильного вирішення справи, а фактичні обставини, які входять до предмета доказування, встановлені повно і правильно (п. 23).

Тому варто з'ясувати, що слід розуміти під «правильним вирішенням справи». Так, правильний розгляд і вирішення справи означає, що цивільна справа має бути розглянута згідно із нормами матеріального права, всебічно і об'єктивно, з урахуванням інтересів усіх осіб, які беруть участь у справі, твердженням і запереченням яких треба дати належну юридичну оцінку¹.

Вирішення справи з порушенням матеріального закону або на підставі неповно *чи неправильно встановлених обставин справи* буде вважатися «неправильним», а це фактично означатиме, що правосуддя не здійснилося з причин, які залежать безпосередньо від суду, на який якраз і покладено завдання правильного і своєчасного розгляду і вирішення справи².

Таким чином, вимога «правильності» судового рішення стосується правильного застосування норм матеріального права до спірних правовідносин *та повноти встановлення обставин справи* відповідно до предмету доказування *належними і допустимими доказами*.

Серед підстав для скасування Верховним Судом судового рішення та направлення справи на новий розгляд також є порушення норм процесуального права, що унеможливило встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи (ч. 3 ст. 411). Зокрема, якщо: 1) суд не дослідив зібрані у справі докази; або 2) суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів, або інше клопотання (заяву) учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи. *Водночас з'явилася нова підстава для скасування судового рішення: 3) якщо суд встановив обставини, що мають суттєве значення, на підставі недопустимих доказів (п. 3 ч. 3 ст. 411).*

Тобто, за змістом положень ст. 411, встановлення судом обставин, що мають суттєве значення, на підставі недопустимих доказів, визнається «порушенням норм процесуального права, що унеможливило встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи», а відтак є підставою для скасування судового рішення.

Яким чином однозначно розуміти цю підставу, яку може використовувати Верховний Суд, але прямо позбавлений можливості суд апеляційної інстанції, судова практика поки що однозначної відповіді не дає.

Але, виходячи з положень ст. 78, встановлено два правила допустимості доказів: 1) суд не бере до уваги докази, що одержані з порушенням порядку, встановленого законом; 2) обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування.

Отже, з цього положення ст. 78 випливає, що одержання судом доказів із порушенням порядку, встановленого законом (а таким порушенням якраз і буде прийняття судом

доказів, поданих з порушенням строку без поважних причин, або поданих до суду без надіслання копії доказу іншим учасникам справи) означатиме, що суд встановив обставини, що мають суттєве значення, на підставі недопустимих доказів.

Тому, якщо виходити з положень ст. 411 та зробити висновок, що встановлення судом обставин, що мають суттєве значення, на підставі недопустимих доказів є «порушенням норм процесуального права, що унеможливило встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи» (тобто є підставою для скасування Верховним Судом судового рішення), то схожі підстави теж передбачені ЦПК для скасування в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції, а саме: неповне з'ясування обставин, що мають значення для справи, та недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд першої інстанції визнав встановленими. Адже при використанні недопустимого доказу (в розумінні ч. 1 ст. 78) є всі підстави стверджувати, що такий доказ юридично не існує, а відтак і суттєві для справи обставини, які такий доказ підтверджує, є нез'ясованими і недоведеними, а отже, суд їх безпідставно вважав встановленими.

Отже, порушення норм процесуального права в частині порядку і строків подання сторонами до суду своїх доказів, які мали суттєве значення і допомогли (мали вирішальний вплив) правильно вирішити справу, тобто ухвалити правильне по суті рішення, не може бути виправданням такому порушенню та має тягти за собою відповідні процесуальні наслідки у вигляді скасування судового рішення як ухваленого на підставі недопустимих доказів. У конкретному випадку незаконні засоби (тобто порушення порядку прийняття судом доказів) не можуть виправдовувати кінцеву мету (тобто правильне вирішення справи), адже завдання і основні засади цивільного судочинства не зводяться до

«правильного» вирішення справи, а кожна сторона згідно із ст. 12 ЦПК несе ризик настання наслідків, пов'язаних із вчиненням чи невчиненням нею процесуальних дій, включаючи неприйняття судом доказів, поданих з порушенням строку їх подання чи порядку надіслання іншим учасникам справи (а суд при цьому роз'яснює у випадку необхідності учасникам судового процесу їхні процесуальні права та обов'язки, наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій). Саме з такої концепції змагальності цивільного судочинства виходить новий ЦПК.

1. Короєд С.О. Завдання цивільного судочинства за законодавством України та країн СНД: аналіз складових чинників. *Порівняльно-правові дослідження*. 2012. № 1-2. С. 241. 2. Короєд С.О. Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. С. 134.

Koroied Serhii. Violation of the rules of procedural law as the reason for the «correct» resolution of a civil case

The new Civil Procedural Code of Ukraine enshrined new rules and time limits for the parties to submit their evidence to the court, as well as established the consequences of violations of the order. First of all we are talking about Article 83, in accordance with which the evidence that were not filed within the enshrined by the law or by the court deadline, should not be accepted into consideration by the court, unless the person that filing such an evidence substantiated an inability for filing of such an evidence in the specified period, under the reasons not depended on this person. In addition, the court does not take into consideration relevant evidence in the absence of confirmation of the sending (providing) of their copies to other participants in the case. At the same time, the CPC (Article 376) retained the norm that a violation of the rules of procedural law could be the reason for the annulment or edition of a judgment, if this violation caused an «incorrect» resolution of the case.

Taking into account already existing in judicial practice cases of groundless (that is, without valid reasons, in violation of the time-limits

for the filing of evidence or the granting of petition by the court with a request for their reclaim, or in the absence of confirmation of the sending of evidence to other parties to the case), acceptance by the court of evidence submitted by the party (or their reclaim by the court under the petition of the party) and putting these evidence in the basis of a court judgment that, due to such evidence, will be correct in essence, therefore the scientific interest is the issue of the violation by the court of procedural law in the part of acceptance of such evidence as a possible basis for the annulment of a court judgment, if the case is resolved «correctly».

The resolution of a case in violation of a substantive law or on the basis of incomplete or incorrectly established circumstances of the case will be considered «wrong», which in effect means that justice has not been executed for reasons which depend directly on the court, which is exactly the task of correct and timely consideration and the decision of the case. Thus, the requirement of «correctness» of a court judgment concerns the correct application of the substantive law to the controversial legal relationship and the completeness of establishing the circumstances of the case in accordance with the subject of proof by proper and admissible evidence.

If we proceed from the provisions of Article 411 and conclude that the establishment by a court of circumstances of essential importance on the basis of inadmissible evidence is «a violation of the rules of procedural law, which made it impossible to establish the factual circumstances that are relevant for the proper resolution of the case» (that is, it is the basis for the Supreme Court's annulment of a court judgment), the same grounds are also provided by the Criminal Procedure Code for the annulment of the judgment of the court of first instance by way of appeal, namely: incomplete clarification of the circumstances relevant to the case, and untrustworthiness of circumstances relevant to the case that the court of first instance considered as established. After all, when using inadmissible evidence (in the sense of Article 78 § 1), there is every reason to assert that such evidence does not exist legally, and therefore, circumstances which such proof confirms is unclear and incomplete, and therefore, the court wrongly considered them as established.

Thus, the violation of the rules of procedural law in terms of the procedure and terms of filing by the parties to the court of their evidence

that were essential and helped (to have a decisive influence) to properly resolve the case, that is, to rule the correct judgment in essence, cannot justify such an infringement and should entail the corresponding procedural consequences in the form of cancellation of a court judgment on the basis of inadmissible evidence. In the particular case, illegal means (that is, violation of the order of acceptance by the court of evidence) can not justify the ultimate goal (that is, the correct resolution of the case), since the tasks and basic principles of civil proceedings are not reduced to the «correct» judgment in the case, and each party in accordance with Article 12 of the CPC carries the risk of consequences arising from the execution or non-execution of procedural actions, including the rejection by the court of evidence filed in violation of the term of its filing or the order of sending it to other participants of the case (and the court at the same time explains if necessary to the parties their procedural rights and obligations, the consequences of committing or non committing of actions). It is from this concept of competition in civil proceedings that a new CPC comes out.

Key words: civil proceedings, proper resolution of the case, court decisions, violation of the rules of procedural law, evidence, admissibility of evidence, presentation of evidence, circumstances of the case.

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗВИТОК ІНВЕСТИЦІЙНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Досліджується природа інвестиційних відносин. Аналізуються погляди вітчизняних та зарубіжних учених щодо виникнення та еволюції інвестицій. Запропоновано градацію розвитку законодавства про інвестиції та інвестиційну діяльність з метою узагальнення теоретико-методологічних засад регулювання інвестиційних відносин, що сприятиме захисту прав та законних інтересів інвесторів України в умовах євроінтеграції.

Ключові слова: *інвестиційні відносини, регулювання, акціонерні товариства.*

Shuliak Dmytro. To the question of development of investment relations in Ukraine: historical – legal aspects

In this article is provided a scientific research of the nature of investment relations. The analysis of domestic and foreign scientists' researches concerning the appearing and development of investments is carried out. The gradation of investment and investment activities legislation is proposed in this article in order to generalize the theoretical and methodological framework for the regulation of investment relations, which will contribute to the protection of the rights and legitimate interests of investors in Ukraine in the context of European integration.

Key words: *investment relations, regulation, joint-stock companies.*

На сьогодні існують різні погляди на походження та природу інвестиційних відносин. Окремі науковці, наприклад, Д. Г. Лук'яненко, Б. В. Губський, О. М. Мозговий¹; О. Д. Данілов, Г. М. Івашина, О. Г. Чумаченко²; А. В. Майфат³,

© ШУЛЯК Дмитро Олегович – аспірант відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

пов'язують появу інвестиційних відносин зі створенням акціонерних товариств і розвитком корпоративної власності. Інші, зокрема О. М. Вінник⁴, Л. Ф. Левіна⁵, В. С. Нерсесянц⁶, пояснюють появу інвестицій як наслідок бурхливого розвитку зовнішньої торгівлі у країнах Європи в період XV–XVI ст. А такі вчені, як А. Сміт, Дж. Міль⁷, Ж.-Б. Сей⁸, вбачали передумови появи інвестиційних відносин у збільшенні потреби виробництва промислових товарів.

На нашу думку, слід погодитися із правовою позицією А. В. Майфата⁹, відповідно до якої створення та розвиток акціонерних компаній є найбільш об'єктивною умовою появи інвестиційних відносин. Саме за рахунок перерозподілу капіталу в процесі господарської діяльності та надання гарантій у вигляді цінних паперів в обмін на інвестиції власник підприємства встановив принципово новий вид відносин із власником капіталу.

В процесі еволюції інвестиційні відносини постійно ускладнювалися, розширювалися сфери інвестування. У зв'язку із цим виникала об'єктивна потреба узагальнення теоретико-методологічних засад регулювання інвестиційних відносин та визначення правового поля їх реалізації з метою підвищення рівня захищеності суб'єктів інвестиційних процесів і створення умов для їх подальшого розвитку. В різних країнах процеси становлення і розвитку інвестиційного законодавства зазнавали впливу унікальних соціально-економічних умов. Тому особливості національних моделей регулювання інвестиційних відносин відображають ті специфічні риси, які були притаманні окремим країнам протягом усього періоду їх існування.

У різних правових системах інвестиційні відносини регулюються в рамках господарського, корпоративного, підприємницького та інших галузей права, які відповідно пов'язані з регламентуванням підприємницької діяльності суб'єктів господарювання. Процес зміни правових важелів

та механізмів регулювання інвестування як окремого виду економічної діяльності еволюціонував достатньо швидко, відгукуючись на виклики, які висували ринкові реалії промислового виробництва. Водночас законодавство за кордоном розвивається в бік виокремлення інвестиційного права в самостійну галузь не лише за суто формальними теоретико-методологічними ознаками, а завдяки створенню відповідного масиву нормативних актів.

Становлення інвестиційного законодавства відбувалося під впливом зовнішніх чинників та ринкової кон'юнктури. У контексті глобалізаційних процесів зміна акцентів у виборі моделі інвестиційних відносин від лібералізаційної до протекціоністської також накладала відбиток на набір засобів, за рахунок яких відбувалося державне регулювання інвестиційних процесів. Тому кожен з етапів розвитку інвестиційного законодавства характеризується певними особливостями, які зумовили їх виокремлення та відмінність один від одного. Межею кожного з етапів є конкретна подія чи політична воля влади, що за своїм характером та природою якісно відрізнялося від усталеної попередньої моделі регулювання інвестиційних відносин. Можна відзначити такі етапи розвитку законодавства про інвестиції та інвестиційну діяльність.

1) Середина XIX ст. – 1917 р. у цей період з'являються перші акціонерні товариства, формується корпоративний капітал та встановлюються корпоративні зв'язки.

2) 1917–1930 рр. – розвиток інвестиційного законодавства в період непу – від проголошення державною владою курсу на лібералізацію інвестиційних відносин до фактичного тотального контролю з боку держави за цим процесом.

3) 1930–1985 рр. – розвиток інвестиційного законодавства та системи гарантій іноземним інвесторам – від здійснюваного радянською владою курсу на розбудову адміні-

стративно-командної економіки до вільних ринкових відносин.

4) 1985–1991 рр. — початок докорінної трансформації механізмів державного регулювання інвестиційних процесів, перехід від тотального адміністративного регулювання до державного управління економікою з елементами ринкової самоорієнтації суб'єктів господарювання, поступове відкриття народногосподарського комплексу СРСР для іноземних інвесторів.

5) 1991–2003 рр. — створення інвестиційного законодавства незалежної України і заміна адміністративної економіки стихійним ринком, створення моделі нових інвестиційних відносин, прийняття законів України «Про інвестиційну діяльність», «Про іноземні інвестиції» тощо.

6) 2003–2008 рр. — удосконалення інвестиційного законодавства та його гармонізація з міжнародними стандартами та нормами, у тому числі в межах стратегії приєднання до СОТ. На початку цього періоду відбулося прийняття Цивільного та Господарського кодексів України, що означувало стабілізацію інвестиційних відносин у межах нової моделі їх регулювання та початок євроінтеграційних процесів в Україні.

Інвестиційні відносини не виникли раптово в середині ХІХ ст., вони стали продуктом еволюції моделей організації господарської діяльності та економічних відносин. Виробничі процеси з настанням промислової революції значно пришвидшилися, однак для їх забезпечення власникам підприємств були необхідні кошти в розмірах, які перевищували наявний у них на той час капітал. Відтоді сформувалася потреба в постійному кредитуванні виробництва за рахунок банків, фінансових установ чи інших власників грошових ресурсів. Системність розвитку господарських відносин та постійне нарощування обсягів виробництва зумовлювали усталення взаємодії власників капіталу з влас-

никами засобів виробництва. Виникла потреба в розробці та законодавчому закріпленні певних форм такої взаємодії, які б передбачали захист прав та інтересів кожної із сторін. Іншими словами, була необхідна уніфікація моделей використання позичкового капіталу, ринок якого почав формуватися задовго до середини XIX ст.

Як зазначав П. О. Писемський, попит на промислову продукцію вимагає прискорення грошового обігу, а оскільки грошей часто не вистачає, то власники засобів виробництва повинні залучати капітал на таких умовах, які б забезпечували насамперед виконання їх зобов'язань перед кредиторами. Тобто необхідна юридична форма, яка б відображала обсяги зобов'язань власників промислових підприємств перед кредиторами та беззаперечність їх виконання¹⁰.

Оскільки здійснення залучень відбувається здебільшого у великих розмірах, то розробка нових та ефективних механізмів регулювання стала більш актуальною з метою посилення гарантії отримання позичкового капіталу та відсотків за користування ним після збігу термінів позичання. Почав формуватися ринок інвестиційних ресурсів, на якому тільки намагалися взаємодіяти в класичному вигляді попит та пропозиція.

Як зазначає А. А. Дерев'якін, потреба в правовому регулюванні інвестиційного ринку та інвестиційних відносин, які є його уособленням, назріває вже в другій половині XVII ст., а формування його основ відбувається при Петрі I у зв'язку з необхідністю прискореного розвитку промисловості. Наприкінці XVII – на початку XVIII ст. Російська імперія стає організатором промислових підприємств, і саме тоді з'являється така форма правового регулювання, як безпосередня участь держави в інвестиційній діяльності. Дії держави початку XVIII ст. із передання казенних заводів у приватні руки, внаслідок чого виникли великі приватні під-

приємства, сприяли появі нової форми регулювання, яку можна охарактеризувати як створення сприятливих умов для розвитку інвестицій. Із середини XVIII ст., у міру того, як промисловість набирала силу, відхід держави від регулювання інвестиційних відносин за допомогою своєї прямої участі продовжився¹¹. Російська держава усвідомила, що для прискорення розвитку економіки та створення власної конкурентоспроможної промисловості постає нагальна потреба створення відповідної правової бази інвестування – єдиної для всієї країни.

По-перше, з'являється можливість для концентрації капіталу та засобів виробництва в одних руках – в юридичної особи, що характеризується наявністю відповідних організаційних, функціональних та інших засобів ведення господарської діяльності. Щоправда, говорити про інвестування в юридичну особу навіть наприкінці XVIII – на початку XIX ст. можна досить умовно, оскільки фінансове законодавство лише почало формуватися, і його прерогативою на той час були короткострокові кредитні відносини під заставу. Згодом кредитні механізми розвивалися, раціоналізувалися і поступово виділялися нові відносини – з приводу розподілу та використання інвестиційного капіталу.

По-друге, на думку А. В. Майфата, участь у господарських товариствах звільняє їх учасника від виконання трудових обов'язків перед суспільством, що не завжди можливо в умовах інших організаційних форм юридичних осіб. Це дещо суперечить соціальній ролі суб'єктів господарювання, яка притаманна вітчизняному суспільству. Однак у XVIII ст. такий дисбаланс інтересів власників капіталу та соціуму був природним явищем, оскільки панувало кріпосне право. Крім того, саме державна влада, багато в чому залежала від власників великих капіталів, оскільки, наприклад, фінансування витрат на ведення війн розподілялося переважно між останніми. Тому державна влада була зацікавлена в збага-

ченні капіталістів, а отже, розвитку інвестиційного законодавства¹².

По-третє, підприємство виступає суто як акумулятор коштів, як своєрідний посередник між його інвесторами-кредиторами та його учасниками або власниками. Тому суб'єкт господарювання несе обмежену відповідальність перед інвесторами — суто в межах своїх зобов'язань перед ними. Акціонери ж взагалі не несуть відповідальності, хіба що своїми частками в підприємстві, однак саме вони отримують прибутки від реалізації інвестицій. Юридична наука XVIII—XIX ст. ще не спроможна виробити ефективну концепцію поєднання всіх аспектів використання позичкового капіталу, тому процеси розвитку інвестиційного законодавства залишалися пригальмованими.

По-четверте, оскільки акціонери або учасники господарського підприємства мали за мету отримання прибутку від діяльності останнього, то цілком логічно, що вони мали юридично закріплену змогу продавати свої частки в підприємстві третім особам. При цьому вони фактично передавали відповідальність за інвестиції, які були вкладені в підприємство. Акціонери отримували прибуток не лише від самих інвестицій, а й від продажу власних прав на відсотки від їх реалізації. Оскільки новий власник найчастіше прагнув переглянути умови інвестування, то виникала нагальна потреба розробки юридичних механізмів захисту інвестора. Фактично інвестор намагався захистити себе або політичною волею держави, оскільки на той час заможні інвестори походили з досить вузького кола еліти, близької до правлячої верхівки, або нормативними актами, які приймалися на їх користь.

На думку В. В. Куликовського, кроки до створення та юридичного закріплення механізмів функціонування акціонерних товариств у Російській імперії були зроблені при Петрі I за допомогою прийняття низки указів на рубежі

XVII–XVIII ст. При цьому першою акціонерною компанією вважається заснована 24 лютого 1657 р. «Російська в Константинополі торговельна компанія», капітал якої складався із часток, іменованих акціями. Надалі були створені інші акціонерні компанії: 1702 р. – Акціонерний емісійний банк, 1798 р. – Російсько-американська компанія тощо¹³.

Пожвавлення розвитку інвестиційного законодавства спостерігається в XIX ст., коли Російська імперія постала перед нагальною проблемою активізації економічного розвитку та приведення вітчизняної системи господарювання до тих стандартів, які панували в Європі. Крім того, саме в цей період економіка Російської імперії почала розглядатися європейськими власниками великих капіталів як потенційний об'єкт інвестицій.

Зокрема, як зазначає В. В. Куликовський, після 1807 р. створення та певні аспекти діяльності господарських товариств регулювалися маніфестом Про дарування нових вигод, яким визначалися три форми господарювання: товариство на довірі, повне товариство й товариство за частками. 6 грудня 1836 р. затверджено «Положення про компанії на акціях». Законодавство не проводило розмежування між акціонерними товариствами й товариствами з обмеженою відповідальністю, вказуючи, по суті, тільки на одну організаційно-правову форму, що умовно можна позначити як товариство з обмеженою відповідальністю. В період з 1858 по 1897 р. було розроблено кілька проектів нових положень про акціонерні товариства, однак до 1917 р. акціонерне законодавство так і не було реформоване¹⁴.

На думку Л. Є. Шепелява, однією з причин такої поступовості в процесі переосмислення сутності господарських відносин за участю позичкового капіталу була неспроможність влади адекватно та оперативно реагувати на зміни умов економічного розвитку. Розвиток виробництва потребував прийняття вольових рішень у формі законів, однак їх

продуктивність складно було передбачити. Натомість власники капіталу підштовхували владу до необхідних рішень та лобювали власні інтереси, позаяк розуміли, що саме інвестиції, зокрема акції, як підтвердження їх участі в тому чи іншому господарському товаристві, є найбільш ефективним механізмом примноження капіталу¹⁵.

Слід звернути увагу, що кредитування призводить до втрати ліквідних ресурсів, власники капіталу накопичують зобов'язання, які реалізувати в разі необхідності буде досить складно. Тому ці зобов'язання вони почали в певний спосіб оформляти для того, щоб їх також можна було використовувати як платіжні інструменти, хоча із значно нижчим рівнем ліквідності. Згодом виникла потреба у формуванні відповідного ринку зобов'язань, перетворивши їх не просто на платіжний засіб, а реальний фінансовий інструмент. З огляду на це виникла необхідність у збільшенні обсягів інвестицій при помірності їх повернення. Саме тому поява акцій як цінних паперів з універсальною обіговістю була необхідна для розвитку економічних відносин.

Отже, становлення відносин щодо використання позичкового капіталу характеризується пошуком ефективних форм нормативно-правового регулювання та юридичного закріплення окремих аспектів таких відносин із метою посилення гарантій прав та інтересів їх учасників. Насамперед йдеться про інвесторів, оскільки саме завдяки необхідним перетворенням зобов'язань, які вони отримали в обмін на вкладення свого капіталу в те чи інше підприємство, з'явилися перші форми платіжних інструментів. Такі інструменти повинні були мати достатній рівень ліквідності, простоту обігу, а також реальні механізми захисту прав інвестора. Тому загальним результатом розвитку інвестиційного законодавства можна вважати насамперед появу акцій як ефективних платіжних інструментів, поступовий перехід від адміністративного регулювання до економіки з елемен-

тами ринкової самоорієнтації зі здобуттям Україною незалежності, прийняття законів про регулювання інвестиційної діяльності в Україні, а також поступове удосконалення інвестиційного законодавства з метою відповідності міжнародним стандартам і нормам, що свідчить про європейський вектор розвитку української економіки та намагання зробити Україну привабливішою для іноземних інвесторів.

1. Міжнародна інвестиційна діяльність: підручник / Лук'яненко Д. Г., Губський Б. В., Мозговий О. М. та ін. Київ: КНЕУ, 2002. 387 с. **2.** Данілов О. Д., Івашина Г.М., Чумаченко О. Г. Інвестування: навч. посібн. Ірпінь, 2007. 377 с. **3.** Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монографія. Москва: Волтерс Клувер, 2006. 312 с. **4.** Вінник О. М. Інвестиційне право: навч. посіб. Київ: Атика, 2000. 264 с. **5.** Левина Л.Ф. Теория инвестиционных решений. *Энциклопедия менеджмента*. 2000. № 2. С. 87. **6.** История политических и правовых учений: учебник для вузов; под общ. ред. В. С. Нерсисянца. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2004. 944 с. **7.** Миль Дж. С. Основы политической экономии и некоторые аспекты приложения к социальной философии. В 3 т. Москва: Прогресс, 1980–1981. Т. 3. 448 с. **8.** Сэй Ж.-Б. Трактат по политической экономии / Жан-Батист Сэй. Фредерик Бастиа. Экономические софизмы; Экономические гармонии / Фредерик Бастиа [сост., вступ. ст. и коммент. М. К. Бункиной и А. М. Семенова]. Москва: Дело: Акад. нар. хоз-ва при Правительстве Рос. Федерации, 2000. 232 с. **9.** Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монографія. Москва: Волтерс Клувер, 2006. С. 8-33. **10.** Писемский П. А. Акционерные компании с точки зрения гражданского права. Москва, 1876. С. 58–59. **11.** Деревякин А. А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в период НЭПа. *Юридический мир*. 2007. № 11 (131). С. 74–76. **12.** А. В. Майфат. Цит. работа. С. 44-52. **13.** Куликовський В. В. Основні етапи формування юридичних конструкцій інвестування у житлове будівництво. URL: http://nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Vonu_prav/2010_22/02.pdf. **14.** Там само. **15.** Шепелев Л. Е. Акционерные компании в России: XIX – начало XX века. Санкт-Петербург: Изд-во СПб. гос. ун-та, 2006. С. 212-227.

Shuliak Dmytro. To the question of development of investment relations in Ukraine: historical – legal aspects

The paper given by the problem of revealing and determining a concept of investment relations development in historical aspect. The author argues a thesis that

formation of relations concerning the using of debt capital in the historical and legal aspect is noted by the search for effective forms of legal regulation and legal consolidation of certain aspects of such relations in order to strengthen the guarantees of the rights and interests of their participants

The author emphasizes that due to the necessary transformation of the obligations that investors received in exchange for investing their capital in one or another enterprise, began to appear the first forms of payment instruments .

The general result of the development of investment legislation can be considered, first of all, the emergence of shares as effective payment instruments, the gradual transition from administrative regulation to the economy with elements of market self-orientation

Also, the author stated that in the historical aspect, the gradual improvement of investment legislation to comply with international standards and norms, which testifies to the European vector of economic development of Ukraine and is an attempt to make Ukraine more attractive to foreign investors.

Key words: investment relations, regulation, joint-stock companies.

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ
ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 349.412

Т. О. ТРЕТЯК

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБМЕЖЕНЬ
ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНІ ДІЛЯНОК
В ІНТЕРЕСАХ СУСІДНІХ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК
У СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ АМЕРИКИ**

Досліджено правове регулювання обмежень права власності на земельні ділянки в інтересах власників сусідніх земельних ділянок у Сполучених Штатах Америки. Показано, що у праві США делікти поділяються на: спричинення шкоди через недбалість (negligence), створення невиправданих незручностей (nuisance) та протиправне втручання у використання об'єктів власності (trespass). Спричинення шкоди через недбалість має місце у випадку, коли відповідачем не забезпечено належного рівня дбайливості, або коли не вжито всіх заходів, яких могла б вжити дбайлива та обачна людина. На відміну від спричинення шкоди через недбалість створення невиправданих незручностей може мати місце і тоді, коли належний рівень дбайливості забезпечено, проте негативний вплив є «нерозумним» (unreasonable).

Ключові слова: право власності на земельні ділянки; обмеження права власності на земельні ділянки; правила добросусідства; загальне право; право США.

© ТРЕТЯК Тарас Олексійович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри земельногo та аграрного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Tretiak Taras. The legal regulation of the ownership of land parcels in the interests of the neighbouring land parcel owner in United States of America

The paper deals with the study of the legal regulation of the restrictions on the ownership in land parcels in the interest of neighbouring land parcels owners in United States of America.

As a result of the research the author comes to the following main conclusions. There are such types of delicts in USA law: the negligence, the nuisance, the trespass. The negligence takes place when the defendant fails to exercise the due level care or in the other words if it is not taken measures expected from prudent and cautious person. Unlikely to negligence, the nuisance takes place when the due level care has been fulfilled, but the negative impact is unreasonable.

Key words: *the ownership rights in land parcel; restrictions on ownership rights in land parcel restrictions; neighbourliness rules; common law; USA law.*

Ефективна реалізація та захист права власності на земельну ділянку можливі лише за умови гнучких і водночас достатньо суворих правил добросусідства. Останні є елементами правового регулювання об'єктів власності. Країною, де встановлено найбільш ефективні правила реалізації права власності, є США. У зв'язку з цим вивчення досвіду правового регулювання попередження негативного впливу на чужу земельну ділянку цієї країни дозволить вдосконалити правове регулювання використання земельних ділянок в Україні.

Питання, дотичні до правил добросусідства у США, досліджувалися в юридичній літературі. Зокрема, питання права власності розкрито у працях К.Д. Тягай¹. Вона досліджувала не лише право власності, а і особливості захисту цього права², а також такий різновид делікту, як спричинення невинуватих незручностей (nuisance), та наводить критерії його відмежування від протиправного втручання у використання об'єктів власність іншої особи (trespass)³.

Питання правового регулювання використання земельних ділянок у США висвітлював М.Ю. Галятин⁴. Делікти у праві США досліджували Ю.Г. Матвеев⁵, Ю.Є. Борисова⁶, О.Я. Рогач⁷. Особливої уваги заслуговує робота Ю.Г. Матвеева, присвячена англо-американському деліктному праву⁸.

Попри важливе значення наведених вище праць для дослідження питань регулювання земельних відносин у США у них не здійснювався порівняльний аналіз положень деліктного права США та законодавства України у частині правил добросусідства. Дослідити основні інститути деліктного права США на предмет можливості використання положень цього права для регулювання правовідносин власності на земельну ділянку і є метою статті.

Критерій прийнятності впливу на сусідню земельну ділянку (критерій добросусідства) може бути знайдений шляхом встановлення підстави для застосування санкцій за порушення інтересу в тому, щоб сусід не створював надмірних незручностей. Дії чи бездіяльність є порушенням правил добросусідства та права власності на земельну ділянку, якщо вони дають право особі, яка має право власності на земельну ділянку, вимагати від суду застосувати до порушника певних способів захисту. У зв'язку з цим слід з'ясувати, який негативний вплив на сусідню земельну ділянку дає право її власникові вимагати застосовування санкції до порушника.

Санкціями, які випливають з вимог загального права та застосовуються приватними особами за порушення права власності на земельну ділянку, є деліктні зобов'язання. Відмінною рисою англо-американського права є відсутність генерального делікту⁹ як підстави для застосування санкцій. Деліктними зобов'язаннями, які можуть застосовуватися для захисту права власності на земельну ділянку, є: делікт створення невинуватених незручностей (*nuisance*), проти-

правне втручання у використання об'єктів власності (trespass), спричинення шкоди через недбалість (negligence)¹⁰. Звернімося до аналізу делікту створення невиправданих незручностей та делікту спричинення шкоди через недбалість для виявлення критеріїв добросусідства.

Недбалість визначається як «незабезпечення рівня дбайливості щодо відвернення настання для інших передбачуваного та невиправданого ризику заподіяння шкоди за конкретних обставин, якщо такого рівня дбайливості можна очікувати за звичайної обачності у подібних обставинах»¹¹. У судовій практиці США для встановлення порушення рівня дбайливості враховують такі чинники: яких заходів для відвернення настання негативних наслідків вживають інші власники аналогічного устаткування¹²; чи мав відповідач можливість передбачити настання негативних наслідків¹³; чи передбачила б достатньо обачна особа, за аналогічних обставин, що може бути завдано шкоду в результаті такої поведінки¹⁴; ефективність та всебічність вжитих заходів з відвернення небезпеки для довкілля та здоров'я людини (ефективність оцінюється шляхом порівняння часу існування небезпеки та результативності заходів, спрямованих на її ліквідацію)¹⁵; чи раціонально був споруджений шумозахисний бар'єр¹⁶ тощо.

Положення про дозволений вплив ч. 1 ст. 103 Земельного кодексу України від 25.10.2001 № 2768-III¹⁷ є досить загальними. Зокрема, ця частина зобов'язує власників земельних ділянок та землекористувачів «... *обирати такі способи використання земельних ділянок відповідно до їх цільового призначення, при яких власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей (затінення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо)*». Загальний характер цього положення змушує шукати конкретніших критеріїв добросусідства.

У праві США такі критерії впливають із заборони спричиняти незручності через недбалість. Теоретично важливою є також і належність заборони спричиняти незручності через недбалість до деліктного права.

У деліктному праві України є також положення, що забороняють спричиняти шкоду (незручності) через недбалість. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 1166 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435—IV¹⁸ *«особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини»*. Отже, якщо немає вини заподіювача шкоди, то шкода, за загальним правилом, не підлягає відшкодуванню¹⁹. Винною поведінка заподіювача шкоди не буде, якщо він вжив усіх залежних від нього заходів для недопущення шкоди. Іншими словами, лише незручності, які є наслідком недостатньої дбайливості власника чи суб'єкта іншого речового права на земельну ділянку, підлягають усуненню.

Обов'язок вживати всіх залежних від себе заходів для недопущення незручностей (шкоди) сусідові ще чіткіше закріплено у ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу України від 16.01.2003 № 436—IV²⁰: *учасник господарських відносин відповідає за ... порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення*. Правила добросусідства є частиною правил здійснення господарської діяльності, тому вищенаведене правило поширюється і на випадки порушення правил добросусідства. Отже, якщо учасник господарських відносин не вжив всіх залежних від себе заходів, він відповідає за спричинені незручності й у силу положення ч. 1 ст. 1166 ЦК повинен їх усунути.

Положення права США свідчать про практичність загального обов'язку вживати усіх залежних від зобов'язаного суб'єкта заходів для недопущення незручностей (шкоди) як критерію добросусідства.

Створення невинуватених незручностей – це такий різновид протиправної поведінки, що спричинена невинуватеним, неприйнятним чи незаконним використанням особою її власності, як нерухомої, так і особистої, чи яка є наслідком її власної неприйнятної, непорядної чи незаконної поведінки, яка перешкоджає реалізації чи заподіює шкоду правам інших людей чи суспільству та зумовлює такі матеріальні неприємності, незручності, дискомфорт чи негативні наслідки, що розглядаються законом як такі, що завдають шкоди²¹.

В юридичній літературі питання про критерії розмежування створення невинуватених незручностей та спричинення шкоди через недбалість залишається спірним. Більшість авторів схиляються до того, що недбалість полягає у порушенні особою вимог щодо рівня дбайливості. У випадку створення невинуватених незручностей для того, щоб виграти справу, слід довести, що використання власності одного суб'єкта спричиняє невинуватені незручності для іншої особи²². Наприклад, на одній із земельних ділянок розміщено устаткування промислового призначення. Це устаткування відповідає вимогам законодавства та вимозі використовувати найкращі з доступних технологій та методів керування. При цьому експлуатація даного устаткування створює незручності для власників сусідніх земельних ділянок, спричиняючи надмірний нічний шум. Припустимо, що у цій ситуації власник промислового об'єкта не понесе додаткових витрат, якщо здійснюватиме виробничу діяльність, що спричиняє шум, у денну пору. У цій ситуації спричинення шкоди через недбалість немає, оскільки власник устаткування виконує обов'язок щодо рівня дбайливості, проте є вплив на інтереси інших осіб, який може бути усунуто без шкоди інтересам власника промислового устаткування. Для того, щоб зобов'язати власника шкідливого устаткування запобігти такому порушенню, потерпілі мають

звернутися до суду із позовом про усунення невинуватених незручностей²³.

У теорії і практиці країн системи загального права виділяють два види порушення громадського порядку: *nuisance per se* та *nuisance in fact* (чи *per accident*). *Nuisance per se* – означає дію, зайняття місця чи споруду, яка розглядається як створення невинуватених незручностей незалежно від обставин чи стану довкілля²⁴. *Nuisance in fact* (чи *per accident*) означає дію, зайняття місця чи споруду, які являють собою створення невинуватених незручностей у зв'язку з обставинами чи станом довкілля, в якому вони розташовані чи здійснюються²⁵.

Аналіз положень права США про створення невинуватених незручностей дозволяє виробити критерії для належного застосування положення ч. 1 ст. 103 ЗК. Остання вимагає від зобов'язаного суб'єкта обирати такі способи використання земельних ділянок, при яких власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей. На нашу думку, найбільш доцільним способом тлумачення наведеного положення ЗК є тлумачення, згідно з яким особа повинна усувати створені незручності, навіть якщо вона вжила всіх залежних від себе заходів для попередження незручностей, лише у випадку, якщо такі незручності були нерозумними. Головними ознаками того, що незручності сусідові створено «нерозумним» використанням земельної ділянки, є:

- 1) непотрібність незручностей для особи, що їх створює;
- 2) створення такими незручностями істотних перешкод для сусіда під час використання його земельної ділянки.

При цьому тягар доведення нерозумності створених незручностей має покладатися на позивача, адже у разі задоволення позову суд встановить для сусіда обмеження його права власності на земельну ділянку в ситуації, коли такий сусід використовував її правомірно, виявивши при цьому

належний рівень дбайливості та обачності для уникнення незручностей для сусіда.

Отже, у праві США делікти поділяються на спричинення шкоди через недбалість (*negligence*), створення невинуватених незручностей (*nuisance*) та протиправне втручання у використання об'єктів власності (*trespass*). Спричинення шкоди через недбалість має місце у випадку, коли відповідачем не забезпечено належного рівня дбайливості, або, іншими словами, коли не вжито всіх заходів, яких могла б вжити дбайлива та обачна людина.

На відміну від спричинення шкоди через недбалість, створення невинуватених незручностей може мати місце і тоді, коли належного рівня дбайливості забезпечено, проте вплив є «нерозумним». Таким чином, непропорційність шкоди від такого впливу та незначна користь від нього тому, хто його спричиняє, дозволяє кваліфікувати спричинення впливу як створення невинуватених незручностей і вимагати його усунення.

1. Тягай Е.Д. Право собственности на недвижимость в США. *Сложноструктурные модели*: монография. Москва: Проспект, 2014. 275 с. 2. Тягай Е.Д. Особенности защиты и меры юридической ответственности за нарушение прав собственников недвижимого имущества в США. *Lex Russica*. 2017. № 5 (126). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-zaschity-i-mery-yuridicheskoy-otvetstvennosti-za-narushenie-prav-sobstvennikov-nedvizhimogo-imuschestva-v-ssha>. 3. Тягай Е.Д. Право собственности на недвижимость в США. *Сложноструктурные модели*: монография С. 19, 20; Тягай Е.Д. Особенности защиты и меры юридической ответственности за нарушение прав собственников недвижимого имущества в США. С. 209-210. 4. Галятин М.Ю. США: правовое регулирование использования земель. Москва: Наука, 1991. 251 с.; Галятин М. Ю. Зонирование – способ правового регулирования земельных отношений в США. *Правоведение*. 1983. № 6. С. 86-90. 5. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. Москва: Юридическая литература, 1973. 178 с.

6. Борисова Ю.Є. Деліктне право США (загальні положення). *П'ять юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвяч. пам'яті Є.В. Васьковського: матеріали міжнар. наук.-пр-акт. конф.* (до 150-річчя Одеського нац. університету ім. І.І. Мечникова, Одеса, 22 травня 2015 р.) / відп. ред.: І.С. Канзафарова; ОНУ ім. І.І. Мечникова, ЕПФ . Одеса: Астропринт, 2015. С. 16–17. 7. Рогач О.Я. Категорія зловживання правом за цивільним законодавством країн англосаксонської та мусульманської правової системи. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 3–2. Т. 1. С. 49–54. 8. Матвеев Ю.Г. Цит. работа. 9. Там же. 10. Там же. С. 136–173. 11. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Massachusetts: Merriam-Webster, Incorporated Sprongfield, 1996. С. 324. 12. Nissan Motor Corp. v. Maryland Shipbuilding & Drydock Co., 544 F.Supp. 1104 (D.Md.1982). URL: http://scholar.google.com/scholar_case?q=Nissan+Motor+Corp.+v.+Maryland+Shipbuilding&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1&case=3647672585089107867&scilh=0. 13. Howell v. City of Lumberton, 548 SE 2d 835 – NC: Court of Appeals 2001. URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=2451521459201324103&q=howell+v.+City+of+Lumberton&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1; Union Oil Company v. Oppen, 501 F. 2d 558 – Court of Appeals, 9th Circuit. URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=10288445608907748181&q=negligent+pollution&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1; Va. Elec. & Power Co. v. Savoy Const. Co., Inc., 294 SE 2d 811 – Va: Supreme Court. URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=2049238020440333298&q=VEPCO+v.+Savoy+Constr.+Co.&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1. 14. Va. Elec. & Power Co. v. Savoy Const. Co., Inc., 294 SE 2d 811 Va: Supreme Court. URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=2049238020440333298&q=VEPCO+v.+Savoy+Constr.+Co.&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1. 15. Knabe v. National Supply Div. of Armco Steel, 592 F. 2d 841 – Court of Appeals, 5th Circuit 1979. URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=6567134336388743732&q=Knabe+v.+National+Supply+Div.&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1. 16. Friends of H Street v. City of Sacramento, 20 Cal. App. 4th 152 – Cal: Court of Appeal, 3rd Appel URL: http://scholar.google.com/scholar_case?case=2615827034767561251&q=friends+of+H+Street+v.+city+of+Sacramento&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1.

17. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3. Ст. 27. 18. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356. 19. Стаття 1187 ЦК передбачає обов'язок відшкодувати шкоду незалежно від вини заподіювача шкоди, якщо остання була завдана джерелом підвищеної небезпеки. Критику цієї норми див.: Третяк Т.О. Добросусідство в земельному праві України. Київ: Алерга, 2019. С. 230–237. 20. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144. 21. Black's Law Dictionary. – Sixth edition [edited by Black H.C.]. URL: http://archive.org/stream/BlacksLaw6th/Blacks%20Law%206th_djvu.txt. – С. 832. 22. Матвеев Ю.Г. Цит. работа. С. 171; Cooke J. Law of Tort. Harlow: Pearson Professional Limited, 2009. С. 347–348. 23. Викладено на основі прикладу, наведеного у роботі Cooke J. Law of Tort. Harlow: Pearson Professional Limited, 2009. С. 347, з відповідними змінами. 24. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Massachusetts: Merriam-Webster, Incorporated Springfield, 1996. С. 334. 25. Ibid.

Tretiak Taras. The legal regulation of the ownership of land parcels in the interests of the neighbouring land parcel owner in United States of America

The paper deals with the study of the legal regulation of the restrictions on the ownership in land parcels in the interest of neighbouring land parcels owners in United States of America.

USA judicial practice develops the list of useful approaches to the appropriate assessment of the negative impact on the neighbouring land parcel. This experience implementation in Ukraine will improve the legal regulation of the restrictions on the ownership in land parcels in the interest of neighbouring land parcels owners. The negative impact on the neighbouring land parcel prevention legal regulation experience of USA is useful also for the judicial and the for other legal practice improvement. Ukrainian legal norms governing two neighbouring land parcels owners' relations are too general and sometimes just declarative. This situation allows the others appropriate assessment of the negative impact on the neighbouring land parcels criteria implementation, which although are not prescribed by the legislation, their implementation, however, is reasonable and causes the fair case solution. The impact on the other person's land parcel appropriateness provisions developed by the USA judicial practice is the source of negative impact appropriateness criteria that may be implemented in Ukrainian judicial practice.

As a result of the research the author comes to the following main conclusions. There are such types of delicts in USA law: the negligence, the nuisance, the trespass. The negligence takes place when the defendant fails to exercise the due care level or in the other words if it is not taken all measures expected from prudent and cautious person. Unlikely to negligence, the nuisance takes place when the due care level has been fulfilled, but the negative impact is unreasonable. Thus, if the damage caused by this impact is disproportionally great and the advantage from this impact for those, who causes the damage is negligible, the nuisance has been committed and the applicant is empowered to demand to eliminate this damage.

Article 103(1) of the Land Code of Ukraine obliges the land parcels owners or users to use the land parcels in the way causing least inconveniences to the neighbour. This obligation is too abstract and is difficult to be implemented in judicial practice. Based on USA judicial practice on negligence, the author come to conclusion that under Ukrainian legislation the negative impact on the neighbouring land parcel appropriateness criteria can be used the obligation to take all measure, the prudent and cautious person can do to prevent inconveniences to the neighbour. The legal bases allowing to use the obligation to take all measure the prudent and cautious person can do to prevent inconveniences to the neighbour is the article 1166 of Civil Code of Ukraine provision. Under this provision, the person is liable for the damage only provided that the person is guilty. Person is not guilty if he/she has taken all measure, the prudent and cautious person can do to prevent the damage.

Having analysed the USA judicial practice, the author come to conclusion that the person, who did not infringe the law provision, taken all measure the prudent and cautious person can do to prevent inconveniences to the neighbour is liable for the inconveniences (damage) only if these inconveniences (damage) are unreasonable. The inconveniences (damage) to the neighbour are unreasonable if they are: 1) unnecessary to the person causing them and very harmful for those who feel them.

Key words: the ownership rights in land parcel; restrictions on ownership rights in land parcel restrictions; neighbourliness rules; common law; USA law.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО,
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС
ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.139

Н. М. АХТИРСЬКА

**НОВЕЛИ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА
ЩОДО ЕКСТРАДИЦІЇ:
УДОСКОНАЛЕНИЙ МЕХАНІЗМ
ТА ЙОГО ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

Розглядаються основні положення міжнародних правових документів, які набрали чинності для України, щодо порядку видачі правопорушників. На підставі аналізу законодавства та міжнародних зобов'язань України внесені пропозиції щодо удосконалення норм Кримінального процесуального кодексу України, що сприятиме сталості правозастосовної практики.

Ключові слова: екстрадиція, строки давності, спрощена процедура, спеціальне правило, транзитне перевезення, дружнє врегулювання.

Akhtyrskaya Nataliia. Novels of the current legislation on extradition: an improved mechanism and its procedural support

The main provisions of the international legal instruments that have entered into force in Ukraine regarding the extradition of offenders are considered. Based on the analysis of the current legislation and international

© АХТИРСЬКА Наталія Миколаївна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

obligations of Ukraine, proposals were made to improve the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: *extradition, period of limitations, streamlined proceedings, special rule, transit traffic, amicable settlement.*

У рішенні Європейського суду в справі «Серінг проти Сполученого Королівства» вказано: оскільки спрощується процес переміщення людей по всьому світу, злочинність набуває дедалі більше міжнародного виміру, в інтересах усіх держав стає необхідним, щоб підозрювані у вчиненні злочинів особи, що переховуються від правосуддя за кордоном, постали перед судом¹. У 2018 р. судами України розглянуто 144 запити щодо екстрадиційного арешту, 25 – про затвердження згоди особи на видачу тощо².

1 березня 2019 р. для України набрали чинності два міжнародні документи, якими вносяться зміни та доповнення до Європейської конвенції про видачу правопорушників³. Третім додатковим Протоколом⁴ доповнені конвенційні положення з метою спрощення та прискорення процедури видачі в разі, коли розшукувана особа висловила на це згоду. Згідно зі ст. 2, якщо розшукувана особа є суб'єктом запиту про тимчасовий арешт відповідно до ст. 16 Конвенції, видача, зазначена у статті 1 цього Протоколу, не передбачає подання запиту про видачу та підтвердних документів відповідно до ст. 12 Конвенції. Запитувана Сторона вважає достатньою для цілей застосування положень статей 3-5 цього Протоколу та для прийняття остаточного рішення про видачу за спрощеною процедурою таку інформацію, надану запитуючою Стороною: а) ідентифікаційні дані розшукуваної особи, включаючи інформацію щодо її громадянства/громадянств, якщо така інформація є наявною; б) орган, який запитує арешт; с) існування ордеру на арешт чи іншого документа, який має таку саму юридичну силу, або рішення суду, що підлягає виконанню, а також підтвер-

дження того, що особа розшукується відповідно до статті 1 Конвенції; d) характер і юридичну кваліфікацію правопорушення, включаючи максимальне покарання або покарання, призначене в остаточному рішенні, разом з інформацією про те, чи була будь-яка частина такого рішення вже виконаною; e) інформацію щодо строків давності та зупинення їх перебігу; f) опис обставин, за яких правопорушення було вчинено, включаючи час, місце та ступінь участі розшукуваної особи; g) наскільки це можливо – наслідки правопорушення; h) у випадках, коли видача запитується з метою виконання остаточного рішення, – інформацію про те, чи було рішення ухвалено *in absentia*.

Згода розшукуваної особи на видачу та, у відповідному випадку, її явно висловлена відмова від права застосування спеціального правила повинні бути надані компетентному судовому органу запитуваної Сторони відповідно до законодавства такої Сторони. Кожна Сторона вживає необхідних заходів для забезпечення того, щоб згода і, у відповідному випадку, відмова, зазначені в пункті 1, були встановлені в такий спосіб, який вказує на те, що відповідна особа висловила їх добровільно та з повним усвідомленням правових наслідків. Із цією метою розшукувана особа має право на правову допомогу. В разі потреби запитувана Сторона забезпечує розшукуваній особі можливість скористатися допомогою перекладача (ст. 4).

Протокол передбачає два варіанти надання повідомлення у випадку тимчасового арешту. Так, відповідно до ст. 6, з метою подання запитуючою Стороною, у разі потреби, запиту про видачу відповідно до статті 12 Конвенції, запитувана Сторона інформує її якомога швидше і не пізніше як через десять днів після дати тимчасового арешту про те, чи надала розшукувана особа свою згоду на видачу. У виняткових випадках, коли запитувана Сторона вирішує не застосувати спрощену процедуру, незважаючи на згоду на це роз-

шукуваної особи, вона повідомляє про це запитуючій Стороні настільки заздалегідь, щоб дати їй можливість подати запит про видачу до закінчення сорокаденного строку, встановленого ст. 16 Конвенції.

З практичної точки зору, важливим є питання часу, коли особа має право змінити своє рішення щодо видачі. Тому Україна ратифікувала Третій додатковий Протокол із застереженнями, зокрема, «згода особи на видачу у спрощеному порядку та у відповідному випадку відмова особи від застосування спеціального правила можуть бути відкликані до їх затвердження слідчим суддею»⁵ (в попередній редакції КПК України «до перетину кордону»).

Четвертим додатковим Протоколом до Європейської Конвенції про видачу правопорушників викладені в новій редакції декілька статей. По-перше, варто вказати на вирішення проблеми щодо визначення строків давності. Видача не дозволяється, якщо закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуючої Сторони. У видачі не може бути відмовлено на підставі того, що закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуваної Сторони (ст. 10 Конвенції/ст. 1 Протоколу). Скасування альтернативності у визначенні строків давності за законодавством запитуючої або запитуваної держави, як було вказано в попередній редакції, виключить можливість ухилення від відповідальності винних осіб, які вчинили злочин на території запитуючої держави.

По-друге, цим документом чітко визначено перелік документів, які додають до запиту про видачу:

а) копію рішення про визнання винним та визначення покарання або постанову про утримання під вартою чи ордер на арешт або інше розпорядження, яке має таку саму

силу і видане відповідно до процедури, передбаченої законодавством запитуючої Сторони;

б) виклад правопорушень, за які вимагається видача. Час і місце їх вчинення, їх юридична кваліфікація і посилення на відповідні правові положення, включаючи положення стосовно строку давності, зазначаються якнайточніше; та

с) копію відповідних законодавчих актів або, коли це неможливо, виклад відповідного закону і, по можливості, якнайточніший опис особи, видача якої запитується, а також будь-яку іншу інформацію, яка може сприяти її ідентифікації, встановленню громадянства і місця перебування (ст. 12 Конвенції / ст. 2 Протоколу).

По-третє, в ст. 14 Конвенції закріплене «Спеціальне правило», сутність якого полягає в тому, що видана особа не може бути піддана арешту, переслідуванню, суду, засуджена або затримана з метою виконання покарання чи постанови про утримання під вартою, її свобода також не може бути обмежена з будь-яких інших підстав за будь-яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення, за яке її було видано, за винятком таких випадків:

а) коли Сторона, яка її видала, на це згодна. Запит про надання згоди подається разом з документами, зазначеними у ст. 12, та протоколом будь-якої заяви, зробленої виданою особою у зв'язку з відповідним правопорушенням. Згода надається, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, є таким, що тягне за собою видачу відповідно до положень цієї Конвенції. Рішення приймається якнайшвидше і не пізніше 90 днів після отримання запиту про надання згоди. У разі неможливості для запитованої Сторони дотриматися строку, зазначеного у цьому пункті, вона повідомляє про це запитуючій Стороні, зазначаючи при цьому причини затримки та орієнтовний час, необхідний для прийняття рішення;

б) коли така особа, маючи можливість залишити територію Сторони, якій вона була видана, не зробила цього впродовж 30 днів після її остаточного звільнення або, залишивши цю територію, знову туди повернулася.

По-четверте, Протокол передбачає право видачі особи третій державі. Запитувана Сторона приймає рішення про надання згоди, зазначеної в пункті 1, якомога швидше і не пізніше ніж через 90 днів після отримання запиту про надання згоди та, у відповідних випадках, документів, зазначених у пункті 2 статті 12. У разі неможливості для запитуваної Сторони дотриматися строку, передбаченого в цьому пункті, вона інформує запитуючу Сторону, зазначаючи причини затримки і орієнтовний час, необхідний для прийняття рішення» (ст. 15 Конвенції / ст. 4 Протоколу).

По-п'яте, Протоколом внесені зміни щодо транзитного перевезення. Згідно зі ст. 21 Конвенції транзитне перевезення через територію однієї з Договірних Сторін дозволяється на запит про транзитне перевезення за умови, що відповідне правопорушення не розглядається Стороною, у якій запитується дозвіл на транзитне перевезення, як правопорушення політичного або суто військового характеру з урахуванням ст. 3 і 4 цієї Конвенції.

У разі незапланованої посадки запитуюча Сторона негайно підтверджує, що один з документів, зазначених у підпункті «а» пункту 2 статті 12, існує. Це повідомлення має силу запиту про тимчасовий арешт згідно зі ст. 16, і запитуюча Сторона подає запит про транзитне перевезення Стороні, на території якої ця посадка відбулася. У транзитному перевезенні громадянина країни, в якій запитується дозвіл на транзитне перевезення, в розумінні ст. 6 Конвенції, може бути відмовлено. Транзитне перевезення виданої особи не здійснюється через будь-яку територію, де існують підстави вважати, що її життя або свобода можуть опинити-

ся під загрозою на підставі її раси, релігії, національної приналежності або політичних переконань.

У новій редакції Конвенції про видачу особлива увага приділена каналам та засобам зв'язку. Так, відповідно до ст. 6 повідомлення можуть бути передані за допомогою електронних або будь-яких інших засобів зв'язку, що забезпечують передачу доказів у письмовій формі, відповідно до умов, що дозволяють Сторонам пересвідчитися в їх автентичності. У будь-якому випадку відповідна Сторона надає на запит і в будь-який час оригінали або засвідчені копії документів. Використання Міжнародної організації кримінальної поліції (Інтерпол) або дипломатичних каналів не виключається.

Втім Україна залишила за собою право вимагати надання оригіналу запиту та засвідчених копій підтвердних документів⁷.

Новелою міжнародної процедури видачі правопорушників є механізм «дружнього вирішення» (ст. 8). Європейський комітет з проблем злочинності Ради Європи інформують про застосування Конвенції та Додаткових протоколів до неї і вживає всіх необхідних заходів для сприяння дружньому вирішенню будь-яких складних питань, які можуть виникнути під час їх тлумачення та застосування».

Положення міжнародних правових актів дістали своє відображення в нормах Кримінального процесуального кодексу України, однак, з точки зору правозастосування, наявною є низка прогалин. Насамперед це стосується строку розгляду слідчим суддею заяви особи щодо згоди чи заперечення спрощеної процедури видачі та застосування спеціального правила. Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України у зв'язку з ратифікацією Третього додаткового протоколу та Четвертого додаткового протоколу до Європейської конвенції про видачу правопорушників»⁸ передбачено право особи у будь-

який час до прийняття рішення про її видачу (екстрадицію) подати слідчому судді письмову заяву про надання згоди на її видачу (екстрадицію), в якій може зазначити про відмову від застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності. Згода особи на її видачу (екстрадицію), відмова особи від застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності можуть бути відкликані особою до їх затвердження слідчим суддею (ч. 2 ст. 588). Начальник установи попереднього ув'язнення, одержавши письмову заяву особи про надання згоди на її видачу (екстрадицію), невідкладно надсилає зазначену заяву до суду, в межах територіальної юрисдикції якого особа перебуває під вартою, та повідомляє про це керівника відповідної регіональної прокуратури.

Особа, до якої застосовано екстрадиційний арешт, має право до прийняття рішення про її видачу (екстрадицію) подати на розгляд слідчого судді суду, в межах територіальної юрисдикції якого особа перебуває під вартою, письмову заяву про згоду на її видачу (екстрадицію), в якій може зазначити про відмову від застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності. Така заява підлягає невідкладному розгляду слідчим суддею (ч. 14 ст. 584 КПК України). Обов'язок невідкладного розгляду такої заяви покладається на суддю й ч. 4 ст. 585 КПК України щодо особи, стосовно якої застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

Невідкладність ускладнюється тим, що така заява підлягає розгляду слідчим суддею у порядку, передбаченому частинами сьомою і восьмою цієї статті, за участю прокурора, особи, яка подала заяву, її захисника та за потреби перекладача (ч. 14 ст. 584). Очевидно, що з метою мінімізації ризиків порушення процесуальних прав особи доцільно уточнити строки розгляду такої заяви — «невідкладно в строк не більше 60 годин». Вказане уточнення корелює і з

строками доставлення затриманого до слідчого судді для вирішення питання про тимчасовий арешт. Невідкладне забезпечення перекладача також неможливе, оскільки в Україні відсутній інститут судових перекладачів.

Доцільно відобразити в законодавстві строки надання інформації запитуючій державі щодо заяви особи про поряток видачі, доповнивши ст. 584 КПК України ч. 15 такого змісту: «Запитувана держава інформує державу, яка надіслала запит про видачу, якомога швидше і не пізніш як через десять днів після дати тимчасового арешту про те, чи надала розшукувана особа свою згоду на видачу. У виняткових випадках, коли запитувана держава вирішує не застосовувати спрощену процедуру, незважаючи на згоду на це розшукуваної особи, вона повідомляє про це запитуючій державі настільки заздалегідь, щоб дати їй можливість подати запит про видачу до закінчення сорокаденного строку».

Аналіз законодавства дає підстави для висновку, що в деяких випадках норми КПК України прямо суперечать ратифікованим міжнародним документам. Так, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 589 КПК України у видачі особи іноземній державі відмовляється у разі, якщо закінчилися *передбачені законом України строки давності притягнення особи до кримінальної відповідальності* або виконання вироку за злочин, за який запитано видачу, водночас у Четвертому додатковому Протоколі чітко визначено, що видача не дозволяється, якщо закінчилися *строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуючої Сторони*. У видачі не може бути відмовлено на підставі того, що закінчилися строки давності переслідування чи покарання особи, видача якої запитується, відповідно до законодавства запитуваної Сторони (ст. 10 Конвенції/ст. 1 Протоколу). Отже, строки давності притягнення до відповідальності розраховуються відповідно до *законодавства запитуючої держави, а не законодавства*

України. Оскільки міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України, мають вищу юридичну силу, то це вимагає термінового внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України з метою мінімізації ризиків порушення Україною взятих на себе зобов'язань щодо видачі правопорушників.

1. Серинг (Soering) против Соединенного Королевства. Судебное решение от 7 июля 1989 г. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461433/2461433.htm>. 2. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження в 2018р. Розгляд запитів (доручень, клопотань, скарг) у порядку надання міжнародної правової допомоги. Розділ 5. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018. 3. Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_033. 4. Третій додатковий Протокол до Європейської Конвенції про видачу правопорушників від 10.11.2010 р. *Офіційний вісник України*. 2019. № 23. 5. Про ратифікацію Третього додаткового протоколу та Четвертого додаткового протоколу до Європейської конвенції про видачу правопорушників від 07.06.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2090-19#n2>. 6. Четвертий додатковий Протокол до Європейської Конвенції про видачу правопорушників від 20.09.2012 р. *Офіційний вісник України*. 2019. № 23. 7. Про ратифікацію Третього додаткового протоколу та Четвертого додаткового протоколу до Європейської конвенції про видачу правопорушників від 07.06.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2090-19#n2>. 8. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України у зв'язку з ратифікацією Третього додаткового протоколу та Четвертого додаткового протоколу до Європейської конвенції про видачу правопорушників: Закон України від 02.10.2018 р. *Голос України*. 2018. № 2086.

Akhtyrskа Nataliia. Novels of the current legislation on extradition: an improved mechanism and its procedural support

The provisions of international legal acts are reflected in the norms of the current Criminal Procedural Code of Ukraine, however, from the

point of view of enforcement, there are a number of gaps. First of all, this applies to the time when the investigating judge reviews the person's statement of consent or objection to the simplified procedure for the issuance and application of the special rule. The Law of Ukraine «On Amendments to the Criminal Procedural Code of Ukraine in connection with the ratification of the Third Additional Protocol and the Fourth Additional Protocol to the European Convention on the Extradition of Offenders» provides for the right of a person at any time before the decision to extradite him (extradition) to submit to the investigator a judge a written application for the grant of consent (extradition), which may indicate the refusal to apply a special rule on the limits of criminal liability. The consent of the person for its extradition (extradition), the refusal of the person to apply a special rule on the limits of criminal liability may be withdrawn by a person prior to their approval by the investigating judge (Part 2, Article 588). The head of an institution of pre-trial detention, upon receipt of a written application of a person for consent to its extradition (extradition), immediately sends the said application to a court within whose territorial jurisdiction the person is in custody, and informs the head of the relevant regional prosecutor's office. Such an application is subject to urgent consideration by the investigating judge (Part 14 of Article 584 of the CPC of Ukraine). The duty of urgent consideration of such a claim rests with the judge and Part 4 of Art. 585 of the CPC of Ukraine regarding the person against whom a preventive measure was applied is not connected with detention.

The urgency is complicated by the fact that such a statement is subject to consideration by the investigating judge in the manner prescribed by parts seven and eighth of this article, with the participation of the prosecutor, the person who filed the application, her counsel and, if necessary, an interpreter (paragraph 14 of article 584). Obviously, in order to minimize the risks of violating the procedural rights of a person, it is advisable to clarify the terms for considering such a statement – «immediately in time not more than 60 hours». The specified clarification also correlates with the terms of bringing the detainee to the investigating judge to resolve the issue of temporary arrest.

Immediate provision of an interpreter is also impossible, as there is no institute of forensic translators in Ukraine.

The analysis of the current legislation gives grounds for the conclusion that in some cases the norms of the CPC of Ukraine directly contradict

the ratified international documents. Thus, according to Clause 3 of Part 1 of Art. 589 of the CPC of Ukraine, in the issuance of a person to a foreign state, refuses in the event of expiration of the limitation period for bringing a person to criminal liability or execution of a sentence for which the extradition was requested (as revised), while the Fourth Additional Protocol clearly stipulates that Extradition is not permitted if the limitation period for prosecution or punishment of the person whose extradition is requested is in accordance with the law of the requesting Party. The extradition can not be refused on the grounds that the limitation period for prosecution or punishment of the person whose extradition is requested is in accordance with the law of the requested Party (Article 10 of the Convention / Article 1 of the Protocol). Consequently, the limitation periods for prosecution are calculated in accordance with the law of the requesting State, and not with the legislation of Ukraine. As international treaties ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine have a higher legal force, it requires urgent amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine in order to minimize the risks of Ukraine's violation of its obligations to extradite offenders.

Key words: extradition, period of limitations, streamlined proceedings, special rule, transit traffic, amicable settlement.

УДК 343.1

В. В. ПОПКО

СУБ'ЄКТНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Досліджуються найбільш значущі питання відповідальності за транснаціональні злочини по міжнародному кримінальному праву із розмежуванням аспектів відповідальності фізичних осіб, юридичних осіб, держав та виявлені особливості відповідальності даних суб'єктів. Доведено, що основним суб'єктом відповідальності у транснаці-

© ПОПКО Вадим Вікторович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри порівняльного і європейського права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ональному кримінальному праві є фізична особа, яка характеризується низкою правових, психологічних, соціальних, інтелектуальних та інших ознак. Проте природа транснаціональної злочинності обумовлює вчинення злочинних діянь колективними суб'єктами (транснаціональна організована група), що не заперечує індивідуальну відповідальність. Розглядаються проблеми, що є дискусійними, таких суб'єктів відносин, як держава та юридична особа, й відзначається, що вони несуть відповідальність особливого роду – міжнародно-правову, проте у деяких міжнародних актах, зокрема в Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р., передбачена кримінальна відповідальність юридичних осіб.

Ключові слова: транснаціональний злочин, кримінальна відповідальність, суб'єкти відповідальності, фізична особа, держава, юридична особа

Popko Vadym. Liability of actors in transnational criminal law

The article deals with the most significant issues of responsibility for transnational crimes under international criminal law, with a delimitation of the aspects of responsibility of individuals, legal entities, states and identified peculiarities of responsibility of these subjects. The author emphasizes that the main subject of responsibility in transnational criminal law is an individual characterized by a number of legal, psychological, social, intellectual and other features. However, the nature of transnational crime leads to the commission of criminal acts by collective entities (transnational organized group), which does not deny individual responsibility. Issues that are debatable are those of the subjects of relations as a state and a legal entity, and it is noted that they bear the responsibility of a special kind – international law, but some international acts, in particular, the UN Convention against Transnational Organized Crime of 2000, provide for the criminal liability of legal entities.

Key words: transnational crime, criminal responsibility, subjects of responsibility, individual, state, legal entity.

Поширення транснаціональної організованої злочинності як загальносоціального явища, що виражається в широкомасштабній злочинній діяльності осіб та організацій на території двох і більше держав із зосередженням під своїм

контролем значних фінансових ресурсів, використанням кримінальної конкуренції та проникненням у національну й міжнародну економіку та політику, привело до прийняття низки міжнародно-правових норм і формування підгалузі міжнародного кримінального права – транснаціонального права. Його становлять принципи й комплекс міжнародно-правових норм, які регулюють відносини у сфері співробітництва держав і міжнародних організацій із попередження транснаціональної злочинності й покарання винних осіб за вчинення транснаціональних злочинів. Серед них виділимо сукупність норм, що встановлюють взаємну правочинність та обов'язки держав і деяких міжнародних організацій у попередженні транснаціональних злочинів, забезпеченні дії принципу невідворотності покарання й надання правової допомоги, а також норми, які визначають статус і дії особи як суб'єкта транснаціонального злочину. Також виділимо окремий правовий інститут відповідальності за вчинення транснаціонального злочину, який передбачає визначення суб'єктів відповідальності, їх характеристику й особливості, та відзначимо проблемний характер цих правовідносин.

Безпрецедентне зростання масштабів і небезпеки транснаціональної злочинності зумовлює підвищення значення наукових досліджень у сфері відповідальності за здійснення транснаціональних злочинів. Загальнотеоретичну основу цієї сфери становлять праці вчених Р. Аго, Д. Анцилотті, М. Баймуратова, М. Бассіоуні, І. Блищенко, А. Боссарда, М. Буроменського, В. Буткевича, В. Василенка, Г. Верле, М. Гнатовського, А. Дмитрієва, Л. Заблоцької, Л. Іногамової-Хегай, А. Кассезе, О. Кибальника, М. Костенка, Д. Левіна, І. Лукашука, А. Наумова, В. Панова, В. Пелла, Ю. Трунцевського, Дж. Шварценбергера та ін. У працях П. Біленчука, Н. Дрьоміної, Н. Зелінської, М. Вербенського, О. Кибальника, Н. Кльован, О. Козаченка, Т. Сироїд та

інших вивчаються феномен транснаціональної злочинності, поняття транснаціонального злочину, його ознаки, структура організованої злочинності, окремі складові механізми функціонування злочинних угруповань, питання кримінального переслідування та видачі, узагальнюється міжнародний досвід співробітництва у боротьбі з цим видом злочинності тощо. Проте небагато праць присвячено питанням відповідальності в міжнародному кримінальному праві, і вони, як правило, стосуються відповідальності держав та міжнародних організацій. Це, зокрема, праці В. Антипенка, Д. Левіна, І. Лукашука, О. Пасека, А. Петрович, М. Соренсена та ін. Більшість учених відзначають, що розробленість цієї проблеми є недостатньою, що зумовлено відсутністю фундаментальних праць у сфері транснаціонального кримінального права, а проблема міжнародної відповідальності є однією з найбільш складних та недостатньо вивчених.

Міжнародно-правова відповідальність за здійснення злочину вважається однією з найактуальніших проблем сучасного міжнародного права. На її значенні не раз наголошувала Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй. У низці ухвалених нею резолюцій рекомендувалося Комісії міжнародного права ООН продовжити в якості «першочергової» роботу над проектом статей про відповідальність. Ця діяльність Комісії проводиться в кількох напрямках: відповідальність держав за неправомірну поведінку (схвалено Резолюцією ГА ООН у 2001 р.), відповідальність за неправомірну поведінку міжнародних організацій та за транснаціональну шкоду¹.

Багаторічна робота Комісії над проектом статей мала величезне значення для формування права міжнародної відповідальності як галузі міжнародного права. Вона залучила до участі в розробці питання відповідальності відомства закордонних справ держав, міжнародні організації, а також численні наукові установи та вчених. Як зазначає О. Київець,

у своїй роботі по кодифікації відповідальності Комісія міжнародного права покладалася на принципи, які були запозичені з права європейських континентальних держав. Вона пише: «Аналізуючи підготовчі документи комісії, виступи доповідачів, стає очевидним, що Комісія використовувала аналогію права, але видозмінила окремі принципи через врахування норм загального міжнародного права та практики. При цьому основні правові положення інституту міжнародної відповідальності були доопрацьовані із врахуванням потреб міжнародної спільноти»².

В основу міжнародної відповідальності покладено основоположний принцип: будь-яке протиправне діяння суб'єкта міжнародного права тягне за собою відповідальність, тобто *принцип невідворотності відповідальності*. Відповідальність суб'єктів міжнародного права, за визначенням І. Лукашука, являє собою галузь міжнародного права, принципи і норми права якої визначають для суб'єктів міжнародного права юридичні наслідки міжнародно-протиправних діянь, а також завдання шкоди у результаті діяльності, не забороненої міжнародним правом³.

Серед численних принципів міжнародного права, які «несуть у собі вимогу комплексності, що передбачає їх одночасну, а не почергову, ізольовану реалізацію»⁴, ті що безпосередньо встановлюють основи застосування кримінально-правових норм, зокрема традиційний принцип класичної школи кримінального права «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» вважається базовим. Принцип «немає злочину без вказівки на те в законі» у джерелах міжнародного кримінального права встановлюється як прямо (наприклад, Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців від 4 грудня 1989 р.⁵), так і опосередковано (наприклад, Декларація про недопущення інтервенції та втручання у внутрішні справи держав, ухвалена Резолюцією 36/103

Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1981 р.⁶), коли у тексті документа використовується посилання на те, що діяння, які порушують ці положення, створюють загрозу загальному міжнародному миру і безпеці. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо тільки відповідне діяння в момент здійснення злочину не було законом визнане злочинним. Цей принцип закріплений у законодавстві багатьох країн (Нідерланди, Іспанія, Австрія, Данія, Франція), а в деяких на конституційному рівні (Болгарія, Італія, ФРН, Швеція). Принцип винуватості («немає покарання без вини») закріплений також у кримінальному законодавстві багатьох країн (Австрія, Болгарія, Італія, Швейцарія). До принципів, що безпосередньо встановлюють основи застосування кримінально-правових норм, можна віднести також принцип індивідуальної відповідальності, принцип недопустимості посилання на посадове становище особи, «не двічі за одне й те саме», відсутність зворотної сили тощо. Винятком із цього принципу став суд над воєнними злочинцями після Другої світової війни (насамперед Нюрнберзький процес), коли особи були визнані винними у здійсненні воєнних злочинів, що не визнавалися такими на момент їх здійснення. Це було обумовлено особливою підвищеною суспільною небезпекою вказаних діянь для усієї світової спільноти, безпеки і суверенітету держав. Забороняється застосування кримінального закону за аналогією, будь-які сумніви у застосуванні закону повинні бути витлумачені на користь обвинуваченої особи.

Правове регулювання індивідуальної кримінальної відповідальності бере початок з прийняття Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни 1907 р. та Версальського мирного договору 1919 р.⁷ Згідно із ст. 228 Версальського мирного договору держави-учасники отримали право притягнути до кримінальної відповідальності громадян, які порушили закони і звичаї війни. Проте спроба притягнути

індивідів до відповідальності не мала успіху. В Лейпцигу пройшли кілька судових процесів над німецькими злочинцями, у ході яких підсудні були або виправдані, або засуджені до незначних мір покарання⁸. Число німецьких громадян, обвинувачених по першому союзницькому списку, становило 896 осіб, число підсудних за списком, визнаним Німеччиною, – сорок п'ять осіб, перед Верховним трибуналом у Лейпцигу постало лише дванадцять осіб, з яких тільки шість осіб були засуджені. По суті, положення Версальського договору про відповідальність Німеччини за порушення законів і звичаїв війни, як того вимагала Гаазька Конвенція 1907 р., не були реалізовані. Спробою притягнути до відповідальності главу держави стало пред'явлення «публічного обвинувачення у вищій образі міжнародної моралі і священної сили договору» імператору Німеччини Вільгельму II Гогенцоллерну. Версальський договір передбачав створення спеціального Міжнародного трибуналу для здійснення правосуддя над Вільгельмом II. Проте відсутність політичної волі й відмова Нідерландів видати його союзникам унеможливили кримінальну відповідальність імператора.

У другій половині ХХ ст., після Другої світової війни та Нюрнберзького (1945) й Токійського (1946) процесів, сформувалися сучасна доктрина міжнародного кримінального права й принцип індивідуальної відповідальності осіб за вчинення міжнародного злочину. До Нюрнберзького процесу вважалося, що міжнародне право покладає обов'язки на держави, а не на окремих осіб, і покаранню за порушення норм міжнародного права підлягали держави. Захисники підсудних у Нюрнберзькому трибуналі цим і намагались обґрунтувати неможливість притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності німецьких воєнних злочинців; їхні доводи зводилися до того, що тільки держави є суб'єктами міжнародних правовідносин. Однак Трибунал не взяв до уваги дану правову позицію й відзначив, що «зло-

чини проти міжнародного права здійснюються людьми, а не абстрактними категоріями, і тільки шляхом покарання окремих осіб, що здійснюють такі злочини, можуть бути дотримані норми міжнародного права»⁹.

У Статуті Міжнародного воєнного трибуналу для суду і покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі (1945) були сформульовані невідомі до того часу міжнародному праву злочини, які згодом увійшли в міжнародне право й національне законодавство, а також до кримінальної відповідальності були притягнені офіційні особи, причетні до планування, підготовки і розв'язання агресивної війни. Принцип індивідуальної відповідальності був закріплений у багатьох міжнародних актах, зокрема в Римському статуті Міжнародного кримінального суду (ст. 25)¹⁰. Як зазначає Т. Сироїд, «принцип індивідуальної кримінальної відповідальності означає, що особа несе відповідальність за скоєне діяння у випадку, коли вона є виконавцем або іншим співучасником злочину, а також у разі вчинення замаху»¹¹.

З поширенням транснаціональної злочинності постало питання про кримінальну відповідальність за транснаціональні злочини (фальшування грошей, наркоторгівля, корупція, морське піратство, захоплення заручників, порушення правил мореплавства, екоцид, торгівля людьми, сексуальне рабство, посягання на культурні цінності, кіберзлочини тощо), що являють собою діяння осіб чи груп осіб, які посягають не тільки на національний, а й міжнародний правопорядок та створюють небезпеку для двох і більше держав. Природа цієї категорії злочинів є такою, що вони починаються, продовжуються й завершуються на території різних держав чи поза межами їх юрисдикції, наприклад, у відкритому водному чи повітряному просторі, де діють норми міжнародного права. Даний вид злочинів набуває міжнародного характеру в тому випадку, коли в них присутній іноземний елемент, що має наслідком переслідування й

кримінальну відповідальність у взаємодії зацікавлених держав. Злочинна діяльність осіб чи їх груп є такою, що боротьба з ними зусиллями однієї держави малоефективна, й притягнення до відповідальності таких осіб вимагає співробітництва кількох держав. При цьому правозастосування здійснюється або на національному рівні, або з використанням національних сил відповідно до міжнародних домовленостей і зобов'язань держав, що впливають із них.

Серед ознак транснаціонального злочину питання відповідальності та караності є найбільш проблемними. Як зазначають Н. Зелінська та Н. Дрьоміна-Волок, «норми міжнародного права, що регламентують індивідуальну кримінальну відповідальність, являють собою систему, яка все ще перебуває в стані розвитку і реформування»¹². Такі норми мають основний і найбільш суттєвий недолік – у той час, як національне кримінальне право базується на загальноприйнятому принципі формальної визначеності, міжнародне кримінальне право містить численні норми, які не деталізують основні елементи злочинів¹³. У більшості випадків вчинення транснаціонального злочину тягне кримінальну відповідальність у тому випадку, якщо кримінально-правова заборона міститься в національному законодавстві й такий злочин полягає в порушенні національного кримінального права. Боротьба із цими правопорушеннями може перебувати під міжнародним контролем, але відповідальність за них встановлюється безпосередньо національним, а не міжнародним правом.

З середини 1990-х років було розроблено й ухвалено чимало регіональних і універсальних міжнародних антикримінальних договорів у рамках таких організацій, як ООН, Рада Європи, Євросоюз, Африканський Союз, Організація американських держав, ОЕСР, у яких містяться положення, що стосуються кримінальної відповідальності за транснаціональні злочини. Вони вимагають систематиза-

ції, оскільки відрізняються сферою застосування, правовим статусом, членським складом, механізмами реалізації та здійснення моніторингу. Однак всі вони мають одну мету: встановити загальні стандарти боротьби з транснаціональними злочинами на національному рівні шляхом запровадження кримінальної відповідальності за транснаціональні злочини, забезпечення дотримання антикримінальних конвенцій, а також вжиття заходів щодо попередження таких злочинів.

Серед цих документів виділимо Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалену Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р.¹⁴ Ця Конвенція містить положення, що стосуються кримінальної відповідальності за транснаціональні злочини, сформульовано низку міжнародних правових інструментів, які мають за мету встановити загальні стандарти боротьби з транснаціональними злочинами на національному рівні шляхом запровадження кримінальної відповідальності за транснаціональні злочини, а також вжити заходів щодо попередження таких злочинів. Ця Конвенція визначає зобов'язання держав щодо криміналізації транснаціональних злочинних діянь, кримінального караного переслідування, профілактики та міжнародного співробітництва і взаємної правової допомоги у цій сфері. Згідно з Конвенцією (ст. 5) кримінальна відповідальність застосовується до будь-якої особи, яка бере активну участь у злочинній діяльності організованої злочинної групи. Умовою такої відповідальності є вчинення «серйозного злочину» (ст. 2 п. b) відповідно до об'єктивних фактичних обставин справи, а також здійснення кримінально караного діяння відповідно до внутрішнього законодавства держави, в якій таке діяння вчинене. Згідно з Конвенцією задля притягнення до відповідальності за транснаціональний злочин вимагається криміналізація

злочинних діянь, що визнаються такими за нормами міжнародного кримінального права, у національному законодавстві.

Транснаціональне кримінальне право визнає основним суб'єктом кримінально-правової відповідальності фізичну особу, яка характеризується низкою ознак – правових, соціальних, психологічних, психофізичних, інтелектуальних. При цьому чітких вікових меж для притягнення до кримінальної відповідальності за транснаціональні злочини не встановлено. Такі норми містяться у внутрішньодержавному праві. На Шостому Міжнародному конгресі кримінального права, що відбувся у Римі в 1953 р., була висловлена рекомендація державам заборонити притягнення до кримінальної відповідальності осіб молодше 16 років. У зарубіжному законодавстві нижня вікова межа коливається (від 7 років у Ірландії, 8 років у Шотландії, до 15 років у Норвегії, Фінляндії та 16 років у деяких штатах США), що значно ускладнює застосування норм права у випадку вчинення транснаціонального злочину.

З огляду на те, що транснаціональні злочини характеризуються множинністю суб'єктів (вчинення злочину кількома особами чи організованою групою), колективний характер таких діянь не звільняє від необхідності вирішення питання про індивідуальну кримінальну відповідальність¹⁵.

Будь-яка фізична особа, яка здійснила транснаціональний злочин, повинна понести покарання, і воно має кримінальний характер. Питання про винуватість мають вирішувати внутрішньодержавні суди. Можна говорити про те, що норми транснаціонального права встановлюють злочинність тих чи інших дій, а часто і склад злочину, але вказівка про вид і міру покарання міститься у національному кримінальному праві. Таке становище має важливі юридичні наслідки. Одне з них – допустимість того, що конкретна міра покарання може бути визначена або національними

судами, або міжнародним трибуналом. Можна навіть стверджувати, що *принцип «без закону немає покарання»* діє і в міжнародному праві з тим лише застереженням, що конкретні види і міра покарання можуть встановлюватися національним законом, у тому числі після вчинення злочину. Якщо у внутрішньому праві не тільки злочинність, а й караність будь-якого діяння встановлюються законодавцем (як правило, у рамках однієї і тієї ж норми), то особливість міжнародного кримінального права полягає у тому, що правові акти встановлюють злочинність тих чи інших діянь, залишаючи відкритим питання про конкретну санкцію за їх здійснення. Зазначимо, що норми транснаціонального права щодо караності також містять диспозицію, проте не визначають конкретних санкцій за вчинений злочин. Конкретні покарання встановлюються відповідно до особливостей правової системи певної держави. Тут нібито прирівнюються дві юридичні категорії, різні в межах однієї й тієї самої системи права і співпадають у різних системах, – кримінальне покарання у внутрішньому праві й визнання діяння злочинним у міжнародному. Можна говорити про те, що встановлення злочинності певних актів включає в себе, хоча в родовому вигляді, можливість покарання за них. Ще важливіше те, що, з точки зору Комісії міжнародного права ООН, ці дві категорії юридично рівнозначні й являють собою підставу відповідальності за злочинні дії.

Фізична особа несе відповідальність перед внутрішньодержавними судовими органами, і до неї застосовуються норми міжнародного та національного права відповідно до міжнародних зобов'язань держави у випадку вчинення транснаціонального злочину. Тому стосовно конвенційних кримінально-правових норм про відповідальність за транснаціональні злочини реалізація принципу пріоритету норм міжнародного права над нормами національного права значно ускладнюється, а іноді взагалі стає неможливою.

У кримінальному законодавстві багатьох країн, як правило, європейських, передбачена кримінальна відповідальність за створення, керівництво злочинною організацією та участь у ній. Зокрема, в Італії згідно зі ст. 416 Кримінального кодексу карається об'єднання трьох або більше осіб, створене з метою вчинення злочинів, у тому числі не тільки осіб, які створюють або організують таке об'єднання, а й тих, які сприяють цьому. За Кримінальним кодексом Швейцарської конфедерації (ст. 260) до кримінальної відповідальності притягається особа, яка бере участь у діяльності злочинної організації, а також та особа, яка підтримує таку організацію в її злочинній діяльності.

При притягненні до відповідальності осіб може виникнути питання *про імунітети і привілеї*, якими посадові особи наділені згідно з міжнародним і національним правом. Вищі посадові особи держави (глава держави, глава уряду, міністр закордонних справ) користуються абсолютним імунітетом від кримінальної юрисдикції іншої держави відносно будь-яких дій, що передбачено низкою міжнародно-правових актів (Конвенції «Про спеціальні місії» 1969 р., «Про запобігання і покарання злочинів проти осіб, що користуються міжнародним захистом, у тому числі й дипломатичних агентів» 1973 р., «Про представництво держав в їх відносинах з міжнародними організаціями універсального характеру» 1975 р. тощо).

Цей принцип узгоджується з принципом недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при вчиненні транснаціонального злочину, який визнається одним із найважливіших у транснаціональному праві¹⁶. У Статуті Міжнародного кримінального суду (ст. 27) закріплено, що посадове становище (глави держави, чи уряду, чи парламенту не звільняє особу від кримінальної відповідальності й не є підставою для пом'якшення вироку¹⁷. Недопустимість посилання обвинуваченої особи на своє

посадове становище як на підставу звільнення від відповідальності є важливою частиною міжнародного права.

Поряд із формуванням та розвитком принципу індивідуальної відповідальності фізичних осіб у міжнародному праві розвивалася концепція міжнародних злочинів держав і ставилося питання про *відповідальність держав*, яку визнають більшість як зарубіжних, так і вітчизняних авторів. Проте спірним є питання про характер цієї відповідальності. Поняття міжнародного злочину і відповідальності держав протягом багатьох років вивчалася вченими (В. Антипенко, Н. Дрьоміна, Н. Зелінська, В. Пелла, Сальдана, Г. Донець де Вабр) та досліджувалося Комісією міжнародного права у зв'язку з розробкою Проекту статей про міжнародну відповідальність держав.

Як зазначає Н. Дрьоміна¹⁸, щодо цієї концепції в міжнародно-правовій доктрині можуть бути виділені три позиції: а) заперечення концепції кримінальної відповідальності держав і відповідно існування поняття міжнародного злочину держав (Д. Анцилотті, Г. Тункін, А. Трайнін); б) визнання концепції кримінальної відповідальності держав і відповідно міжнародного злочину держав (В. Антипенко, А. Бустаманте, Г. Донець де Вабр, Д. Левін, В. Пелла); в) заперечення концепції кримінальної відповідальності держав, проте визнання поняття міжнародного злочину держав (О. Кибальник).

Перші дві теорії мають більш-менш переконливе правове обґрунтування. Третя позиція, на перший погляд, парадоксальна, проте саме вона переважає в наш час.

Н. Зелінська пише, що «державою може бути суб'єктом «злочинної», з погляду етики політики, що виражається в конкретних політичних злочинах індивідів (та їхніх організацій), але вона не може бути суб'єктом злочину. Криміналізувати акти держави не здатне ні міжнародне, ні тим більше, національне право. «Криміналізована» політика —

це криміналізована (така, що визнається злочинною і піддається кримінальній репресії) поведінка фізичних осіб, але не держав. Поняття «злочинна політика» не слід розуміти суто юридично. «Злочинний політик» і «політичний злочинець» – це зовсім не одне й те саме. Обвинувачення в злочинній політиці – ідеологічне та політичне кліше, у той час як офіційне обвинувачення в політичному злочині – елемент кримінального переслідування»¹⁹.

Як зазначав В. Антипенко, «поведінка держави базується на надзвичайно специфічній конструкції, рушійною силою якої є влада»²⁰. Очевидно, що держава не є безвідповідальною. У проєкті Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, підготовленому Комісією міжнародного права ООН, є ст. 4 «Відповідальність держав», згідно з якою «відповідальність окремих осіб за злочини проти миру і безпеки людства, передбачена цим Кодексом, жодним чином не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом». Держава несе також політичну, матеріальну чи моральну відповідальність за здійснені протиправні діяння, але суб'єктами кримінальної відповідальності можуть бути лише індивіди.

Щодо визнання держави суб'єктом транснаціонального злочину й відповідальності за таке злочинне діяння, то питання має розглядатися в контексті концепції транснаціонального злочину, його кваліфікуючих ознак та складу. Суб'єктивна сторона транснаціонального злочину передбачає наявність вини (у формі умислу чи необережності), осудності, стадій здійснення злочину та інших елементів, що зовсім не може бути застосоване до такого суб'єкта міжнародного права, як держава. До того ж кримінальне переслідування й притягнення до кримінальної відповідальності здійснюється лише спеціальними правоохоронними органами та національними органами кримінального правосуддя чи міжнародними органами юстиції.

Держава не може бути суб'єктом транснаціонального злочину. Найбільш тяжкі правопорушення держав розглядаються як серйозні порушення зобов'язань, що випливають з імперативних норм загального міжнародного права. Норми, які регламентують відповідальність держав, не належать до сфери транснаціонального кримінального права. Відповідальність держави не має кримінального характеру; санкції, які виходять за рамки цивільно-правової відповідальності, ще не є, саме з огляду на це, кримінально-правовими. Так, санкції мають характер покарання, проте цього недостатньо для визнання їх кримінально-правовими. Транснаціональні злочини є злочинами особливого роду, це небезпечні порушення основоположних принципів і норм транснаціонального права, тому доцільно говорити про особливу міжнародно-правову відповідальність держав як суб'єктів міжнародного права. Зокрема, Конвенція ООН з морського права від 10 грудня 1982 р. (ст. 31) передбачає, що «державна прапору несе міжнародну відповідальність за будь-яку шкоду чи збитки, завдані прибережній державі в результаті недотримання будь-яким військовим кораблем чи іншим державним судном, що експлуатується у некомерційних цілях, законів і правил прибережної держави, що стосуються проходження через територіальне море, чи положень цієї Конвенції, чи інших норм міжнародного права»²¹. Отже, держава може нести відповідальність за правопорушення («серйозні порушення зобов'язань, що випливають із імперативних норм загального міжнародного права»²²), проте не кримінальну, а міжнародно-правову.

Концепція *кримінальної відповідальності юридичних осіб* у міжнародному праві відбувається на основі аналізу практики національного законодавства. Інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб давно відомий національному законодавству зарубіжних країн. У Середньовіччі за нормами звичаєвого чи канонічного права до від-

повідальності могли притягнути корпорації, об'єднання, міста, общини. В Англії в середині XIX ст. розглядалася справа «Королева проти компанії «Велика залізниця Південної Англії», а з 1944 р. в Англії стало можливим притягнення корпорацій до відповідальності як співучасника та як виконавця²³. У Франції переслідування установ преси пов'язано з Другою світовою війною, коли 5 травня 1945 р. був ухвалений Ордонанс про кримінальне переслідування установ преси, який передбачав покарання за співпрацю з німецькими окупантами. Згідно з цим Ордонансом підставою кримінальної відповідальності юридичної особи визнавалося діяння, вчинене від імені та на користь юридичної особи її керівниками чи органами, та були передбачені такі покарання: припинення діяльності юридичної особи із заборону її відновлення, конфіскація майна (повна чи часткова).

У наш час інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб існує в законодавстві низки країн, зокрема Норвегії (з 1991 р.), Франції (з 1992 р.), США, Фінляндії (з 1995 р.), Канади, КНР (з 1997 р.), Данії, Ізраїлю (з 1998 р.), Австралії, Великобританії (з 2001 р.), Польщі (з 2002 р.), Швейцарії (з 2003 р.) та ін. За аналогією з національним кримінальним законодавством цих держав можна визначити такі види покарання, як штраф, ліквідація, обмеження діяльності, конфіскація тощо. У Кримінальному кодексі Австрії є положення щодо «квазікримінальної» відповідальності юридичних осіб: якщо юридична особа збагатилася за рахунок вчинення злочину фізичною особою чи за рахунок майна, отриманого від злочину, то щодо неї виноситься вирок про виплату відповідної грошової суми. Суспільна небезпечність злочинної діяльності юридичних осіб зумовлена їхнім особливим статусом, масштабністю, глобальністю й деструктивним впливом на суспільні відносини.

Практика визнання юридичних осіб суб'єктами кримінальної відповідальності в міжнародному праві почалася після Другої світової війни, коли в рішеннях Нюрнберзького міжнародного воєнного трибуналу злочинними були названі організації гітлерівської Німеччини (гестапо, СС).

У Керівних принципах у сфері попередження злочинності й кримінального правосуддя, ухвалених на VII Конгресі ООН із запобігання злочинності й поводження з правопорушниками (1985 р., Мілан, Італія), є таке положення: «Держави-члени повинні розглядати питання про передбачуваність кримінальної відповідальності не тільки для осіб, що діяли від імені якоїсь установи, корпорації чи підприємства..., а й для самої установи, корпорації чи підприємства шляхом визначення відповідних заходів попередження їх можливих злочинних дій і покарання за них»²⁴.

Відповідальність юридичної особи передбачена й міжнародною Конвенцією про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р.²⁵ Так, у ст. 5 Конвенції зазначено: «Кожна держава-учасник відповідно до принципів свого внутрішнього права вживає необхідних заходів для притягнення юридичної особи, що перебуває на її території чи заснована за її законами, до відповідальності у випадку здійснення фізичною особою, відповідальною за управління цією юридичною особою чи контроль за нею, яка виступає у своїй офіційній якості, злочину, зазначеного в статті».

У наш час відповідальність юридичних осіб у міжнародному праві передбачена низкою конвенцій щодо окремих видів злочинів, найчастіше пов'язаних з екологічною безпекою планети, корупцією, інформаційними технологіями, господарською й економічною діяльністю підприємств та організацій. Проте норми, що містять посилання на можливість несення відповідальності юридичними особами в міжнародному праві, вельми розпорошені й охоплюють різні склади злочинів. Так, ст. 9 («Корпоративна відповідаль-

ність») Конвенції про захист довкілля засобами кримінального законодавства, ухваленої Радою Європи 4 листопада 1998 р.²⁶, передбачає: «1. Кожна зі сторін вживає відповідних необхідних заходів зі створення умов для застосування кримінальних чи адміністративних санкцій чи заходів впливу до юридичних осіб, від імені яких злочин, згаданий у статтях 2 чи 3, був здійснений їх органами, чи членами, чи іншим представником. 2. Корпоративна відповідальність відповідно до параграфу 1 цієї статті не виключає кримінального переслідування фізичної особи».

Конвенція про кіберзлочинність, ухвалена Радою Європи 23 листопада 2001 р.²⁷, яка виділяє певні групи суспільно небезпечних діянь, що вчиняються за допомогою комп'ютерних технологій та Інтернету (правопорушення, які стосуються авторських та суміжних прав; правопорушення, об'єктом яких є комп'ютери; правопорушення, вчинені проти цілісності комп'ютерних даних та систем), передбачає можливість юридичної особи нести відповідальність за кримінальне правопорушення, яке було вчинене на її користь будь-якою фізичною особою як індивідуально, так і як частини органу такої юридичної особи.

У ст. 26 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р. закріплені такі положення: «Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які, з урахуванням її принципів права, можуть бути необхідними для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, що визначені цією Конвенцією...» (ч. 1); «відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною» (ч. 2)²⁸.

У Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000 р.) закріплено відповідальність юридичних осіб. Відповідно до ст. 10 «кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які з урахуванням її правових принципів можуть знадобитися для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у серйозних злочинах, до яких

причетна організована злочинна група, і за злочини, визнані такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції»²⁹.

Отже, норми міжнародного кримінального права визнають вчинення злочину юридичною особою, проте така відповідальність можлива лише в рамках національного права. Кожна держава-учасниця, зокрема, забезпечує застосування щодо юридичних осіб, що притягаються до відповідальності, ефективних санкцій, однак відсутність достатньої юридичної практики ускладнює повноцінне визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності.

Відповідальність юридичної особи можлива при здійсненні транснаціонального злочину, яка згідно із загальною правовою практикою може наставати за наявності винної поведінки керівника (представника) юридичної особи, тобто діє *принцип персоніфікації відповідальності*. Він полягає в тому, що коли суб'єктом правопорушення виступає колективне утворення, відповідальність поряд із ним персонально повинна нести і винна особа, що представляє організацію. Цей принцип пов'язаний із поняттям вини колективного суб'єкта, оскільки його дії — це дії уповноважених осіб. Слід зазначити, що відповідальність юридичної особи може наставати й у випадку, коли винна фізична особа не встановлена.

Визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності в транснаціональному кримінальному праві має узгоджуватися з принципом індивідуальної кримінальної відповідальності фізичних осіб. Л. Іногамова-Хегай допускає можливість і доцільність встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб за здійснення транснаціональних злочинів і зазначає, що відповідальність юридичної особи не виключає кримінальної відповідальності фізичної особи³⁰.

Існують і заперечення щодо визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності в транснаціональ-

ному кримінальному праві. Зокрема, М. Вербенський³¹ зазначає, що «сумнівним є однозначне виділення як суб'єктів транснаціональної організованої злочинності певних організацій, тобто юридичних осіб». Він аргументує свою думку тим, що в цьому випадку «автоматично до учасників транснаціональної організованої злочинної діяльності належать усі легально діючі організації, фірми, фонди й підприємства, які можуть не мати жодного стосунку не тільки до організованої злочинної, а й просто до транснаціональної ділової активності. Більше того, існує й ціла низка ознак, що відмежовують транснаціональні корпорації від транснаціональних злочинних організацій». Використання будь-яких легальних комерційних структур злочинними організаціями та співтовариствами у власних інтересах М. Вербенський вважає «методом здійснення злочинної діяльності, а не видом суб'єктів транснаціональної організованої злочинності», не заперечуючи факту створення та/або використання легальних підприємств для прикриття організованої злочинної діяльності.

Видається, що проблема відповідальності юридичних осіб вимагає спеціального дослідження, проте зазначимо, що відповідно до міжнародних актів та національного законодавства окремих держав питання про кримінальну відповідальність юридичних осіб цілком правомірне. Однак якщо виходити з особливостей такого суб'єкта правовідносин, як юридична особа (організаційна структура, наявність колективного майна тощо), то очевидно, що це відповідальність особливого характеру. Правовідносини та відповідальність «інших осіб» (юридичних осіб, державних органів і держави в цілому) мають принципово інший характер. Інша справа, що керівники держави, юридичних осіб можуть і повинні нести відповідальність за вчинені ними злочини.

Правове регулювання відповідальності за злочини у транснаціональному кримінальному праві здійснюється

згідно з міжнародними конвенціями щодо боротьби з конкретними видами злочинів (Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 р., Конвенція РЄ з кіберзлочинності від 23 грудня 2001 р. тощо) та норм внутрішньодержавного кримінального права, ухвалених відповідно до норм міжнародного кримінального права. Здійснення транснаціональних злочинів тягне кримінальну відповідальність лише в тому випадку, якщо кримінально-правова заборона міститься в національному законодавстві.

Транснаціональні злочини – це злочини загальнокримінального характеру, щодо яких укладені міжнародні угоди і держави взяли зобов'язання співробітництва у боротьбі з ними (боротьба з корупцією, наркоманією, проституцією, работоргівлею, фальшуванням грошей, піратством, крадіжками, кіберзлочинами тощо). З урахуванням видової класифікації злочинів у міжнародному кримінальному праві відрізняються й суб'єкти відповідальності. Згідно з принципом індивідуальної відповідальності, основним суб'єктом є фізичні особи, з дій яких і складається транснаціональне злочинне діяння. Вчинення транснаціонального злочину організованою групою вимагає встановлення ролі кожної особи в злочинному діянні. Норми міжнародного кримінального права, на відміну від норм внутрішньодержавного законодавства, не містять конкретних характеристик особи (наприклад, обмеження віку) й не зазначають конкретних санкцій за вчинений злочин. Конкретні покарання встановлюються відповідно до особливостей правової системи певної держави.

Визнання суб'єктами відповідальності в транснаціональному кримінальному праві держав та юридичних осіб є дискусійним питанням і повинно розглядатися в контексті концепції транснаціонального злочину, його кваліфікуючих

ознак та складу. Суб'єктивна сторона транснаціонального злочину передбачає наявність вини (у формі умислу чи необережності), осудності, стадій здійснення злочину та інших елементів, що зовсім не може бути застосоване до такого суб'єкта міжнародного права, як держава. Держава не може бути суб'єктом транснаціонального злочину. Найбільш тяжкі правопорушення держав розглядаються як серйозні порушення зобов'язань, що випливають з імперативних норм загального міжнародного права. Норми, які регламентують відповідальність держав, не належать до сфери транснаціонального кримінального права, тому доцільно говорити про особливу міжнародно-правову відповідальність держав як суб'єктів міжнародного права. Інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб поширений у внутрішньому законодавстві окремих держав і дістав підтвердження у міжнародно-правових актах, зокрема Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000), що вказує на правомірність постановки такого питання, незважаючи на незначну юридичну практику.

1. Воробьева Е. К вопросу о кодификации права международной ответственности. *Журнал международного права и международных отношений*. 2006. № 3. URL: http://evolution.info/index.php?Option=com_content. 2. Київець О.В. Джерела міжнародного права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11 / Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2012. 460 с. 3. Лукашук И.И. *Международное право: Особенная часть: учебник для студентов*. Изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2007. 544 с. 4. Сироїд Т.Л. *Міжнародне право: навч. посіб.* / М-во внутр. справ України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків: ХНУВС, 2009. 336 с. 5. *Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців від 4 грудня 1989 р.* URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_103. 6. Декларація про недопущення інтервенції та втручання у внутрішні справи

держав, ухвалена Резолюцією 36/103 Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1981 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_a33. **7.** Трайнин А.Н. Версальский мир и ответственность за преступления войны 1914-1918 гг. Избранные труды. Санкт-Петербург, 2004. **8.** Willis J.F. Prologue to Nuremberg. The politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War. Westport/London, 1982. P. 126-147. **9.** Нюрнбергский процесс: сборник материалов / под ред. К.П. Горшенина, Р.А. Руденко, И.Т. Никитченко. Москва: Изд-во «Юридическая литература», 1954. Т. II. 1150 с. **10.** Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588. **11.** Сироїд Т.Л. Цит. праця. **12.** Зелинская Н.А., Дремина-Волок Н.В. Концепция преступлений по общему международному праву в контексте проблемы ретроактивного применения норм международного уголовного права. Альманах международного права. Вып. 2. С. 189-210. **13.** Cassesse A. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. *European Journal of International Law*. 1999. Vol. 10. P. 148-149. **14.** Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789. **15.** Burghardt B. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit in volkerrechtlichen Straftatsystem 2008. С. 386. **16.** Попко В.В. Правовий імунітет та принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище при здійсненні транснаціонального злочину. *Часопис Київського університету права: Український науково-теоретичний часопис*. 2018. №3. С. 300-306. **17.** Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588. **18.** Дремина Н.А. Концепция «международного преступления государства»: политические и международно-правовые аспекты. *Актуальні проблеми політики*. 2000. Вип. 10–11. С. 178 –184. **19.** Зелинская Н.А. Политические преступления в системе международной преступности. Одесса: Фенікс, 2003. 400 с. **20.** Антипенко В.Ф. Теория уголовной ответственности государства: монография. Одесса: Фенікс, 2016. 328 с. **21.** Конвенція Організації Об'єднаних Націй з

морського права від 10 грудня 1982 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057. **22.** Проект статей «Про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння», Глава III частина II / Резолюція ГА ООН А/RES/56/83, 28 січня 2002 р. **23.** Пасєка О.Ф. Розвиток концепції кримінальної відповідальності юридичних осіб у зарубіжних країнах. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. С. 48-55. **24.** UN DocA/CONF.121/22/Rev.1. URL: <http://www.un.org/ru/documents>. **25.** Міжнародна Конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_518. **26.** Конвенція про захист довкілля засобами кримінального законодавства, ухвалена Радою Європи 4 листопада 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_560. **27.** Конвенція про кіберзлочинність, ухвалена Радою Європи 23 листопада 2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575. **28.** Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16. **29.** Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789. **30.** Иногамова-Хегай Л. Понятие преступления и субъекта преступления по международному уголовному праву. *Уголовное право*. 2004. № 1. С. 21-29. **31.** Вербенський М.Г. Суб'єкти транснаціональної організованої злочинності та їх характеристика. *Право і суспільство*. 2009. № 6. С. 77– 83.

Popko Vadym. Liability of actors in transnational criminal law

Unprecedented growth of transnational crime caused the increase in the significance of scientific research in this area.

Transnational organized crime as a general social phenomena is characterized as the crime on the global scale, performed by persons or organizations on the territory of two or more states and involves the control over financial resources, use of criminal competition and interfering with national and international economy and politics. The spread of transnational crime led to the adoption of the range of international legal instruments and formation of the system of transnational criminal law.

The norms establish mutual obligations of states to take actions to prevent transnational crime, ensure the effective enforcement mechanisms, provide legal assistance etc. The author of the article pays his attention to the separate legal institute of responsibility for transnational crimes, which defines the subjects of such responsibility, characterizes them and their peculiarities and analyzes the problematic issues in the said area.

The article deals with the most significant issues of liability for transnational crimes under international criminal law, with a delimitation of the aspects of responsibility of individuals, legal entities, states and identified peculiarities of responsibility of these subjects. The author emphasizes that the main subject of responsibility in transnational criminal law is an individual characterized by a number of legal, psychological, social, intellectual and other features. However, the nature of transnational crime leads to the commission of criminal acts by collective entities (transnational organized group), which does not deny individual responsibility. Issues that are debatable are those of the subjects of relations as a state and a legal entity, and it is noted that they bear the responsibility of a special kind – international law, but some international acts, in particular, the UN Convention against Transnational Organized Crime of 2000, provide for the criminal liability of legal entities.

Key words: transnational crime, criminal responsibility, subjects of responsibility, individual, state, legal entity.

ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНУ В СФЕРІ ОХОРОНИ ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ

Розглянуто питання щодо визначення предмета злочину в сфері охорони державної таємниці. Досліджено теоретичні й практичні аспекти кримінально-правової характеристики злочинів у сфері охорони державної таємниці.

Ключові слова: предмет злочину, охорона державної таємниці, інформація з обмеженим доступом.

Trembach Igor. Subject of crime in the protection of the state secret

The issue of determining the crime subject in the sphere of state secrets protection is considered. The theoretical and practical character of the criminal-legal characterization of crimes in the sphere of state secrets protection is researched.

Key words: crime subject, state secret, information with limited access, international experience.

В умовах сучасних глобального та регіонального інформаційного протиборства, деструктивних комунікативних впливів, зіткнення різновекторних національних інформаційних інтересів, поширення інформаційної експансії та агресії захист національного інформаційного простору та гарантування інформаційної безпеки стають пріоритетними стратегічними завданнями сучасних демократичних держав. Тому питання щодо визначення предмета злочинів у сфері охорони державної таємниці є особливо актуальним, зокрема з позиції висвітлення сучасної судової практики, яка дозволить якомога достовірно встановити реальний стан забезпечення інформаційної безпеки в Україні за рахунок при-

тягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у розголошенні державної таємниці.

У сучасній юридичній науці наразі відсутні комплексні дослідження, присвячені вказаній проблематиці. Окремі аспекти міжнародного співробітництва держав у сфері регулювання державної таємниці були досліджені такими науковцями, як А. Молдован, В.І. Павлов, А. В. Підгоринська, В.І. Полюхович, О.К. Прімерова та ін.

В останні роки таємниця як правове явище дедалі частіше стає об'єктом наукових досліджень. Вважається, що таємниця – це один із найголовніших інститутів, який визначає співвідношення інтересів особи, суспільства і держави, приватного та публічного права, правові підстави впливу державних органів на суспільство, ступінь інформаційної захищеності в Україні¹.

Формування системи інформаційного законодавства неможливе без гармонізації його на міждержавному рівні з урахуванням засад міжнародного права. Відтак лише за допомогою досвіду провідних країн світу в сфері розвитку інформаційного права, нормативно-правова база яких значно більша за відповідну правову базу нашої держави, можна проаналізувати дане актуальне питання.

Відомо, що добре обґрунтований з наукової та практичної точок зору приклад охорони державної таємниці має надавати країна-лідер світового співтовариства – США. За таких умов не дивно, що поняття офіційної інформації (державної таємниці) у США розроблене та юридично закріплене в низці нормативних актів різної юридичної сили (законах, інструкціях, президентських наказах). Так, згідно з виконавчим наказом Президента США Р. Рейгана № 2356 «Інформація, що стосується національної безпеки» (квітень 1982 р.) офіційною є інформація, яка містить важливі відомості про національну безпеку, що стосуються військових планів, озброєння, ведення бойових дій, діяльності урядів

іноземних держав, зовнішньої політики США, міжнародних відносин, а також розвідувальної діяльності, джерел і методів одержання відомостей, охорони ядерних матеріалів і об'єктів криптографії тощо².

Заслуговує на увагу відповідний досвід правової охорони державної таємниці, накопичений у країнах Центральної та Східної Європи. Так, у Франції урядовим Декретом від 12 травня 1981 року № 81–514 «Про організацію захисту секретів та інформації щодо національної оборони та державної безпеки» був уведений термін «секретна інформація чи інформація, що захищається», який означає будь-які відомості незалежно від способу їх представлення: письмового, усного чи візуального, – і незалежно від їх носія: папір, магнітна чи відеострічка, мережа зв'язку, технічний процес чи устаткування, – які підлягають захисту певного рівня.

Відповідно до положень ст. 6 Закону Словенії «Про класифікацію інформації як конфіденційної, про захист конфіденційної інформації і персональних даних», державною таємницею є інформація, що належить Міністерству внутрішніх справ, яка була визначена як таємна, і розкриття якої може завдати серйозної шкоди безпеці держави та загрозувати її політичним та економічним інтересам³.

В інформаційному праві нашої держави поняття інформації з обмеженим доступом визначають як відомості конфіденційного і таємного характеру та службову інформацію, правовий статус яких передбачений законодавством України за умови, що вони визнані такими відповідно до встановлених юридичних процедур із зазначенням – право на обмеження доступу до такої інформації надано саме власнику даних відомостей⁴. Однак зазначене визначення, на нашу думку, містить досить суперечливі положення, зокрема, положення щодо інформації з обмеженим доступом, правовий статус яких не міститься в законодавстві, але є інформа-

цією з обмеженим доступом. На жаль, у даному випадку не зрозуміло, які юридичні процедури маютьесь на увазі та чи є інформація власністю суб'єкта, чи він лише дає згоду на поширення такої інформації?

З огляду на це маємо звернути увагу, що є поняття, яке було визначене у п. 3 ст. 1 Закону України «Про інформацію», інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді⁵. Більш широке визначення поняття інформації передбачає Закон України «Про захист економічної конкуренції». Зокрема, інформацією визначаються відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, малюнки, схеми, тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошенні чи документовані відомості⁶.

Вважаємо за доцільне звернути вагу на зміни, які відбулися за останні роки в інформаційному законодавстві. Зокрема, 13 січня 2011 року прийнятий Закон України «Про доступ до публічної інформації», яким регулюється порядок обігу та доступу до публічної інформації. Цим законом виключаються ст. 28–30 Закону України «Про інформацію», адже вони дублюються у новоприйнятому Законі. З прийняттям Закону України «Про доступ до публічної інформації» виключається поняття режиму доступу до інформації та її правового режиму (ст. 28 Закону України «Про інформацію»)⁷.

Визначаючи правовий режим інформації з обмеженим доступом, його слід відмежувати від режиму доступу. Так, відповідно до ч. 3 ст. 30 Закону України «Про інформацію» під правовим режимом розуміють статус інформації (конфіденційний або таємний). В свою чергу, режимом доступу до

інформації відповідно до ст. 28 цього Закону є передбачений правовими нормами порядок одержання, використання, поширення і зберігання інформації. В результаті можна здійснити суто наукову класифікацію інформації з обмеженим доступом, у межах якої виділяються такі особливості: 1) законодавче визначення інформації (її правовий режим); 2) інформація має певний режим доступу; 3) інформації притаманні ознаки предмета злочину.

Водночас вважаємо, що відсутність законодавчого закріплення поняття інформації з обмеженим доступом ще більше ускладнює ситуацію щодо її охорони. Адже після прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації» потрібно приймати Закон України «Про охорону інформації з обмеженим доступом», який визначатиме поняття інформації з обмеженим доступом та регулювати режим доступу до зазначеної інформації. З огляду на це, на нашу думку, прийняття такого закону потрібно розпочати з нормативного визначення інформації з обмеженим доступом. Воно впливає зі змісту Закону України «Про доступ до публічної інформації», що дає можливість наполягати на тому, що таємна інформація – це інформація, доступ до якої обмежується відповідно до частини другої ст. 6 цього Закону, розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству і державі. Таємною визнається інформація, яка містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу передбачену законом таємницю.

Критерієм розмежування злочинів, предметом яких виступає таємна інформація, є режим доступу, зміст та суб'єкт інформаційних відносин, якому фактично вона належить. Якщо інформацією із зазначеним доступом володіє держава і розголошення останньої може завдати шкоди інтересам лише даного суб'єкта, то її слід відносити до таємної. Таємна інформація є предметом злочинів, передбаче-

них, зокрема, ст. 111, 114, 328, 329, 361-2, 422 Кримінального кодексу України (далі – КК України)⁸.

В юридичній науці України і досі існують різні підходи до визначення поняття державної таємниці. На думку М. М. Іванова, державну таємницю становлять «передбачені в спеціальних переліках, особливо охоронювані в даний час і такі, що мають важливе значення для оборонних та інших державних інтересів, конкретні відомості різного характеру, перехід яких у розпорядження іноземної держави може завдати шкоди цим інтересам»⁹. І. М. Данишин визначає державну таємницю як відомості військового, економічного й іншого важливого значення, у збереженні яких особливо зацікавлена наша держава, перелік яких затверджується вищими органами держави¹⁰. Це визначення дуже схоже на визначення державної таємниці, яке наведене у п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну таємницю».

Розглянемо визначення поняття державної таємниці у вітчизняному законодавстві. Так, відповідно до ст. 20 Закону України «Про інформацію» за режимом доступу інформація поділяється на відкриту інформацію та інформацію з обмеженим доступом. Згідно з положеннями ч. 1 ст. 21 вказаного Закону інформацією з обмеженим доступом є конфіденційна, таємна та службова інформація. У ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» зазначено, що державна таємниця – це вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України. Яскравим прикладом використання інформації злочинцями може бути справа мешканця Санкт-Петербурга Володимира Левіна, який, перебуваючи у Петербурзі, зламав зі свого комп'ютера систему захисту нью-йоркського Сіті-банку і викрав звідти 12 млн доларів США¹¹.

Як бачимо, поняття державної таємниці вже містить у собі за змістом ознаку наслідку, передбачаючи можливість заподіяння шкоди інтересам держави у разі посягання на такий вид таємної інформації, завдяки чому і надається саме кримінально-правова охорона державній таємниці. Із зазначеного вище поняття, на нашу думку, варто формулювати наступні її ознаки, зокрема: 1) законодавче закріплення державної таємниці; 2) державна таємниця характеризується тим, що до неї належать лише окремі відомості, які визначені у Зводі відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ); 3) розголошення державної таємниці може завдати шкоди національній безпеці; 4) віднесення інформації до державної таємниці та її засекречування здійснюється на законодавчому рівні відповідно до чіткого механізму; 5) охорона державної таємниці здійснюється виключно державою, в особі уповноважених органів.

Отже, на основі проаналізованого поняття інформації ми можемо надати власне визначення державної таємниці як об'єкта кримінально-правової охорони – відомостей таємного характеру в сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, щодо яких законодавством встановлений спеціальний режим доступу та за розголошення яких, якщо це може завдати шкоди національній безпеці України, настає встановлена законодавством кримінальна відповідальність.

Закон України «Про державну таємницю» закріплює встановлений перелік віднесення відомостей до державної таємниці. Цей перелік не має імперативного характеру та не є вичерпним, оскільки в ньому визначено тільки ті сфери інформації, в яких можуть виникати відомості, що становлять державну таємницю. При цьому, як зазначено у цьому Законі, конкретні відомості можуть бути віднесені до державної таємниці за ступенями секретності «особливої важливості», «цілком таємно» та «таємно» лише за умови, що

вони належать до визначених Законом категорій, і їх розголошення завдаватиме шкоди інтересам національної безпеки України.

Водночас інформація, включена до ЗВДТ за рішеннями державних експертів з питань таємниць, є рівнем, який надає перелік джерел, що мають відомості про державну таємницю. Далі йдуть галузеві, відомчі, міжгалузеві, міжвідомчі розгорнуті переліки відомостей, що становлять державну таємницю, а також власні розгорнуті переліки інформації таємного характеру, визнані такими підприємствами, установами, організаціями.

Логіка побудови цих переліків полягає у тому, що кожний наступний рівень повинен містити більш конкретизовані (розгорнуті) відомості стосовно інформації, яку засекречено, й не суперечити попередньому. Однак на практиці ці принципи грубо порушуються, що виключає можливість однозначного розуміння змісту категорій секретної інформації та нерідко призводить до їх звуженого або розширеного тлумачення. На цьому наголошують більшість вітчизняних науковців (зокрема, О. Семенюк), додаючи при цьому, що окремі посади, на які покладено функції державних експертів з питань таємниць, є політичними за своєю сутністю. У більшості державних експертів з питань таємниць відсутні необхідні спеціальні знання у сфері охорони державної таємниці та досвід (навички), необхідні для прийняття виважених рішень щодо віднесення інформації до державної таємниці¹².

Слід звернути увагу на те, що в деяких країнах застосовується також персоніфікована система віднесення інформації до державної таємниці. Зокрема, така система існує в США та низці інших країн-членів НАТО. Суть цієї системи полягає в тому, що рішення про засекречування, встановлення конкретного грифу секретності, його зниження і розсекречення приймає конкретний уповноважений посадо-

вещь. Якнайповніше цю модель описує директива Президента США Р. Ніксона від 08.03.1972 № 11652, відповідно до ст. 2 якої правом первинного надання інформації або матеріалам грифа «цілком таємно» можуть користуватися тільки посадовці, уповноважені у письмовій формі Президентом США, а також керівники Виконавчого управління президента, ЦРУ, Державного департаменту, Міністерства оборони, Міністерства фінансів, НАСА і ряду інших федеральних органів. Окрім керівників державних установ та відомств, правом засекречування інформації наділені їх заступники, помічники, керівники провідних підрозділів, яким керівник надає таке право у письмовій формі. Директива також встановлює, що будь-яке відомство, не зазначене в цій директиві, а також будь-яке новоутворене відомство або підрозділ не мають і не матимуть повноважень первинного надання інформації і матеріалам грифа секретності доти, поки не отримають такого права, оформленого спеціальною директивою очільника американської держави¹³.

З контексту наведених положень випливає, що персоналізована система віднесення інформації до державної таємниці передбачає делегування цих повноважень виключно по адміністративній вертикалі від Президента США до керівників відомств, а від них — до заступників і керівників підрозділів. Встановлення грифів секретності є винятковою прерогативою виконавчої влади. Як засвідчила відповідна правова практика провідних країн, визначальним критерієм при призначенні осіб на такі посади є наявність у них не стільки фахових, скільки управлінських здібностей та навичок, активна громадська позиція або партійна приналежність. Тому окремі посади, на які покладено функції державних експертів з питань таємниць, є політичними за своєю сутністю. Проте слід мати на увазі, що навіть у провідних країнах Заходу в більшості державних експертів з

питань таємниць відсутні необхідні спеціальні знання у сфері охорони державної таємниці та досвід (навички), необхідні для прийняття виважених рішень щодо віднесення інформації до державної таємниці.

Отже, єдиного поняття інформації з обмеженим доступом в Україні та у світі немає. Це зумовлено великою кількістю нормативно-правових актів, які регулюють сферу інформаційних відносин, однак не передбачають нормативного визначення інформації з обмеженим доступом та її правового режиму. Стосовно цього питання існують різні, іноді діаметрально протилежні, концептуальні підходи вітчизняних дослідників до суті державної таємниці, що гальмує розвиток української правової науки. На нашу думку, з метою унеможливлення прийняття одноосібних та необґрунтованих рішень щодо віднесення певних категорій інформації до державної таємниці має бути змінено процедуру прийняття рішень, на підставі яких формується ЗВДТ. Зокрема, державні експерти з питань таємниць мають бути позбавлені права прийняття таких рішень та уповноважені лише на подачу до колегіального органу мотивованих пропозицій щодо віднесення тієї чи іншої категорії інформації до державної таємниці. Таким колегіальним органом, на нашу думку, може бути Рада національної безпеки і оборони України, оскільки саме на неї покладено функції забезпечення національної безпеки. За таких умов найбільш ефективною формою контролю за доцільністю та законністю прийняття цим державним органом рішення щодо віднесення інформації до державної таємниці є парламентський контроль.

1. Анчукова Н. В. Щодо захисту державної таємниці за Кримінальним кодексом України. *Держава і право*. 2008. Вип. 39. С. 492. 2. Бантишев О.Ф. Як довести, що ти – не шпигун. *Політика і час*. 1994. № 8. С. 25. 3. Жеплинский А., Сенев Т., Дзенвильский Р.

Доступ к информации в странах центральной и восточной Европы. Ежеквартальный бюллетень. *Специальные службы в условиях конституционной демократии и общественные интересы*. 1999. № 2/3. С. 19. 4. Марушак А. І. Правомірні засоби доступу громадян до інформації: наук.-практ. посіб. Біла Церква: Буква, 2006. С. 232. 5. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314. 6. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст.650. 7. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1994. № 16.Ст. 93. 8. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131. 9. Ответственность за государственные преступления / авт. кол. Д. И. Богати́ков, И. А. Бушев, Н. М. Иванов и др.; под ред. В. И. Курляндского, М. П. Карпушина. Москва, 1965. Ч. 2: Иные государственные преступления. 242 с. 10. *Уголовное право УССР*. Особенная часть: учебник / под ред. М.И. Бажанова, П.С. Матышевского, В.В. Сташиса. Киев: Вища школа. Головное изд-во, 1989. 503 с. 11. Шамсутдінов О. Відповідальність за розголошення державної таємниці за новим кримінальним законодавством України. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні*. 2001. Вип. 1. С. 23. 12. Семенюк О. Порядок віднесення інформації до державної таємниці: порівняльний аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства, шляхи удосконалення цієї процедури. *Юридична Україна*. 2016. № 3-4. 58–64. 13. Директива Президента США від 08.03.1972 № 11652. *Федеральний реєстр США*: веб-сайт. URL: <https://www.federalregister.gov>.

Trembach Igor. Subject of crime in the protection of the state secret

To date, the question of the criminal-legal characteristic and the definition of peculiarities of crimes in the sphere of state secret protection is connected with a number of issues, in particular, theoretical and practical. In addition, the question of the definition of a crime subject in the sphere of state secret protection is unclear in criminal-law science. Therefore, the interest in in-depth study of this problem is important and has a real basis.

The subject of crime in the sphere of state secrets is comprehensively investigated in the work. The essence and legal nature of the subject of crimes in the sphere of state secrets protection are defined, the categories «information» and «state secret are described.

The logical part of the work, which, in general, ensures completeness of the study of the chosen topic, is an analysis of the problem of legal regulation of the subject of crime in the sphere of state secrets in Ukraine. Taking into account foreign experience, the author analyzed the peculiarities of the legal definition and regulation of the protection of state secrets, which resulted in identifying promising ways to improve the legal definition of restricted access information in Ukraine. In particular, the author's definition of state secret as an object of criminal-legal protection is proposed. In the same way, the features of state secrets are determined in the work, and the main criteria for distinguishing crimes, the subject of which is secret information, are determined.

The author substantiates and raises the expediency of changing the decision-making procedure, on the basis of which the LRT is formed. In particular, the author proposes to deprive state experts on the secrecy of the right to make such decisions and to attribute the said right to a collegial body, which may be the National Security and Defense Council of Ukraine.

The proposals made by the author, aimed at improving the current legislation in the area of regulation of restricted information in Ukraine, as well as the recommendations made regarding the application of the norms of the current legislation, formulate the practical significance of the results of the research.

Key words: crime subject, state secret, classified information, international experience.

I. I. КОТЮК

**ВАГОМИЙ ВНЕСОК У РОЗВИТОК НАУКИ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

Революційні зміни у законодавстві України, що відбуваються на виконання взятих обов'язків та зобов'язань в рамках міжнародного співробітництва з Європейським Союзом, Інтерполом, Європолом створили передумови для ретельного аналізу норм національного права з метою виявлення прогалин та вивчення потреб практики. Зусилля, спрямовані на створення «нового інтегрованого зрозумілого світу», мають виважено відобразитися в законодавстві кожної держави задля уникнення прикрих розбіжностей, що викликає неоднаковим тлумаченням міжнародних конвенційних стандартів.

Монографія Н. М. Ахтирської* є відповіддю на запит практики, зокрема, щодо застосування інституту екстрадиції (чи є гарантія про незастосування смертної кари в запитуєчій державі «абсолютною»; чи дає це право запитуваній державі на видачу особи); використання доказів, одержаних на території іншої держави, у тому числі висновків зарубіжних експертів; порядок та строки тимчасового та екстрадиційного арешту; визнання вироків іноземних держав.

© *КОТЮК Іван Ілліч* – доктор юридичних наук, професор

* Ахтирська Н. М. Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження: теорія і практика. Київ: Логос, 2019. 576 с.

Особливий інтерес викликає розділ монографії, присвячений міжнародному співробітництву під час кримінального провадження на стадії досудового розслідування щодо торгівлі людьми, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинних шляхом, тероризму кіберзлочинів, посягань на культурні цінності.

Автор влучно вказує на особливості та вносить слушні пропозиції: щодо надання права Верховному Суду приймати рішення про визнання організації терористичною, внесення цієї інформації до відповідного реєстру, що дасть змогу судам першої інстанції у випадку встановлення співробітництва особи з вказаною структурою, визнавати його винним у терористичній діяльності чи її фінансуванні; щодо внесення доповнень до законодавства про транснаціональне спостереження, відповідно до конвенційних вимог; удосконалення правового механізму збору та використання електронних доказів, у тому числі тих, які зберігаються в «хмарних» сховищах під юрисдикцією інших держав, одержання доступу до відкритих цифрових даних на території іншої держави; надання права прокурору оперативного доступу до даних щодо маршрутизації інформації тощо.

Монографія є результатом багаторічного дослідження слідчої та судової практики, наукових джерел, власного досвіду автора, який вона здобувала під час стажування та ознайомлення з діяльністю судів та правоохоронних органів інших держав (США, Республіка Кіпр, Франція, Нідерланди, Польща, Угорщина, Румунія, Португалія, Чехія). Чуттєві питання сфери міжнародного співробітництва розкриті у світлі новел, які імplementовані на підставі Третього та Четвертого протоколів до Конвенції про видачу правопорушників, а також відповідно до елементів безпекової політики Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом (тероризм, відмивання коштів, торгівля людьми, кіберзлочини тощо).

Монографічне дослідження є новим і важливим внеском у розвиток науки кримінального процесу. Багатоплановість та значний фактологічний матеріал спонукає до подальших досліджень, зумовлює активізацію творчої думки читачів.

Н.М. Ахтирська дослідила сферу міжнародного співробітництва в кримінальному провадженні, дозволила читачам зазирнути в цей «кришталевий світ» – відкритий, вразливий, складний. Це путівник по кримінальному процесу з залученням дипломатії.

Практичне значення монографії полягає у тому, що отримані наукові результати можуть бути використані в законодавчому процесі, практичній діяльності правоохоронних органів, суддів та адвокатів.

Зміст

Розділ 1. Теорія держави і права

Кальян О. С., Мисак О. І. Генеза міжнародно-правової відповідальності як виду юридичної відповідальності..... 3

Ткаченко О. В., Сапарова А. О. Онтологічне питання порівняльного правознавства 15

Ткачук Л. В. Роль Уповноваженого з прав людини в системі правозахисних гарантій прав людини в Україні: теоретико-правові аспекти 36

Розділ 2. Конституційне право

Корнієнко П. С. Місце і роль Верховної Ради України у формуванні правозахисного механізму держави 49

Чиж І. С. Ера «інформаційного комунізму»: усвідомлення себе чи «непритомність духовності»? Конституційно-правові акценти відповіді на актуальні виклики часу 60

Гайдар М. Є. Проблеми децентралізації та добровільного об'єднання територіальних громад в Україні: конституційно-правове забезпечення та сучасні законопроектні ініціативи 75

Розділ 3. Адміністративне право

Ярошук І. В. Соціальне та молодіжне будівництво в Україні: правовий аспект 86

**Розділ 4. Цивільне, підприємницьке
та господарське право**

Короєд С. О. Порушення норм процесуального права як причина «правильного» вирішення цивільної справи 97

Шуляк Д. О. До питання про розвиток інвестиційних відносин в Україні: історико-правовий аспект 110

Розділ 5. Земельне, аграрне та екологічне право

Третяк Т. О. Правове регулювання обмежень права власності на земельні ділянки в інтересах сусідніх земельних ділянок у Сполучених Штатах Америки..... 121

**Розділ 6. Кримінальне право, кримінальний процес
та криміналістика**

Ахтирська Н. М. Новели чинного законодавства щодо екстрадиції: удосконалений механізм та його процесуальне забезпечення 132

Попко В. В. Суб'єктна відповідальність у транснаціональному кримінальному праві 143

Трембач І. І. Предмет злочину в сфері охорони державної таємниці 169

Розділ 7. Рецензії

Котюк І. І. Вагомий внесок у розвиток науки кримінального процесу 181

До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у збірнику. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

Автор несе відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, належність останнього йому особисто та якість перекладу цитат з іншомовних джерел.

Вимоги до оформлення статей збірника «Держава і право»

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – двома мовами: укр., англ.
3. Заголовок – двома мовами: укр., англ.
4. Дві анотації: українська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків (10 сторінок з переліком літератури).
6. Після тексту статті розширена англійська анотація на 2 сторінках, або 4000 знаків.
7. 14 шрифт, полуторний інтервал.

8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...). Список посилань слід наводити в кінці тексту в такому ж порядку із зазначенням цитованих сторінок.
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

Редакція

Наукове видання

ДЕРЖАВА І ПРАВО
ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Серія Юридичні науки

Випуск 84

Науковий редактор *І. О. Кресіна*
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 27.06.2019. Формат 60 x 84 ¹/₁₆.
Ум. друк. арк. 10,90. Наклад 200 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004
Тел./факс (044) 278-02-23
E-mail: yurdumka@ukr.net
www.yurdumka.com

Віддруковано у ТОВ «Талком»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013
Тел./факс (044) 424-40-69