

**ODESA NATIONAL UNIVERSITY
HERALD**
Volume 24. Issue 1 (34). 2019
SERIES
JURISPRUDENCE

**ВІСНИК
ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**
Том 24. Випуск 1 (34). 2019
СЕРІЯ
ПРАВознавство

ISSN 2304-1587

MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE
Odesa I. I. Mechnikov National University

ODESA NATIONAL
UNIVERSITY
HERALD

Series: Jurisprudence

Scientific journal

Published two times a year

Series founded in July, 2006

Volume 24. Issue 1 (34). 2019

Odesa
“Feniks”
2019

ISSN 2304-1587

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

ВІСНИК ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: Правознавство

Науковий журнал

Виходить 2 рази на рік

Серія заснована у липні 2006 р.

Том 24. Випуск 1 (34). 2019

Одеса
«Фенікс»
2019

Засновник: Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна рада:

І. М. Коваль, д-р політ. наук (*головний редактор*), **О. В. Запорожченко** (*заступник головного редактора*), **В. О. Іваниця** (*заступник головного редактора*), **В. М. Хмарський** (*заступник головного редактора*), **С. М. Андрієвський**, **Ю. Ф. Ваксман**, **В. В. Глебов**, **Л. М. Голубенко**, **Л. М. Дунаєва**, **В. В. Заморов**, **Є. В. Круглов**, **В. Г. Кушнір**, **В. В. Менчук**, **Л. М. Солдаткіна**, **В. І. Труба**, **О. В. Тюрін**, **Є. А. Черкез**, **Є. М. Черноіваненко**

Редакційна колегія журналу:

І. С. Канзафарова, д-р юрид. наук (*науковий редактор*); **О. І. Миколенко**, д-р юрид. наук (*заступник наукового редактора*); **А. В. Левенець**, канд. юрид. наук (*відповідальний секретар*); **О. О. Борисова**, д-р юрид. наук; **О. В. Дзера**, д-р юрид. наук; **Л. О. Корчевна**, д-р юрид. наук; **Н. М. Мироненко**, д-р юрид. наук; **Р. М. Міщенко**, д-р юрид. наук; **О. В. Пришкіна**, д-р юрид. наук; **Р. І. Ситдикова**, д-р юрид. наук; **А. Г. Тіковенко**, д-р юрид. наук; **В. І. Труба**, канд. юрид. наук; **О. Трунк**, д-р юрид. наук; **В. Л. Яроцький**, д-р юрид. наук

Editorial board of the council:

I. M. Koval (*Editor-in-Chief*), **O. V. Zaporozhchenko** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. O. Ivanytsia** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. M. Khmarsky** (*Deputy Editor-in-Chief*), **S. M. Andrievsky**, **Yu. F. Vaksman**, **V. V. Glebov**, **L. M. Golubenko**, **L. M. Dunaeva**, **V. V. Zamorov**, **V. E. Kruglov**, **V. G. Kushnir**, **V. V. Menchuk**, **L. M. Soldatkina**, **V. I. Truba**, **O. V. Tyurin**, **E. A. Cherkez**, **E. M. Chernoiivanenko**

Editorial board of the journal:

I. S. Kanzafarova, Doctor of law sciences (*Scientific Editor*); **O. I. Mikolenko**, Doctor of law sciences (*Deputy of Scientific Editor*); **A. V. Levenets**, Candidate of law sciences (*Executive Secretary*); **O. O. Borisova**, Doctor of law sciences; **O. V. Dzera**, Doctor of law sciences; **L. O. Korchevna**, Doctor of law sciences; **R. M. Minchenko**, Doctor of law sciences; **N. M. Myronenko**, Doctor of law sciences; **O. V. Prieshkina**, Doctor of law sciences; **R. I. Sitdikova**, Doctor of law sciences; **A. G. Tikovenko**, Doctor of law sciences; **V. I. Truba**, Candidate of law sciences; **A. Trunk**, Doctor of law sciences; **V. L. Jarotskij**, Doctor of law sciences

З М І С Т

Конституційне та міжнародне право

Прієшкіна О. В. Конституційно-правовий статус міського голови в Україні	7
Грибова Т. Л. Місце Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у реалізації національного превентивного механізму	16
Мазуренко В. В. Уявлення П. Є. Казанського про основні категорії та систему міжнародного права	23
Левенець А. В., Хрищева О. Г. Гуманітарна інтервенція як виняток з принципу невтручання у справи держав	32
Орінда Е. Н. Імплементация міжнародних медико-санітарних правил в Африці	41
Стойков І. М. Стан дотримання основних прав і свобод громадян на окупованих територіях України	48
Лакарова Г. А. Вимоги до подання міждержавних скарг до Європейського суду з прав людини	57
Кривошликова А. С. Захист від гендерної дискримінації в рішеннях Європейського суду з прав людини	63

Цивільне право

Рябоконт С. О. Переведення боргу як підстава сингулярного правонаступництва за зобов'язаннями	71
Савченко А. С. Захист володіння в аспекті виселення із займаного житла в гуртожитку	86
Мартинюк Л. П. Правове регулювання застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: проблемні аспекти	93

Кримінальне право і кримінологія

Сервецький І. В., Чуфрін Ю. Ю. Сутність професійної злочинності	106
Садова Т. С. Імплементация норм Римського статуту в кримінальне законодавство України	119

Проблеми судочинства

Гаран О. В. Спеціальні ознаки електронних доказів у площині когнітивного консонансу	125
Кравченко К. В. Актуальні питання адаптації інституту апеляційного провадження в межах адміністративного судового процесу до вимог сьогодення	137

Сліпенюк В. В.

Сурдоперекладач у процесі реалізації конституційного права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє . . . 146

Порівняльне та зарубіжне право

Мельник С. М.

Адміністрування національної безпеки і обороноздатності у зарубіжних державах (на прикладі Франції, Німеччини, Польщі) 158

Алиев Айдын Джамиль оглу

Некоторые проблемы осуществления адвокатом права на встречу с подзащитным, находящимся под стражей (по законодательству Республики Азербайджан) 166

Толкаченко О. В.

Правове регулювання культивування ГМО в країнах Європейського Союзу 174

Лавриненко М. Р.

Особливості укладення договору найму (оренди) нерухомого майна за законодавством України, Російської Федерації та Франції 182

Борисова Ю. Є.

Підстави виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України та США 193

КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166783

УДК 342.553+352.075.2(477)

О. В. Прієшкіна

доктор юридичних наук, професор,

Заслужений юрист України

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра конституційного права та правосуддя

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС МІСЬКОГО ГОЛОВИ В УКРАЇНІ

У статті здійснено аналіз факторів, які мають вплив на процес становлення, функціонування та розвиток інституту міського голови в Україні як головної посадової особи міського рівня. Автор досліджує тенденції розвитку інституту в період проведення конституційної реформи в кінці 90-х років ХХ століття. Особлива увага приділяється нормативно-правовій регламентації цього інституту на сучасному етапі. Наводяться пропозиції щодо вдосконалення конституційно-правового статусу міського голови в Україні.

Ключові слова: конституційно-правовий статус, міський голова, місцеve самоврядування, територіальна громада.

Постановка проблеми. Одним з напрямків активної побудови демократичної правової держави в Україні є посилення ролі місцевого самоврядування та продовження курсу реальної децентралізації влади, який забезпечить функціонування спроможних та самодостатніх територіальних громад. Урбаністичні процеси багатьох розвинутих держав, у тому числі і в Україні, обумовили особливість міського рівня локальної демократії, який є найбільш розвинутим з-поміж інших рівнів, а тому залишається актуальним у контексті організації та функціонування основних інститутів міської влади. Визначальною в системі місцевого самоврядування в містах є посада міського голови, який уособлює міську публічну владу, а тому викликає найбільші дискусії щодо складових елементів свого конституційно-правового статусу, як то порядок обрання, обсяг повноважень, особливості відповідальності та багато інших. Окрім того, «інтерес до проблеми забезпечення правового регулювання діяльності міського голови як вчених, так і широкого кола практичних працівників» пояснюється

«активними процесами удосконалення системи місцевого самоврядування, наближенням його національної моделі до міжнародних стандартів, в якій роль та значення керівника міського самоврядування має надзвичайно важливе значення» [1, с. 3].

Цим, передусім, обумовлені актуальність та теоретична значимість даного дослідження, яке присвячено визначенню місця, ролі та значення конституційно-правового статусу міського голови в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню фундаментальних засад функціонування інститутів місцевого самоврядування, і перш за все інституту міського голови, присвячено праці багатьох науковців, таких як Б. П. Андрусюка, М. О. Баймуратова, О. В. Батанова, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького, В. М. Шаповала, Ю. С. Шемшученка та інших. Крім того, спробам вирішити здійснення організаційно-правового регулювання статусу міського голови в Україні присвячено багато ґрунтовних наукових досліджень, серед яких праці Ю. Ю. Бальція, В. С. Куйбіди, Н. Р. Нижника.

Проте, незважаючи на наявність численних наукових праць, у яких розглядалась роль та значення інституту міського голови як головної посадової особи місцевого самоврядування, ця тема залишається актуальною в нашій державі через нові виклики в контексті реформи децентралізації державної влади та наявності низки невирішених завдань у цій галузі.

Метою цієї статті є дослідження основних елементів конституційно-правового статусу міського голови, а також його місця в системі органів місцевого самоврядування та перспектив удосконалення на сучасному етапі.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про місцеве самоврядування» від 21 травня 1997 р., одним з елементів системи місцевого самоврядування є сільський, селищний, міський голова як головна посадова особа місцевого самоврядування, «яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету» [2, ст. 5, ст. 1]. Міський голова обирається жителями відповідної територіальної громади шляхом загального, рівного і прямого виборчого права строком на п'ять років та очолює виконання функцій зі здійснення місцевого самоврядування в містах.

Варто відзначити, що в науці муніципального права та практиці державного будівництва сучасної України триває жвава дискусія з приводу того, хто ж все ж таки має більше повноважень у системі місцевого самоврядування: рада як колегіальний виборний орган територіальної громади, чи його виконавчий орган на чолі з сільським, селищним, міським головою, безпосередньо обраним територіальною громадою.

Саме це питання було предметом розгляду Конституційного Суду України (Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 2000 р., Справа про місцеве самоврядування), у вирішенні якого з цього приводу було послідовно проведена думка про те, що в системі місцевого самоврядування України має місце певна субординація її елементів, а названі конституційні функції сільського, селищного, міського голови визначають його насамперед як посадову особу виконавчого органу ради та самої ради, їй підзвітної та відповідальної як за роботу виконавчого органу ради, так і за організацію роботи самої ради [3].

Отже, «міський голова в системі органів місцевого самоврядування посідає одне з центральних місць як у статутарному, так і у функціональному аспекті, оскільки він є головною посадовою особою міської територіальної громади; він забезпечує координацію діяльності всієї цієї системи щодо вирішення питань місцевого самоврядування, яка міститься в Європейській Хартії місцевого самоврядування, у Конституції України та в Законі України «Про місцеве самоврядування» та передбачає органічну єдність самостійності та відповідальності всіх вказаних суб'єктів системи при вирішенні всіх питань місцевого значення, що належать до сфери компетенції місцевого самоврядування» [4].

Відповідно до ст. 5 Конституції України, «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» [5, ст. 5]. Таким чином, як відзначає у своєму дисертаційному дослідженні учений Бальцій Ю. Ю., «відбувається поділ публічної влади на публічну державну, яка здійснюється народом через органи держави, та публічну самовряду (муніципальну), яка здійснюється через органи місцевого самоврядування. Це підтверджується тим, що в ст. 7 Основного Закону закріплюється положення, згідно з яким в Україні визначається і гарантується місцеве самоврядування, а також те, що Конституція України містить у собі окремий розділ XI «Міське самоврядування», де знаходять своє закріплення конституційні основи становлення, функціонування та реалізації публічної самоврядної (муніципальної) влади» [4].

Отже, можна зробити висновок, що в Україні існує два види публічної влади – державна влада та самоврядна (муніципальна влада). Водночас, кожен рівень влади володіє своїми специфічними ознаками та характеристиками. Так, органи державної влади вирішують, перш за все, питання державного значення, а органи місцевого самоврядування вирішують всі питання місцевого значення.

Варто зазначити, що владні повноваження в Україні мають у своєму розпорядженні не лише органи держави, але й органи місцевого самоврядування, проте органи місцевого самоврядування не є органами держави, і тому не здійснюють владні повноваження від імені держави.

Що ж до визначення органу місцевого самоврядування, то слід відзначити, що воно не знайшло свого належного відображення у вітчизняній юридичній науці. У законодавстві існують лише поняття структурних елементів системи місцевого самоврядування, які містяться в уже згадуваній нами статті 5 Закону України «Про місцеве самоврядування».

У доктринальній площині також присутні різні погляди на сутність даного поняття. Наприклад, такі відомі муніципалісти, як Кравченко В. В. та Пітцик М. В., вважають, що «орган місцевого самоврядування – організаційно самостійний елемент системи місцевого самоврядування, що утримується за рахунок коштів бюджетів місцевого самоврядування районних, обласних бюджетів і являє собою колектив громадян України, депутатів місцевої ради або службовців органів місцевого самоврядування, заснований у встановленому законом порядку для виконання завдань та функцій місцевого самоврядування, наділений з цією метою відповідними владними повноваженнями, які реалізуються у визначених законом правових та організаційних формах в інтересах відповідної територіальної громади (територіальних громад)» [6, с. 192-193]. Учений Батанов О. В. відзначає, що

«органи місцевого самоврядування не належать до механізму державної влади, а місцеве самоврядування займає окреме місце в політичній системі (у механізмі управління суспільством та державою) і його необхідно розглядати як окрему форму реалізації народом належної йому влади» [7, с. 10].

Також можна погодитись із Савчиним М. В., який відзначає, що «у системі органів місцевого самоврядування можна виділити дві категорії органів – представницькі та виконавчі. Конституційний Суд України дав визначення кола осіб, яким належить представницький мандат. Він пов'язує зміст мандата з фактом обрання посадової особи виборцями, здійсненням відповідних повноважень та можливістю виступати від їхнього імені перед іншими органами влади. Виходячи з цього переліку можна говорити про систему місцевих представницьких органів, які складають місцеві ради – сільські, селищні, міські, районні у містах, районні та обласні. Сільські, селищні, міські голови визнаються головною посадовою особою територіальної громади з представницьким мандатом, що фактично означає визнання їх представницької природи» [8, с. 288].

Дослідження правового статусу міського голови доцільно проводити на підставі порівняльного аналізу зі статусом інших одноосібних інститутів публічної влади в державі. Одним з таких інститутів є посада Президента України. Загальними рисами між Президентом України та міським головою є те, що вони обидва є виборними одноосібними органами публічної влади, за винятком того, що Президент свою владу набуває внаслідок всенародних виборів, а міський голова обирається міською територіальною громадою. Саме тому їх діяльність ґрунтується в цілому на однакових принципах. Проте, якщо Президент України відповідно до Основного Закону України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, дотримання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, то міський голова як орган місцевого самоврядування фактично виступає гарантом цілісності громади того чи іншого міста.

Якщо Президент України як одноосібний орган державної влади відображає інтереси всього суспільства, то міський голова як одноосібний орган місцевого самоврядування – інтереси міської територіальної громади. Якщо Президент України легітимується як представник вищої державної влади, та міський голова – як глава органу місцевого самоврядування.

Слід зазначити, що Президент України при здійсненні своєї діяльності наділений деякими повноваженнями правотворчого характеру, а саме: він бере участь у законодавчій діяльності, приймає підзаконні нормативно-правові акти (укази). Стосовно міського голови, то він також бере участь у правотворчому процесі, але лише на локально-регіональному (місцевому) рівні. Відповідно до п. 4 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування» від 21 травня 1997 р., він володіє своєрідним «правом вето» на рішення міської ради, тобто може у п'ятиденний строк з моменту прийняття рішення міською радою зупинити його і внести на повторний розгляд ради з обґрунтуванням своїх зауважень. Виняток із загального правила становлять додаткові правотворчі повноваження міських голів м. Києва та м. Севастополя у зв'язку з тим, що ці міста згідно з ч. 3 ст. 133 Конституції України мають спеціальний статус, який визначається законами України. Слід зауважити при цьому, що прийнятим є лише Закон України «Про столицю України – місто-герой Київ» від 15 січня 1999 р.

[9]. Особливості здійснення виконавчої влади і місцевого самоврядування в м. Києві полягають у наступному: 1) міська та районні ради м. Києва формують власні виконавчі органи на базі відповідних державних адміністрацій, які паралельно виконують функції державної виконавчої влади, тобто в м. Києві функціонують місцеві державні адміністрації, які виконують подвійні функції: виконавчих органів відповідних місцевих рад і територіальних органів державної виконавчої влади; 2) Київський міський голова паралельно виконує функції голови представницької та голови виконавчої влади в м. Києві, які обумовлені межами його компетенції в основній сфері діяльності; 3) держава гарантує здійснення м. Києвом столичних функцій шляхом надання йому нових додаткових правових, організаційних та фінансових можливостей, зокрема за рахунок державного бюджету. В зв'язку з цим Київський міський голова має певні додаткові повноваження. Зокрема щодо правотворчих повноважень, то згідно зі ст. 17 вказаного закону, міський голова Києва бере участь у підготовці проєктів законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України, відповідних програм, які торкаються м. Києва [9, ст. 17].

Взагалі слід відзначити, що правовий статус міського голови включає в себе правосуб'єктність міського голови, до якої входять його функції та повноваження, правові гарантії реалізації його прав, а також елементи юридичної відповідальності. Правовий статус міського голови визначається законами України «Про місцеве самоврядування в Україні» і «Про службу в органах місцевого самоврядування». Крім того, на міських голів розповсюджуються повноваження та гарантії депутатів рад, передбачені Законами України «Про статус депутатів місцевих рад», якщо інше не передбачено законом.

Щодо функцій міського голови, можна погодитись із підходом Бальція Ю. Ю., який пропонує розподіл їх на види за такими критеріями: «1) за об'єктами, тобто цілями і завданнями муніципальної діяльності; предметами відання, якими є певні сфери місцевого життя (політична, економічна, соціальна, культурна, екологічна). В залежності від сфери реалізації цих функцій, їх можна умовно поділяти на внутрішні та зовнішні; 2) за суб'єктами, тобто відповідно до соціально-економічних, демографічних та правових особливостей здійснення міського самоврядування (функції міських голів малих, середніх і великих міст України та функції голів міст Києва та Севастополя, які володіють спеціальним статусом); 3) за способами, засобами і методами муніципальної діяльності міського голови: система технологічних (процесуально-організаційних та процесуально-правових) функцій цього суб'єкта, що спрямовані на практичне здійснення муніципальної діяльності (інформаційна, нормотворча, територіальна, бюджетно-фінансова та інші технологічні функції)» [1, с. 10].

Повноваження міського голови закріплені в ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування», найбільш вагомими з яких полягають в наступному:

- 1) забезпечує здійснення у межах наданих законом повноважень органів виконавчої влади на відповідній території, додержання Конституції та законів України, виконання актів Президента України та відповідних органів виконавчої влади;
- 2) організує в межах, визначених цим Законом, роботу відповідної ради та її виконавчого комітету;

- 3) підписує рішення ради та її виконавчого комітету;
- 4) вносить на розгляд ради пропозицію щодо кандидатури на посаду секретаря ради;
- 5) вносить на розгляд ради пропозиції про кількісний і персональний склад виконавчого комітету відповідної ради;
- 6) вносить на розгляд ради пропозиції щодо структури і штатів виконавчих органів ради, апарату ради та її виконавчого комітету;
- 7) здійснює керівництво апаратом ради та її виконавчого комітету;
- 8) скликає сесії ради, вносить пропозиції та формує порядок денний сесій ради і головує на пленарних засіданнях ради;
- 9) забезпечує підготовку на розгляд ради проєктів програм соціально-економічного та культурного розвитку, цільових програм з інших питань самоврядування, місцевого бюджету та звіту про його виконання, рішень ради з інших питань, що належать до її відання; оприлюднює затверджені радою програми, бюджет та звіти про їх виконання;
- 10) призначає на посади та звільняє з посад керівників відділів, управлінь та інших виконавчих органів ради, підприємств, установ та організацій, що належать до комунальної власності відповідних територіальних громад, крім керівників дошкільних, загальноосвітніх та позашкільних навчальних закладів [2, ст. 42] та ін.

Міський голова при реалізації своїх повноважень керується не лише нормами Конституції або законами України, але і чисельними підзаконними актами, і, на відміну від одноосібних органів державної влади, несе відповідальність за свою діяльність не лише перед державою, територіальною громадою, але і перед юридичними і фізичними особами.

Отже, міський голова виступає головною посадовою особою територіальної громади та відіграє важливу роль у забезпеченні належної роботи представницьких і виконавчих органів для вирішення ними спільних завдань. Таке розуміння ролі міського голови міститься в Європейській Хартії міст II від 29 травня 2008 р., у ст. 38 якої зазначено, що міський голова повинен бути «двигуном розвитку території держави і території функціонування конкретної територіальної громади, режиму законності та правопорядку» [10].

За влучним зауваженням Бальція Ю. Ю., «роль міського голови у становленні та розвитку публічної самоврядної (муніципальної) влади перманентно зростає, оскільки відповідно до Конституції України він може позитивно впливати на міську раду (система «сильний голова – слабка рада») та її виконавчі органи перш за все через формування та практичну реалізацію муніципальної політики на території міської територіальної громади» [1, с. 12].

Крім того, практика місцевого самоврядування зарубіжних країн свідчить про те, що майже в усіх країнах світу, де існує місцеве самоврядування, первинні територіальні громади мають своїх представників – посадових осіб місцевого самоврядування. У різних державах вони називаються по-різному: у Німеччині – бургомістр [11], у Франції – мер [12], у Росії – голова муніципального утворення. В Україні їх офіційна назва – сільський, селищний, міський голова.

Висновки. В результаті проведеного дослідження можна зробити висновок, що міський голова є одноосібним інститутом муніципальної публічної влади, який відіграє важливу роль у процесі забезпечення системного та налагодженого функціонування всієї системи органів місцевого самовря-

дування на міському рівні. Особливе значення міського голови в системі місцевого самоврядування України, окрім вищезазначеного, пояснюється також тим, що, по-перше, він обирається на посаду шляхом прямих, загальних та рівних виборів безпосередньо членами територіальної громади, а отже – є одним з представницьких органів публічної влади, а по-друге, в умовах реального наповнення місцевого самоврядування повноваженнями та ресурсами для їх здійснення, що має місце в контексті децентралізації державної влади, зміщуються акценти щодо вимог до якості та ролі органів влади в житті окремої людини з загальнодержавного на місцевий рівень. Саме тому можна констатувати необхідність підвищення критеріїв для осіб, які можуть займати посаду міського голови. Окремі фахівці в якості таких критеріїв пропонують встановити освітній ценз, а також наявність попереднього досвіду на керівних посадах. Не менш важливим нам здається необхідність підвищення вікового цензу, оскільки сьогодні, згідно ст. 9 Закону України «Про місцеві вибори», «депутатом, сільським, селищним, міським головою, старостою може бути обраний громадянин України, який має право голосу відповідно до статті 70 Конституції України», тобто досяг 18 років. Безсумнівно, у цьому віці людина є занадто молодою та позбавлена життєвого досвіду, необхідного для виконання тих завдань, які має виконувати міський голова, а також враховуючи складність політичного, соціально-економічного, культурно-ментального стану сучасного українського суспільства й цілу низку нових викликів, які стоять перед нашою країною сьогодні. Також існує нагальна необхідність у прийнятті відповідного нормативно-правового акту «Про правовий статус міського голови», в якому вичерпно було б закріплено коло повноважень означеної посадової особи, правові гарантії її діяльності, порядок відповідальності перед територіальною громадою та органами виконавчої влади, інші важливі елементи її конституційно-правового статусу.

Список літератури:

1. Бальцій Ю. Ю. Правовий статус міського голови в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02. Одеська національна юридична академія. О., 2006. 18 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/1338/Бальцій.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 20.03.2019).
2. Про місцеве самоврядування: Закон України від 21.05.1997 року з наст. змінами. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр#n63> (дата звернення: 20.03.2019).
3. Рішення Конституційного Суду України від 7 лютого 2000 р. Справа про місцеве самоврядування. Вісник Конституційного Суду України. 2000. № 1 С. 24.
4. Бальцій Ю. Ю. Правовий статус міського голови в Україні: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02. Одеська національна юридична академія. О., 2006. URL: https://scholar.google.com.ua/citations?user=O3tfBS4AAAAJ&hl=ru#d=gs_md_cita-d&u=%2F%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Dru%26user%3DO3tfBS4AAAAJ%26citation_for_view%3DO3tfBS4AAAAJ%3Ad1gkVwhDpl0C%26tzm%3D-180 (дата звернення: 20.03.2019).
5. Конституція України: Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. з наст. змінами. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 20.03.2019).
6. Кравченко В. В. Муніципальне право України : навч. посіб. / В. В. Кравченко, М. В. Пітцик. К.: Атіка, 2003. 672 с.
7. Батанов О. В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні : монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. 260 с.

8. Савчин М. В. Правовий статус місцевих рад / В кн.: Муніципальне право України : підручник / За ред. Баймуратова М. О. 2-ге вид., доп. К: Правова єдність, 2009. 720 с.
9. Про столицю України – місто-герой Київ: Закон України від 15 січня 1999 р. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 11. Ст. 79.
10. Європейська хартія міст II (Маніфест нової урбаністики): Міжнародний договір від 29.05.1992. URL: <http://www.slg-eeo.org.ua/wp-content/uploads/2015/05/principle-9,euroean-chat.pdf>. (дата звернення: 20.03.2019).
11. Положение о громадах (Бавария). URL: <http://constitutions.ru/archives/4616>. (дата звернення: 20.03.2019).
12. Мэр в политической культуре Франции. URL: <http://www.treeland.ru/artucle/luxterra/cern/civl/mer v političeskoj kulture francii.html> (дата звернення: 20.03.2019).

Стаття надійшла до редакції: 25.03.2019 р.

О. В. Приешкина

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ СТАТУС ГОРОДСКОГО ГОЛОВЫ В УКРАИНЕ

Резюме

В статье проведен анализ факторов, влияющих на процесс становления, функционирования и развития института городского головы в Украине как главного должностного лица городского уровня. Автор исследует тенденции развития института в период проведения конституционной реформы в конце 90-х годов XX века. Особое внимание уделяется нормативно-правовой регламентации этого института на современном этапе. Приводятся предложения по совершенствованию конституционно-правового статуса городского головы в Украине.

Ключевые слова: конституционно-правовой статус, мэр, местное самоуправление, территориальная община.

O. V. Prieshkina

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF THE MAYOR IN UKRAINE

Summary

The article analyzes the factors influencing the formation, functioning and development of the city head institution in Ukraine as the main official of the city level. The author studies the tendencies of the development of the institute during the period of the constitutional reform in the late 90's of the 20th century. Particular attention is paid to the legal regulation of this institute at the present stage. Proposals on improvement of the constitutional and legal status of the mayor in Ukraine are presented.

Key words: constitutional-legal status, mayor, local self-government, territorial community.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).167313
УДК 342.31.07:343.4

Т. Л. Грибова

аспірантка

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

МІСЦЕ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРАВ ЛЮДИНИ У РЕАЛІЗАЦІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРЕВЕНТИВНОГО МЕХАНІЗМУ

Стаття присвячена розгляду повноважень і діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у реалізації функції національного превентивного механізму. У ході проведеного дослідження висвітлено перелік місць примусового тримання осіб згідно Факультативного протоколу до Конвенції ООН проти катувань, які мають право відвідувати працівники національного превентивного механізму. Особливу увагу приділено відшкодуванню витрат моніторам національного превентивного механізму, розкриттю діяльності регіональних представників, регіональних координаторів та Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Ключові слова: національний превентивний механізм, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Факультативний протокол, Конвенція ООН проти катувань, Омбудсман.

Постановка проблеми. Доступ громадськості до місць примусового тримання осіб в Україні цілком залежить від розсуду адміністрації установи, яка, відповідно до законодавства, має право дати дозвіл на доступ або відмовити в ньому. З цієї причини відвідування місць несвободи представниками національного превентивного механізму в більшості своїй носять разовий або епізодичний характер, а більш-менш системні моніторинги, на жаль, охоплюють закриті установи тільки в окремих регіонах.

Важливим питанням є навчання посадових осіб – персоналу відвідуваних установ і співробітників контролюючих державних органів, а також представників неурядових організацій – учасників національного превентивного механізму.

Виходячи з вищевказаного, дана категорія осіб, як і раніше, має недостатньо високий рівень обізнаності щодо мандату учасників національного превентивного механізму, своїх прав та обов'язків. Тому більш детальний аналіз продемонструє діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, окреслить перспективи подальшого розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання щодо розкриття повноважень і діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини досліджували такі вітчизняні науковці, як Барчук В. Б., Саблін Д. А., Майданник О. О. та ін. Деякі правові аспекти протидії катуванням були об'єктом дослідження у роботах вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема: Давидовича І. І., Удалової Л. Д., Денисової О. В.,

Катеринчук К. В., Книженко О. О., Левківської О. П., Михайленка Д. Г., Поліщука Ю. О., Ковалю Ю. С. Незважаючи на це, широке коло питань, пов'язаних із проблемами реалізації та розвитку функції національного превентивного механізму, не отримали у науці конституційного права належного висвітлення, чим і зумовлюється актуальність дослідження.

Метою статті є визначення місця Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у реалізації функції національного превентивного механізму.

Виклад основного матеріалу. Важливе місце в діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (далі – Омбудсман) упродовж останніх років займає питання реалізації національного превентивного механізму (далі – НПМ) за системою «Омбудсман +», дотримання прав і свобод людини і громадянина, недискримінації та гендерної рівності.

Так, за Законом України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 року, на Уповноваженого покладаються функції національного превентивного механізму відповідно Факультативному протоколу до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання [1]. Тобто, за Омбудсманом було закріплено право відвідувати без попереднього повідомлення часу і місця заклади, в яких особи примусово тримаються за судовим рішенням або рішенням адміністративного органу.

Установою Омбудсмана була проведена інвентаризація об'єктів та установ, що підлягають моніторингу НПМ. Відповідно до закону, ними є: місця виконання покарання (виправні установи, слідчі ізолятори, гауптвахти гарнізонів, відділення гарнізонних гауптвахт), організації для примусових заходів медичного характеру (протитуберкульозні, наркологічні, психіатричні), спеціальні установи та приміщення, які забезпечують тимчасову ізоляцію від суспільства (ізолятори тимчасового тримання, будь-які приміщення поліцейських ділянок), центри адаптації неповнолітніх, спеціальні організації освіти, організації, утворені з особливим режимом утримання.

Діяльність Омбудсмана доповнює існуючі засоби захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина, не відміння їх і не тягне перегляду компетенції державних органів, які забезпечують захист і поновлення порушених прав і свобод [1, ст. 4]. Інститут Омбудсмана покликаний захищати права і свободи людини і громадянина, забезпечувати розвиток законодавства і правозастосовної практики, розробляти і впроваджувати просвітницькі програми.

Уся діяльність Омбудсмана будується у відповідності до міжнародних зобов'язань України за ратифікованими конвенціями ООН та з посиланням на практику роботи подібних установ. Повноваження і діяльність Омбудсмана повністю відповідають Паризьким принципам щодо статусу національних інститутів, які займаються заохоченням і захистом прав людини, затвердженим Резолюцією 48/134 Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 р. [2].

Омбудсман у своїй діяльності має право: здійснювати регулярні відвідування місць примусового тримання; проводити опитування осіб, які перебувають у місцях несвободи; вносити пропозиції щодо попередження катувань; залучати на договірних засадах представників громадських організацій, експертів, фахівців, у тому числі іноземних [1, ст. 19–1].

Омбудсман у процесі реалізації НПМ тісно співпрацює з неурядовими організаціями, засобами масової інформації, Підкомітетом ООН з недопущення катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання, Комітетом Ради Європи проти катувань, міжнародними організаціями та відповідними органами іноземних держав. Принципами роботи Омбудсмана є гласність, нейтральність, об'єктивність і доступність; вони дозволяють глибше розкрити характер взаємовідносин Омбудсмана з громадянами та державними органами, а також сукупність прав та обов'язків Омбудсмана й умови їх реалізації. Серед зазначених принципів слід розкрити принципи гласності, нейтральності та доступності, які освітлюються в роботі НПМ.

Принцип гласності в діяльності Омбудсмана реалізується при його взаємодії з засобами масової інформації, проведенні ним різноманітних семінарів, спілкуванні з населенням на місцях, здійсненні експертних поїздок в окремі регіони країни, ознайомленні громадськості з результатами роботи Омбудсмана та специфікою діяльності національних і міжнародних правозахисних організацій.

Принцип нейтральності передбачає збереження неупередженості, об'єктивності та політичної лояльності при здійсненні своєї професійної діяльності, щоб уникнути конфлікту інтересів з громадянами і чиновниками для успішного виконання своїх функцій.

Принцип доступності полягає в такій організації діяльності Омбудсмана та його апарату, яка забезпечувала б зручність громадянам звертатися зі скаргами на дії (бездіяльність) або рішення державних органів та їх посадових осіб.

Омбудсман координує діяльність учасників НПМ та надає доручення моніторам на право здійснення моніторингових візитів до місць несвободи. Учасниками НПМ є особи, які беруть безпосередню участь у моніторингових візитах. Також Омбудсман вживає заходів для забезпечення необхідного потенціалу і професійних знань учасників НПМ. Що стосується відшкодування витрат учасників НПМ на превентивні відвідування місць несвободи, то вони відшкодовуються відповідно до «Порядку здійснення відшкодування фактичних (понесених) витрат монітору національного превентивного механізму під час здійснення моніторингового візиту НПМ» від 16.02.2019 року, затвердженого рішенням Громадської організації «Україна без тортур» [3]. Відшкодування фактичних витрат монітору НПМ за результатами моніторингового візиту здійснюється за рахунок обігових коштів ГО «Україна без тортур» [3, п. 2]. З 2012 року Омбудсманом не було прийнято жодного порядку стосовно відшкодування витрат, тому дане питання на законодавчому рівні не вирішено, а вирішено тільки на рівні громадської організації.

Що стосується діяльності регіональних представників Омбудсмана, то вона регламентується Положенням «Про регіональні представництва Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» [4].

Сьогодні регіональні представництва існують в 24-х областях України: Дніпропетровській, Житомирській, Закарпатській, Івано-Франківській, Одеській, Львівській, Рівненській, Харківській, Херсонській, Чернівецькій та в інших. Регіональні представництва утворюються для забезпечення ефективної діяльності Омбудсмана та для здійснення прийому громадян у віддалених від м. Києва регіонах.

З метою забезпечення взаємодії Омбудсмана з громадянами та представниками інститутів громадянського суспільства на регіональному рівні, за підтримки донорських та міжнародних організацій створено мережу Регіональних координаторів взаємодії з громадськістю з числа місцевих громадських активістів. Створення мережі регіональних координаторів взаємодії з громадськістю обумовлено необхідністю оперативно реагувати на порушення прав та свобод людини і громадянина [5]. Наразі в Україні існує 18 регіональних координаторів у Житомирській, Рівненській, Чернігівській, Сумській, Львівській, Волинській, Івано-Франківській, Чернівецькій, Вінницькій, Тернопільській, Хмельницькій, Черкаській, Дніпропетровській, Полтавській, Запорізькій, Херсонській, Кіровоградській та Луганській областях [6].

Головними функціями регіонального координатора є координація зв'язків із громадськістю та загальний моніторинг прав людини в регіоні. Регіональні координатори значно підвищують рівень довіри до моніторингових візитів, які проводяться Секретаріатом Омбудсмана.

До учасників НПМ входять і працівники Секретаріату. Основними завданнями Секретаріату є організаційне, правове, науково-консультативне, інформаційно-аналітичне, науково-експертне, контрольне, матеріально-технічне, фінансове та інше забезпечення діяльності Омбудсмана з метою здійснення парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина.

На сьогодні в секретаріаті Омбудсмана працює 39 осіб [7]. При Секретаріаті Омбудсмана утворено окремий підрозділ з питань недопущення катувань. До роботи в цьому підрозділі залучаються фахівці різних спеціальностей, які мають належну професійну підготовку.

Протягом першого кварталу кожного року Омбудсман представляє Верховній Раді України щорічну доповідь про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні органами державної влади, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами й організаціями, незалежно від форми власності, та їх посадовими і службовими особами, які порушували своїми діями (бездіяльністю) права і свободи людини і громадянина, та про виявлені недоліки в законодавстві щодо захисту прав і свобод людини і громадянина. У разі необхідності Уповноважений може представити Верховній Раді України спеціальну доповідь (довіді) з окремих питань додержання в Україні прав і свобод людини і громадянина [1, ст. 18].

Відповідно до Конституції України та Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», за щорічною та спеціальною доповідями Верховна Рада України приймає постанову. Але з 2012 року жодної постанови прийнято не було, тому буде доцільним відновити прийняття постанов за щорічною та спеціальною доповідями, щоб у подальшому їх використовувати як джерела права. На жаль, зараз щорічна та спеціальна доповіді носять тільки інформаційний характер про стан додержання та захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні.

Висновки. Омбудсман здійснює захист конституційних прав і свобод людини і громадянина та забезпечує поновлення порушених прав і свобод. НПМ представляє систему спеціалізованих дій Омбудсмана, спрямованих на формування правомірної поведінки посадових осіб щодо осіб, які примусово тримаються у місцях несвободи, і засобів здійснення регулятив-

ної та правозахисної функцій конституційного права і міжнародного права з прав людини. Ефективність діяльності Омбудсмана в реалізації функцій НПМ багато в чому залежить від повноти і визначеності законодавчого закріплення та від поінформованості населення стосовно НПМ.

На сьогоднішній день досягнуто значних результатів в імplementації міжнародно-правових і конституційних зобов'язань України щодо загальної заборони катувань шляхом імplementації Конвенції ООН проти катувань та Факультативного протоколу до Конвенції ООН проти катувань. Але потрібно і надалі вдосконалювати національне законодавство щодо запобігання катуванням та відновити продиктовані Конституцією України форми офіційного реагування Верховної Ради України на результати діяльності Омбудсмана.

Список літератури:

1. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/Z970776.html (дата звернення: 25.04.2019).
2. Паризькі принципи «Щодо статусу національних інститутів, які займаються заохоченням і захистом прав людини», затверджені Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 48/134 від 20 грудня 1993 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU93312.html (дата звернення: 25.04.2019).
3. Порядок здійснення відшкодування фактичних (понесених) витрат монітору національного превентивного механізму під час здійснення моніторингового візиту НПМ, затверджені рішенням Громадської організації «Україна без тортур» від 16.02.2019 року URL: https://notorture.org.ua/2019/02/18/porjadok-zdijsnennja-vidshkoduvannja-faktichnih-vitrat-monitoru-npm-pid-chas-zdijsnennja-vizitu/?fbclid=IwAR12uLcVtSJOomH8Gh_AJNWy_NORFcfKBVbSGAyIiHKGhkfwfXpmAtB_z4 (дата звернення: 25.04.2019).
4. Положення про регіональних представників Уповноваженого ВРУ з прав людини: Наказ Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини № 14/02-13 від 19.02.2013. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v4_02715-13 (дата звернення: 25.04.2019).
5. Руководство Ассоциации по предупреждению пыток (АПП) «Учреждение и назначение национальных превентивных механизмов». Geneva 2, Switzerland, 2006. С. 48.
6. Регіональні представництва Уповноваженого: Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/regionalni-predstavnicztva-upovnovazhenogo/> (дата звернення: 25.04.2019).
7. Структура секретаріату: Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/struktura-sekretariatu/> (дата звернення: 25.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 27.04.2019 р.

Т. Л. Грибова

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

МЕСТО УПОЛНОМОЧЕННОГО ВЕРХОВНОЙ РАДЫ УКРАИНЫ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РЕАЛИЗАЦИИ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРЕВЕНТИВНОГО МЕХАНИЗМА

Резюме

Статья посвящена рассмотрению полномочий и деятельности Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека в реализации функции национального превентивного механизма. В ходе проведенного исследования отражен перечень мест принудительного содержания лиц, согласно Факультативному протоколу к Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток, которые имеют право посещать работники национального превентивного механизма.

В статье раскрыты основоположные принципы работы Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека (такие как гласность, нейтральность и доступность). Обращается внимание на структуру секретариата Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека и его отдельное подразделение по вопросам недопущения пыток. Впервые на научном уровне раскрыт порядок возмещения расходов участников национального превентивного механизма на превентивные посещения мест несвободы.

Особое внимание уделено раскрытию деятельности региональных представителей, региональных координаторов и секретариата Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека. Назван перечень областей, где уже существуют региональные представители и региональные координаторы. В статье предложено возобновить продиктованную Конституцией Украины форму официального реагирования Верховной Рады Украины на результаты деятельности Омбудсмана (принятие постановлений по ежегодным и специальным докладам).

Ключевые слова: национальный превентивный механизм, Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека, Факультативный протокол, Конвенция ООН против пыток, Омбудсман.

T. L. Hribova

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

**PLACE OF THE COMMISSIONER OF THE VERKHOVNA RADA
OF UKRAINE FOR HUMAN RIGHTS IN THE IMPLEMENTATION
OF THE NATIONAL PREVENTION MECHANISM**

Summary

The article is devoted to the consideration of the powers and activities of the Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine for Human Rights in the implementation of the function of the national prevention mechanism.

In the research there was identified a list of detention places for persons, which can be visited by the employees of the national prevention mechanism according to the provisions of Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture.

The fundamental principles of the work of the Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine (such as publicity, neutrality and accessibility) are disclosed in the article. Attention is drawn to the structure of the secretariat of the Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine and its separate unit for the prevention of torture. The expenses reimbursement procedure for the participants of the national prevention mechanism for preventive visits to detention places was disclosed for the first time on a scientific level.

Particular attention is paid to the disclosure of the activities of regional representatives, regional coordinators and the secretariat of the Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine. The list of areas where regional representatives and regional coordinators already exist was named. In the article it was proposed to renovate the form of official response by the Verkhovna Rada of Ukraine to the results of the Ombudsman's activity, dictated by the Constitution of Ukraine (adoption of resolutions for annual and special reports).

Key words: national prevention mechanism, Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine, Optional Protocol, UN Convention against Torture, Ombudsman.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170797

УДК 341.01

В. В. Мазуренко

аспірант

Національний університет «Одеська юридична академія»,

кафедра міжнародного та європейського права

вул. Фонтанська дорога 23, Одеса, 65000, Україна

УЯВЛЕННЯ П. Є. КАЗАНСЬКОГО ПРО ОСНОВНІ КАТЕГОРІЇ ТА СИСТЕМУ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

У статті розглянуто уявлення П. Є. Казанського про природу, джерела, систему, суб'єкти міжнародного права, співвідношення з внутрішньо-державним правом. Доведено позитивістський погляд П. Є. Казанського на міжнародне право та його прихильність до дуалістичного підходу щодо співвідношення міжнародного права з внутрішньодержавним правом. Відзначено, що П. Є. Казанський запровадив ідею щодо міжнародної правосуб'єктності людства.

Ключові слова: П. Є. Казанський, система міжнародного права, дуалізм, міжнародна правосуб'єктність людства.

Постановка проблеми. Дослідження наукової спадщини дослідника з міжнародного права не може не торкнутися відповіді на декілька фундаментальних питань, пов'язаних з уявленням про міжнародне право, його природу, джерела, систему, суб'єкти, співвідношення з внутрішньодержавним правом. Це «теоретичний» мінімум, точка відліку в розумінні та дослідженні будь-якого міжнародно-правового явища й будь-якої концепції чи вчення з міжнародного права.

Не можна не висвітлити діяльність П. Є. Казанського та його погляди на теоретичні питання міжнародного права. Великий досвід дослідження різноманітних інститутів міжнародного права, величезний досвід викладання міжнародного права, створення концепції міжнародного адміністративного права обумовлюють виявлення відправних уявлень Казанського з міжнародного права.

Ці питання є дуже актуальними для розвитку сучасної доктрини міжнародного права, адже ідеї Казанського, незважаючи на властивий йому консерватизм, були вельми цікавими, випереджаючими час, та мали значний прогностичний потенціал.

Метою даної статті є характеристика поглядів П. Є. Казанського щодо теоретичних питань міжнародного права та їх значення для розвитку сучасної доктрини міжнародного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням вивчення творчого спадку П. Є. Казанського в останній час присвячено чимало робіт. Але тільки окремі дослідники торкаються міжнародно-правових поглядів Казанського [1, 2], та, як правило, у контексті окремих міжнародно-правових інститутів, або найбільш відомих напрямів творчості Казанського – щодо статусу міжнародних річок [3], адміністративних союзів держав [4] або міжнародного приватного права [5]. Виключенням є дослідження

У. Батлера, Т. Короткого та Н. Хендель [6, 7, 8], К. Савчука [9, 10]. Але системні та комплексні дослідження поглядів Казанського з теоретичних питань міжнародного права серед сучасних досліджень практично відсутні. Тому зазначена грань діяльності П. Є. Казанського представляє значний інтерес у рамках цієї роботи.

Виклад основного матеріалу дослідження. Загальні погляди на міжнародне право П. Є. Казанський висловив у «Вступі до курсу міжнародного права» (1901 р.) [11] і в Підручнику міжнародного права публічного і цивільного (1902 р., 1904 р.)¹.

Ці підручники – майже останні надруковані значущі праці П. Є. Казанського з міжнародного права. Виходячи з бібліографії Казанського, на початку ХХ ст. міжнародне право вийшло зі сфери його наукових інтересів. До міжнародного права П. Є. Казанський повертається у радянські часи, але праці даного періоду нам відомі лише за назвами із бібліографії Казанського, яка була складена ним самим [12]. Т. Р. Короткий та Н. В. Хендель вказують, що: «Після встановлення радянської влади П. Є. Казанський не друкується, але продовжує писати. До його пера належать такі роботи по міжнародному праву: «Международное право как право советское. Опыт философии международного права»; «Droit international comme droit national. Etude philosophique»; фундаментальна монографія в трьох томах обсягом понад 1500 сторінок «Внешнее право СССР»; «Властный орган международной администрации» в двох томах обсягом 1000 сторінок. На жаль, доля цих робіт невідома...» [6, с. 9].

Тому зазначені підручники можливо розглядати як «вершину» досягнень П. Є. Казанського у сфері міжнародного права. Але ці підручники мають й іншу цінність, на відміну від більш ранніх та вузьких праць, – вони дозволяють дослідити підходи П. Є. Казанського саме до системи міжнародного права, його методологію як науковця та викладача, зрозуміти особливості поглядів Казанського на міжнародне право в цілому та на його окремі інститути. Доречним є порівняння структури та змісту підручників П. Є. Казанського з іншими підручниками, виданими у той же період, що дозволить виокремити особливості міжнародно-правових поглядів П. Є. Казанського.

Щодо оцінки сучасників, не дуже позитивні відгуки на «Підручник міжнародного права публічного і цивільного» дали О. О. Пиленко та Л. О. Камаровський [2, с. 443]. Про це пише В. Е. Грабарь, вказуючи, що «Загальні погляди на міжнародне право Казанський висловив у “Введенні в курс міжнародного права” і в “Учебнике международного права”» [2, с. 443]. Рецензії на ці підручники: В. Е. Грабаря (Юридический вестник, № 9 (вересень 1904), с. 1053); Л. О. Камаровського (Русская мысль № 12 (1902) ч. 2, с. 72-80); М. М. Коркунова (Журнал Министерства юстиции № 3 (березень 1904), ч. 2, с. 272-276); Л. О. Камаровського (Revue de droit international et de legislation compare (Brussels) XXXIV (1902), pp. 465-467) [2, с. 683]. Слід відзначити, що в підручнику графа Л. Кама-

¹ Було два видання цього підручника: Казанский П. Е. Учебник международного права публичного и гражданского / П. Е. Казанский. Одесса : Экономическая тип., 1902. LXIV 532 с.; Казанский П. Е. Учебник международного права публичного и гражданского (2-е издание лекций, на правах литографированного). 2-е издание / П. Е. Казанский. Одесса, Тип.-лит. Штаб Одесского военного округа, 1904. LXIII 534 с.

ровського «Международное право» 1905 р., серед навчальних матеріалів підручники П. Є. Казанського не згадуються [13, с. 20-21].

«Вступ до курсу міжнародного права» добре структуровано, за змістом це є курсом теорії та історії міжнародного права. Загальна структура включає дванадцять глав, серед яких: «Фактичні підстави міжнародного права»; «Визначення і основний поділ міжнародного права»; «Назва міжнародного права»; «Джерела міжнародного права. Загальне вчення. Внутрішні джерела»; «Джерела міжнародного права. Матеріали міжнародного права»; «Джерела міжнародного права. Пам'ятники міжнародного права»; «Позитивний та юридичний характер міжнародного права»; «Загальне та місцеве (приватне) міжнародне право»; «Наука міжнародного права та її значення»; «Науки споріднені та допоміжні до науки міжнародного права»; «Система науки міжнародного права»; «Історія науки міжнародного права». Кожна глава складається з декількох десятків параграфів.

Характерною особливістю міжнародно-правових поглядів П. Є. Казанського було те, що він розглядав міжнародне право перш за все як право міжнародного управління [14, с. 145-149]. Так, він вказував, що «спочатку міжнародне право визначало майже виключно відносини держав між собою. Потім сюди приєдналося цивільно-правове положення окремих осіб у міжнародних відносинах. Нарешті, зробили ще крок, – до цих двох великих питань приєдналося третє, право міжнародних товариств. У той же самий час, у праві міждержавному, тобто яке визначає відносини держав, поряд з правом устрою, найстарішої, основної його частини, висунулася нова – право міжнародного управління; розвиток міжнародного права йшов, звичайно, слідом за розвитком міжнародного життя» [11, с. 44].

Тобто Казанський розглядає міжнародне право у динаміці як систему, що еволюціонує під впливом міжнародних відносин, та серед якісних змін сучасного для нього міжнародного права виокремлює право міжнародного управління. Він виділяє чотири сфери міжнародного права: класичне, міждержавне, міжнародне цивільне, право міжнародних товариств, право міжнародного управління.

Саме формування права міжнародного управління Казанський розглядає як основний результат еволюції міжнародного права: «Починаючи з 70-х років поточного століття, економічне, культурне та ін. зближення народів приводить до міжнародних договорів з питань управління, а ці останні швидко складаються в систему міжнародного права управління. Зрозуміло, як все це повинно було змінювати наші уявлення про міжнародне право» [11, с. 45]. Інакше кажучи, це методологічний підхід, через призму якого Казанський розглядає міжнародно-правові явища.

Під цим кутом Казанський розглядає визначення міжнародного права. Всі існуючі визначення він розподіляє на три групи. Перша – обмеження галузі застосування міжнародного права лише ставленням до держави. Друга – приєднання сюди також міжнародно-правового цивільного положення підданих та людини взагалі. Третя – те, що не випускають з виду й права міжнародного суспільства (міжнародної спільноти). На думку Казанського, це теорія, що зароджується, якій належить майбутнє [11, с. 51].

Провівши аналіз та полеміку з представниками кожного підходу, Казанський пропонує власне визначення міжнародного права: міжнародне право є сукупністю правових правил, що визначають устрій та управління міжнародним спілкуванням і міжнародною спільнотою, міжнародні при-

ватні права окремих осіб; або – міжнародне право є сукупністю правових начал, які визначають взаємні відносини держав і міжнародних спільнот та міжнародне цивільне положення окремих осіб [11, с. 57].

П. Є. Казанський поділяє міжнародне право на публічне, до якого включає устрій та управління міжнародним спілкуванням, тобто відносинами між державами та міжнародними спільнотами [11, с. 66]. Міжнародне суспільне право Казанський визначає як право міжнародних суспільств, головним чином вселенських християнських церков [11, с. 67]. Міжнародне приватне (цивільне) право Казанський розглядає як начала, що визначають цивільні права людини у міжнародній сфері [11, с. 68].

Міжнародне право Казанський розуміє як публічне та приватне, як публічний та приватний порядок особливої сфери життя, міжнародної [11, с. 69]. Як вказує Н. В. Хендель, П. Є. Казанський є автором концепції, згідно з якою міжнародне право – це сукупність юридичних правил, що визначають устрій та управління міжнародним спілкуванням і цивільні права людини, констатуючи широкий підхід П. Є. Казанського до розуміння міжнародного права, який поряд з міжнародним публічним включав і міжнародне приватне право [5, с. 127].

У «Підручник міжнародного права публічного і цивільного» П. Є. Казанський також включає поняття міжнародного права в широкому сенсі, міжнародне публічне і міжнародне цивільне право [15]. Міжнародне цивільне право спрямоване на регулювання міжнародного цивільного обороту, і являє собою основу, яка визначає цивільні права людини в міжнародних відносинах (цивільні права іноземців) [15, с. 493]. Досліджуються питання кодифікації всесвітнього цивільного права, джерела міжнародного цивільного права, принципи застосування міжнародного цивільного права, співвідношення внутрішнього права і міжнародного цивільного права [15, с. 333-334].

П. Є. Казанському притаманний своєрідний підхід до джерел міжнародного права (воля бога, природа людини, рішення судів міжнародних і внутрішньодержавних, роль доктрини (*opinion doctorum*, вчення Блюнчлі, вчення Мартенса), ідеї щодо ролі міжнародної правосвідомості як джерела міжнародного права. Вже в перших працях Казанський відзначає чільну роль джерела для дослідження міжнародного права, його об'єктивний та основоположний характер. Фактично, він принижує роль доктрини як джерела міжнародного права та джерела знань про міжнародне право [16, с. III-V]. У період активного дослідження міжнародного права він неухильно дотримується цього підходу.

Казанський виокремив недоліки міжнародного права, відзначаючи, що «різними недосконалостями відрізняється і саме міжнародне право» [11, с. 178]. До таких він адресував відсутність міжнародної законодавчої влади, відсутність інституту примусу і вплив сили на міжнародні відносини, що, на його думку, робить міжнародне право аморфним. Як вказує Казанський, «Система міжнародно-правових засад менш розвинена, менш визначена і менш охороняється, ніж система начал внутрішнього права держав. Міжнародне право ще недостатньо охоплює міжнародне життя, а засади його, будучи дуже часто простого походження, не завжди представляють бажану визначеність поведінки або заборони. Особливий недолік міжнародного права, в порівнянні з правом внутрішньодержавним, становить недостатній розвиток міжнародного процесу, або міжнародної правоохорон-

ної діяльності» [11, с. 178]. Казанський обґрунтовано визначає, що й внутрішньодержавне право, особливо цивільне, не завжди було розвиненим. Цікавим є зіставлення уявлень про недоліки класичного міжнародного права через призму уявлень П. Є. Казанського та недоліки міжнародного права епохи модерну. Тому дуже актуальним, особливо для сучасних прихильників концепції кризи міжнародного права, звучить теза Казанського: «Те, що ... є недоліками міжнародного права, по суті ... може вважатися тільки його особливостями» [11, с. 178]. Далі Казанський вказує на причини такої особливості: «Основна особливість міжнародного права, з якої випливають всі інші, полягає в тому, що воно покоїться на самостійності головних своїх суб'єктів – держав (і суспільств). Збереження і юридичне визначення цієї самостійності є необхідною умовою збереження та розвитку суспільного життя на землі. На міжнародному праві лежить обов'язок створити... загальний для народів, всесвітній порядок» [11, с. 179].

Відрізняються оригінальністю і погляди П. Є. Казанського на питання міжнародної правосуб'єктності – серед суб'єктів міжнародного права він розглядав не тільки держави, а й так звані міжнародні суспільства (зокрема, вселенські церкви, автономні колонії) і навіть у деяких випадках – індивідів. Таким чином, на думку Казанського, міжнародне право регулює широке коло як публічно-правових, так і приватноправових відносин, що виходять за межі однієї держави [4].

До невинувато забuтих, проте вельми актуальних після цілого століття забuття, слід віднести ідеї П. Є. Казанського про співвідношення міжнародного права і людства. У своїх роботах П. Є. Казанський фактично розглядав міжнародну правосуб'єктність людства, ідею політики світової держави.

У підручнику П. Є. Казанського «Введення в курс міжнародного права» питанням наявності у людства міжнародної правосуб'єктності, взаємозв'язку між людством і міжнародним правом, присвячено окремий параграф «Людство як єдине ціле». На нашу думку, в цій частині можна говорити про притаманний Казанському соціологічний підхід до міжнародного права.

П. Є. Казанський доводить, що ідея єдності людства була властива й античності, доводячи це наступною цитатою Епіктета: «Ти громадянин – частина світу», а також твердженням Цицерона, що люди утворюють один загальнолюдський союз (*societas humanum*). Також ідею єдності людства П. Є. Казанський розглядав у єдності християнського світу [11, с. 35].

Вчений вказує, що «Свідомість того, що людство (*l'humanidad, l'humanit, die Menschheit*) все чіткіше й чіткіше складається у великий суспільний організм, широко проникло в твори сучасних дослідників суспільного життя. Серед політичних наслідків поліпшених шляхів сполучення В. Рошер вказував на “можливе в майбутньому змішання народів і утворення космополітичної самосвідомості людства, яке тепер ми знаходимо в зародку тільки у благородній частини суспільства”. У відомому відношенні це об'єднання людства вже настало» [11, с. 33-34]. Тобто це загальносоціальне обґрунтування формування людства як єдності на основі загальної самосвідомості.

П. Є. Казанський під людством розуміє всесвітнє суспільство, до якого входять і окремі особи, і групи осіб, і держави [11, с. 33]. Тобто це є широкий підхід до людства, яке складається зі всіх соціальних компонентів.

Казанський вказує, що є обставини, які з'єднують всіх членів людства єдиним невидимим ланцюгом [11, с. 34].

За думкою Казанського, метою людства є взаємне прийняття участі в розвитку [11, с. 34]. Це перекликається з сучасною концепцією розвитку, яка є парадигмою розвитку цивілізації на сучасному етапі. Це 8 мета Цілей розвитку тисячоліття «Сформувані всесвітнє партнерство з метою розвитку», 17 мета Перетворення нашого світу: порядок денний у галузі сталого розвитку на період до 2030 року «Зміцнення засобів досягнення сталого розвитку та активізація роботи механізмів глобального партнерства в інтересах сталого розвитку».

За Казанським, людство реалізовує свою правосуб'єктність шляхом вільного союзу. Саме ця ідея фактично є включенням людства до суб'єктів міжнародного права у якості окремого суб'єкта, який володіє унікальними характеристиками.

Як далі вказує П. Є. Казанський, уявлення про вільний союз, у якому живуть народи, про міжнародне спілкування (*uniomaxima, civitasmaxima, civitascivitatum*), є одним з головних начал науки міжнародного права [11, с. 34]. Саме ця ідея випереджає сучасні уявлення про міжнародне співтовариство, які тісно пов'язані з концепцією міжнародної правосуб'єктності людства [17].

П. Є. Казанський був не єдиним з тих, хто висловлював думки про те, що людство слід визнати суб'єктом міжнародного права. Так, у російській науці міжнародного права дореволюційного періоду ще О. С. Яценко, який підготував магістерську дисертацію за темою «Международный федерализм. Идея юридической организации человечества в политических учениях до конца XVII века» та прийшов до висновку, що «абсолютно суверенним є лише людство» [18, с. 112-113]. Причому джерело міжнародного права він вбачав у авторитеті людства [19, с. 112-113].

З цього випливає висновок, що визнання міжнародної правосуб'єктності людства не є виключно відображенням змін сучасного міжнародного права, його причини значно глибше, і можливо, сучасні тенденції тільки актуалізують його.

Ще одним важливим питанням є погляд Казанського на співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права. Фактично, це співвідношення відображає комплексне уявлення про правові явища, які належать до міжнародної та національної систем суспільних відносин. У підручнику «Введення в курс міжнародного права» Казанський висловлює думку про те, що «міжнародне право – частина англійського права. Воно, на думку англо-американських юристів, так само обов'язково для судів, як якщо б воно становило частину національного права, навіть якщо це не призначено особливо законодавцем. Подібні ж погляди висловлювалися і дослідниками інших народностей. Так, Геффкен вважає міжнародне право за частину чинного права держави. Все це близько до істини» [11, с. 176]. На перший погляд може виникнути думка, що мова йде про примат внутрішньодержавного права над міжнародним та відповідний моністичний підхід Казанського до цього питання. Але, на нашу думку, ця цитата скоріш за все характеризує питання взаємодії внутрішньодержавного права та міжнародного права, питання дії міжнародного права у національній правовій системі. Такий висновок можливо зробити із наступної думки Казанського про те, що окремі частини міжнародного права нерідко прямо вводяться у

внутрішнє право держав. Державам часто доводиться істотно змінювати своє внутрішнє законодавство, включаючи в нього нові відділи права, маючи на увазі вимоги міжнародних зносин, або міжнародних договорів [11, с. 176]. На нашу думку, це свідчить, що на період до 1905 р. (тобто тих подій, які привели до зміни інтересів та підходів Казанського до розуміння права) П. Є. Казанський дотримувався дуалістичного підходу до співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права. Про це свідчить висловлювання Казанського, що міжнародне право є обов'язковим не тільки для самих держав, а й для їх частин, підданих і влади. Адміністрація і суд мають справу з ним, як і з правом внутрішнім [11, с. 176]. Тобто, можливо говорити про те, що Казанському властивий дуалістичний підхід з елементами примата міжнародного права над внутрішнім [11, с. 176].

Висновки. Таким чином, варто відзначити, що П. Є. Казанському властиві достатньо оригінальні погляди на теоретичні питання міжнародного права. Фактично, підручники Казанського з міжнародного права, особливо «Введення в курс міжнародного права», є викладом підходів Казанського до теоретичних питань міжнародного права. Доведено позитивістський погляд П. Є. Казанського на міжнародне право та прихильність Казанського до дуалістичного підходу щодо співвідношення міжнародного права з внутрішньодержавним правом. Вказано, що Казанський запровадив ідею щодо міжнародної правосуб'єктності людства. П. Є. Казанський дотримувався широкого підходу до визначення, системи та суб'єктів міжнародного права, включаючи міжнародне публічне і міжнародне цивільне право. Він відокремлює чотири сфери міжнародного права: класичне міждержавне; міжнародне цивільне; право міжнародних товариств; право міжнародного управління.

Список літератури:

1. Бачур Б. С. Забытые имена: Петр Евгеньевич Казанский [13(26).V.1866 – 26.I.1947]. Правова держава. Випуск 32. 2018. С. 10-21.
2. Грабарь В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). Научный редактор, автор библиографического очерка и составитель библиографии У. Э. Батлер. Ответственный редактор и автор предисловия В. А. Томсинов. М.: Зерцало, 2005. 888 с.
3. Самойленко Є. А. Розвиток теорії міжнародного річкового права в Російській Імперії. Правовий вісник Української академії банківської справи. 2011. № 2 (5). С. 128-132.
4. Савчук К. О. Концепція права міжнародного управління професора П. Є. Казанського та її значення для сучасної науки міжнародного права / К. А. Савчук. Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького : Збірник наукових праць. К., 2011. С. 75-79.
5. Хендель Н. В. Творча спадщина П. Є. Казанського у галузі міжнародного приватного права. Нариси з міжнародного приватного права. Вип. 4 / за ред. А. С. Довгерта, О. М. Бірюкова. К.: Алерта, 2016. С. 123-131.
6. Короткий Т. Р., Хендель Н. В. Творческое наследие профессора Петра Евгеньевича Казанского. Одесса : Фенікс, 2015. 40 с.
7. Butler W. E. Professor Peter E. Kazanskiy: milestones of biography and creativity / W. E. Butler, N. V. Hendel, T. R. Korotkyi, V. V. Mazurenko. Odesa. Feniks, 2017. 66 p.
8. Butler W. E. The legal scholarship of P. E. Kazanskiia bio-bibliographical essay/ W. E. Butler, N. V. Hendel, T. R. Korotkyi. Jus Gentium. Vol. 1, №. 1. 2015. P. 141-182.

9. Савчук К. А. Міжнародно-правові ідеї Петра Євгеновича Казанського та їх значення для сучасної науки міжнародного права. Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 339-343.
10. Савчук К. А. Вклад Петра Евгеньевича Казанского в развитие мировой и отечественной науки международного права. Альманах международного права. Выпуск 3. 2011. С. 221-226.
11. Казанский П. Е. Введение в курс международного права. Одесса : «Экономическая» типография и литография, 1901. 386 с.
12. Казанский П. Е. Указатель ученых и публицистических работ б. заслуженного ординарного профессора Новороссийского университета и б. профессора вузов Одессы П. Е. Казанского, составленного им самим. 1892-1939. 30 с.
13. Комаровский Л. Международное право. Москва : Типо-Литография Г. И. Простакова, 1905. 118 с.
14. Мазуренко В. В. Міжнародно-правова спадщина П. Є. Казанського та розвиток міжнародного права. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 12. С. 145-149.
15. Казанский П. Е. Учебник международного права публичного и гражданского. О., 1904. 534 с.
16. Казанский П. Договорные реки. Очерки истории и теории международного речного права : в 2 томах. Казань : Типо-Литография Императорского Университета, 1895. Т. 1. 479 с.
17. Короткий Т. Р. Від прав людини до прав людства. Укр. часопис міжнар. права : наук.-практ. журн. 2013. Спец. вип.: Права людини. С. 58-61.
18. Яценко А. С. Международный федерализм. СПб., 1908. 386 с.
Мережко А. А. Психологическая теория международного права (публичного и частного). О.: Фенікс, 2012. 244 с.

Стаття надійшла до редакції: 25.05.2019 р.

В. В. Мазуренко

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
кафедра международного и европейского права
ул. Фонтанская дорога, 23, Одесса, 65000, Украина

ПРЕДСТАВЛЕНИЯ П. Е. КАЗАНСКОГО ОБ ОСНОВНЫХ КАТЕГОРИЯХ И СИСТЕМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Резюме

В статье рассмотрены взгляды П. Е. Казанского на природу, источники, систему, субъектов международного права, соотношение с внутригосударственным правом. Доказано позитивистский взгляд П. Е. Казанского на международное право и приверженность Казанского дуалистичному подходу относительно соотношения международного права с внутригосударственным правом. Казанский ввел идею о международной правосубъектности человечества.

Ключевые слова: П. Е. Казанский, система международного права, дуализм, международная правосубъектность человечества.

V. V. Mazurenko

National University "Odesa Law Academy",
The Department of International and European Law
Fontanskaya doroga str., 23, Odesa, 65000, Ukraine

REPRESENTATIONS BY P. E. KAZANSKYI ON THE BASIC CATEGORIES AND THE SYSTEM OF INTERNATIONAL LAW

Summary

The article deals with the presentation of P. E. Kazanskyi on the nature, sources, system, subjects of international law, and the ratio of domestic law. Positivist view P. E. Kazanskyi on international law and the Kazanskyi commitment to a dualistic approach to the ratio of international law with domestic law is proved. Kazanskyi introduced the idea of the international legal personality of humanity.

Key words: P. E. Kazanskyi, the system of international law, dualism, the international legal personality of humanity.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166786

УДК 341.1/8

А. В. Левенець

кандидат юридичних наук

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра конституційного права та правосуддя

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

О. Г. Хрещева

студентка

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра конституційного права та правосуддя

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ГУМАНІТАРНА ІНТЕРВЕНЦІЯ ЯК ВИНЯТОК З ПРИНЦИПУ НЕВТРУЧАННЯ У СПРАВИ ДЕРЖАВ

Статтю присвячено аналізу питання правомірності застосування гуманітарних інтервенцій у міжнародному праві, визначенню сутності поняття «гуманітарна інтервенція» та його ознак. Досліджено міжнародно-правові критерії гуманітарного втручання, за якими частина міжнародної спільноти допускала правомірність зазначеної концепції. Окреслено основні суперечності щодо легітимності застосування гуманітарної інтервенції, а також проблему співвідношення принципів поваги до народного суверенітету держави та можливого втручання у внутрішні справи держави через пріоритетний захист прав людини.

Ключові слова: гуманітарна інтервенція, концепція державного суверенітету, захист прав людини, принцип невтручання.

Постановка проблеми. Протягом останніх десятиліть ми можемо спостерігати часті спалахи етнічних та релігійних конфліктів, які іноді переходять в дуже запеклі протистояння. Під час цих конфліктів відбуваються масові порушення прав великої кількості людей. Тому є не випадковим, що світова спільнота шукає засоби протидії таким проявам. Одним з найбільш суперечливих засобів захисту прав людини, який викликає у сучасній теорії та практиці міжнародного права серйозні дискусії з приводу його припустимості, є концепція «гуманітарної інтервенції».

Необхідність загострення уваги до цієї проблеми обумовлена тим, що міжнародна спільнота, з одного боку, бере на себе зобов'язання надавати допомогу населенню тих держав, у яких спостерігаються численні акти порушення прав людини, а з іншого боку, зобов'язана також дотримуватися принципу невтручання у внутрішні справи держави, закріпленого в п. 7 ст. 2 Статуту ООН.

Довгі роки концепція «гуманітарної інтервенції» вважалася недопустимою, адже принцип невтручання у внутрішні справи держави визнавався непорушним, проте поступово представники міжнародної спільноти почали розглядати концепцію «гуманітарної інтервенції» як легітимну. Але

не всі держави підтримали такий підхід до зазначеної концепції (держави-члени міжнародних організацій «Група 77» та «Рух неприєднання»).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До окремих аспектів проблеми, що досліджується, у своїх працях звертаються такі вчені: Л. Аксуорсі, Ж. Баранін, А. Беллами, О. Буткевич, Т. Вейс, О. Ганзенко, Т. Герард, Л. Тарасова та інші.

Метою статті є аналіз умов та критеріїв допустимості втручання у внутрішні справи держави у випадку здійснення грубих та систематичних порушень прав і свобод людини на її території крізь призму концепції «гуманітарної інтервенції».

Вклад основного матеріалу. Концепція «гуманітарної інтервенції» йде врозріз з усталеною після другої світової війни системою основних принципів міжнародного права, визнаних усіма її суб'єктами як обов'язкових. Потрібно віддати належне тому факту, що ідея гуманітарної інтервенції не є новою. До неї часто зверталися в період так званого «класичного» міжнародного права.

На думку О. О. Нігреєвої, «для чинного міжнародного права, концептуальним поняттям якого залишається поняття державного суверенітету, можливість втручання у сферу національної компетенції держави залишається абсолютно неприйнятною» [1, с. 385].

Втім, протягом останніх десятиліть допустимість застосування гуманітарних інтервенцій, тобто втручання у внутрішні справи держави з метою захисту прав його населення від масових і систематичних порушень, все частіше має місце не тільки теоретично, але й практично.

Як нами вже відзначалось раніше, «яскравим та доволі дискусійним прикладом невинного застосування гуманітарної інтервенції, санкціонованої Резолюцією Ради Безпеки (далі РБ) ООН, є інтервенція в Лівії (2011 рік), яка справила величезний дестабілізуючий вплив на розвиток ситуації в регіоні, призвела до повалення режиму Муаммара Каддафі, масових заворушень і фактичного розпаду колись розвинутої за африканськими показниками держави. Незважаючи на проголошений мотив втручання – захист прав людини, сили міжнародної коаліції (у першу чергу держави-учасниці блоку НАТО) не змогли забезпечити відповідність інтервенції міжнародним нормам про права людини [2].

Численні приклади неправомірного застосування військової сили «в гуманних цілях» можна спостерігати в практиці міжнародних відносин другої половини ХХ–ХХІ століть. Так, «після вторгнення ряду арабських держав на територію Палестини у 1948 році, Єгипет заявив про свою участь в інтервенції для захисту життя та власності арабів, які проживають в Палестині; у 1983 році під приводом відновлення «порядку» в країні та «захисту» своїх громадян була проведена військова операція в Гренаді з боку США та ряду держав Карибського басейну; гуманітарна інтервенція в Сомалі та Іраку (1991 р.), НАТО в Югославії (1999 р.), вторгнення збройних сил США та Великобританії в Ірак (2003 р.)» [3, с. 36] тощо.

Як здається, гуманітарна інтервенція є винятком з основного принципу міжнародного права про неприпустимість втручання у внутрішні справи держави. Базою формування і закріплення цього принципу є положення ст. 2 Статуту ООН. Надалі цей принцип отримав деталізацію в Декларації про принципи міжнародного права, що стосується дружніх відносин і співробітництва між державами 1970 р., а також у Заключному акті Народи з

безпеки і співробітництва в Європі 1975 року. Отже, «головним протиріччям у правовому регулюванні питання про гуманітарне втручання є колізія між принципом невтручання у внутрішні справи держави та принципом дотримання і поваги прав та основних свобод людини» [2].

Прибічники концепції гуманітарної інтервенції вважають, що категорія «права людини» є універсальною та не може обмежуватись у просторі кордонами окремих держав, а принцип дотримання та захисту прав людини виступає в якості фундаменту сучасного міжнародного правопорядку, а отже є пріоритетним. Противники концепції гуманітарної інтервенції наполягають на непорушності суверенітету та принципу невтручання у внутрішні справи держави як основи міжнародного класичного права.

Ідея непорушності суверенітету держави панувала до другої половини ХХ століття, проте сьогодні в умовах глобалізації відбувається зниження його ролі та трансформація класичних рис, як то неподільність, верховенство та необмеженість. Як вірно відзначає дослідниця Здоровега М. В., «суверенітет є властивістю влади, яка взяла на себе зобов'язання захищати свій народ. Однак недотримання владою своїх зобов'язань узаконює гуманітарну інтервенцію, яка стає на захист порушених прав громадян. Це вказує на певну еволюцію норм, які стосуються гуманітарного втручання як відповіді на надзвичайні ситуації найвищого рівня, такі як геноцид, масові вбивства та етнічна чистка, що є центральними для міжнародних відносин ще з часів Другої світової війни [4, с. 104].

Градецька Н. М., досліджуючи проблему взаємодії принципів поваги до прав людини та невтручання у внутрішні справи держави, відзначає: «інституціонально юридичною підставою втручання у внутрішні справи держави з метою захисту прав і основних свобод є, перш за все, глава VII Статуту ООН, яка дозволяє Раді Безпеки вжити необхідних заходів щодо будь-якої держави для підтримки міжнародного миру і безпеки... Стаття 33 Європейської конвенції із захисту основних прав і свобод людини 1950 р., яка присвячена міждержавним скаргам, дозволяє втручатися у внутрішні справи держав-учасниць іншим державам-членам Ради Європи. Аналогічні положення містяться і в багатьох міжнародних конвенціях з прав людини як на універсальному, так і на регіональному рівні. Наприклад, Стаття 41 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права передбачає також, що одна держава може подати претензію іншій державі проте, що вона не виконує положення даної Конвенції. У статтях 47 і 49 Африканської хартії прав людини і народів йдеться про можливість оскаржити дію іншої держави, якщо вона порушує права людини. Вище наведені приклади дають підстави державам втручатися у внутрішні справи з питань, що належать до прав людини» [5, с. 122].

Таким чином, можливість гуманітарного втручання з метою захисту прав людини на території держави, в якій вони масово порушуються, не суперечить принципу державного суверенітету, оскільки він має розглядатись у межах єдиної для всього сучасного цивілізованого світу концепції універсальності прав людини. «Сенс цієї концепції полягає в тому, що всі держави, які взяли на себе зобов'язання поважати Статут ООН, Загальну декларацію прав людини 1948 р, Гельсінкський Заключний акт та інші документи, що проголошують універсальні й невід'ємні права людини, одночасно взяли на себе міжнародно-правове зобов'язання гарантувати

закріплені в них права людини і визнали, що ця сфера не є предметом їх виключної компетенції» [2].

Окремою проблемою є той факт, що у міжнародному праві й досі відсутнє нормативне визначення поняття «гуманітарна інтервенція», на відміну, наприклад, від поняття «агресія», яке отримало своє закріплення у резолюції Генеральної Асамблеї ООН 1974 р. У доктринальній площині також немає однастайності з цього приводу. Автори дотримуються різних позицій щодо сутності та основних ознак «гуманітарної інтервенції».

Погоджуємось із думкою Л. Тарасової, що «у самому понятті «гуманітарна інтервенція» є внутрішнє протиріччя» [6, с. 99], яке англійський професор Фрідман назвав одночасною присутністю двох смислів [7]. Перший смисл визначає характер акції, яка застосовується в ім'я підтримання миру та стабільності. Другий полягає в грубому порушенні суверенітету держави.

Англійський вчений Генрі Холзгріф розглядає гуманітарну інтервенцію як «загрозу використання сили або її використання поза межами власних кордонів державою (або групою держав), що має на меті припинення масових та жакливих порушень основних прав людини стосовно осіб, що не є громадянами цієї держави, без дозволу держави, на території якої застосовується сила» [8].

Професор О. Хлестов пропонує таке визначення: «Гуманітарна інтервенція – застосування збройної сили однією державою чи групою держав проти іншої держави для захисту прав людини (громадян цієї країни), тобто захист прав населення на території іншої держави без згоди її уряду» [9].

На думку доктора права із Нідерландів Т. Герард, гуманітарна інтервенція, за визначенням, передбачає використання збройної сили та відсутність необхідності у дійсній згоді законного уряду на проведення дій, які здійснюються третьою стороною – державою чи групою держав. Далі автор підкреслює, що принаймні п'ять ситуацій не підпадають під доктрину гуманітарної інтервенції, навіть у разі, якщо зацікавленість гуманітарного плану присутня у контексті зазначених операцій: а) акції з використанням збройної сили на прохання законного уряду (зокрема акції, передбачені угодами); б) акції, що відбуваються в рамках традиційних миротворчих операцій, що проводяться ООН; в) військові операції, які здійснюються державою з метою порятунку своїх підданих за кордоном від неминучої загрози їхньому життю або здоров'ю; г) акції примусового характеру, що не включають використання збройної сили; д) операції, які включають використання збройної сили, що вживаються за відсутності згоди законного уряду, але які не володіють основними ознаками гуманітарного характеру [10, с. 4].

Як уважає науковець Л. Тарасова, одне з найбільш повних визначень гуманітарної інтервенції було закріплено у спільній доповіді двох голландських неурядових організацій – Консультативного комітету з прав людини і зовнішньої політики та Консультативного комітету з питань публічного міжнародного права [6, с. 100].

У доповіді гуманітарна інтервенція визначається як «загроза або використання сили однією або більше державами в межах території іншої держави з єдиною метою зупинити або запобігти великомасштабним, серйозним порушенням основних прав людини, які мають місце, або здійснення яких в найближчому майбутньому очевидно, незалежно від громадянства;

зокрема до таких прав особливо належить право індивідів на життя, у випадках, коли загроза або використання сили здійснюються або без попереднього отримання повноважень від компетентних органів ООН, або без дозволу законного уряду країни, на території якої інтервенція мала місце» [6, с. 100].

З наведеного вище визначення можна виокремити наступні обов'язкові ознаки гуманітарної інтервенції: військовий характер акції; відсутність згоди законного уряду держави – об'єкта інтервенції; гуманітарний характер, тобто наявність спеціальної мети – припинення грубих та масових порушень прав людини або військових злочинів (геноцид, апартеїд тощо); відсутність санкції РБ ООН на проведення операції.

Щодо останньої ознаки – з нею важко погодитись, оскільки вона не знаходить свого нормативного закріплення в положеннях міжнародних договорів. Так, відповідно до Статуту ООН, «будь-яке застосування сили, не сумісне з цілями організації, протиправно». Статут ООН дозволяє застосовувати силу лише в порядку самооборони (ст. 51 Статуту ООН) або за рішенням Ради Безпеки, для відновлення міжнародного миру і безпеки (ст. 42 Статуту ООН). Отже, «тільки Рада Безпеки має право визначити, що величезні порушення прав людини, що відбуваються в межах будь-якої країни, складають загрозу миру, і тільки вона уповноважена закликати примусовою силою покласти край цим правопорушенням» [6, с. 102]. У цьому ж напрямку відстоює свою позицію і проф. Хлестов О. М., який відзначає: «визнання гуманітарної інтервенції правомірною акцією... та можливість застосування збройної сили державою без дозволу Ради Безпеки ООН йшло б врозріз із розвитком людства, яке на початку ХХ століття обмежило застосування збройної сили, а потім заборонило її використання (крім самооборони)» [9].

Проте деякі теоретики міжнародного права стверджують, що використання сили державою або групою держав виключно в цілях запобігання або захисту від серйозних порушень основних прав людини, особливо права на життя, незалежно від національності, може мати місце і без дозволу відповідних органів ООН (РБ) [11, с. 652]. Такі погляди пояснюються тим, що право на «гуманітарне втручання» існує в звичайно-правовій формі та скасовує застарілу договірну заборону. Основним підґрунтям такої думки виступає занадто складна та затягнута процедура прийняття рішень Радою Безпеки ООН щодо примусових дій, зокрема щодо санкціонування застосування гуманітарної інтервенції. Окремих нарікань зазнає право «вето», яке належить членам РБ ООН та яке ключовими державами-членами часто застосовується не з метою захисту прав людини, а у власних політичних або економічних інтересах.

Окремими представниками світової спільноти взагалі висувається позиція з приводу недопустимості гуманітарної інтервенції. У підсумкових документах XIII міністерської конференції Руху неприєднання у Картагені 8–9 квітня 2000 року та саміту «Групи 77» у Гавані 10–14 квітня того ж року, зокрема, встановлено: «Ми не приймаємо так зване право на гуманітарну інтервенцію, яке не має юридичної бази ні у Статуті ООН, ні у загальних принципах міжнародного права». Рух неприєднання у Картагені також одностайно підкреслив «тверде засудження будь-яких односторонніх військових акцій, зокрема акцій, які здійснюються без належного санкціонування РБ ООН» [12].

Отже, враховуючи різні позиції вчених стосовно терміну «гуманітарна інтервенція», можна зробити висновок, що гуманітарна інтервенція – це санкціоноване Резолюцією РБ ООН використання збройної сили однією державою або коаліцією держав проти третьої держави без згоди її законного уряду, з метою припинення грубих та масових порушень основних прав людини на території цієї держави.

На основі наукових досліджень гуманітарної інтервенції можна зробити висновок, що існують певні міжнародно-правові критерії допустимості гуманітарної інтервенції: а) гуманітарна інтервенція повинна здійснюватися виключно у межах Статуту ООН; б) гуманітарна інтервенція може бути проведена тільки у разі її санкціонування Резолюцією РБ ООН; в) грубі та масові порушення прав людини повинні бути неминучими або такими, що вже відбуваються; г) всі можливі мирні засоби повинні бути вичерпані; г) сила повинна застосовуватися тільки з метою припинення грубих та масових порушень прав людини і не може бути використана в будь-яких інших інтересах держави, яка здійснює гуманітарну інтервенцію; д) застосування сили не може мати на меті змінити політичний або соціально-економічний лад держави, повалити уряд; е) збройні сили повинні застосовуватися обмежений час, і як тільки мета гуманітарної інтервенції буде досягнута, мають бути негайно виведені з іноземної території.

У своїй щорічній доповіді Генеральній Асамблеї ООН у 1991 році Генеральний секретар Бутрос Галі висловив фундаментальне розуміння ставлення міжнародної спільноти та Організації Об'єднаних Націй до систематичних порушень державами основних прав людини. Він зазначив: «Наразі, як ніколи, усвідомлюється, що принцип невтручання у внутрішню компетенцію держав не повинен розглядатися як захисний бар'єр, за яким систематично безкарно порушуються права людини. Той факт, що в різного роду ситуаціях ООН не була здатна запобігти жорстокості, не може розцінюватися як аргумент правового або морального характеру проти необхідних дій щодо зміни ситуації, особливо при загрозі миру. [...] Самі доводи, які стосуються невтручання, територіальної цілісності та політичної незалежності держав, є безперечними. Проте їх можна послабити, якщо включити положення про те, що суверенітет, навіть у наші дні, дає право на масове винищення чи початок систематичних кампаній з винищування або масового вигнання цивільного населення під виглядом придушення заколоту або збройного повстання» [13].

У 2000 році канадським урядом під егідою ООН була заснована спеціальна міжнародна комісія – Міжнародна комісія з питань інтервенції та державного суверенітету. До складу комісії входили Гарет Іванс, Мохамед Сахун, Жізель Коте-Харпер, Володимир Лукін, Лі Гамільтон та інші. У грудні 2001 року ця група представила на розгляд Генеральному секретарю ООН та державам-членам ООН добре відому в міжнародному праві доповідь «Responsibility to protect» («Обов'язок захищати»), що запропонувала альтернативу концепції «гуманітарної інтервенції», замінив її «обов'язком захищати». Ця доповідь поклала початок розвитку нової доктрини «responsibility to protect», яка фактично розглядає те ж втручання у внутрішні справи держави, але інакше репрезентує концепцію державного суверенітету.

На думку колишнього Генерального секретаря ООН Кофі Аннана, «у багатьох випадках конфлікт може стати настільки небезпечним, що міжнародне співтовариство виявить себе зобов'язаним втрутитися» [6, с. 102].

Висновки. На основі вищезазначеного стало можливим зробити певні узгодження та висновки.

Вчені та державні діячі минулого взагалі не припускали можливість правомірного зовнішнього втручання у внутрішні справи окремої держави. Така позиція була обумовлена наявністю та пріоритетністю тодішньої концепції суверенітету.

Однак, на початку 90-х рр. ХХ ст. виникла нагальна потреба переглянути підхід до цього питання, адже світове співтовариство стало свідком великих спалахів різноманітних конфліктів, у результаті яких загинула значна кількість цивільного населення, як-от конфлікт на Балканах та в Раунді. Під час цих конфліктів відбувалися грубі та систематичні порушення основних прав людини. З огляду на це, прагнення світового співтовариства знайти способи протидії та запобігання подібним актам були цілком зрозумілими та доцільними. Проте, звернення до такого способу захисту прав людини як гуманітарна інтервенція видавалося доволі суперечливим та дискусійним з точки зору його правомірності.

Варто відзначити, що концепція не набула значного поширення, передусім через те, що багато держав виступили рішуче проти гуманітарної інтервенції (наприклад, держави-члени міжнародних організацій «Група 77» та «Рух неприєднання» тощо). Наразі первинна модель гуманітарної інтервенції втратила свою актуальність, проте багато науковців і досі продовжують дослідження у цій сфері та розглядають у свої наукових працях гуманітарну інтервенцію як припустимий спосіб захисту прав людини.

На нашу думку, застосування військової сили в рамках реалізації гуманітарної інтервенції є винятковим засобом. Ми переконані, що ця концепція у своєму первісному вигляді не може розглядатися як правомірний засіб у міжнародно-правовому інструментарії захисту прав людини, що відображає позицію великої кількості держав світу.

Список літератури:

1. Нігрєєва О. О. Гуманитарная интервенция в контексте защиты прав и свобод человека. Альманах права. 2013. Вип. 4. С. 385-388.
2. Хріщева О. Г. Щодо правомірності застосування гуманітарної інтервенції у міжнародному праві. URL: www.lex-line.com.ua/download.php?file=file_1515190339.pdf (дата звернення: 15.04.2019).
3. Мустафаєва Н. И. Международно-правовая позиция Азербайджана в отношении реформирования ООН : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Международное право; Европейское право». М., 2016. 196 с.
4. Здоровега М. В. Проблема легітимності гуманітарних інтервенцій у сучасних міжнародних відносинах. Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. 2015. Випуск 27. С. 102-107.
5. Градецька Н. М. Колізія міжнародних принципів поваги прав людини та невтручання у внутрішні справи держав. Держава та регіони. Серія: Право. 2017. № 2 (56). С. 120-124.
6. Тарасова Л. М. До дискусії про правомірність гуманітарної інтервенції. Вісник Волгоградського державного університету: Серія: Юриспруденція. 2011. № 1. С. 99-105.
7. Freedman L. Military Intervention in European Conflicts. 1994. URL: [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/military-intervention-in-european-conflicts\(52f511e6-de84-481c975c333f5c619cb6\)/export.html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/military-intervention-in-european-conflicts(52f511e6-de84-481c975c333f5c619cb6)/export.html). (дата звернення: 15.04.2019).
8. Holzgreffe J. The Humanitarian Intervention Debate. Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas. Cambridge : Cambridge University Press, 2003. URL: <http://www.newbooks-services.de>. (дата звернення: 15.04.2019).

9. Хлестов О. Н. Гуманитарная интервенция : политические и международно-правовые аспекты. Юрист-международник. 2005. № 3. URL: <http://center-bereg.ru/o5572.html> (дата звернення: 15.04.2019).
10. Герард Т. Гуманитарная интервенция и гуманитарная помощь: эхо прошлого и перспективы. Білоруський журнал міжнародного права та міжнародних відносин. 1998. № 4. С. 3-26. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/30462/1/1998_4_JILIR_tanja_r.pdf (дата звернення: 15.04.2019).
11. Суходолов Н. В. Понятие и признаки гуманитарной интервенции. Актуальные проблемы российского права. 2009. № 3. С. 644-653.
12. The Final Documents of the 13 Ministerial Conference of the Non-Aligned Countries, Cartagena, 8-9 April 2000. Paragraph 11. URL: <http://www.nam.gov.za/xiiiminconf/final1.htm> (дата звернення: 15.04.2019).
13. Доповідь Генерального секретаря про роботу організації: док. ООН А/46/1. Організація Об'єднаних Націй. URL: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N91/409/75/IMG/N9140975.pdf?OpenElement> (дата звернення: 15.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 20.04.2019 р.

А. В. Левенец, А. Г. Хрищева

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ГУМАНИТАРНАЯ ИНТЕРВЕНЦИЯ КАК ИСКЛЮЧЕНИЕ ИЗ ПРИНЦИПА НЕВМЕШАТЕЛЬСТВА В ДЕЛА ГОСУДАРСТВА

Резюме

Статья посвящена анализу вопросов о правомерности применения гуманитарных интервенций в международном праве, определению сущности понятия «гуманитарная интервенция» и его признаков. Исследованы международно-правовые критерии гуманитарного вмешательства, процедура и способы такого вмешательства. Очерчены основные противоречия относительно легитимности применения гуманитарной интервенции, а также проблема соотношения принципов уважения народного суверенитета государства и возможного вмешательства во внутренние дела государства с целью защиты прав человека.

Ключевые слова: гуманитарная интервенция, концепция государственного суверенитета, защита прав человека, принцип невмешательства.

A. V. Levenets, A. G. Khrishcheva

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

HUMANITARIAN INTERVENTION AS EXCLUSION FROM THE PRINCIPLE OF NON-INTERMEDIATION IN THE STATE OF LAW

Summary

The article is devoted to the analysis of questions about the legality of the application of humanitarian interventions in international law; the definition of the essence of the concept of “humanitarian intervention” and its characteristics. The international legal criteria of humanitarian intervention, procedure and methods of such intervention are studied. The main contradictions regarding the legitimacy of the use of humanitarian intervention are outlined, as well as the problem of the correlation of the principles of respect for the people’s sovereignty of the state and possible interference in the internal affairs of the state with the aim of protecting human rights.

Key words: humanitarian intervention, the concept of state sovereignty, protection of human rights, the principle of non-interference.

DOI DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).171197

УДК 341.232.7:351.77

Е. Н. Орінда

керуючий партнер

ONE & Associates ADVOCATES

600 – 00502 Найробі, Кенія

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНИХ МЕДИКО-САНІТАРНИХ ПРАВИЛ В АФРИЦІ

У статті розглянуто роль та місце Міжнародних медико-санітарних правил у боротьбі з інфекційними захворюваннями. Проаналізовано імплементацію Міжнародних медико-санітарних правил в Африці. Досліджено основні напрями діяльності Африканських Центрів регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань. Розкрито діяльність Африканських Центрів регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань щодо імплементації Міжнародних медико-санітарних правил.

Ключові слова: Міжнародні медико-санітарні правила, Всесвітня організація охорони здоров'я, Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань, інфекційні захворювання.

Постановка проблеми. Існує безліч зв'язків між розробкою та впровадженням законодавства, а також здійсненням політики про охорону здоров'я в африканських державах та міжнародним правом.

Дуже важливим є прийняття та розробка міжнародно-правового регулювання, необхідного для вирішення питань охорони здоров'я у тому числі і боротьби з інфекційними хворобами. Інфекційні хвороби не обмежені в рамках національних кордонів. Оскільки світ став більш глобалізованим та збільшується міжнародний трафік, правила з охорони здоров'я стали обов'язковими.

Метою даної статті є аналіз імплементації Міжнародних медико-санітарних правил 2005 р. в Африці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти досліджуваної проблематики розглядалися в працях таких дослідників, як О. Аджинам, Д. Г. Бартенев, М. Беленджер, Д. Д. Бенедиктов, Л. О. Гостін, С. Е. Девіс, О. В. Задорожній, А. Екстер, Т. Р. Короткий, Ж.-М. Кроузацир, М. О. Медведева, В. С. Михайлов, А. Тейлор, Д. П. Фідлерт, Н. В. Хендель та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Міжнародно-правова основа боротьби з епідеміями та пандеміями є результатом вираження захисту прав людини на міжнародному рівні, включаючи право на здоров'я. Це відбувається через:

1) міжнародні договори та рекомендаційні акти, такі як Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, Міжнародні медико-санітарні правила (Правила або ММСП) та Декларація Алма-Ати;

2) діяльність міжнародних організацій, що займаються питаннями охорони здоров'я, таких як Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ) та Об'єднана програма ООН з ВІЛ/СНІДу (ЮНЕЙДС).

Міжнародні медико-санітарні правила 2005 р. містять ряд процедур з управління подією, пов'язаною зі спалахом епідемії та пандемії, а також вимоги щодо національних систем епіднадзора за хворобами і заходів у відповідь таким. Останні називаються «вимогами до основних можливостей в області епіднадзора та заходів у відповідь» і визначаються в Частині А Додатку 1 до Правил [1]. Як вказує Н. В. Хендель, що ММСП є міжнародним договором, процедура прийняття якого, дія, імплементація регулюються нормами та принципами міжнародного права [2, с. 82]. ММСП є «нетиповим» міжнародним договором, обов'язковим для 194 держав. ММСП 2005 р. орієнтовані на запобігання найбільш серйозним ризикам у сфері охорони здоров'я транскордонного характеру. Прийняття ММСП 2005 р. привело до уніфікації численних міжнародних санітарних конвенцій [2, с. 82]. Саме такий спосіб прийняття ММСП гарантував швидке їх застосування на практиці. Саме для забезпечення того, щоб надзвичайні ситуації в галузі охорони здоров'я були своєчасно виявлені та інформовані для міжнародного співтовариства ВООЗ і прийняла нові Правила, для яких це основний пріоритет – у виявленні та попередженні небезпеки – спалаху інфекційного захворювання [3, р. 44].

Д. Фідлер та Л. Гостін зазначають, що «нові ММСП з'явилися у той момент, коли охорона здоров'я, безпека та демократія переплелися, звертаючись до найвищих рівнів влади» [4, р. 85]. Це дійсно так, для прийняття прогресивно нових Правил необхідна була політична воля держав. Держави повинні були дати згоду на ті обмеження, які закріплені у Правилах задля недопущення поширення епідемій та пандемій. М. Бекер та Д. Фідлер вказують, що «ММСП 2005 р. радикально відрізняються від ММСП 1969 р. і є історичним розвитком міжнародного права охорони здоров'я. ММСП 2005 р. розширює сферу застосування нормативних актів, зміцнює повноваження ВООЗ у сфері нагляду та реагування, містить більш вимогливі зобов'язання з нагляду та реагування та застосовує принципи прав людини до заходів охорони здоров'я. Найбільш значні з цих змін передбачають нову систему спостереження, яка набагато перевершує ту, що встановлена була в ММСП 1969 р.» [5, р. 1058]. Таким чином, ММСП посилили глобальні позиції ВООЗ у боротьбі з епідеміями та пандеміями.

Держави-учасниці, за підтримки регіональних бюро ВООЗ, повинні задовольняти цим вимогам як можна швидше, але не пізніше ніж через п'ять років після вступу в силу Міжнародних медико-санітарних правил 2005 р. Статті 5, 13 та Додаток 1 Правил встановлюють максимальні терміни, які для більшості держав можуть бути зведені до наступних дій;

15 червня 2007 року – 15 червня 2009 року: два роки на оцінку наявних національних структур і ресурсів з подальшою розробкою планів дій.

15 червня 2009 року – 15 червня 2012 року: три роки на здійснення цих планів дій для забезпечення основних можливостей і їх функціонування в державі і / або на її відповідних територіях.

Виходячи з обґрунтованих потреб може бути отримано продовження терміну на два роки для здійснення вказаної діяльності. У виняткових обставинах і на основі нового плану здійснення Генеральний директор ВООЗ може надати додаткове продовження на термін не більше двох років.

Відповідно до статті 22 Статуту Всесвітньої організації охорони здоров'я та статті 59 ММСП 2005 р., Правила набрали чинності 15 червня 2007 році

для всіх держав-членів ВООЗ, за винятком тих з них, які повідомили про застереження Генеральному директору до 15 грудня 2006 року.

Секретаріат ВООЗ обізнаний про те, що держави-члени можуть по-різному надавати повноваження своїм національним координаторам по ММСП та їхнє функціонування в рамках своїх національних державних структур. Через відмінності в національних державних структурах і повноваженнях, неминучі деякі варіанти у виконанні цього зобов'язання відповідно до конкретних вимог статті 4 ММСП 2005 р. У той же час для оперативного функціонування мережі національних координаторів по ММСП потрібен рівень універсальної стандартизації.

У зв'язку з прийняттям нової редакції Міжнародних медико-санітарних правил 2005 р. є необхідність гармонізації законодавства африканських держав до міжнародних зобов'язань.

Санітарно-карантинні підрозділи (відділи, пункти) в пунктах пропуску через державний кордон працюють у взаємодії з іншими контрольними службами, які здійснюють прикордонний, митний, ветеринарний, фіто-санітарний та екологічний контроль. Правила визначають функції Національного координатора ММСП, який призначається Міністерством/Відомством охорони здоров'я, який підтримує цілодобовий зв'язок з контактним пунктом ВООЗ.

У Міжнародних медико-санітарних правилах 2005 р. національний координатор по ММСП визначається наступним чином: «національний центр, призначений кожною державою-учасником, який доступний в будь-який час для зв'язку з контактними пунктами ВООЗ по ММСП відповідно до цих Правил» [6].

Стаття 4 Правил передбачає наступне:

– кожна держава-учасниця призначає чи засновує національного координатора по ММСП та органи, відповідальні в межах своєї юрисдикції щодо здійснення медико-санітарних заходів згідно з цими Правилами;

– національні координатори по ММСП повинні бути доступні в будь-який час для зв'язку з контактними пунктами ВООЗ по ММСП, передбаченими в пункті 3 цієї статті. Функції національних координаторів по ММСП включають:

(А) направлення в контактні пункти ВООЗ по ММСП від імені відповідної держави-учасниці термінових повідомлень, що стосуються здійснення цих Правил, зокрема згідно зі статтями 6-12 ММСП;

(В) направлення інформації до компетентних підрозділів адміністрації відповідної держави-учасниці та об'єднання інформації, яка надходить від них, включаючи такі підрозділи, які відповідають за епіднагляд і звітність, пункти в'їзду, служби громадської охорони здоров'я, клініки і лікарні, а також інші державні відомства;

– ВООЗ призначає Контактні пункти по ММСП, які будуть доступні в будь-який час для зв'язку з національними координаторами по ММСП. Контактні пункти ВООЗ по ММСП направляють термінові повідомлення, що стосуються здійснення ММСП, зокрема згідно зі статтями 6-12 ММСП, національним координаторам по ММСП відповідних держав-учасників. Контактні пункти ВООЗ по ММСП можуть бути призначені ВООЗ в штаб-квартирі і на регіональному рівні Організації;

– держави-учасниці надають ВООЗ детальну контактну інформацію про своїх національних координаторів з ММСП, а ВООЗ надає державам-

учасникам детальну контактну інформацію про контактні пункти ВООЗ по ММСП. Ця детальна контактна інформація повинна постійно оновлюватися і щорічно підтверджуватися. ВООЗ надає всім державам-учасникам детальну контактну інформацію про національних координаторів по ММСП, яку вона отримує щодо виконання ММСП.

У результаті проведеного дослідження нами зроблені наступні висновки: кожна держава оцінює свої національні ресурси щодо епіднадзора за хворобами, попередження та реагування, а також здійснює національні плани дій для імплементації ММСП, що, таким чином, дозволяє негайно виявляти ризик міжнародного поширення хвороб і вжити необхідних заходів у відповідь. Завдяки медико-санітарним заходам, які постійно проводяться, та наявним у всіх державах можливостям реагування в аеропортах, портах і пунктах перетину сухопутного кордону, ризик міжнародного поширення хвороб зведений до мінімуму.

Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань погоджують стратегічні плани та дорожню карту для профілактики та реагування на захворювання в Африці.

Сімнадцятого березня 2017 р. відбулося засідання регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань в Африці, де були визначені пріоритетні заходи щодо запобігання, контролю над захворюваннями та реагування на загрози громадського здоров'я та надзвичайні ситуації на континенті [7].

Регіональні центри співробітництва з контролю та профілактики захворювань в Африці є «основними стовпами» для реалізації стратегій у сфері охорони здоров'я в Африці з метою покращення результатів охорони здоров'я всіх африканських держав шляхом контролю, надзвичайної допомоги та профілактики інфекційних хвороб. «Головною проблемою в Африці було те, як співпрацювати разом в унісон під час боротьби з епідеміями. Ми домовились співпрацювати як на регіональному рівні, так і між державами, щоб поділитися інформацією про хвороби та поділитися з нашими можливостями реагування», – зазначив директор Регіонального центру спостереження та контролю захворювань Економічного співтовариства держав Західної Африки Чикве Ікхевазу [7]. «Епідемія Еболи та відповідь, яку ми дали об'єднавшись разом як громади, африканські інститути та партнери з розвитку, стало зміною епідеміологічної ситуації на континенті», – вказав Чикве Ікхевазу [7].

Стратегічні пріоритети Африканського комітету у справах сім'ї та дітей на найближчі п'ять років полягають у посиленні систем охорони здоров'я, пов'язаних із контролем за захворюваннями, та створенням центрів інтелектуального дослідження хвороб для покращення прийняття рішень та дій у сфері громадського здоров'я.

Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань будуть також посилювати інформаційні системи, щоб своєчасно збирати та аналізувати інформацію про стан охорони здоров'я та епідеміологічну ситуацію в Африці.

Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань також будуть працювати над покращенням компетентності та забезпеченням якості роботи мережі клінічних і громадських лабораторій охорони здоров'я.

Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань також будуть надавати підтримку державам-чле-

нам Африканського Союзу для розробки ефективних планів надання надзвичайної готовності та реагування на охорону громадського здоров'я та посилення наукових досліджень у галузі охорони здоров'я та поліпшення процесу прийняття рішень та практики громадського здоров'я для досягнення позитивних результатів у галузі охорони здоров'я.

Африканські Центри регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань будуватимуть свою діяльність за допомогою функціональних національних інститутів громадського здоров'я в державах даного регіону. Співпраця між цими національними інститутами охорони здоров'я буде спиратися на існуючі правові та економічні зв'язки в кожному з регіональних економічних органів Африки. Пріоритетними напрямками для регіональних підрозділів є створення засобів для регіонального обміну даними спостережень, навчання окремих осіб, які готуються до реагування на загрози систем охорони здоров'я, а також інтеграція лабораторій громадського здоров'я з метою полегшення направлення зразків та розширення діагностичних можливостей.

«Африка забезпечує лідерство і зміцнює свою архітектуру охорони здоров'я, щоб посилити глобальну безпеку в галузі охорони здоров'я та вирішувати проблеми спалахів хвороб, техногенних та природних катастроф, а також події в області охорони здоров'я регіонального та міжнародного значення», – констатував директор Африканського Центру регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань Джон Нкенгасунг [7]. «Інтелектуальна епідеміологічна безпека, що полягає у нашій здатності своєчасно збирати точні та конкретні дані та діяти оперативно, є наріжним каменем нашого підходу», – констатує Джон Нкенгасунг [7].

Статут Африканського Центру регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань схвалений главами держав та урядами держав Африки в 2016 році та зобов'язує установи започаткувати платформи раннього попередження та нагляду, щоб своєчасно та ефективно вирішувати всі надзвичайні ситуації в галузі охорони здоров'я.

Африканський Центр регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань буде тісно співпрацювати з ВООЗ для посилення готовності та реагування на надзвичайні ситуації в області охорони здоров'я та скликати міністерські відомства у сфері охорони здоров'я для імітаційних навчань. Критичним досягненням цієї мети є необхідність забезпечення дотримання ММСП, зміцнення систем охорони здоров'я, боротьби з інфекційними та неінфекційними хворобами, охороною навколишнього середовища та тропічними хворобами. Африканський Центр регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань займає лідируючі позиції у поширенні партнерських відносин та співпраці між африканськими та неафриканськими державами з метою вирішення нових та ендемічних захворювань та надзвичайних ситуацій у сфері громадського здоров'я.

Висновки. Отже, Африканський Центр регіонального співробітництва з контролю та профілактики захворювань підтримують всі африканські держави – для поліпшення нагляду, реагування на надзвичайні ситуації та запобігання інфекційним захворюванням. Це включає в себе вирішення спалахів захворювань, техногенних та природних катастроф та подій в галузі громадського здоров'я, регіональних та міжнародних проблем. Він також намагається зміцнити спроможність знизити тягар захворювання на континенті.

Список літератури:

1. Международные медико-санитарные правила (ММСИ). URL: <http://www.who.int/ihr/ru/> (дата обращения: 25.05.2019).
2. Хендель Н. В. Міжнародно-правове регулювання співробітництва держав у сфері охорони здоров'я: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Національний університет «Одеська юридична академія». О., 2014. 256 с.
3. Wilson K., Tigerstrom B., McDougall C. Protecting global health security through the International Health Regulations: requirements and challenges. *CMAJ*. 2008 Jul 1; 179(1). P. 44–48.
4. Fidler D. The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health 1/ D. Fidler, L. Gostin // *Journal of Law, Medicine and Ethics*. 2006. № 33(4). P. 85–94.
5. Baker M. G. Global Public Health Surveillance under New International Health Regulations / M. G. Baker, D. P. Fidler // *Emerg Infect Dis*. 2006 Jul; 12(7). 1058–1065.
6. Медико-санитарная часть Общей декларации воздушного судна. URL: <http://www.who.int/ihr/about/10things/ru/index.html> (дата обращения: 25.05.2019).
7. Africa Centres for Disease Control and Prevention's Regional Collaborating Centres in Africa agree on a strategic plan and roadmap for disease prevention and response in Africa. URL: <https://au.int/en/pressreleases/20170320/africa-centres-disease-control-and-prevention%E2%80%99s-regional-collaborating> (date of access: 25.05.2019).

Стаття надійшла до редакції: 25.05.2019 р.

Е. Н. Оринда
ONE & Associates ADVOCATES
600 – 00502 Найроби, Кения

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ МЕДИКО-САНИТАРНЫХ ПРАВИЛ В АФРИКЕ

Резюме

В статье рассмотрена роль и место Международных медико-санитарных правил в борьбе с инфекционными заболеваниями. Проанализировано имплементацию Международных медико-санитарных правил в Африке. Исследованы основные направления деятельности Африканских центров регионального сотрудничества по контролю и профилактике заболеваний. Раскрыта деятельность Африканских центров регионального сотрудничества по контролю и профилактике заболеваний по имплементации Международных медико-санитарных правил.

Ключевые слова: Международные медико-санитарные правила, Всемирная организация здравоохранения, Африканские Центры регионального сотрудничества по контролю и профилактике заболеваний, инфекционные заболевания.

E. N. Orinda
ONE & Associates ADVOCATES
P.O Box 600 – 00502 Nairobi, Kenya

IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HEALTH REGULATIONS IN AFRICA

Summary

The article deals with the role and place of the International Health Regulations in the fight against infectious diseases. The implementation of the International Health Regulations in Africa is analysed. The main areas of activity of the African Centers of Regional Cooperation for the Control and Prevention of Diseases are investigated. The activities of the African Centers for Regional Cooperation for the Control and Prevention of Diseases on the Implementation of the International Health Regulations have been unveiled.

Key words: International Health Regulations, World Health Organization, African Centers for Regional Cooperation for the Control and Prevention of Diseases, and Infectious Diseases.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170526
УДК 342.72/73:77

І. М. Стойков

магістр права

Юридична компанія «Лекслайн», юрист та партнер,
вул. Мала Арнаутська, 4, Одеса, 65012, Україна

СТАН ДОТРИМАННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ

У статті досліджується стан дотримання основних прав і свобод громадян на окупованих територіях України на основі проведеного аналізу норм чинного законодавства України, які покликані забезпечити захист конституційних прав і свобод українських громадян під час конфлікту на Сході України та на окупованій території Автономної Республіки Крим. Стан дотримання основних прав і свобод громадян на окупованих територіях України характеризується також на підставі зібраних та отриманих статистичних даних від компетентних органів, що є розпорядниками інформації з приводу захисту прав і свобод громадян на окупованих територіях України.

Ключові слова: окупація, права і свободи, стан дотримання прав і свобод.

Постановка проблеми. Однією з найскладніших проблем для сучасної Української держави є забезпечення та захист основних прав і свобод громадян на тимчасово окупованих територіях, контроль над якими фактично встановили самопроголошені Донецька та Луганська республіки, а також Російська Федерація – в Автономній Республіці Крим. Ними самовільно запроваджено власну нормативно-правову базу, а також створено мережу незаконних місць позбавлення волі, де затриманих піддають катуванням та жорстокому поводженню. При цьому, зазначені квазіутворення відмовляють міжнародним інспекторам у безперешкодному доступі до місць позбавлення волі, забороняють діяльність правозахисних та волонтерських організацій. Загалом, у результаті цих подій приблизно 2,7 мільйонів українських громадян залишились фактично безправними, причому це стосується спектру найголовніших прав та свобод, таких як право на життя, на повагу честі та гідності, на вільне пересування, на житло, землю, власність та багато інших. Масовий характер порушень, військові дії та складні соціально-психологічні умови проживання людей на тимчасово окупованих територіях актуалізують питання пошуку дієвих механізмів реалізації та захисту їх прав, що за будь-яких умов залишається пріоритетним завданням демократичної, правової держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Враховуючи специфічний характер проблематики теми, слід визнати, що питання забезпечення, реалізації та захисту основних прав громадян на непідконтрольних територіях, а також прав внутрішньо переміщених осіб залишаються недостатньо дослідженими в нашій державі. Окремі аспекти цієї теми розглядали Нестерович В. Ф., Іляшко О. О., Шаповалова О., Юровська Г. та інші. Проте дане

дослідження побудовано на аналізі отриманої від органів державної влади офіційної інформації щодо загального стану дотримання прав людини на окупованих територіях протягом 2018 року, а також статистичних даних щодо конкретних прав та свобод, що найчастіше порушуються.

Метою статті є проаналізувати фактичний стан забезпечення та захисту основних прав і свобод людини на непідконтрольних територіях України на підставі отриманої від Міністерства з питань тимчасово окупованих територій України та Уповноваженого Верховної Ради з прав людини публічної інформації.

Виклад основного матеріалу. Перемога у гібридній війні, яку розв'язала проти нас Російська Федерація, може бути досягнута не лише суто військовими засобами, а й за рахунок цілеспрямованої державної політики, спрямованої на консолідацію українського суспільства, зокрема, через нормативно-правове забезпечення рівних прав і свобод усіх громадян, незалежно від їхнього місця проживання, статусу або електоральних уподобань [5, с. 15].

Проведений аналіз норм чинного законодавства України, покликаних забезпечити захист конституційних прав і свобод українських громадян під час конфлікту на сході України, дозволяє стверджувати, що питання їх гарантування і реалізації на даний момент достатньо детально врегульовані для таких категорій громадян України, як військовослужбовці та працівники утворених відповідно до законів України військових формувань, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в Антитерористичній операції, Операції об'єднаних сил [6].

Але результатом військової агресії Російської Федерації проти України стало й те, що в нашій країні з'явилося кілька принципово нових соціальних груп людей, які також потребують державного захисту й підтримки. Це мирні (цивільні) громадяни, які не брали безпосередньої участі у збройному конфлікті, але страждають внаслідок бойових дій та відсутності можливості захистити свої права, у тому числі:

- 1) внутрішньо переміщені особи;
- 2) населення, що проживає у зоні конфлікту, серед них:
 - інваліди, які отримали інвалідність унаслідок поранень або інших ушкоджень здоров'я, одержаних у районах бойових дій;
 - особи, які отримали поранення або інші ушкодження здоров'я у районах бойових дій, але не отримали інвалідність;
 - члени сімей громадян, які загинули (зникли безвісти) або померли внаслідок поранення або інших ушкоджень здоров'я, одержаних у районах бойових дій;
 - особи, які зазнали виключно матеріальних збитків, що виникли у районах бойових дій.

Як уже відзначалося вище, задля досягнення вказаної в статті мети автором було подано офіційні запити до органів державної влади, які безпосередньо відповідають за стан дотримання та захисту прав людини в Україні, про отримання наступної інформації:

- 1) стосовно плану заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини;
- 2) про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина на окупованих територіях України за січень-листопад 2018 року;

3) про права і свободи людини і громадянина, що зазнають найчастішого порушення з боку Російської Федерації на окупованих територіях Донецької та Луганської областей;

4) про права і свободи людини і громадянина, що зазнають найчастішого порушення з боку Російської Федерації на окупованих територіях Автономної Республіки Крим.

Зі змісту відповіді, наданої Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, слідує, що на тимчасово окупованій території Автономної Республіки Крим та Донецької і Луганської областей порушуються такі права громадян України: право на свободу та особисту недоторканість, право на справедливий суд, право на ефективний засіб юридичного захисту. Також трапляються випадки порушення принципів заборони катувань, принципу «ніякого покарання без закону»; систематично ігноруються права ув'язнених на належні умови утримання.

Також у відповіді зазначено, що на тимчасово окупованій території півострова Крим незаконні затримання осіб супроводжуються порушенням права на свободу вираження поглядів, на свободу думки, совісті та релігії. Зокрема, за немотивованими або політично мотивованими звинуваченнями переслідуються близько 50 громадян України, які проживали або перебували на території Кримського півострова, частину яких незаконно переведено до Російської Федерації.

Уповноважений Верховної Ради з прав людини також зазначає, що статистика щодо кількості порушень прав людини за кожним зверненням окремо Секретаріатом Уповноваженого Верховної Ради з прав людини не ведеться, така інформація недоступна у фіксованому вигляді. Враховуючи, що держава перебуває в стані фактичної війни вже близько 5 років, досить важко надати позитивну оцінку стану дотримання прав і свобод людини і громадянина на окупованих територіях України.

Аналіз положень основних нормативно-правових актів у галузі прав людини на тимчасово-окупованих територіях, а також державної політики в цій сфері дає можливість стверджувати про недосконалість, безсистемність та прогалини як у правових, так і в адміністративних механізмах. Проте, враховуючи наявність зовнішнього фактору, раптовість ворога, невідготовленість до такого роду конфліктів, низький рівень фінансово-економічного потенціалу, можна відзначити певну стійкість держави у захисті власної території та локалізації конфлікту в межах окремих районів двох областей. Щоправда, задля досягнення цих позицій необхідним є запровадження контрольно-перевірочних і обмежувальних заходів у зонах ведення бойових дій, що, безсумнівно, позначається на обсязі прав і свобод громадян. З метою забезпечення життєво важливих інтересів суспільства й держави в умовах збройної агресії Російської Федерації, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України та інші органи державної влади вимушені приймати рішення, які тягнуть за собою певний відступ від зобов'язань України за Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та за Конституцією України [2, 3]. Зокрема, Верховна Рада України прийняла Закон України «Про затвердження Указу Президента України “Про введення воєнного стану в Україні”», негативні наслідки якого визначено вищезазначеним Законом та Законом України «Про правовий режим воєнного стану». Одразу слід зауважити, що попри те, що згідно з положеннями вказаного закону

більшість із можливих обмежень фактично не були застосовані, до таких можна віднести: трудову повинність для працездатних осіб; використання потужностей та трудових ресурсів підприємств, установ і організацій усіх форм власності для потреб оборони; примусове відчуження майна, що перебуває у приватній або комунальній власності, вилучення майна державних підприємств, державних господарських об'єднань для потреб держави; запровадження комендантської години; встановлення особливого режиму в'їзду і виїзду; заборону на проведення мирних зборів, мітингів, походів і демонстрацій, інших масових заходів та інше [4, ст. 8].

Слід також враховувати, що на даний час в окремих районах Донецької і Луганської областей тимчасово припинена діяльність державних (у тому числі правоохоронних) органів України, діють незаконні збройні формування та присутні військові частини збройних сил Росії, Україна не контролює значну ділянку державного кордону з Росією. За таких умов Україна не може гарантувати додержання прав людини на відповідній території в повному обсязі. Проте громадянам України, що проживають на тимчасово окупованих територіях, мають бути запропоновані механізми забезпечення їх прав і свобод на підконтрольній Україні території.

Відсутність дослідження та чіткого закріплення механізмів правового забезпечення прав і свобод громадян на непідконтрольній Україні території негативно впливає на взаємовідносини особи та держави, визнання пріоритетності розвитку громадянського суспільства. Саме чітке законодавче визначення та належне практичне гарантування прав і свобод людини відіграє особливо важливу роль у функціонуванні будь-якої демократичної держави, особливо в умовах внутрішнього збройного конфлікту, та в подальшому впливає на стан їх забезпечення.

Як у випадку ведення традиційної війни, так і за гібридних або нерегулярних конфліктів, населення, що перебуває у зоні збройного конфлікту, потерпає від порушення їх основоположних прав людини і громадянина. У таких випадках існує не лише постійна загроза життю, здоров'ю та майну цих осіб. Порушується нормальний порядок життя таких людей, у них виникає низка додаткових проблем і непритаманних мирному часу обов'язків. Зокрема, збройний конфлікт суттєво позначається на безпеці жінок, дітей, літніх людей і людей з обмеженими фізичними можливостями.

Світовий досвід доводить, що гендерна дискримінація і насилля можуть використовуватися як засіб ведення війни, як це було, зокрема, під час конфлікту в Боснії та Герцеговині у 1990-х роках. Відомо також, що терористична організація «Ісламська Держава» викрадала жінок для сексуальної експлуатації або для вчинення терактів шляхом самогубства [7].

З іншого боку, чоловіки у зоні конфлікту піддаються примусовій мобілізації до лав бойовиків шляхом фізичного примусу або психологічного тиску. Збройні конфлікти руйнують сім'ї, діти часто стають сиротами, отримують психологічні травми, які впливають у подальшому на їх доросле життя, у людей виникає потреба змінити місце проживання, яке стало занадто небезпечним. За оцінками Моніторингової місії Організації Об'єднаних Націй з прав людини в Україні, з початку конфлікту на Донбасі було задокументовано 33 тис. 146 загиблих і поранених серед цивільного населення, бійців Збройних Сил України та інших збройних формувань [8].

За даними Міністерства соціальної політики України, на початок 2017 року взято на облік майже 1,8 млн внутрішньо переміщених осіб, які

внаслідок тимчасової окупації частини території України були вимушені переселитися з Автономної Республіки Крим, міста Севастополя, а також з Донецької та Луганської областей. За оцінками Дитячого фонду Організації Об'єднаних Націй (UNICEF), в Україні близько 200 тис. дітей виїхали в інші регіони України з території проведення Антитерористичної операції. Наразі більше ніж 3% населення України є внутрішньо переміщеними особами – громадянами України, які вимушено залишили свої домівки, майно, звичний спосіб життя і вкрай потребують державної й недержавної допомоги [9].

Проте, певні проблеми громадян, які переселилися із зони конфлікту в інші регіони України, залишаються наразі нерозв'язаними. Не вдалося відчутно знизити рівень соціальної напруженості як серед переселенців, так і загалом в українському суспільстві. Не відбулася належна інтеграція та соціальна адаптація переміщених осіб за новим місцем проживання. Залишаються проблемні питання, пов'язані з соціальною, медичною, психологічною та матеріальною підтримкою постраждалих родин, насамперед щодо компенсації завданої їм майнової (матеріальної) та моральної шкоди.

До основних причин такого стану справ із неналежним забезпеченням реалізації конституційних прав і свобод українських громадян, що проживали у зоні конфлікту, слід віднести:

- дефіцит фінансових ресурсів держави;
- відсутність чіткого механізму та критеріїв відбору для надання соціальної підтримки переселенцям залежно від їхнього матеріального становища та соціального статусу;
- брак повної й достовірної інформації щодо розмірів збитків (майнової шкоди), завданих переселенням громадянам під час воєнних дій, та відсутність механізму їх компенсації;
- недосконалість державної політики у сфері забезпечення переселених громадян робочими місцями, обмеженість інформації про можливості працевлаштування;
- наявність у багатьох переселених громадян психофізіологічних травм і відсутність програми надання їм відповідної медико-соціальної допомоги.

Загальний стан дотримання прав і свобод громадян, що проживають на окупованих територіях України, можна також охарактеризувати на підставі доповіді 2017 року Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини дає характеристику майже всього спектра суспільних відносин в державі:

- дотримання права на доступ до публічної інформації;
- дотримання права на захист персональних даних;
- свобода від дискримінації;
- право на судовий захист;
- реалізація функцій національного превентивного механізму;
- дотримання соціально-економічних прав людини в Україні;
- дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб та мешканців тимчасово окупованих та неконтрольованих територій;
- забезпечення конституційних прав і свобод військовослужбовців, поліцейських, осіб, звільнених зі служби, ветеранів війни;

- дотримання рівних прав та можливостей жінок і чоловіків;
- дотримання прав дитини;
- дотримання прав громадян України на території тимчасово окупованої Автономної Республіки Крим;
- дотримання прав іноземців та осіб без громадянства на території України;
- захист прав громадян України за кордоном;
- статистична інформація про звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у 2016–2017 роках [1].

На жаль, однією із найбільш проблемних сфер залишається дотримання прав і свобод людини на окупованих територіях України, а кількість звернень до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини тільки зростає. Ще більшого напруження додає ситуація, коли навіть Уповноважений не має можливості допомогти громадянам України через відсутність доступу до осіб, що перебувають на окупованих територіях.

Висновки. У результаті проведеного дослідження можна дійти висновків, що стан забезпечення прав і свобод особи є найважливішим критерієм оцінки загального функціонування держави, який свідчить про її демократичний (або недемократичний) характер. В Україні ця проблема набула надзвичайно важливого значення після подій Революції гідності, а з часу окупації Російською Федерацією Криму і частини Донбасу вона трансформувалася у чинник, що суттєво впливає на стан національної безпеки держави. Конституція України гарантує захист прав і основних свобод громадян у державі та за її межами за будь-яких внутрішньополітичних, соціально-економічних та інших обставин. Захист цих конституційних норм під час врегулювання збройного конфлікту на сході України виступає однією з невід’ємних складових відновлення нашої територіальної цілісності.

Для ефективного вирішення проблеми дотримання прав і свобод людини на окупованих територіях України необхідно надати чітку, неупереджену оцінку дієвості механізму забезпечення дотримання прав і свобод громадян на окупованих територіях України та надати пропозиції щодо його вдосконалення, виходячи із сучасного стану дотримання прав і свобод людини і громадянина.

Список літератури:

1. Лутковська В. Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захист прав і свобод людини і громадянина в Україні URL: http://www.ombudsman.gov.ua/files/dopovidi/dopovid_2016_final.pdf (дата звернення: 28.04.2019).
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Пакт, міжнародний документ від 16.12.1966 року № 995_043. Офіційний вісник України. 1973. № 2148. Ст. 1.
3. Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов’язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод»: Постанова Верховної Ради України від 21.05.2015 року № 462-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 29. Ст. 267.
4. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 року № 389-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 28. Ст. 250.

5. Палій О. А. Революція Гідності 2013-2014 рр. та агресія Росії проти України: навч. метод. посіб. / Палій О. А., Головка В. А., Черевко О., Янішевський С.; за заг. ред. П. Полянського. К.: Київ. ун-т ім. Бориса Грінченка, 2015. 36 с.
6. Про створення необхідних умов для мирного врегулювання ситуації в окремих районах Донецької та Луганської областей: Закон України від 06.10.2017 року № 2167-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 40-41. Ст. 384.
7. Макаров І. М. Поняття і зміст режиму окупації у міжнародному праві. Електронна бібліотека юридичної літератури. 2010. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/20688/%cc> (дата звернення: 28.04.2019).
8. Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні 15 лютого 2017 року. Управління Верховного комісара ООН з прав людини. 2017. URL: http://www.ohchr.org/documents/countries/ua/uareport17th_ukr.pdf (дата звернення: 28.04.2019).
9. Внутрішньо переміщені особи. Міністерство соціальної політики України. 2016. URL: <https://www.msp.gov.ua/timeline/vnutrishno-peremishcheni-osobi.html> (дата звернення: 28.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 30.04.2019 р.

И. Н. Стойков

Юридическая компания «Лекслайн»
ул. Малая Арнаутская, 4, Одесса, 65012, Украина

СОСТОЯНИЕ СОБЛЮДЕНИЯ ОСНОВНЫХ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН НА ОККУПИРОВАННОЙ ТЕРРИТОРИИ УКРАИНЫ

Резюме

В статье исследуется состояние соблюдения основных прав и свобод граждан на оккупированных территориях Украины на основе проведенного анализа норм действующего законодательства Украины, которые призваны обеспечить защиту конституционных прав и свобод украинских граждан во время конфликта на Востоке Украины и на оккупированной территории Автономной Республики Крым. Состояние соблюдения основных прав и свобод граждан на оккупированных территориях Украины характеризуется также на основании собранных и полученных статистических данных от компетентных органов, которые являются распорядителями информации в сфере защиты прав и свобод граждан на оккупированных территориях Украины.

Состояние обеспечения прав и свобод граждан является важнейшим критерием оценки общего функционирования государства, свидетельствует о его демократическом (или недемократическом) характере. В Украине эта проблема приобретает чрезвычайно важное значение. Характеристика состояния обеспечения прав и свобод личности позволяет судить не только о действенности социальных институтов, но и об общем положении государства – политическом, военном и экономическом. Подтверждением этого является сложность в эффективном обеспечении прав и свобод граждан, что привело к фактической невозможности развертывания полноценных, скоординированных действий органов и учреждений, деятельность которых направлена на защиту прав и свобод граждан, что сопровождается кризисами во всех сферах общественной деятельности государства.

Ключевые слова: оккупация, права и свободы, состояние соблюдения прав и свобод.

I. N. Stoikov

Law Firm «Lexline»
Malaya Arnautskaya str., 4, Odesa, 65012, Ukraine

CONDITION OF OBSERVANCE OF BASIC RIGHTS AND FREEDOMS OF CITIZENS IN THE OCCUPIED TERRITORY OF UKRAINE

Summary

The article is considered the condition of observance of basic rights and freedoms of citizens in the occupied territory of Ukraine, that based on an analysis of the norms of the current legislation of Ukraine, which are designed to protect the constitutional rights and freedoms of Ukrainian citizens during the conflict in the east of Ukraine and in the occupied territory of the Autonomous Republic of Crimea. The state of observance of the fundamental

rights and freedoms of citizens in the occupied territories of Ukraine is also characterized on the basis of the collected and received statistical data from the competent authorities, which are managers of information in the field of the protection of the rights and freedoms of citizens in the occupied territories of Ukraine.

The state of ensuring the rights and freedoms of citizens is the most important criterion for assessing the overall functioning of the state, indicating its democratic (or undemocratic) character. In Ukraine, this problem becomes extremely important. The characteristic of the state of ensuring the rights and freedoms of the individual makes it possible to consider not only the effectiveness of social institutions, but also the general position of the state – political, military and economic. Proof of this is the difficulty in effectively ensuring the rights and freedoms of citizens, which has resulted in the actual impossibility of deploying full-fledged, coordinated actions of organs and institutions whose activities are aimed at protecting the rights and freedoms of citizens, which is accompanied by crises in all spheres of public activity of the state.

Key words: occupation, rights and freedoms, condition of observance of rights and freedoms.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170522
УДК 341.1

Г. А. Лакарова

аспірант

Національний університет «Одеська юридична академія»,
кафедра міжнародного та європейського права
вул. Фонтанська дорога, 23, Одеса, 65000, Україна

ВИМОГИ ДО ПОДАННЯ МІЖДЕРЖАВНИХ СКАРГ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті досліджуються вимоги до подання міждержавних скарг до Європейського суду з прав людини. Аналізуються елементи міждержавної скарги, яка подається до Європейського суду з прав людини. Охарактеризовано алгоритм подання міждержавної скарги до Європейського суду з прав людини. Розкрито процедура дружнього врегулювання міждержавного спору.

Ключові слова: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, міждержавні скарги, Регламент Європейського суду з прав людини, права людини.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) є одним з найефективніших інститутів міжнародного захисту прав людини, який окрім індивідуальних скарг проти держав-учасниць Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. має право розглядати також міждержавні скарги. Лише протягом 2014 року Україна подала чотири міждержавні скарги проти Російської Федерації до ЄСПЛ, а у 2018 році було подано ще дві скарги щодо захисту прав людини, які порушуються в результаті агресії з боку та за підтримки Російської Федерації [1]. Також свого часу Грузія подавала чотири міждержавні скарги проти Російської Федерації щодо порушень прав людини, які мали місце на її території через збройний конфлікт 2008 року [1]. Таким чином, лідируючою державою-відповідачем у міждержавних скаргах у ЄСПЛ стала Російська Федерація, і об'єднуються ці скарги масовими порушеннями прав людини під час агресії проти Грузії та України. За таких умов особливо актуальною постає проблема визначення сутності, вимог до подання та прийнятності міждержавної скарги до Європейського суду з прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання юрисдикції Європейського суду з прав людини щодо розгляду міждержавних справ розглядали О. Базов та І. Галкін. В. Завгородня досліджувала міждержавні справи у практиці Європейського суду з прав людини. Проте в контексті актуалізації даного питання для України через відзначені вище аспекти тема залишається важливою як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

Мета статті. Метою статті є аналіз алгоритму подання міждержавних скарг до Європейського суду з прав людини та характеристика особливостей таких скарг.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до статті 33 «Міждержавні справи» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод,

встановлено, що «будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції та протоколів до неї, яке допущене, на її думку, іншою Високою Договірною Стороною» [2, ст. 33]. Як вказує В. М. Завгородня, «подання скарги однією державою проти іншої не може розглядатися як порушення суверенітету чи втручання у внутрішні справи, адже всі держави-учасниці Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод добровільно погодилися на визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини» [3, с. 73].

Для подання однією державою скарги до Європейського суду з прав людини проти іншої держави перш за все необхідно, щоб обидві держави визнавали його юрисдикцію. З 2014 року Секретаріат Європейського суду з прав людини реєструє скаргу лише за умови, що скарга подана із дотриманням усіх вимог до її оформлення. Інші документи, довідки або завірені нотаріусом копії додаються до скарги.

Офіційного формуляру щодо міждержавних скарг, як, наприклад, щодо індивідуальних скарг, не існує. Проте існують вимоги до написання та оформлення скарги.

Як правильно заповнювати формуляр скарги – зазначено в Регламенті Європейського суду з прав людини. Скарга до Європейського суду з прав людини повинна бути складена таким чином, щоб Суд мав можливість отримати чітке уявлення про факт порушення прав людини, а також про те, чи повинна дана скарга бути розглянута Європейським судом з прав людини взагалі.

Скарга повинна містити розділи, в яких необхідно вказати дані заявника, інформацію про державу, проти якої подається скарга, та інформацію про обставини справи. Крім цього необхідно викласти обґрунтовану думку про факт порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї, вимоги заявника та ін.

Європейський суд з прав людини допускає до розгляду міждержавні скарги, якщо: 1) зміст міждержавної скарги полягає у порушенні одного або декількох прав людини, які закріплені в Конвенції та протоколах до неї; 2) дана скарга подана проти тієї держави, яка ратифікувала Конвенцію та протоколи до неї; 3) скарга спрямована проти державних органів і подій, за які вони несуть відповідальність, проте Європейський суд з прав людини не може приймати міждержавні скарги, подані проти неурядових організацій або приватних осіб, міжнародних організацій; 4) скарга повинна бути подана щодо подій, які відбулися після підписання Конвенції даними державами; 5) держава-позивач, що подає до Суду скаргу, повинна мати «статус жертви»; 6) міждержавна скарга повинна містити вагомий докази, тобто необхідно чітко довести обґрунтованість тверджень і пред'явити незаперечні докази порушення іншою державою положень Конвенції та протоколів до неї, а також підкріпити їх такими документами, як медичні висновки, рішення, докази свідків тощо.

Стаття 46 Регламенту Європейського Суду з прав людини встановлює вимоги до міждержавної скарги, яка має подаватися до ЄСПЛ у письмовій формі та містити певну інформацію: 1) найменування держави-відповідача; 2) точний виклад фактів; 3) чіткий опис передбачуваного порушення Конвенції; 4) докази ймовірного порушення; 5) підтвердження дотримання умов прийнятності скарги; імена, прізвища та адреси осіб, призначених державою-позивачем уповноваженими у справах Європейського суду з

прав людини; 6) додатки (копії судових або інших документів, що безпосередньо стосуються суті поданої скарги) [4, ст. 46].

Крім цього, Європейський суд з прав людини вимагає від держави-позивача (або держав-позивачів) дотримуватись наступних принципів заповнення скарги: 1) чіткість; 2) заповнення всієї обов'язкової інформації відповідно до вимог Регламенту Європейського суду з прав людини; 3) при заповненні скарги категорично забороняється вживати скорочення та символи; 4) потрібно писати лаконічно і по суті.

Мова, на якій подається скарга, є одним із критеріїв правильного заповнення скарги. Офіційними мовами Європейського суду з прав людини є французька та англійська.

Скарга, подана Високою Договірною стороною, обов'язково повинна відповідати критеріям прийнятності, від чого залежить її подальша доля. Слід зазначити, що міждержавна скарга подається лише в одному екземплярі і лише один раз. Суд не розглядатиме двічі одну й ту ж саму справу.

Держава може подати скаргу проти іншої держави безкоштовно, мито в такому випадку не сплачується. Проте, держави нечасто вирішують спірні питання у Європейському суді з прав людини через політичні міркування, та намагаються дипломатичними засобами врегулювати спір.

Держава-позивач має право подавати скарги до Європейського суду з прав людини для того, щоб відновити права своїх громадян, порушені діями держави-відповідача. Однак Суд також визнає випадки, коли держава-позивач звинувачує іншу державу в утиску так званих «колективних прав» громадян інших держав навіть у тих випадках, коли не порушені інтереси громадян держави-позивача. Наприклад, у 1960 р. надійшла скарга Австрії проти Італії щодо судового процесу в суді Бальзана і Тренті за звинуваченням у вбивстві. У 1967–1970 рр. було подано п'ять скарг проти Греції, в яких уряди Данії, Норвегії, Швеції та Нідерландів заявляли про ряд порушень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод грецьким військовим режимом «чорних полковників» [5].

До скарги, що перебуває на розгляді в Європейському Суді з прав людини, можна подати доповнення до моменту її комунікації з урядом держави-відповідача. Після комунікації, тобто повідомлення про скаргу уряду держави-відповідача, яка зазвичай супроводжується вимогами до обох сторін надати письмовий відгук (меморандум), направлення до Європейського суду з прав людини нових матеріалів, які не є частиною письмового відгуку (меморандуму), за загальним правилом неприпустимо. В іншому випадку держава-відповідач була б фактично позбавлена можливості оскаржити позицію ймовірної жертви, або ж обмін меморандумами необхідно було б повторювати багато разів (що іноді відбувається, проте зазвичай з причин, не пов'язаних з доповненням до скарги); у ряді випадків доповнення скарги після її комунікації можливе, коли мова йде про нові порушення, вчинені після комунікації скарги. У певних випадках доповнення до скарги є не просто можливим, а й необхідним.

У статті 48 Регламенту Європейського суду з прав людини встановлюється: якщо Суд прийняв скаргу до розгляду відповідно до статті 33 Конвенції 1950 р., Палата, створена для розгляду цієї справи, призначає в якості судді-доповідача одного або декількох своїх членів, які зобов'язані підготувати висновки щодо прийнятності скарги після отримання письмових зауважень від зацікавлених держав. Суддя-доповідач (або

судді-доповідачі) представляє Палаті доповіді, проекти та інші документи, які можуть допомогти Палаті та її голові у виконанні ними своїх функцій [4].

Якщо Палата визнає скаргу прийнятною, наступним етапом відповідно до статті 51 Регламенту Суду є те, що голова негайно надсилає скаргу державі-відповідачу і передає її в одну із секцій. Відповідно до підпункту (а) пункту 1 статті 26 Регламенту Суду, судді, обрані від держави-позивача і держави-відповідача, беруть участь у засіданні Палати, сформованої для розгляду справи, як повноправні члени (*ex officio*). У випадку, якщо скарга подана декількома державами-учасницями Конвенції 1950 р., або якщо скарги мають один і той самий предмет і подані кількома державами-учасницями Конвенції, вони розглядаються спільно на підставі статті 42 Регламенту. В такому разі стаття 30 Регламенту Суду визначає порядок визначення судді, який прийматиме участь у розгляді справи від кількох держав, які мають спільний інтерес: суддю або обирають самі держави, або, якщо вони не змогли домовитись, його визначає шляхом жеребкування Голова Палати суду. Як тільки справа буде передана до Секції, голова секції створює Палату в порядку, передбаченому пунктом 1 статті 26 Регламенту Суду, і пропонує державі-відповідачеві подати у письмовій формі свої зауваження щодо прийнятності скарги. Секретар повідомляє таким чином отримані зауваження державі-позивачу, яка може представити у відповідь свої зауваження в письмовій формі. До винесення рішення, як зазначалося вище, щодо прийнятності скарги, Палата або її голова можуть запропонувати зацікавленим державам подати додаткові письмові зауваження. Регламентом також передбачено проведення слухань щодо прийнятності, якщо про це просять одна або кілька зацікавлених держав, або якщо Палата за власною ініціативою прийме таке рішення. Також Голова Палати консультується зі сторонами, перш ніж призначити письмове провадження, а в разі необхідності – усне провадження [4].

Необхідно зазначити: якщо держава-відповідач має намір висунути заперечення щодо неприйнятності, вона повинна це зробити, наскільки допускають характер та обставини, в письмових або усних зауваженнях щодо прийнятності скарги, поданих нею на підставі статті 51 Регламенту Суду або, в залежності від обставин, статті 54 Регламенту Суду [4].

Окремим етапом можна виокремити подання письмових зауважень саме вже по суті справи та надання можливих додаткових доказів у встановлений головою Палати строк, якщо Палата вирішила прийняти заяву, подану згідно зі статтею 33 Конвенції. Однак Голова за згодою зацікавлених держав може дати розпорядження обійтися без письмової процедури слухання за суттю справи, якщо про це просять одна або кілька зацікавлених держав, або якщо Палата за власною ініціативою прийме таке рішення.

Також передбачається процедура примирення зацікавлених держав. Після визнання скарги прийнятною і до відкриття слухань за справою, відповідно до положень статті 62 Регламенту секретар, який діє згідно з розпорядженнями Палати або її голови, налагоджує зв'язок зі сторонами з метою досягнення дружнього врегулювання спірного питання, відповідно до п. 1 ст. 39 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [6, с. 88]. Палата робить все можливе для того, щоб мирова угода була прийнята, а переговори про можливу мирову угоду проводяться конфіденційно. Уся інформація, озвучена під час переговорів, не може бути вико-

ристана в подальшому при слуханні і розгляді справи по суті. Якщо Секретар повідомляє Палаті про те, що конфлікт вичерпаний, Палата виключає скаргу із заяв, які підлягають розгляду [7]. Так, наприклад, справи *Данія проти Туреччини* від 7 січня 1997 р. та *Данія, Франція, Нідерланди, Норвегія і Швеція проти Туреччини* від 1 липня 1982 р., завершилися дружнім врегулюванням [6, с. 88].

Питання компенсації повинно бути визначено державою-позивачем у строки надання документів за суттю справи. Ці вимоги надаються до ознайомлення держави-відповідачу. У тому випадку, якщо вимоги не пред'явлені в строк, Палата може повністю або частково відмовити державі-позивачу в присудженні йому компенсації.

Висновки. Держави використовують право подачі скарги проти іншої держави до Європейського суду з прав людини як крайній захід і йдуть на це неохоче, оскільки даний крок прийнято вважати недружнім актом. Проте останні події свідчать про те, що Європейський суд з прав людини є механізмом захисту національних інтересів у площині прав людини під час агресії зі сторони держави-агресора. В. Завгородня констатує, що держави зазвичай використовують звернення до Європейського суду з прав людини лише тоді, коли можливості дипломатичного врегулювання відсутні або вичерпані [3, с. 74], аналогічної точки зору дотримується й І. Галкін [8, с. 287].

Список літератури:

1. Inter-Statesapplications. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf (дата звернення: 28.04.2019 року).
2. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 року. Ратифікована Законом України від 17.07.1997 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 28.04.2019 року).
3. Завгородня В. М. Міждержавні справи у практиці Європейського суду з прав людини. Правовий вісник Української академії банківської справи. 2014. № 1(10). С. 72-77.
4. Регламент Суда от 1 января 2016 г. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_RUS.pdf (дата звернення: 28.04.2019 року).
5. Европейская система защиты прав человека /Гендзехадзе Е./ Европейский Суд по правам человека – дела. 11 сентября 2004 г. URL: <http://www.espch.ru/content/view/32/34/> (дата звернення: 28.04.2019 року).
6. Базов О. Питання юрисдикції Європейського суду з прав людини щодо розгляду міждержавних справ. Юрична Україна. Міжнародне право. 2015. № 6. С. 84-91.
7. Процедура рассмотрения межгосударственных жалоб в Европейском суде по правам человека. URL: <http://prof-sommer.ru/procedura-rassmotrenija-mejgosudarstvennyh-jalob-espch> (дата звернення: 28.04.2019 року).
8. Галкін І. Г. Особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини. Часопис Київського університету права. 2014. № 4. С. 285-287.

Стаття надійшла до редакції: 30.04.2019 р.

А. А. Лакарова

Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
кафедра международного и европейского права
ул. Фонтанская дорога, 23, Одесса, 65000, Украина

ТРЕБОВАНИЯ К ПОДАЧЕ МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ ЖАЛОБ В ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Резюме

В статье исследуются требования к подаче межгосударственных жалоб в Европейский суд по правам человека. Анализируются элементы межгосударственной жалобы, подаваемой в Европейский суд по правам человека. Охарактеризован алгоритм подачи межгосударственной жалобы в Европейский суд по правам человека. Раскрыта процедура мирового соглашения в разрешении межгосударственного спора.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, межгосударственные жалобы, Регламент Европейского суда по правам человека, права человека.

G. A. Lakarova

National University "Odesa Law Academy",
The Department of International and European Law
Fontanska road str., 23, Odesa, 65000, Ukraine

SUBMISSION REQUIREMENTS FOR INTER-STATE COMPLAINTS TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The article deals with requirements for the submission of inter-state complaints to the European Court of Human Rights. The elements of the inter-state complaint filed to the European Court of Human Rights are analyzed. The algorithm for submitting an interstate complaint to the European Court of Human Rights is described. The procedure of friendly settlement of interstate dispute is revealed.

Key words: The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, interstate complaints, the Rules of the European Court of Human Rights, human rights.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166782
УДК 341.231.14

А. С. Кривошликова

студентка

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЗАХИСТ ВІД ГЕНДЕРНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ¹

У статті здійснено аналіз одного з основних принципів правового статусу людини у сучасному світі – принципу гендерної рівності та забороны дискримінації. Розглядаються складові елементи цього принципу, а також позитивні та негативні зобов'язання держав щодо його забезпечення. Досліджується практика Європейського суду з прав людини про захист від гендерної дискримінації, визначено її вплив на формування національної судової практики у спорах, пов'язаних з дискримінацією за ознакою статі.

Ключові слова: права жінок, гендерна дискримінація, права людини, гендерна рівність.

Постановка проблеми. Досягнення справедливості, у тому числі гендерної рівності, є метою розвитку само по собі – воно не вимагає додаткового обґрунтування своєї необхідності [1, с. 10].

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколи до неї є частиною національного законодавства України, відповідно до статті 9 Конституції України, як чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Взагалі необхідно зазначити, що Україна ратифікувала основні міжнародні документи стосовно забезпечення рівних прав і можливостей для чоловіків і жінок, які можна визначити як достатні для формування загальних умов щодо недопущення дискримінації за ознакою статі: Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.; Конвенцію ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» від 18.12.1979 р.; Загальну декларацію прав людини від 10.12.1948 р.; Декларацію про рівноправність жінок і чоловіків від 16.11.1988 р. та інші [2, с. 57]. Це стало першим та головним поштовхом до вивчення та застосування Україною європейського досвіду у захисті від дискримінації, яка на сучасному етапі постає перед світовим співтовариством як одна з найгостріших суспільних проблем.

¹ Стаття підготовлена в рамках науково-дослідної теми кафедри конституційного права та правосуддя Одеського національного університету імені І.І. Мечникова «Сучасний конституціоналізм в процесі становлення та розвитку української державності» (номер державної реєстрації: 0118U001585). Науковий керівник – Левенець А.В., кандидат юридичних наук.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Практика Європейського суду з прав людини завжди привертала увагу багатьох науковців. Дослідження проблемних питань протидії дискримінації за ознакою статі, зокрема, і у міжнародній судовій практиці, знайшло своє місце у працях таких вчених, як Н. В. Грицяк, О. О. Жидкова, Т. Ю. Журженко, Л. М. Кобилянська, М. Я. Кондра, І. П. Лаврінчук, Е. М. Лібанова, Н. М. Римашевська, Ю. І. Саєнко, Л. О. Смоляр, Т. І. Фулей, Г. О. Хрїстова та інші.

Метою цієї статті є дослідження особливостей захисту від дискримінації у рішеннях Європейського суду з прав людини та використання його практики у національному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Поняття дискримінації за ознакою статі частково говорить саме за себе: це – «дискримінація на підставі того факту, що особа належить до жіночої або чоловічої статі» [3, с. 96]. У більшості випадків зазначена форма дискримінації виникає через існування гендерних стереотипів, які, на жаль, проявляються у всіх галузях життя держави і суспільства.

Особливістю гендерних стереотипів є те, що вони «приймаються і членами тієї групи, щодо якої вони діють», а також, що гендерні стереотипи «набагато сильніші за інші соціальні стереотипи, зокрема расові» [4, с. 291].

«Гендерні стереотипи – стійкі для даного суспільства в конкретний історичний період уявлення про відмінність між чоловіком і жінкою, про їх місце і роль у сім'ї й суспільстві» [5, с. 30]. Соціологи підкреслюють, що стереотипи – це невід'ємна складова суспільства та ефективний засіб сприйняття й обробки інформації, проте завжди існує великий ризик того, що стереотипи можуть перетворитися і на жорстокі вимоги, стандарти поведінки (говорючи про гендерні – стандарти, зумовлені статтю особи), які суспільство чекатиме від своїх членів. На практиці таке трапляється досить часто, і підтвердження цьому ми можемо побачити у численній практиці ЄСПЛ з питань гендерної нерівності.

Необхідно зазначити, що ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. та протоколи до неї, Україна передусім зобов'язалася гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені у Конвенції та цих протоколах. Це положення закріплено у статті 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» № 475/97-ВР від 17.07.1997 р., відповідно до якої «Україна повністю визнає на своїй території обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції» [6].

Крім цього, Пленум Верховного Суду України в постанові «Про судові рішення у цивільній справі» окремо підкреслює, що «у мотивувальній частині кожного рішення ... у разі необхідності мають бути посилання на Конвенцію та рішення Європейського суду з прав людини, які згідно із Законом України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є джерелом права та підлягають застосуванню в цій справі» [7].

Отже, можна погодитись з Фулей Т. І., яка відзначає: «таке законодавче визнання обов'язкової юрисдикції Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Кон-

венції, зумовлює вивчення практики ЄСПЛ та застосування національного законодавства з урахуванням позицій ЄСПЛ, оскільки саме в рішеннях ЄСПЛ розкривається зміст більшості положень Конвенції [8, с. 6].

Значна частина практики ЄСПЛ присвячена проблемам реалізації принципу гендерної рівності в різних суспільних відносинах та різних галузях права. Так, наприклад, серед кримінальних справ у судовій практиці ЄСПЛ найбільш вагоме місце займають справи щодо домашнього насильства, у яких потерпілими майже завжди виступають жінки.

Необхідно зазначити, що стаття 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. передбачає, що користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою [9]. Тобто, ЄСПЛ не може розглядати скарги на дискримінацію, якщо вони не охоплюються правами, передбаченими у Конвенції.

Щоразу, коли ЄСПЛ розглядає питання про можливе порушення статті 14, він робить це у поєднанні з основним конвенційним правом. Заявники часто оскаржують порушення основного права, і додатково – порушення цього права у поєднанні зі статтею 14. Іншими словами, втручання в їхні права, окрім порушення стандартів дотримання основного права, становить також дискримінацію, оскільки «зразок для порівняння» не відчуває на собі подібного несприятливого ставлення [3, с. 64].

Крім цього, необхідно зазначити, що при застосуванні статті 14 Конвенції ЄСПЛ використовує «метод розширювального тлумачення змісту прав за Конвенцією»: по-перше, скарги щодо статті 14 Конвенції можуть розглядатись у поєднанні з основним правом, навіть якщо порушення основного права відсутнє; по-друге, зміст передбачених Конвенцією гарантій виходить за межі буквального тексту статей: достатньо, щоб факти справи були загалом пов'язані з відносинами, на які розповсюджується захисна дія Конвенції [3, с. 65]. Такий підхід свідчить про спрощений певною мірою допуск до правосуддя, оскільки предмет доказування за методом розширювального тлумачення змісту прав вужче: наприклад, особі, яка звертається до ЄСПЛ із скаргою щодо порушення статті 14 Конвенції, достатньо довести, що під час реалізації будь-якого передбаченого Конвенцією права (як безпосередньо, так і у відносинах, на які розповсюджується захисна дія Конвенції), ця особа зазнала гендерної дискримінації у будь-якій формі.

Прикладом реалізації зазначеного підходу є Рішення ЄСПЛ у справі *Emel Boyraz v. Turkey* від 2 грудня 2014 року [10]. Це рішення стосується звільнення з посади жінки у зв'язку з тим, що відповідну роботу, на думку уряду Туреччини, «можуть виконувати тільки чоловіки». Заявниця була призначена на посаду офіцера безпеки у відділенні державної електричної компанії, де пропрацювала на контрактній основі майже три роки. Проте у березні 2004 року заявниця була звільнена через її стать. Роботодавець мотивував свої дії тим, що вона не зможе працювати далі, оскільки не відповідає критеріям «бути чоловіком» та «пройти військову службу». У лютому суди відмовили пані Бойраз у поновленні її на роботі, посилячись на попереднє рішення Вищого Адміністративного Суду, який встановив, що «вимоги, які стосуються служби в армії, демонструють, що ця

посада була зарезервована для кандидатів-чоловіків, і що ця вимога була законною, беручи до уваги особливості посади та суспільний інтерес». Уряд Туреччини зазначив, що ані стаття 8, ані стаття 14 Конвенції у цій справі не підлягають застосуванню, оскільки вона стосується права, яке не є гарантованим Конвенцією, а саме – права на публічну службу, тобто відмова найняти особу на публічну службу не може виступати предметом скарги за Конвенцією [11, с. 17-18].

Проте ЄСПЛ у своєму рішенні зазначив, що у даному випадку для захисту порушеного права може бути застосований так званий принцип «широкого тлумачення положень Конвенції», відповідно до якого, для того, щоб стаття 14 могла бути застосована, достатньо, щоб факти, які стосуються розглядуваної справи, підпадали під сферу дії іншого матеріального положення Конвенції або Протоколів до неї.

Так, суд погодився з тим, що право бути призначеним на державну службу дійсно було виключено з Конвенції, проте у цій справі питання полягає в тому, чи мала заявниця право бути призначеною на державну службу. Заявниця не скаржилась на саму по собі відмову національної влади призначити її державним службовцем. Її позиція пов'язана з тим, що наявна різниця у відношенні до неї зумовлена її статевою належністю. Аналізуючи можливість застосування в цій справі ст. 8 Конвенції, Фулей Т. І. наводить позицію Суду, що «поняття “приватне життя” поширюється на аспекти, пов'язані з особистою ідентичністю та статтю людини, що є невід'ємною складовою її ідентичності. Тому така дія як звільнення з посади тільки на підставі статі справляє негативний вплив на особистість людини, її самосприйняття і самоповагу та, як наслідок, на її приватне життя. Крім того, заявниця також зазнала страждань і занепокоєння у зв'язку зі втратою своєї посади, на що ЄСПЛ також звернув увагу під час прийняття рішення. Так, звільнення вплинуло на широке коло відносин заявниці з іншими людьми, у тому числі професійного характеру, і на її можливість практикувати професію, яка відповідає її кваліфікації» [12, с. 153-154]. Зважаючи на це, Суд дійшов висновку, що стаття 14 Конвенції може бути застосована до обставин цієї справи, взята в поєднанні зі статтею 8 «Право на повагу до приватного та сімейного життя». Заперечення уряду були відхилені.

Необхідно зазначити, що дискримінація за ознакою статі проявляється у багатьох формах, більшість з яких була виявлена саме ЄСПЛ під час розгляду конкретних справ. Завдяки цьому суди країн, які визнають практику ЄСПЛ джерелом права, можуть більш широко застосовувати позиції щодо дискримінації завдяки таким роз'ясненням і висновкам ЄСПЛ.

Однією з визначальних в європейському антидискримінаційному плані справ є справа *Опуз проти Туреччини* (*Opuz v. Turkey*), заява № 33401/02, рішення за якою було винесено 02.06.2009 р. Заявницею у справі виступила жінка, яка «багато років разом із матір'ю зазнавала насильства з боку свого чоловіка. Домашнє насильство проявлялося у формі нанесення побиттів, спробі наїзду автомобілем на обох жінок, що призвів до тяжких травм матері заявниці, а також нападі з нанесенням останній семи ножових поранень. Обидві жертви не раз повідомляли про насильство у правоохоронні органи, проте були вимушені двічі відкликати свої скарги внаслідок погроз на свою адресу з боку їхнього нападника» [12, с. 167]. Слід зауважити, що врахувавши тяжкість нанесених матері заявниці травм внаслідок наїзду

автомобілем та від ножових поранень, кримінальна справа таки була порушена, проте цинічність ситуації полягала в обраних заходах застосованого покарання: за перше правопорушення – три місяці позбавлення волі, яке потім змінили на штраф, і за друге – штраф з помісячною виплатою. «Зрештою, у 2002 р. чоловік заявниці убив з вогнепальної зброї її матір, виправдовуючи цей вчинок потребою захистити свою честь. Визнаний винним у вбивстві у 2008 р. та засуджений до довічного ув'язнення, він був звільнений в очікуванні завершення апеляційної процедури і знову вдався до погроз на адресу своєї дружини, яка звернулася за захистом до органів влади [12, с. 167].

Дослідниця Христова Г. О. зазначає, що це рішення «має революційний характер у сфері боротьби із домашнім насильством», оскільки ЄСПЛ «вперше у своєму рішенні визнав, що гендерне насильство є формою дискримінації, а також конкретизував зобов'язання держави, які виникають внаслідок встановлення факту насильства в сім'ї, визнавши серйозність проблем домашнього насильства в Європі, а також проблем, що виникають через латентність та nereагування на це правопорушення з боку агентів держави. Вперше у своєму рішенні Суд підкреслив, що насильство в сім'ї не є приватною чи сімейною справою, але є питанням, що зачіпає суспільні інтереси, що своєю чергою вимагає ефективних дій з боку держави [13, с. 30]. Далі дослідниця наводить такі позиції: «...недостатньо мати закони щодо протидії домашньому насильству, більш важливим є наявність ефективних механізмів їхньої реалізації. Суд встановив, що кримінальне право не мало адекватного стримуючого ефекту, здатного забезпечити ефективне запобігання насильству щодо жінок, і що пасивність з боку поліції та прокуратури у відповідь на такі скарги була широко поширеним явищем. Суд зазначив, що “безвідповідальність судової системи та безкарність кривдників показує, що зобов'язання вживати належних заходів для вирішення проблеми насильства в сім'ї не було виконане належним чином”» [13, с. 30].

Необхідно зазначити, що на сучасному етапі в Україні поки що небагато випадків, коли до судів звертаються у справах щодо дискримінації за ознакою статі, однак, незважаючи на резонанс (як, наприклад, позови до Прем'єр-міністра у 2010 році), вони не стали для судової системи предметом обговорення чи вироблення практичних рекомендацій [12, с. 106]. Дослідження судами наявності дискримінації у обставинах справ за скаргами, які подаються щодо цього, до сих пір здійснюється на недостатньо високому рівні.

Іншою проблемою є відсутність комплексного аналізу судової практики, яка стосується випадків та проблем гендерної дискримінації.

Відповідно до параграфу 206 Пекінської Платформи дій для досягнення стратегічної цілі Н.3 «Збір та поширення дезагрегованих за ознакою статі даних та інформації з метою планування та оцінки», національним, регіональним та міжнародним статистичним службам разом з відповідними установами урядів та Організації Об'єднаних Націй, у співпраці з науково-дослідними та інформаційними організаціями, належить забезпечити: збір, обробку, аналіз і презентацію статистичних даних, які стосуються людей, з розподілом за критеріями статі та віку з тим, щоб вони відображали проблеми і питання, пов'язані з життям жінок і чоловіків у суспільстві; залучення центрів з вивчення гендерних проблем і науково-дослідних ор-

ганізацій до розробки і апробування відповідних показників і методологій досліджень з метою зміцнення гендерного аналізу тощо [14].

Більш того, крім збору, обробки, аналізу та презентації статистичних даних, важливо проводити моніторинг судових рішень, особливо враховуючи рекомендацію профільного Комітету ООН про надання у періодичній доповіді інформації, зокрема про кількість і типи судових скарг щодо можливої дискримінації та результати їх розгляду [12, с. 106].

Висновки і пропозиції. Отже, можна зробити висновок, що не зважаючи на численні нормативно-правові акти міжнародного та національного рівня та попри реформи, запроваджені у багатьох державах останніми роками, байдужість, яку зазвичай виявляють органи правосуддя в цьому питанні, а також безкарність, якою користуються порушники, що підтверджується конкретними рішеннями ЄСПЛ, відображають недостатню рішучість з боку владних органів на вжиття належних заходів для вирішення проблем домашнього насильства, яке коїться на підставі гендерної дискримінації. Відсутність аналізу судової практики щодо питань дискримінації за ознакою статі також не дає у повному обсязі дослідити масштаби проблеми і виробити методичні рекомендації та концепції з цього приводу.

Захист гендерної рівності, на нашу думку, в першу чергу є можливим через серйозну, всебічну підтримку з боку держави та громадських організацій. Доцільним є створення правозахисних організацій, головною метою діяльності яких повинні стати збір та обробка статистичних даних стосовно проблемних питань у забезпеченні гендерної рівності, а також контроль та нагляд за дотриманням основних принципів гендерної політики на різних рівнях суспільного та політичного життя.

Список літератури:

1. The Role of the Judiciary in Promoting Gender Justice in Africa: Report of the Partners for Gender Justice Conference hosted by the Judicial Service of Ghana. Accra, Ghana. 19-21 November 2008. URL: https://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/Partners_for_Gender_Justice_Ghana_Report-English.pdf (дата звернення: 25.03.2019).
2. Кривошликова А. С. Особливості реалізації принципів гендерної політики у кримінальному законодавстві України та правозастосовній практиці. Тези наук.-практ. конф. II туру Всеукраїнського конкурсу наукових робіт зі спеціальності «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Ірпінь : Видавництво УДФСУ, 2018. С. 57-60.
3. Посібник з європейського антидискримінаційного права. Українське видання. К.: ТОВ «К.І.С.», 2013. 196 с.
4. Майерс Д. Социальная психология: интенсивный курс. СПб.: Прайм-Еврознак, 2000. 512 с.
5. «Ми різні – ми рівні». Основи культури гендерної рівності : навчальний посібник для учнів 9–12 класів загальноосвітніх навчальних закладів / за ред. О. Семиколенової. К.: К.І.С., 2007. 176 с.
6. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17.07.1997 р. № 475/97-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>. (дата звернення: 25.03.2019).
7. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 р. № 14 «Про судові рішення у цивільній справі». Вісник Верховного Суду України, 2010. № 1. С. 4.
8. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : наук.-метод. посібник для суддів. К., 2015. 208 с.

9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 25.03.2019).
10. Case of Emel Boyrazv. Turkey 61960/08 Council of Europe: European Court of Human Rights, 2 December 2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148271> (дата звернення: 25.03.2019).
11. Судове вирішення справ у спорах, пов'язаних із гендерною дискримінацією : збірка кращих практик. Упорядники: О. Уварова, М. Ясеновська. Х.: ФОП Бровін О. В., 2016. 192 с.
12. Фулей Т. І. Гендерна рівність при здійсненні правосуддя. Вид. 2-ге, випр. К.: ВАІТЕ, 2016. 180 с.
13. Христова Г. О. Освітній курс «Розгляд судами справ, пов'язаних з насильством в сім'ї» : методичний посібник. К.: ТОВ «Компанія «ВАІТЕ», 2011. 86 с. URL: file:///C:/Users/Пользователь/Downloads/030_Osv_tn_y_kurs_Rozglyad_sudami_sprav_pov_yazanih_z_nasil_stvom_v_s_m_.Metodichniy_pos_bnik_2011_.pdf (дата звернення: 25.03.2019).
14. Пекінська декларація і Платформа дій для досягнення стратегічної цілі Н.3. С. 89-91. URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20R.pdf> (дата звернення: 25.03.2019).

Стаття надійшла до редакції: 26.03.2019 р.

А. С. Кривошлыкова

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ЗАЩИТА ОТ ГЕНДЕРНОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ В РЕШЕНИЯХ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Резюме

В статье осуществлен анализ одного из основных принципов правового статуса человека в современном мире – принципа гендерного равенства и запрета дискриминации. Рассматриваются составляющие элементы этого принципа, а также положительные и отрицательные обязательства государств по его обеспечению. Исследуется практика Европейского суда по правам человека о защите от гендерной дискриминации, определено ее влияние на формирование национальной судебной практики по спорам, связанным с дискриминацией по половому признаку.

Ключевые слова: права женщин, гендерная дискриминация, права человека, гендерное равенство.

A. S. Krivoslykova

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

PROTECTION AGAINST GENDER DISCRIMINATION IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The article analyzes one of the basic principles of the legal status of a person in the modern world – the principle of gender equality and the prohibition of discrimination. The constituent elements of this principle are considered, as well as the positive and negative obligations of the states on its maintenance. The jurisprudence of the European Court of Human Rights on protection from gender discrimination is being investigated, its influence on the formation of national court practice in disputes related to sex discrimination is determined.

Key words: women's rights, gender discrimination, human rights, gender equality.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166784
УДК 347.41

Є. О. Рябоконт

кандидат юридичних наук, доцент
Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
кафедра цивільного права
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна

ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ ЯК ПІДСТАВА СИНГУЛЯРНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ

У статті досліджуються питання, пов'язані з визначенням правової природи та особливостей відносин, що виникають при переході обов'язків боржника у зобов'язаннях до інших осіб. Переведення боргу розглядається як одна із підстав заміни боржника та правонаступництва. Вивчається зарубіжний досвід правового регулювання відповідних суспільних відносин.

Ключові слова: переведення боргу, сингулярне правонаступництво, підстави сингулярного правонаступництва, заміна боржника у зобов'язанні, зобов'язання.

Постановка проблеми. Однією з істотних особливостей зобов'язальних правовідносин є можливість заміни як сторони зобов'язання в цілому, так і суб'єктів окремих прав та обов'язків, що входять до змісту зазначених правовідносин. Тому у зобов'язанні суб'єктивним обов'язкам (так само як і правам) властива «динамічність», що передбачає можливість заміни суб'єкта обов'язку в зобов'язальному правовідношенні в порядку похідного переходу обов'язку попереднього носія до нового учасника правовідносин (правонаступництва).

Центральною нормою, яка регламентує заміну боржника у зобов'язанні, вважається ст. 520 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), згідно з якою боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Одним з основних питань, які стоять перед вітчизняною наукою цивільного права та правозастосовною практикою, є визначення **правової природи переведення боргу**. Складнощі, що виникають при його вирішенні, викликані недосконалістю редакції ст. 520 ЦК України, яка під переведенням боргу розуміє «заміну боржника іншою особою за згодою кредитора».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правової природи переведення боргу у зобов'язаннях розглядалися М. М. Агарковим, В. А. Беловим, В. І. Касапом, С. Дж. Міграновим, В. І. Пушаєм, І. П. Смілянець, С. К. Соломінім, Н. Г. Соломіною та іншими авторами.

Постановка завдання. Метою даного дослідження є визначення правової природи та особливостей переведення боргу як підстави сингулярного правонаступництва за зобов'язаннями.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи розміщення статті 520 ЦК України у Розділі І «Загальні положення про зобов'язання» Книги п'ятої «Зобов'язальне право», може скластися враження, що заміна боржника і переведення боргу є тотожними поняттями. Можливість такого висновку посилюється також відсутністю уніфікованої норми (яка б містила докладний перелік підстав заміни боржника), аналогічної ст. 512 ЦК України, що визначає підстави заміни кредитора у зобов'язанні. Очевидно, саме зазначений недолік ст. 520 ЦК України вводить в оману деяких авторів, які посилаються на ідентичність понять «заміна боржника» та «переведення боргу» [28, с. 65-66; 8, с. 497].

Проте очевидно, що переведення боргу є лише однією з кількох можливих підстав заміни боржника. З аналізу чинного законодавства випливає, що боржник може бути замінений і в інших випадках, передбачених законом, – при спадкуванні, реорганізації юридичної особи, виділі, переході обов'язків за договорами (ст. ст. 1216, 1218, 106-109, ч. 1 ст. 770, 814 ЦК України).

За цивільно-правовою природою, переведення боргу є **договором, укладеним між попереднім і новим боржниками за згодою кредитора**. Висновок про договірний характер переведення боргу випливає, по-перше, із загальних положень ЦК України щодо підстав виникнення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків (правовідносин). У пункті 1 ч. 2 ст. 11 ЦК України серед найбільш поширених юридичних фактів наведені договори й інші правочини. Правочин є дією особи, спрямованою на настання цивільно-правових наслідків, – набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України). Центральним критерієм класифікації правочинів закон називає кількість його сторін. За даним критерієм правочини поділяються на односторонні, дво- і багатосторонні (договори) (ч. 2 ст. 202 ЦК України). Боржник-правопередник і боржник- правонаступник – самостійні та необхідні фігури в договорі про переведення боргу: перший висловлює свій намір про передачу свого боргового обов'язку другому, внаслідок чого вибуває із правовідносин з кредитором (у разі схвалення кредитором переведення боргу), у той час як другий погоджується в силу певних обставин, які можуть бути зазначені в договорі (виплата йому винагороди попереднім боржником) або перебувати за його межами (необхідність розрахуватися за надані йому першим боржником товари, роботи, послуги, інше майно за іншим зобов'язанням, товариські, родинні відносини тощо), замінити його в зобов'язальних правовідносинах з кредитором. Оскільки для укладення правочину про переведення боргу необхідне самостійне волевиявлення і попереднього, і нового боржників, останні об'єктивно повинні наділятися самостійними правами та обов'язками у такому правочині, тобто кожен із цих суб'єктів має статус сторони договору.

По-друге, саме договірна форма регулювання переведення боргу дозволяє підкреслити правонаступницький характер даних правовідносин

і відмежувати їх від тих випадків, коли виконання зобов'язання замість боржника здійснює третя особа (ст. 528 ЦК України), або новий боржник бажає вступити у зобов'язання поряд з первісним боржником. За змістом ч. 1 ст. 528 ЦК України боржник може покласти виконання свого обов'язку (за винятком обов'язку, який має особистий характер і повинен бути виконаний самим боржником) на третю особу. У результаті цих дій третя особа не набуває статусу правонаступника боржника, оскільки останній не вибуває із зобов'язання і залишається відповідальним перед кредитором за невиконання або неналежне виконання третьою особою (ч. 2 ст. 528 ЦК України).

Відсутнє правонаступництво у борговому зобов'язанні й у випадку здійснення задоволення вимоги кредитором іншою особою без згоди боржника. Відповідне суб'єктивне право третьої особи закріплено у ч. 3 ст. 528 ЦК України і має на меті усунення небезпеки втрати нею прав на майно боржника (право оренди, право застави тощо). Третя особа не замінює боржника у зобов'язанні, а лише набуває право на задоволення вимоги кредитора, а отже, і право вимагати від кредитора прийняття її виконання. При цьому первісний боржник повністю зберігає свій статус у зобов'язанні, йому не забороняється виконувати зобов'язання, а невиконання або неналежне виконання третьою особою зобов'язання так само означатиме покладення відповідальності на боржника. Правовий статус третьої особи є вужчим, ніж статус договірної боржника- правонаступника: не стаючи новою стороною зобов'язання, третя особа не матиме і прав висувати проти вимог кредитора заперечення, що ґрунтуються на відносинах між кредитором і первісним боржником. Водночас подальший розвиток таких правовідносин може створювати правонаступництво, проте вже не на стороні боржника, а на стороні кредитора, оскільки до третьої особи, яка належним чином виконала зобов'язання попереднього боржника, переходять права кредитора за зобов'язанням у силу прямої вказівки ч. 3 ст. 528 ЦК України (суброгація).

У цілому, норма ч. 3 ст. 528 ЦК України вказує на наявність своєрідних зобов'язальних правовідносин, зміст яких хоча і полягає у приєднанні до зобов'язання нового боржника, але не породжує множинності боржників у зобов'язанні. Кожен з останніх зберігає свій автономний статус у зобов'язанні, що унеможливорює виникнення між ними солідарного обов'язку.

Зміна у зобов'язальних правовідносинах може відбуватися й у результаті приєднання до пасивної сторони зобов'язання нового боржника, який погоджується стати співборжником у певній частці зобов'язання (у цьому разі виникає правонаступництво в частині боргу), відповідати субсидіарно або солідарно з існуючим боржником. Подібні зобов'язання не суперечать ЦК України, впливають з окремих його норм, проте не узагальнені єдиним положенням, яке б було спрямоване на регулювання випадків такої зміни. Натомість у правопорядках європейських держав напрацьовано чимало форм зміни пасивної сторони зобов'язання. Наприклад, ст. III.-5:202 Проекту спільної системи підходів (DCFR) [38] передбачає як класичну заміну попереднього боржника правонаступником, так і встановлення субсидіарного зобов'язання попереднього боржника у випадку невиконання новим (неповна заміна боржника) або приєднання до оригінального боржника нового, які відповідають разом як солідарні співборжники. У ст. 9.2.5 Принципів УНІДРУА (ред. 2016 р.) [39] встановлюється можливість

кредитора: повністю звільнити попереднього боржника від зобов'язання; зберегти за собою право на пред'явлення вимоги, якщо новий боржник не виконує зобов'язання належним чином; в інших випадках первісний і новий боржники несуть перед кредитором солідарну відповідальність. У другому та третьому випадках, при паралельному вступі у зобов'язання нового боржника (боржників), не відбувається заміщення попереднього боржника новим, тому такі факти, на відміну від переведення боргу, не тягнуть за собою правонаступництва.

По-третє, опосередкована вказівка на втілення відносин з переведення боргу саме у форму договору міститься і в ЦК України, який у питанні форми правочину про заміну боржника у зобов'язанні відсилає до положень ст. 513, присвяченої формі заміни активної сторони у зобов'язанні – кредитора. Частина 1 ст. 513 ЦК України встановлює, що правочин про заміну кредитора у зобов'язанні вчиняється у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги за яким передається новому кредитору. Безпосередньо правочин відступлення кредитором своїх прав здійснюється шляхом передачі прав іншій особі на підставі правочину (п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК України).

Висновок про договірний характер переведення боргу підтверджується і судовою практикою. При вирішенні спорів, пов'язаних із кваліфікацією правовідносин між сторонами, які ґрунтуються на переведенні боргу, суди спираються саме на їх договірний характер. Відсутність договору не дозволяє застосовувати до спірних правовідносин норми про переведення боргу.

Прикладом можуть послужити матеріали такої справи. Після укладення договору позики виявилось, що позичальник неспроможний його виконати. З метою виконання договірного обов'язку позичальника зобов'язання щодо погашення боргу взяла на себе його мати, про що надала позикодавцеві відповідну розписку. Справа за позовом кредитора про визнання договору про переведення боргу дійсним та стягнення з матері боржника грошових коштів (боргу) за рахунок належного їй майна (квартири) розглядалася судами неодноразово. При частковому задоволенні позову судами першої та апеляційної інстанцій було зроблено висновок, що оскільки мати боржника взяла на себе обов'язок погасити борг сина в сумі 25,000 доларів США, остання замінила свого сина у зобов'язанні, що не вимагає визнання дійсним договору про переведення боргу. Надаючи оцінку спірним правовідносинам, Верховний Суд (далі за текстом – ВС) послався на те, що за змістом ст. ст. 520, 521 ЦК України переведення боргу здійснюється на підставі вчинення двостороннього правочину між новим і первісним боржниками, який має бути укладений у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, з наданням кредитором згоди на переведення. Розписка боржника в розумінні ч. 2 ст. 1047 ЦК України не є формою договору, а може підтверджувати укладення договору позики, бути заміником письмової форми даного договору. Відповідно, оскільки розписка не може бути кваліфікована як договір про переведення боргу, ВС скасував оскаржені рішення й ухвалив нове рішення, яким у задоволенні позову про визнання договору переведення дійсним та стягнення грошових коштів відмовив [16].

В іншому випадку після укладення договору позики дружина позичальника видала розписку, якою визнала суму боргу і зобов'язалася погасити борг з 15%-ю надбавкою протягом одного року. Позикодавець вимагав

стягнути борг саме з дружини позичальника, аргументуючи свої вимоги тим, що вона стала новим боржником шляхом укладення договору про переведення боргу. Справа стала предметом кількох судових розглядів. Скасовуючи рішення суду апеляційної інстанції, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі за текстом – ВССУ) вказав на обов'язковість існування письмового договору про переведення боргу, якого позивач суду не надав. Розписка дружини боржника не може привітнюватися до договору про переведення боргу, оскільки є одностороннім правочином – документом, який видається боржником кредитором за договором позики, підтверджуючи як факт його укладення, так і його зміст (умови договору) [32]. Судовій практиці відомі аналогічні випадки, коли підставою невизнання юридичного факту переведення боргу судами називалася саме відсутність договору (двостороннього правочину) про переведення боргу, який не може замінюватися розпискою або іншими односторонніми діями особи, яка бажає прийняти на себе чужий борг [19].

Викладене не дозволяє підтримати позицію, згідно з якою стверджується, що «переведення боргового обов'язку може відбуватися як в порядку універсального, так і сингулярного правонаступництва, як на підставі закону, так і на підставі угоди. Так, відносинам спадкового наступництва відомий випадок переходу боргових обов'язків в силу закону: ... спадкоємці, які прийняли спадщину, одержують не тільки майно, але і ... борги, тобто автоматично заміщують спадкодавця у зобов'язальних правовідносинах, у яких він був боржником» [13, с. 143]. Насправді, у відносинах спадкування може йти мова про заміну боржника або перехід обов'язків померлого боржника до його спадкоємців, проте аж ніяк не про переведення боргу, яке ґрунтується на договорі *intervivos* та породжує сингулярне правонаступництво. Аналогічні міркування викликає думка В. І. Пушая, який, розглядаючи обмеження переведення боргу, наводить норму ст. 1231 ЦК України, за змістом якої боржник у зобов'язаннях щодо відшкодування моральної шкоди, сплати неустойки не може бути замінений у порядку спадкового правонаступництва, крім випадків, коли за життя спадкодавця судом було прийнято рішення про відшкодування моральної шкоди або про стягнення неустойки [18, с. 157].

Таким чином, будучи однією з цивільно-правових підстав заміни боржника в зобов'язанні, переведення боргу є договірним правовідношенням, що породжує сингулярне правонаступництво в обов'язках правопопередника (попереднього боржника) його правонаступником (новим боржником).

У договірних правовідносинах щодо переведення боргу важливим є питання про **значення волевиявлення кредитора**. Зі змісту ст. 520 ЦК України випливає, що необхідною умовою укладення угоди про переведення боргу є згода кредитора. Таким чином, для виникнення правовідношення щодо переведення боргу обов'язковими є два юридичних факти: 1) укладення договору про переведення боргу між первісним і новим боржниками; 2) вчинення одностороннього правочину – волевиявлення кредитора первісного боржника щодо його згоди на заміну боржника шляхом переведення боргу нового боржника.

Думка про наявність юридичного складу правовідношення переведення боргу є досить популярною і підтримується багатьма цивілістами (зокрема, В. А. Беловим [2, с. 159], Ю. М. Гайдуком [3, с. 32-34], В. І. Пушаєм [18, с. 131], О. І. Масляєвим [6, с. 370], з певними застереженнями – також В.

І. Касапом [10, с. 133-138]. У той же час існують й інші точки зору. Серед останніх найбільш поширеним є погляд на договір переведення боргу як на договір тристоронній, укладений між первісним і новим боржниками та кредитором первісного боржника [9, с. 281; 13, с. 147-151; 28, с. 105]. Основна аргументація прихильників тристороннього характеру договору і включення до кола його сторін кредитора зводиться до ключового значення ролі кредитора у відносинах договірною переведення: лише сам кредитор може вирішити, чи відповідає новий боржник його уявленням щодо здатності виконати зобов'язання. С. Д. Мігранов навіть стверджує, що відсутність серед сторін договору про переведення боргу кредитора, з одночасним наданням йому права санкціонувати договір, необґрунтовано ставить кредитора над іншими учасниками, порушуючи принцип рівності цивільних правовідносин [13, с. 149].

Вбачається, що меті збереження прав кредитора при переведенні боргу цілком відповідає наділення його правом схвалити договір, укладений між первісним і новим боржниками. Якщо договір суперечить інтересам кредитора, він вправі своїм мовчанням або запереченням паралізувати зміну правовідношення, бажану для первісного та нового боржників. Основним аргументом на користь позиції про те, що договір переведення боргу укладається саме за згодою кредитора, яка переважно розглядається як односторонній правочин (одностороння дія кредитора), а не елемент договору, є безпосереднє формулювання ст. 520 ЦК України, в якій зазначається про «згоду кредитора», якою встановлюється чинність попередньої домовленості боржників про переведення боргу. Висловлюючи свою згоду на переведення боргу, кредитор тим самим не набуває правового статусу сторони договору, не стає носієм нових, додаткових для себе прав та обов'язків [18, с. 133].

Непритаманність договору переведення боргу тристороннього характеру пояснюється цілями його укладення, а також місцем кредитора в даних правовідносинах. Мета договору переведення боргу полягає в тому, щоб створити ефект правонаступництва, пов'язавши між собою дві сторони – попереднього і нового боржників. Кредитору елементарно не потрібні правомочності третьої сторони договору, оскільки його інтерес полягає в тому, щоб погодитись або не погодитись із переданням боргу та кандидатурою нового боржника. Схвалення кредитором договору усуває з правовідносин первісного боржника і натомість породжує двосторонні правовідносини аналогічного змісту між кредитором і новим боржником (правонаступником).

Незважаючи на нібито визначеність питання про значення волевиявлення кредитора при переведенні боргу, на практиці існує немала кількість тристоронніх договорів переведення боргу [17; 27]. Причому встановлення цього факту не тягне за собою недійсність договору [31; 26]. Можна припустити, що причиною збереження за такими договорами цивільно-правових наслідків є небажання судів позбавляти кредитора права вимоги, попри недотримання вимог закону про суб'єктний склад договору про переведення боргу. Парадоксально, але участь кредитора як сторони договору про переведення боргу сприймається в таких випадках як своєрідна форма надання згоди на заміну боржника. Тому вчинення тристороннього договору хоча і не ґрунтується на законодавстві та не відповідає природі договору про переведення боргу, продиктовано утилітарними потребами сторін

мінімізувати випадки оскарження правомірності заміни боржника, а також потребою проінформувати заінтересованих учасників про схвалення такої заміни кредитором.

В аспекті дослідження значення волевиявлення кредитора науковий інтерес становить питання про кваліфікацію вчиненої між боржниками домовленості до моменту схвалення її кредитором або у разі висловлення останнім незгоди із заміною боржника. На сьогодні поширеною серед науковців є позиція про те, що переведення боргу, здійснене без згоди кредитора, обов'язково призводить до недійсності договору [11, с. 18; 18, с. 144-145].

Договір переведення боргу – правочин, який підпадає під регулювання ч. 1 ст. 212 ЦК України, згідно з якою особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків відкладальною обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. І якщо стосовно того, чи може виступати відкладальною обставиною дія сторони правочину, у літературі існують сумніви [4, с. 176-179; 12, с. 220], підґрунтям яких, імовірно, є встановлення законом несприятливих наслідків для сторони, яка недобросовісно сприяла настанню умови або недобросовісно перешкоджала її настанню (частини 3, 4 ст. 212 ЦК України), то для кваліфікації в якості умови правочину поведінки третьої особи, яка не є стороною правочину, заперечень немає.

Відзначимо, що закон прямо не ставить у залежність від настання відкладальної обставини укладення правочину в цілому, а говорить про виникнення або зміну окремих прав (обов'язків). У такому випадку можна стверджувати про чинність договору переведення боргу для його сторін і до одержання згоди кредитора. Згода кредитора, як відзначав М. М. Агарков, є однією з умов дійсності договору переведення боргу у відношенні лише одного з його наслідків (заміни боржника), але не є необхідним елементом самого договору [1, с. 25-26].

Дійсно, схвалюючи переведення боргу на нового боржника, кредитор санкціонує лише одну (але центральну для нього) умову про заміну боржника; водночас його санкціонування не поширюється на інші умови договору про переведення боргу, домовленості сторін з приводу яких залишаються чинними. Чинним вважатиметься і обов'язок контрагента, з яким домовився боржник, здійснити виконання на користь кредитора. Інша справа, щоб до/без санкціонування такої заміни кредитором контрагент боржника за договором здійснюватиме виконання не як новий боржник- правонаступник, а як третя особа, на яку обов'язок виконання покладено боржником згідно зі ст. 528 ЦК України. При цьому сам боржник із зобов'язання не вибуває, адже залишається зобов'язаним перед кредитором щодо виконання обов'язку (ч. 2 ст. 528 ЦК України). Крім того, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України), а підставою недійсності правочину закон (ч. 1 ст. 215 ЦК України) називає недодержання сторонами в момент його вчинення вимог, встановлених частинами першою-третьою, п'ятою та шостою ст. 203 ЦК України. Але оскільки кредитор не є стороною цього договору, а закон не надає згоді кредитора правовстановлювального значення у договорі, останній вважається укладеним згідно із законом з моменту досягнення домовленості між первісним боржником і особою, на яку він бажає перевести борг, з істотних умов. Законною істотною умовою є обов'язок (борг)

боржника перед кредитором, інші істотні умови погоджуються сторонами на підставі угоди (до їх числа можна віднести, наприклад, встановлення розміру, порядку та строків оплати послуг сторони, яка погодилася взяти на себе чужий борг, обов'язкове нотаріальне посвідчення договору). Тому договір, укладений між боржником і його контрагентом, вважається законним і цілком самодостатнім для регулювання відносин між сторонами, проте юридичний наслідок заміни боржника у зобов'язанні шляхом переведення боргу досягається лише з моменту одержання згоди кредитора на таке переведення.

У судовій практиці не склалося однозначної позиції з приводу того, яким чином відсутність згоди кредитора впливає на чинність договору про переведення боргу. Водночас у багатьох справах судом констатується недосягнення сторонами правових наслідків заміни боржника за відсутності згоди кредитора [21; 24; 25], наголошується на неукладеності договору саме у частині переведення боргу і відсутності підстав для звільнення первісного боржника від виконання зобов'язання перед кредитором [22; 23], але не на недійсності договору в цілому.

Наведене не дає підстав підтримати висновок про те, що договір про переведення боргу, укладений без згоди кредитора, має визнаватися недійсним.

Закон не регламентує форми, у якій надається згода кредитора на переведення боргу. Відтак, не заборонено висловлювати згоду усно або шляхом вчинення конклюдентних дій. Судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України (далі за текстом – ВСУ) відзначено, що для заміни боржника у зобов'язанні за ст. 520 ЦК України вирішального значення набуває «не форма виразу волі кредитора, а наявність відповідної волі». При цьому застосування іншими судами ст. 520 ЦК України, у частині кваліфікації згоди кредитора виключно як одностороннього правочину, було визнано неправомірним. Відповідно, були скасовані рішення судів попередніх інстанцій, якими нікчемність договору про переведення боргу обґрунтовувалася тим, що рішення загальних зборів товариства (кредитора), яким надано згоди на заміну боржника за договором позики, не є правочином, а тому не повинно вважатися згодою кредитора [15].

Тенденція до більш гнучких форм надання кредитором згоди на переведення боргу не може не одержати схвальної оцінки, оскільки закон не встановлює жорстких рамок для вираження волевиявлення кредитора, обмежуючи його обов'язковою письмовою формою. Мають відійти в минуле і судові рішення, якими недосягнення сторонами наслідків переведення боргу пояснювалося самою по собі відсутністю письмової заяви кредитора [30], без урахування інших форм його поведінки, які могли б свідчити про його ставлення до заміни боржника та переведення боргу (насамперед, пред'явлення кредитором вимоги до нового боржника, ідентичної тій, яку він мав до первісного боржника, у тому числі й позовної, а також прийняття виконання від нового боржника [20]). Зауважимо, що ст. 521 ЦК України, на яку нерідко посилаються суди в обґрунтування необхідності одержання від кредитора письмової згоди для чинності переведення боргу, регламентує лише форму правочину щодо заміни боржника у зобов'язанні, тобто самого договору про переведення боргу, але не форми погодження кредитора на таке переведення, а тому не підлягає застосуванню у випадках, що розглядаються.

Згода кредитора на переведення боргу є юридичною дією (правочином), що може як передувати, так і слідувати за переведенням боргу. У першому випадку правові наслідки переведення боргу настають з моменту повідомлення кредитора про укладення між первісним і новим боржниками відповідного договору, у другому – з моменту одержання згоди кредитора первісним боржником.

Якщо в ЦК України прямо не передбачається (але і не заперечується) право кредитора надавати попередню згоду на переведення боргу, то для багатьох зарубіжних правових систем, яким відоме поняття переведення (передачі) боргу, такі норми є стабільними й існують не одне десятиліття (ч. 5 ст. 175 Зобов'язально-правового закону Естонії [14], ч. 2 с. 569 Цивільного кодексу Республіки Молдова [5], ч. 1 ст. 6:156 Цивільного кодексу Нідерландів [36], абз. 2. ч. 2 ст. 391 Цивільного кодексу Російської Федерації [34] (далі за текстом – ЦК РФ)).

Інший підхід закладено у законодавстві Німеччини та Угорщини, де прямо передбачено лише схвалення кредитором вже укладеного правочину про переведення боргу (§ 415 (1) Німецького Цивільного уложення [7], ст. 332 (1) Цивільного кодексу Угорщини [37]). Цивільний кодекс Ісламської Республіки Іран [35] містить припис про обов'язковість згоди кредитора на виконання зобов'язання третьою особою, але при цьому, як і ЦК України, не визначає, якою – попередньою чи наступною – може бути така згода.

Право кредитора надавати завчасну згоду на заміну боржника передбачається й уніфікованими актами європейського договірного права. Згідно з ч. (2) ст. III.-5:203 DCFR, у випадку висловлення кредитором попередньої згоди заміна боржника відбувається лише з моменту отримання кредитором повідомлення від нового боржника про укладення угоди між ним та оригінальним боржником. За ст. 9.2.4 Принципів УНІДРУА (ред. 2016 р.) кредитор може дати згоду на майбутнє; у цьому разі переведення зобов'язання набуває чинності у момент, коли кредитор одержує повідомлення про переведення, або в момент його підтвердження.

Односторонній характер згоди кредитора передбачає і його право на відкликання даної згоди. Дане право тим не менш тісно пов'язане з правовим статусом інших суб'єктів, залучених до правовідносин, – первісного і нового боржників, – а тому має розглядатися з обмеженнями, які загалом не притаманні праву особи відмовитися від вчиненого нею одностороннього правочину (ч. 1 ст. 214 ЦК України). У разі висловлення попередньої згоди на переведення боргу кредитор може зробити застереження на відкликання згоди, у протилежному випадку він позбавлений права відкликати свою згоду. Наступна згода кредитора свідчить про досягнення ефекту переведення боргу і перебування кредитора у зобов'язальному правовідношенні з новим боржником, з одночасним вибуттям із правовідношення первісного боржника, що зумовлює її безповоротність. Принциповим у цих відносинах є не те, кого із боржників має повідомити кредитор про своє схвалення (він має право повідомити і їх обох), а факт одержання повідомлення кредитора первісним боржником, адже саме він відбуває із зобов'язання. У протилежному випадку первісний боржник залишається відповідальним перед кредитором, а останній зобов'язаний прийняти від нього належне виконання.

Надання кредитором згоди на переведення боргу свідчить про заміну пасивної сторони у зобов'язанні. Договір про переведення боргу при цьому

хоча і не припиняє своєї дії, але вважається таким, що виконав свою роль як цивільно-правова підстава заміни боржника. Намагання сторін договору про переведення боргу анулювати зазначені наслідки шляхом припинення (розірвання) договору так само вимагають погодження кредитора. Відсутність згоди кредитора на розірвання договору про переведення боргу не призводить до зворотного правонаступництва і поновлення зобов'язання первісного боржника. Так, в одному з рішень ВССУ відзначив правильність правової позиції місцевого суду щодо оцінки договору про розірвання договору про переведення боргу. Суд підтвердив існування обов'язку відповідача (нового боржника за договором про переведення боргу) виконати прийняті ним на себе зобов'язання перед кредитором, оскільки договір про розірвання було укладено без згоди кредитора [33].

Зауважимо, що бурхливий розвиток зобов'язальних відносин у світовій економіці в останні десятиліття викликав до життя появу й інших форм договору про переведення боргу – договору між новим боржником і кредитором (так званого «привативного» переведення боргу), внаслідок укладення якого первісний боржник може вибувати або не вибувати з зобов'язання за своїм бажанням, або приєднання нового боржника до первісного як солідарного чи субсидіарного («кумулятивне» переведення боргу). Таке регулювання притаманне як деяким європейським кодифікаціям, узагальненням договірних прав, так і новітньому законодавству держав СНД. Наприклад, за змістом ст. 421, ч. 3 ст. 391 ЦК РФ, переведення боргу шляхом укладення договору між новим боржником і кредитором можливе у випадку здійснення усіма його сторонами підприємницької діяльності. Правові наслідки такого договору можуть полягати у покладенні солідарної відповідальності на первісного і нового боржників (це є загальним правилом), або у вибутті первісного боржника із зобов'язання, або у переході боргу до нового боржника із покладенням на первісного боржника субсидіарної відповідальності.

Не викликає жодного сумніву те, що випадки солідарної або субсидіарної відповідальності можуть бути віднесені до числа способів переведення боргу лише умовно, оскільки жодної заміни боржника не відбувається. Натомість має місце приєднання до першого боржника нового (другого), зі збереженням місця такого боржника у зобов'язальному правовідношенні, що зумовлює виникнення множинності на стороні боржника, яка докорінно відрізняється від правонаступництва.

Тому найбільший науковий інтерес являє розгляд саме **договору про переведення боргу, укладеного між новим боржником і кредитором**, у результаті якого первісний боржник вибуває із зобов'язання. Доцільність його укладення для нового боржника пояснюється тим, що внаслідок виконання зобов'язання первісного боржника, до нового боржника переходять права кредитора за зобов'язанням, якщо інше не визначено угодою між первісним і новим боржниками або не впливає із суті відносин між ними (абз. 2 ч. 3 ст. 391 ЦК РФ). При цьому первісний боржник може переслідувати мету звільнення від виконання зобов'язання. Водночас не притаманність такої конструкції вітчизняному законодавству змушує звернути увагу на її принципові особливості та відмінності у порівнянні з вітчизняною моделлю переведення боргу.

Передусім звертає на себе увагу відсутність у договірному правовідношенні переведення боргу центрального суб'єкта, борг якого переводиться,

– первісного боржника. При дослідженні природи договору переведення боргу за законодавством України, вже відзначалося, що воля первісного боржника, оформлена договором з його правонаступником, є центральною рушійною силою такої заміни. Слід підкреслити важливість волевиявлення сторони, яка вибуває із зобов'язання, на перехід належних їй прав та (або) обов'язків до іншої особи саме в договірних зобов'язаннях, заснованих на стійкому вольовому прагненні учасників досягнути визначених ними правових наслідків. При цьому договір про переведення боргу, за абз. 1 ч. 1 ст. 391 ЦК РФ, є угодою між кредитором і новим боржником, за якою новий боржник приймає на себе зобов'язання первісного боржника. У такій ситуації, коли договірною заміною зобов'язаної сторони може відбуватися поза ініціативою і, певною мірою, навіть волею самої зобов'язаної сторони, спостерігається ігнорування її інтересів.

Очевидно, що для досягнення ефекту вибуття первісного боржника із зобов'язання необхідне висловлення ним відповідної згоди на його заміну, нехай остання і висловлюється, як правило, *postfacto*. Однак така згода первісного боржника фактично націлена не на санкціонування договору про переведення боргу, домовленість з приводу чого вже є досягнутою, а на вибуття його із зобов'язання. Подібна форма заміни боржника викликає заперечення хоча б тому, що боржник за зобов'язанням перебуває у зв'язку з кредитором, а отже, лише останній може звільнити його від зобов'язання. Таке звільнення має зовнішню схожість з одностороннім правочином прощення боргу, однак ним не є, оскільки останнє не визнається законом підставою правонаступництва, а спрямоване на припинення зобов'язання.

Російські дослідники, маючи кількарічний досвід застосування даної моделі переведення боргу в законодавстві, відзначають недостовірність такої договірної підстави переведення боргу, як угода між кредитором і новим боржником, за якою новий боржник приймає на себе зобов'язання первісного боржника (абз. 1 ч. 1 ст. 391 ЦК РФ), та навіть стверджують, що таке «переведення» по суті не призводить до правонаступництва, а є підставою для виникнення нового зобов'язання [29].

Оскільки конструкція переведення боргу шляхом укладення договору без участі первісного боржника не позбавлена значних вад, слід дійти висновку про передчасність її запровадження у вітчизняний цивільний оборот. Приєднання нового боржника як солідарного, або покладення субсидіарної відповідальності на нового або на первісного боржника при одночасному збереженні у зобов'язанні останнього, взагалі не можуть визнаватися підставами заміни боржника і тягнути за собою переведення боргу.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави для таких висновків: 1) переведення боргу є однією з підстав заміни боржника та правонаступництва і втілюється у форму договору, укладеного між первісним і новим боржниками, який схвалюється кредитором первісного боржника. Саме договірною формою регулювання переведення боргу дозволяє підкреслити правонаступницький характер даних правовідносин і відмежувати їх від тих випадків, коли виконання зобов'язання замість боржника здійснює третя особа (ст. 528 ЦК України), або новий боржник бажає вступити у зобов'язання поряд з первісним боржником; 2) договір про переведення боргу, укладений без згоди кредитора, не є недійсним. Водночас до/без санкціонування такої заміни кредитором контрагент боржника за договором здійснюватиме виконання не як новий боржник- правонаступник, а як третя особа, на яку

обов'язок виконання покладено боржником згідно зі ст. 528 ЦК України; 3) оскільки закон не регламентує форми, у якій надається згода кредитора на переведення боргу, не заборонено висловлювати згоду усно або шляхом вчинення конклюдентних дій. Сучасна тенденція до більш гнучких форм надання кредитором згоди на переведення боргу не може не одержати схвальної оцінки, оскільки закон не встановлює жорстких рамок для вираження волевиявлення кредитора; 4) розгляд конструкції переведення боргу шляхом укладення договору між новим боржником і кредитором, без участі первісного боржника, яка закріплена в зарубіжному законодавстві, дає підстави стверджувати про наявність у ній істотних вад, що свідчить про передчасність її запровадження у вітчизняному цивільному обороті.

Список літератури:

1. Агарков М. М. Перевод долга (ст.ст. 126 и 127 Гражданского кодекса РСФСР). Право и Жизнь. Москва, 1923. Книга 3. С. 23-34.
2. Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Москва : ЮрИнфоР, 2007. 266 с.
3. Гайдук Ю. Н. Перевод долга в гражданских правоотношениях. Дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2002. 131 с.
4. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава : Типография Осипа Бертера, 1872. 309 с.
5. Гражданский кодекс Республики Молдова : закон от 06 июня 2002 г. № 1107-XV. URL:<http://lex.justice.md/ru/325085/> (дата звернення: 28.03.2019).
6. Гражданское право : учебник / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. Часть 1. Москва : Юристъ, 1997. 472 с.
7. Гражданское уложение Германии / Науч. ред. В. Бергманн; пер. с нем. 3-е изд., дополн. Москва : Wolters Kluwer, 2008. 872 с.
8. Заїка Ю. О. Підстави припинення зобов'язань. Цивільне право України: Загальна частина / За ред. професорів І. А. Бірюкова і Ю. О. Заїки. Київ: Алерта, 2014. 510 с. Глава 27. С. 495-502.
9. Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва : Юридическая литература, 1975. 880 с.
10. Касап В. І. Заміна сторін у цивільно-правовому зобов'язанні. Дис. ... канд. юрид. наук. Тернопіль, 2017. 226 с.
11. Кот О. О. Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 5-те вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2013. Т. II. 1120 с. Глава 47. С. 7-20.
12. Красавчиков О. А. Сделки. Советское гражданское право : учебник. В 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. Глава 9. С. 209-261.
13. Мигранов С. Дж. Перемена лиц в обязательстве: вопросы теории и практики. Дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2004. 196 с.
14. Обязательственно-правовой закон Республики Эстония: принят 26 сентября 2001 г. URL: <http://www.zakon24.ee/obazatelstvenno-pravovoj-zakon/> (дата звернення: 28.03.2019).
15. Постанова Верховного Суду України від 26 квітня 2017 р., судова справа № 922/1029/16. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL:<http://reyestr.court.gov.ua/Review/67041720> (дата звернення: 28.03.2019).
16. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 25 квітня 2018 р., судова справа № 667/933/14-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73657731> (дата звернення: 27.02.2019).

17. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 19 вересня 2018 р., судова справа № 484/3778/16. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76615311> (дата звернення: 28.03.2019).
18. Пушай В. І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (за матеріалами судової практики) : монографія. Харків : Екограф, 2010. 180 с.
19. Рішення апеляційного суду Миколаївської області від 17 березня 2011 р., судова справа № 22-ц-339/11. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14381844> (дата звернення: 27.02.2019).
20. Рішення апеляційного суду Житомирської області від 20 травня 2013 р., судова справа № 0603/2-2386/11. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31329191> (дата звернення: 30.03.2019).
21. Рішення апеляційного суду Одеської області від 13 серпня 2013 р., судова справа № 22-ц/785/4279/13. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33020767> (дата звернення: 25.03.2019).
22. Рішення апеляційного суду Львівської області від 20 листопада 2014 р., судова справа № 459/2885/13. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44028779> (дата звернення: 25.03.2019).
23. Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 22 червня 2010 р., судова справа № 2-450/1. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53665852> (дата звернення: 25.03.2019).
24. Рішення Харківського районного суду Харківської області від 25 грудня 2014 р., судова справа № 635/1583/14-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42199277> (дата звернення: 25.03.2019).
25. Рішення Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 06 листопада 2015 р., судова справа № 336/3453/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53255505> (дата звернення: 25.03.2019).
26. Рішення Держинського районного суду м. Харкова від 18 січня 2016 р., судова справа № 638/13892/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55093388> (дата звернення: 25.03.2019).
27. Рішення Держинського районного суду м. Харкова від 28 листопада 2016 р., судова справа № 638/13887/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63399131> (дата звернення: 24.03.2019).
28. Смілянець І. П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2010. 192 с.
29. Соломін С. К., Соломіна Н. Г. Некоторые аспекты учения о переводе долга: соглашение между первоначальным должником и новым должником. URL: <https://urfac.ru/?p=930> (дата звернення: 28.03.2019).
30. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 вересня 2011 р., судова справа № 6-12975св11. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18396513> (дата звернення: 28.03.2019).
31. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 квітня 2014 р., судова справа № 6-7489св14. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38317062> (дата звернення: 18.03.2019).

32. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01 червня 2016 р., судова справа № 484/4076/14-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58073849> (дата звернення: 27.02.2019).
33. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 березня 2017 р., судова справа № 6-41886св12. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29973373> (дата звернення: 30.03.2019).
34. Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. 05 декабря. № 32. Ст. 3301.
35. Civil Code of the Islamic Republic of Iran of 23 May 1928. URL: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=49997adb27&skip=0&query=Civil%20Code> (дата звернення: 28.03.2019).
36. Civil Code of the Netherlands (Burgerlijk Wetboek): revised in 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (дата звернення: 28.03.2019).
37. Civil Code of Hungary: Act IV of 1959, 1 May 1960. URL: <http://www.refworld.org/docid/4c3456fc2.html> (дата звернення: 28.03.2019).
38. Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll Munich: Sellier, European Law Publishers, Outline Edition, 2009. 644 p.
39. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2016 Edition. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016. 460 p.

Стаття надійшла до редакції: 18.05.2019 р.

Е. А. Рябоконт

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко,
кафедра гражданского права
ул. Владимирская, 60, Киев, 01033, Украина

ПЕРЕВОД ДОЛГА КАК ОСНОВАНИЕ СИНГУЛЯРНОГО ПРАВОПРЕЕМСТВА ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ

Резюме

В статье исследованы вопросы, связанные с определением правовой природы отношений, возникающих при переходе обязанностей должника в обязательственных правоотношениях к другим лицам.

Сделан вывод, что перевод долга является одним из оснований замены должника и правопреемства и воплощается в форму договора, заключенного между первоначальным и новым должниками, который одобряется кредитором первоначального должника. Акцентируется внимание на том, что именно договорная форма регулирования перевода долга позволяет подчеркнуть правопреемственный характер данных правоотношений и отграничить их от тех случаев, когда исполнение обязательства вместо должника осуществляет третье лицо, либо новый должник желает вступить в обязательство наряду с первоначальным должником.

Ключевые слова: перевод долга, сингулярное правопреемство, основания сингулярного правопреемства, замена должника в обязательстве, обязательство.

Ye. O. Ryabokon

Kyiv Taras Shevchenko National University,
The Department of Civil Law
Volodymyrska str., 60, Kyiv, 01033, Ukraine

ASSIGNMENT OF DEBT AS THE BASIS OF SINGULAR CONTRIBUTION FOR OBLIGATIONS

Summary

In the article there are investigated the questions connected with definition of the legal nature of the relations arising upon transition of debtor's duties in obligations legal relationship to other persons.

The conclusion is drawn that the assignment of a debt is one of the bases of replacement of the debtor and contribution and it is embodied in a form of the contract signed between initial and new debtors which is approved by the creditor of the initial debtor.

The attention is focused that contractual form of regulation of the assignment of a debt allows to emphasize the assignment nature of these legal relationship and to separate them from those cases when execution of the obligation instead of the debtor carries out the third party or the new debtor wishes to enter obligations along with the initial debtor.

Key words: assignment of debt, singular contribution, the basis of singular contribution, replacement of the debtor in the obligation, obligations.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).167311
УДК 347.251(477)

А. С. Савченко

кандидат юридичних наук, доцент
Харківський національний університет внутрішніх справ,
кафедра цивільного права та процесу
просп. Л. Ландау, 27, Харків, 61080, Україна

ЗАХИСТ ВОЛОДІННЯ В АСПЕКТІ ВИСЕЛЕННЯ ІЗ ЗАЙМАНОГО ЖИТЛА В ГУРТОЖИТКУ

У статті досліджується правова природа володіння як юридично закріпленої можливості використання житла, аналізується практика Європейського суду з прав людини щодо можливості застосування виселення на підставі рішення суду, а також досліджуються умови та підстави виселення особи із гуртожитку без надання іншого житла за відсутності правових підстав для його використання.

Ключові слова: володіння, гуртожиток, виселення, підстави, захист.

Постановка проблеми. Відповідно до положень Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1], фізична особа має право на місце проживання. Фізична особа має право на вільний вибір місця проживання та його зміну, крім випадків, встановлених законом. Окрім цього, відповідно до п. 4 ст. 311 ЦК України, фізична особа не може бути виселена або іншим чином примусово позбавлена житла, за винятком випадків, встановлених законом. Таким чином, право на житло – це гарантована законом можливість набуття фізичною особою житла за тих чи інших обставин і можливість користування ним в умовах свободи вибору місця проживання. Конституція України у ст. 47 гарантує не тільки свободу його придбання, але й можливість стабільного користування житлом, його недоторканість, а також недопущення примусового позбавлення житла не інакше, як на підставі закону і за рішенням суду.

З іншого боку, є досить розповсюдженою практика звернення до суду з вимогою про виселення осіб із займаного ними житла. Аналіз даної категорії справ за 2018–2019 роки свідчить, що переважна більшість позовних вимог полягає у визнанні осіб такими, що втратили право користування житлом та реєстрацію за місцем проживання, або у виселенні із займаного приміщення без надання іншого житла, або у визнанні права користування та постійного проживання на законних підставах та зобов'язання не чинити перешкод у користуванні та проживанні в кімнаті гуртожитку. Загалом, основною підставою звернення з такого роду позовами є відсутність ордеру на вселення в гуртожиток, або спільного рішення адміністрації та профспілкового комітету, або відсутність трудових відносин з власником гуртожитку, або довготривале непроживання в ньому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Виходячи з практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), втрата житла є найбільш крайньою формою втручання у право на повагу до житла. Втручання у право заявника на повагу до його житла має бути не лише законним, але

й необхідним у демократичному суспільстві. Інакше кажучи, воно має відповідати нагальній суспільній необхідності, зокрема бути пропорційним із переслідуваною законною метою. Житло має першочергове значення для особистості людини, самовизначення, фізичної та моральної цілісності, підтримки взаємовідносин з іншими, усталеного та безпечного місця в суспільстві. Враховуючи, що виселення є серйозним втручанням у право особи на повагу до її житла, особлива вага надається процесуальним гарантіям, наданим особі в процесі прийняття рішення. Зокрема, навіть якщо законне право на зайняття приміщення припинено, особа вправі мати можливість визначити необхідність заходу незалежним судом, у світлі відповідних принципів статті 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод [2]. Відсутність обґрунтування в судовому рішенні підстав застосування законодавства, навіть якщо формальні вимоги було дотримано, може серед інших факторів братися до уваги при вирішенні питання, чи встановлено справедливий баланс в результаті застосування виселення (*Кравіцька та Кравіцький проти України* № 30856/03 [3] та *Садов'як проти України* № 17365/14 [4]).

Більше того, Рішенням ЄСПЛ у справі *Прокопович проти Росії* № 58255/00 від 18.11.2004 [5] встановлено, що тривалий час проживання особи в житлі, незалежно від її правового режиму, є достатньою підставою для того, щоб вважати відповідне житло належним такій особі в розумінні статті 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, а тому наступне виселення її з відповідного житла є невинуватим втручанням у приватну сферу особи, порушенням прав на повагу до житла.

Як наслідок, судова практика України йде тим шляхом, що суди першої інстанції в більшості випадків вбачають підстави для виселення особи із гуртожитку. Тоді як суди апеляційної та касаційної інстанцій залишають скарги на відповідні рішення без задоволення саме посиляючись на матеріали практики Європейського суду з прав людини.

Мета статті. Дослідити правову природу володіння в контексті реалізації права на житло, а також проаналізувати випадки, в яких володіння потребує захисту та підстави його здійснення.

Виклад основного матеріалу. Вирішення житлової проблеми шляхом забезпечення житлом може відбуватися як на підставі реалізації права власності, так і на підставі речових прав володіння та користування чужим житлом, виходячи з того, що володіння – це фактична влада, фізичне панування особи над річчю, яке надає особі фактичну можливість використовувати її за призначенням. Стаття 395 ЦК України закріплює право володіння як речове право на чуже майно, яке виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, встановлених законом (ст. 399).

Варто відзначити, що ще з часів римського права поняття *possessio* («володіння», або ж «посідання») мало подвійне значення: 1) самостійний правовий інститут, незалежний від права власності; 2) одна з правомочностей власника. У першому значенні мають на увазі саме володіння, посідання, а в другому – *jus possidendi* – право володіння. Відповідно, посесор (володілець) – це фактичний володар речі, незалежно від наявності права на неї, а власник – фактичний володар речі, який до того ж має право власності на неї.

Отже, володіння житлом є підставою виникнення права користування. Право користування житлом – це юридично закріплена можливість ви-

користання житла для забезпечення житлової потреби, визначення місця проживання, а також вчинення інших, не заборонених законом юридично значимих дій для задоволення потреб власників та інших осіб [6, с. 43]. Отже, користування житлом неможливо здійснювати без його фактичного володіння і навпаки. Користування житлом здійснюється шляхом постійного або тимчасового проживання у ньому.

На думку В. О. Рибаківа, право володіння існує у всіх випадках, коли особа має фактичну можливість користуватись річчю, при цьому зазначає, що для фактичного володіння важлива сама можливість користування річчю, незалежно від того, чи користується нею власник у даний час [7, с. 105].

Статтею 396 ЦК України встановлено, що особа, яка має речове право на чуже майно, має право на захист цього права, у тому числі й від власника майна. Разом з тим, законодавцем встановлено презумпцію правомірності фактичного володіння майном (ч. 3 ст. 397 ЦК України). При цьому прямо не визначено поняття фактичного володіння майном, сутність якого полягає в тому, що правовий захист надається не праву, а факту.

Погоджуємося з думкою О. А. Підпригора, який зауважує, що право володіння чужим майном у такому вигляді, у якому воно викладено у ЦК України, не досягає своєї мети, бо воно захищає право володіння, яке і так уже захищене, але не захищає фактичного володіння, яке повинно було б мати такий захист [8, с. 150].

На відміну від права власності, суть володіння полягає у фактичній властивості володіти річчю, яка втрачається у зв'язку з втратою фізичного контакту з річчю. Мова йде про наявність фактичного стану, при якому особа не має можливості панувати над річчю з тих чи інших підстав. Саме тому є досить розповсюдженим подання позовів про усунення перешкод у користуванні власністю шляхом виселення.

Володіння закріплює фактичний стан належності житла фізичній особі, тому засвідчується відповідним правовстановлюючим документом.

Однак, є досить цікавою ситуація, коли особа була вселена в гуртожиток на підставі відповідного ордеру на вселення за спільним рішенням адміністрації та профспілкового органу, проживає в гуртожитку більше 10 років, навіть перебуває у трудових відносинах з підприємством. Але ухиляється від сплати за проживання в гуртожитку та оплати комунальних платежів. Більше того, аргументує та будує свою позицію, посиляючись на норми чинного законодавства та відповідні рішення ЄСПЛ, які, по суті, є хорошим судовим прецедентом, що «виправдовує» її законне проживання в гуртожитку за даних обставин. У зв'язку з чим виникає питання: а на якій правовій підставі така особа користується наданим їй жилим приміщенням?

Адже ст. 129 Житлового кодексу УРСР (далі – ЖК УРСР) [9] передбачено, що на підставі рішення про надання житлової площі в гуртожитку адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування видає громадянину спеціальний ордер, який є єдиною підставою для вселення на надану житлову площу в гуртожитку.

Тоді як відповідно до ст. 61 ЖК УРСР, користування жилим приміщенням у будинках державного і громадського житлового фонду здійснюється відповідно до договору найму жилого приміщення. Відповідно до ст. 130 ЖК УРСР, порядок користування житловою площею в гуртожитках ви-

значається договором, що укладається перед вселенням на надану житлову площу в гуртожитку на підставі спеціального ордеру, відповідно до Примірного положення про користування житловою площею в гуртожитках, що затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Таким чином, *ордер* – підтверджує право на вселення, а не юридичний факт користування жилим приміщенням.

Відповідно до п. 11 Примірного Положення про користування гуртожитками, затвердженого Постановою КМУ від 20.06.2018 № 498 [10], наймачі, які користуються житловою площею в гуртожитку, зобов'язані своєчасно сплачувати за проживання в гуртожитку у строки, встановлені договором або законом.

Пунктом 15 Примірного Положення передбачено, що особи, які проживають у гуртожитку на умовах договору найму (оренди), вносять плату за таке проживання відповідно до умов договору. Разом з тим, Положення не передбачає жодної відповідальності за невиконання цієї обов'язкової умови, а встановлює, що спори, які виникають під час користування жилими приміщеннями в гуртожитку, розв'язуються у судовому порядку.

Тому відповідно до ст. 810 ЦК України, за договором найму (оренди) житла, одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату.

Відповідно до ст. 108 ЖК УРСР, договір найму жилого приміщення в будинках державного і громадського житлового фонду може бути розірвано на вимогу наймодавця лише з підстав, установлених законом, і тільки в судовому порядку, крім випадків виселення з будинків, що загрожують обвалом.

Так, ч. 2 ст. 825 ЦК України встановлено, що договір найму житла може бути розірваний за рішенням суду на вимогу наймодавця у разі невнесення наймачем плати за житло за шість місяців, якщо договором не встановлено більш тривалий строк, а при короткостроковому наймі – понад два рази.

Ст. 826 ЦК України встановлені правові наслідки розірвання договору найму житла, а саме – у разі розірвання договору найму житла наймач та інші особи, які проживали у помешканні, підлягають виселенню з житла на підставі рішення суду, без надання їм іншого житла.

Висновки. Отже, при розгляді судами даної категорії справ необхідно брати до уваги не лише факт законного вселення, а й факт законного користування наданим житлом у гуртожитку. Оскільки мають місце трудові відносини з підприємством, на балансі котрого перебуває гуртожиток, у зв'язку з чим необхідно встановити причину несплати комунальних платежів, щоб особа, яка є злісним неплатником, була позбавлена можливості безпідставно «прикриватися» відповідними нормами на свій нібито захист. Підстави для виселення відповідачів з кімнати в гуртожитку без надання іншого жилого приміщення мають відповідати критеріям, що викладені у п. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, а саме – органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно з законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки й економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням та злочинам, для захисту здоров'я та моралі, або для захисту прав і свобод інших осіб. Якщо ж втручання держави не переслідує легі-

тимну мету, то воно є порушенням статті 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод.

Список літератури:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Конвенції про захист прав та основоположних свобод: Міжнародний документ від 04.11.1950 р. Голос України. 2001. № 3.
3. Справа «Кравіцька та Кравіцький проти України» (Заява № 30856/03): Рішення ЄСПЛ від 02.12.2010 р. Офіційний вісник України. 2012. № 43. Ст. 150.
4. Справа «Садов'як проти України» (Заява № 17365/14): Рішення ЄСПЛ від 17.05.2018 р. Офіційний вісник України. 2018. № 56. Ст. 72.
5. Справа «Прокопович проти Росії» (Заява № 58255/00): Рішення ЄСПЛ від 18.11.2004 р. Вісник Верховного суду України. 2005. № 3.
6. Івашова І. П. Володіння як підстава виникнення права користування житлом. Правовий вісник Української академії банківської справи. № 2(11). 2014. С. 42-45.
7. Рибаків В. А. Собственность и право собственности. 3-е издание. М.: «Юрист», 2007. С. 105.
8. Підпригора О. А. Речові права на чуже майно за новим Цивільним кодексом України. Вісник Академії правових наук України. К., 2003. № 4(35). С. 149-156.
9. Житловий кодекс УРСР: Закон України від 30.06.1983 № 5464-X. Відомості Верховної Ради України. 1983. № 28. Ст. 573.
10. Про затвердження Примірного положення про користування гуртожитками : Постанова КМУ від 20.06.2018 № 498. Офіційний вісник України. 2018. № 52. Ст. 514.

Стаття надійшла до редакції: 10.05.2019 р.

А. С. Савченко

Харьковский национальный университет внутренних дел,
кафедра гражданского права и процесса
просп. Л. Ландау, 27, Харьков, 61080, Украина

ЗАЩИТА ВЛАДЕНИЯ В АСПЕКТЕ ВЫСЕЛЕНИЯ ИЗ ЗАНИМАЕМОГО ЖИЛЬЯ В ОБЩЕЖИТИИ

Резюме

В статье исследуется правовая природа владения в контексте реализации права на жилье. В частности, исходя из постулатов практики Европейского суда по правам человека, потеря жилья является наиболее крайней формой вмешательства в право на уважение жилища, соответственно, должно быть применено только в качестве крайней меры. В тоже время, изучая основания выселения из общежития, автором проанализировано действующее законодательство Украины за последний год и установлено, что подавляющее большинство исковых требований заключается в признании лиц утратившими право пользования жильем и регистрации по месту жительства, или о выселении из занимаемого помещения без предоставления другого жилья, или о признании права пользования и постоянного проживания на законных основаниях и обвязывание не препятствовать в пользовании и проживании.

Также в статье исследовано владение как юридически закрепленная возможность использования жилья для обеспечения жилищной потребности, проанализированы случаи, когда человек, который был вселен в общежитие на законных основаниях, пользуется жильем при отсутствии правовых оснований. В связи с чем сделан вывод, что при рассмотрении судами данной категории дел необходимо учитывать не только факт законного вселения, но и факт законного пользования предоставленным жильем в общежитии. Кроме того, необходимо подтвердить наличие оснований для выселения из общежития без предоставления другого жилья по решению суда, которые должны отвечать критериям, изложенным в п. 2 ст. 8 Конвенции о защите прав и основных свобод.

Ключевые слова: владение, общежитие, выселение, основания, защита.

A. S. Savchenko

Kharkiv National University of Internal Affairs,
The Department of Civil Law and Procedure
L. Landau ave., 27, Kharkov, 61080, Ukraine

PROTECTION OF POSSESSION IN THE ASPECT OF EVICTION FROM OCCUPIED DWELLING IN A DORMITORY

Summary

The article explores the legal nature of ownership in the context of the realization of the right to housing, in particular, based on the European Court of Human Rights's case law that housing loss is the most extreme form of interference with the right to respect for housing, accordingly, should be applied only as a last resort. Studying the reasons for evictions from the hostel, the author analyzed the current legislation of Ukraine for the last year and

found that the overwhelming majority of claims is to recognize persons who have lost their right to use their homes and to withdraw from their registration at the place of residence or removal from their premises without providing a different home or the recognition of the right to use and permanent residence on legal grounds and the obligation not to obstruct the use and residence.

Also, the article investigates the possession as a legally secured use of housing for the provision of housing, and analyzes cases when a person who has been internally immersed in the hostel on legal grounds, but uses housing in the absence of legal grounds. Accordingly, it was concluded that when considering the courts of this category of cases, it is necessary to take into account not only the fact of the lawful introduction, but also the fact of lawful use of the accommodation provided in the hostel. In addition, it is necessary to confirm the presence of grounds for eviction from the hostel without the provision of other housing at the court's decision, which must meet the criteria set out in paragraph 2 of Art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: possession, dormitory, eviction, grounds, protection.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170523

УДК 347.61/.64

Л. П. Маргинюк

магістрант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра цивільно-правових дисциплін

вул. Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ДОПОМІЖНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ¹

Статтю присвячено аналізу деяких проблемних аспектів правового регулювання застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, з огляду на законодавче врегулювання цього виду відносин та основних проблем їх практичного застосування.

Акцентується увага на тому, що, незважаючи на закріпленні на законодавчому рівні можливості застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, на сьогоднішній день виникає багато проблем при застосуванні вказаних технологій на практиці.

Ключові слова: допоміжні репродуктивні технології, батьки, сурогат-на матір.

Постановка проблеми. Сучасна медицина вражає своїми можливостями та досягненнями. Але трапляються такі випадки, коли попри всі старання лікарів жінка не може самотужки виносити дитину або взагалі завагітніти. У такому випадку може йти мова про застосування допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ).

Незважаючи на те, що медицина деяких країн Європи, зокрема Німеччини, Франції, Італії, є високорозвиненою та дуже якісною, проте саме у цих країнах є забороненими ДРТ або їх певні методи.

На сьогоднішній день Україна є однією з небагатьох країн світу, де застосування ДРТ є цілком законним навіть з комерційної точки зору. Однак врегулювання цього питання, в тому числі й на законодавчому рівні, не є досконалим та потребує ґрунтовних правових досліджень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед вчених, які досліджували проблеми правового регулювання застосування допоміжних репродуктивних технологій, можна назвати А. П. Головащук, Н. А. Абіляптову, О. Розгон, К. М. Світнева, Н. С. Байборошу, Ю. В. Коренгу, І. В. Венедіктову, Д. Журавльова. Проте, до цього часу багато питань теоретичного і практичного характеру, що охоплюються предметом даного дослідження, потребують вивчення.

¹ Стаття підготовлена в рамках науково-дослідної теми кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету імені І. І. Мечникова «Забезпечення прав і законних інтересів учасників правовідносин, що виникають у сфері приватного права: проблеми теорії та практики» (державний реєстраційний номер: 0118U004432). Науковий керівник теми і даного дослідження Л. П. Маринюк – І. С. Каззафарова, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України.

Метою статті є виявлення проблемних аспектів правового регулювання застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні та внесення пропозицій з удосконалення законодавства у відповідній частині.

Виклад основного матеріалу. А. П. Головащук зазначає, що у правовому регулюванні відносин у сфері ДРТ виділяють три рівні: міжнародний, національний, рівень договірної регулювання.

Так, науковець вказує, що на міжнародному рівні відносини щодо застосування ДРТ регулюються міжнародними договорами, укладеними суб'єктами міжнародного права. При цьому варто зазначити, що на цьому рівні автор також окремо виділяє нормативні акти Європейського Союзу, які регулюють питання ДРТ [1, с. 45-46].

Крім того, А. П. Головащук стверджує, що на національному рівні ДРТ застосовуються на підставі норм конституцій, кодифікованих актів, окремих законів та підзаконних нормативно-правових актів, а на договірному рівні вказані відносини регулюються договорами, які «укладаються між суб'єктами ДРТ відповідно до норм чинного законодавства певної держави» [1, с. 45-46].

На нашу думку, наведені твердження потребують певного коригування, оскільки виокремлення договірної регулювання як самостійного рівня, поряд із міжнародним і національним, є некоректним – як з логічної, так і з теоретичної точок зору. Тим більше, що сам автор вірно вказує на те, що зазначені договори «укладаються відповідно до норм чинного законодавства певної держави».

Так, наприклад, норма ст. 627 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановлює, що «сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості» [5].

Із зазначеного випливає, що договірне регулювання у цивільному праві – це саморегуляція, яка може здійснюватись лише в межах, визначених законом. При цьому договір як акт піднормативного регулювання не може суперечити імперативним приписам закону.

Також необхідно звернути увагу на те, що договірне регулювання у згаданих вище випадках здійснюється також на «національному» рівні. Але у даному разі засобом регулювання виступає не норма права, а договір.

І з цієї точки зору стає очевидним, що А. П. Головащук, виокремлюючи три рівні правового регулювання відносин у сфері ДРТ, поєднує різнопорядкові категорії, а, отже, припускається логічної помилки.

Що стосується України, то одним із перших нормативно-правових актів, у якому згадувалося про застосування ДРТ, був Закон СРСР «Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів СРСР у питаннях, що стосуються жінок, сім'ї і дитинства» від 22 травня 1990 року, який доповнював ст. 17 «Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік про шлюб і сім'ю» від 27 червня 1968 року частиною шостою: «Чоловік, який дав згоду на штучне запліднення своєї дружини з допомогою донора, записується батьком народженої нею дитини і не має права оспорювати зроблений запис» [2].

Таким чином, вказана норма встановлювала можливість застосування ДРТ, а саме штучного запліднення, і визначала подружжя як батьків дитини, народженої внаслідок застосування ДРТ.

Трохи згодом, у 1992 році, із доповненням ст. 56 Кодексу про шлюб та сім'ю України відбулося закріплення на законодавчому рівні сурогатного материнства в Україні.

Так, ст. 56 Кодексу про шлюб та сім'ю України було доповнено частиною четвертою, яка містила такі положення: «Дружина, яка дала письмову згоду своєму чоловіку на запліднення та народження дитини іншою жінкою (донором), записується матір'ю цієї дитини і не має права оспорювати проведений запис» [3].

Як бачимо, таке доповнення закріпило сурогатне материнство на законодавчому рівні й дало початок для розвитку правовідносин у сфері сурогатного материнства.

Мироненко В. П. з цього приводу зазначає, що внесенню таких змін до законодавства передувала фіксація в Основах законодавства про охорону здоров'я права кожної жінки на застосування методів штучного запліднення або імплантації зародка [4, с. 259].

У рамках сьогодення Україна належить до небагатьох держав світу, де більшість ДРТ є дозволеними на законодавчому рівні.

У нашій державі різні аспекти ДРТ регулюються: нормами ЦК України та Сімейного кодексу України (далі – СК України), Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 року; приписами Наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» № 787 від 09 вересня 2013 року, Наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження статистичної документації з питань допоміжних репродуктивних технологій» № 489 від 10 грудня 2001 року тощо [5; 6; 7; 8].

Частина 7 ст. 281 ЦК України встановлює, що повнолітні чоловік та жінка мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій, згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством [5].

У цій частині А. П. Головащук зауважує, що зі змісту положення ч. 7 ст. 281 ЦК України можна визначити, що ДРТ можуть застосовуватись в Україні як лікувальні програми за медичними показаннями, а отже, застосування репродуктивних технологій за соціальними показаннями не передбачено у чинному законодавстві [1, с. 54].

Окрім цього науковець звертає увагу на те, що ЦК України встановлює нижню вікову межу – повноліття для застосування ДРТ, і не визначає верхню вікову межу. Інших умов або обмежень для застосування ДРТ ЦК України не встановлює [1, с. 54].

Стаття 123 СК України регулює питання щодо визначення походження дитини, народженої в результаті застосування ДРТ.

Аналіз положень даної норми дає підстави для висновку, що ст. 123 СК України визначає походження дитини при застосуванні ДРТ тільки для подружжя, не враховуючи при цьому застосування ДРТ для осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, або для незаміжньої жінки чи неодруженого чоловіка [6].

Тобто, батьками дитини, народженої із застосуванням ДРТ, за чинним законодавством України може бути визнано лише подружжя.

Погоджуючись із думкою А. П. Головащук, вважаємо, що таке положення чинного законодавства обмежує осіб у реалізації їх репродуктивних прав за ознакою сімейного стану [1, с. 55].

Стаття 48 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» закріплює лише застосування штучного запліднення та імплантацію ембріона, не регулюючи сурогатне материнство та інші методи ДРТ. Окрім цього, у законі немає визначення понять «допоміжні репродуктивні технології», «штучне запліднення», «імплантація ембріону», «сурогатна матір», «сурогатне материнство» тощо.

Варто зазначити, що питання репродуктивного здоров'я нації неодноразово порушувалося на державному рівні, що знайшло своє відображення у певних нормативних актах.

Так, Указ Президента України від 26 березня 2001 року № 203/2001 «Про Національну програму «Репродуктивне здоров'я 2001–2005» був одним із перших документів, розроблених з метою поліпшення демографічної ситуації в державі, збереження репродуктивного здоров'я населення, охорони материнства і дитинства та зміцнення сім'ї [9].

Згодом було прийнято Постанову Кабінету Міністрів України № 1849 від 27 грудня 2006 року «Про затвердження Державної програми «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року», яка мала на меті поліпшення репродуктивного здоров'я населення як важливої складової загального здоров'я, що значно впливає на демографічну ситуацію та забезпечення соціально-економічного розвитку країни [10].

Незважаючи на те, що в Україні відносини у сфері застосування ДРТ передбачені та регулюються багатьма нормативно-правовими актами, у цій галузі наявні численні прогалини правового регулювання, а чинне законодавство регулює лише окремі аспекти відносин у сфері застосування ДРТ.

Так, немає законодавчого визначення понять «сурогатна матір» та «потенційні батьки». Не чітко врегульовано питання застосування ДРТ для самотніх осіб, тобто тих, які не перебувають у шлюбі. Не визначено права, обов'язки та відповідальність учасників ДРТ. Відсутнє чітке визначення правового режиму для ембріона людини, а також відсутні норми, які закріплюють його захист на законодавчому рівні [1, с. 56].

Розглянемо докладніше питання про визначення поняття «сурогатне материнство».

Оскільки воно відсутнє у чинному законодавстві України, у науковій літературі наявні зовсім різні думки з цього приводу.

Зокрема, Н.А. Аблятіпова зазначає, що нормами чинного законодавства України не визначено поняття сурогатного материнства, воно існує лише у відносинах, пов'язаних із репродуктивними технологіями [11, с. 167].

Розгон О. вважає, що під сурогатним материнством розуміють запліднення жінки шляхом імплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу подружжя, з метою виношування і народження дитини, яка в подальшому буде визнана такою, що походить від подружжя, як правило, на комерційній основі на підставі відповідного договору між подружжям та сурогатною матір'ю [12].

Головащук А. П. не погоджується з наведеною думкою О. Розгон, оскільки таке визначення суттєво обмежує учасників програми сурогатного материнства виключно подружжям. Але на практиці, окрім подружжя у такі відносини вступають також не одружені пари і самотні особи [1, с. 57].

Крім того, що у науковій спільноті немає єдності думок щодо визначення поняття «сурогатне материнство», узгодженості немає і в частині визначення назви цього методу ДРТ.

Це пояснюється тим, що було кілька спроб врегулювати відносини у сфері ДРТ на законодавчому рівні. Хоча зазначені спроби являли собою лише законопроекти, які так і не стали законами, що не завадило їм накласти певний відбиток на визначення окремих понять ДРТ.

Так, першим законопроектом, у якому використовувався термін «сурогатне материнство», був проект «Закон України про репродуктивні права та гарантії їх здійснення» № 5105 від 10 лютого 2004 року. Цей законопроект був знятий з розгляду 16 березня 2006 року [13].

«Закон України про регулювання питань щодо допоміжного материнства та забезпечення державними гарантіями рівних прав та можливостей матерів» № 4647 від 11 червня 2009 року був першим законопроектом, у якому вперше зазначався термін «допоміжне материнство»: «Допоміжне материнство – термін, аналогічний сурогатному материнству, з однаковим смисловим навантаженням. Сурогатне материнство – відрізок часу, впродовж якого: жінка стає сурогатною матір'ю, реалізується комплекс заходів, спрямованих на захист та обслуговування жінок, що народжують дітей для інших осіб (замовників) шляхом імплантації ембріону із застосуванням методик ДРТ...» [14]. Цей законопроект було знято з розгляду 14 червня 2011 року.

У проекті «Закон України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмежень у використанні допоміжних репродуктивних технологій» № 0989 від 12 грудня 2012 року було використано аналог терміну «сурогатне материнство» – «замінне материнство». Цей законопроект було прийнято Верховною Радою України і надіслано на підпис Президенту України. Однак він не був підписаний, його було відхилено як такий, що може порушити права і свободи громадян, щодо яких застосовуються ДРТ [15].

З огляду на вищезазначене, погодимося з А. П. Головащук, яка пропонує в основу визначення поняття «сурогатного материнства» закласти етимологію цього терміну. Адже слово «сурогат» походить від лат. *Surrogatus*, тобто «поставлений на місце іншого».

У зв'язку із цим науковець пропонує доповнити п. 1.2 Наказу Міністерства охорони здоров'я України № 787 абзацом третім такого змісту: «під поняттям “сурогатне материнство” слід розуміти метод допоміжних репродуктивних технологій, який полягає у виношуванні іншою жінкою (сурогатною матір'ю) ембріона людини, зачатого потенційними батьками або одним з них і донором, з метою народження дитини і передачі її потенційним батькам» [1, с. 60-61].

Ще одним дискусійним аспектом у сфері застосування ДРТ є питання про наявність або відсутність вдавання до застосування методів ДРТ особами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, або незаміжніми жінками чи неодруженими чоловіками.

Відповідно до ст. 51 Конституції України, сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою [16].

Статті 49-50 СК України містять положення про те, що дружина має право на материнство, а чоловік має право на батьківство [6].

Таким чином, право жінки і право чоловіка, що перебувають у зареєстрованому шлюбі, на материнство та батьківство закріплено у чинному законодавстві України, у тому числі – і за допомогою ДРТ.

Однак, постає питання, чи можуть особи, які не перебувають у шлюбі між собою, але знаходяться при цьому у фактичних шлюбних відносинах, бути потенційними батьками?

Стаття 3 СК України зазначає, що сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки [6].

Проте ч. 2 ст. 21 СК України вказує, що проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя [6].

Водночас ч. 1 ст. 74 СК України регулює режим майна, набутого чоловіком та жінкою, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі [6].

З норм чинного сімейного законодавства України виходить, що застосування ДРТ визначено лише для подружжя [6]. Таким чином, особи, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, не входять до кола можливих суб'єктів правовідносин у цьому аспекті.

Однак, відповідно до ч. 4 ст. 211 СК України особи, які не перебувають у шлюбі між собою, не можуть усиновити одну і ту ж дитину. Якщо такі особи проживають однією сім'єю, суд може постановити рішення про усиновлення ними дитини [6].

Таким чином, фактично таким особам дозволяється бути усиновлювачами так само, як і подружнім парам, а отже законодавець надає особам, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, право на всиновлення, водночас не надаючи їм права скористатися ДРТ задля народження власної дитини.

Окрім цього, ст. 125 СК України регулює визначення походження дитини, батьки якої не перебувають у шлюбі між собою. Це означає, що якщо у таких жінки та чоловіка народжується дитина природнім способом, то питань не виникає, і законодавство містить механізм реєстрації такої дитини та визнання вищезазначених осіб її батьками. Однак законодавство не передбачає можливості для осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, бути зареєстрованими як батьки дитини, народженої із застосуванням ДРТ.

Ми вважаємо, що вищевказаний факт порушує права осіб на батьківство та продовження свого роду і дискримінує осіб за їх сімейним статусом.

На підтвердження нашої позиції звернемося до думки А. П. Головащук, яка пропонує доповнити ст. 123 СК України частиною 6 такого змісту: «Жінка і чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, але знаходяться у фактичних шлюбних відносинах: проживають однією сім'єю та пов'язані спільним побутом, визнаються і записуються батьками дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, здійснених за їх письмової згоди. Такі особи можуть скористатися репродуктивними технологіями за наявності у них медичних показань до проведення допоміжних репродуктивних технологій» [1, с. 99-100].

Не менше уваги потребує питання щодо можливості незаміжньої жінки реалізувати своє право на материнство з використанням ДРТ.

Чинне законодавство України не забороняє незаміжній жінці скористатися за наявності медичних показань такими ДРТ, як штучне запліднення чи кріоконсервація її репродуктивних клітин.

Ми погоджуємося із такою позицією законодавця, адже право на материнство так само, як і право на охорону здоров'я, належить до природних прав жінки і не може бути обмеженим.

Натомість ситуація із сурогатним материнством значно складніша, оскільки у чинному законодавстві цей вид ДРТ передбачений лише для

подружжя. Саме тому клініки репродуктивної медицини відмовляють незаміжнім жінкам у проведенні програми сурогатного материнства і рекомендують їм перед застосуванням цього виду ДРТ укласти шлюб.

Таким чином, ми маємо ситуацію, коли незаміжня жінка, яка має медичні показання до застосування такого виду ДРТ, як сурогатне материнство, не може реалізувати свої права на охорону здоров'я, медичну допомогу та на материнство.

Стаття 49 Конституції України захищає право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу [16]. Стаття 49 СК України закріплює право жінки на материнство [6].

Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09 вересня 2013 року № 787 визначає медичні показання для застосування ДРТ. Тому у випадку, коли незаміжня жінка має медичні показання до застосування сурогатного материнства, вона повинна мати можливість скористатися ним незалежно від її сімейного статусу.

У зв'язку із цим вважаємо, що відмова у проведенні ДРТ шляхом застосування сурогатного материнства для незаміжньої жінки є порушенням її прав на материнство, а також на медичну допомогу.

Подібної точки зору дотримується й К. М. Світнев, який зазначає, що якщо у жінки, незалежно від того, перебуває вона у шлюбі чи ні, існують медичні показання до застосування сурогатного материнства, вона може скористатися послугами сурогатної матері для виношування її дитини [17, с. 35].

Однак у науковій спільноті прийнято звертати увагу на те, що у разі проведення незаміжній жінці програми сурогатного материнства, після народження дитини можуть виникнути питання з реєстрацією дитини в органах державної реєстрації актів цивільного стану. Це пов'язано з можливою відмовою у реєстрації. Органи державної реєстрації пояснюють таке рішення тим, що законодавством не передбачено порядок реєстрації дитини, народженої сурогатною матір'ю для незаміжньої жінки, а програма сурогатного материнства проводиться лише для подружжя [18, с. 32]. Адже у ст. 123 СК України і в Наказі Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 року № 52/5 мова йде лише про подружжя.

Вважаємо, що така відмова у реєстрації дитини є неправомірною й обмежує права незаміжньої жінки. Окрім цього, відмова у реєстрації порушує право дитини знати своїх батьків та право на їх піклування, які закріплені у ст. 7 Конвенції ООН «Про права дитини» [19].

Окремої уваги також потребує питання про можливість неодруженого чоловіка скористатися методом сурогатного материнства та реалізувати своє право на батьківство.

Байбороша Н. С. вважає, що у випадку, якщо метою самотніх чоловіків і жінок є бажання «народити» генетично свою дитину, а з об'єктивних причин (діагноз безпліддя) це неможливо, таким особам необхідно надати право на реалізацію програми сурогатного материнства, яка повинна ґрунтуватись у першу чергу на генетичному зв'язку дитини з її батьками [20, с. 20].

Світнев К. М. зазначає, що єдиний можливий спосіб для самотнього, не перебуваючого у шлюбі чоловіка стати батьком – це реалізація програми гестаційного сурогатного материнства у поєднанні з донорством ооцитів. Також науковець зазначає, що якщо у жінки є медичні показання до

сурогатного материнства, то вона може скористатись послугами сурогатної матері незалежно від того, перебуває вона у шлюбі чи ні. На думку цього науковця, відмова неодруженим чоловікам і незаміжнім жінкам у проведенні програми сурогатного материнства є незаконною [21, с. 55; 22, с. 6; 23, с. 237].

Розглянувши вище питання щодо можливості участі неодруженого чоловіка і незаміжньої жінки у ДРТ, доцільно звернутись до думки А. П. Головащук, яка пропонує визнати цих осіб як суб'єктів відносин з ДРТ і закріпити це положення у законодавстві України шляхом внесення змін до ст. 123 СК України: «У разі народження дитини сурогатною матір'ю для жінки (потенційної матері), яка не перебуває у шлюбі, запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем та громадянством жінки (потенційної матері), а ім'я та по батькові дитини записується за її вказівкою. У разі народження дитини сурогатною матір'ю для чоловіка (потенційного батька), який не перебуває у шлюбі, запис дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем, по батькові та за громадянством чоловіка (потенційного батька), а ім'я дитини записується за його вказівкою» [1, с. 103-104].

Не менш важливим питанням є визначення походження дитини та встановлення батьківства у разі застосування ДРТ.

Щодо визначення батьківських прав, Ю. В. Коренга відзначає, що у зв'язку з розвитком медичних технологій пріоритетне значення надається генетичному зв'язку дитини або з батьками, або із сурогатною матір'ю, а не факту виношування та народження дитини [24].

Згідно з ч. 1 ст. 123 СК України у разі народження дружиною дитини, зачатої в результаті застосування ДРТ, здійснених за письмовою згодою її чоловіка, він записується батьком дитини [6].

Відповідно до ч. 2 вказаної статті СК України, у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування ДРТ, батьками дитини є подружжя [6].

Порядок запису подружжя батьками дитини при застосуванні ДРТ визначено також у п. 11 глави 1 розділу III Наказу Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 року № 52/5: «У разі народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, державна реєстрація народження проводиться за заявою подружжя, яке дало згоду на таке перенесення. У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається заява про її згоду на запис подружжя батьками дитини, справжність підпису на якій має бути нотаріально засвідченою, а також довідка про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з плодом. При цьому в графі «Для відміток» актового запису про народження робиться такий запис: «Матір'ю дитини згідно з медичним свідоцтвом про народження є громадянка (прізвище, власне ім'я, по батькові)», а також зазначаються найменування закладу (установи), що видав(ла) довідку, дата її видачі та номер, дані нотаріуса (прізвище та ініціали, нотаріальний округ чи державна нотаріальна контора), дата та за яким реєстровим номером засвідчено справжність підпису жінки на заяві про її згоду на запис подружжя батьками дитини» [25].

Таким чином, аналізуючи норми СК України та Наказу Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 року № 52/5, можна дійти висновку,

що у даному разі наявна певна колізія. Адже з одного боку діє презумпція батьківства подружжя згідно із СК України, а з іншого – у Наказі Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 року № 52/5 діє норма материнства сурогатної матері, тому що вона має надати згоду на запис подружжя батьками дитини. У випадку, якщо сурогатна матір не надасть такої згоди, то з реєстрацією дитини можуть виникнути труднощі.

Як зазначає з цього питання І. В. Венедіктова, «Діюче законодавство дуже “обережно” вторгається у відносини сурогатного материнства, не дуже опікуючись їх детальною регламентацією. З одного боку, це дає суб’єктам широкий спектр можливостей в умовах існування диспозитивності приватно-правових засад і наявності розвинутого громадянського суспільства. З іншого боку, жорстокі реалії сьогодення по той бік закону щодо трансплантації органів, торгівлі людьми змушують знову і знову піднімати питання правової регламентації сурогатного материнства» [26, с. 63].

В Україні питання щодо визначення походження дитини, народженої в результаті застосування ДРТ, регулюється ст. 123 СК України. Однак положення цієї статті є нечіткими.

Журавльов Д. з цього приводу зазначає, що безпосередньо під сурогатним материнством закон розуміє виношування дитини тільки для подружжя [27, с. 111].

Розглянемо детальніше положення ст. 123 СК України.

Так, норма ч. 1 ст. 123 СК України встановлює, що у разі народження дружиною дитини, зачатої в результаті застосування ДРТ, здійснених за письмовою згодою її чоловіка, він записується батьком дитини [6]. У цій нормі мова йде про визначення походження дитини при використанні штучного запліднення та народження дитини дружиною.

Частина 2 ст. 123 СК України визначає, що у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування ДРТ, батьками дитини є подружжя [6]. У зазначеній нормі використовується загальна фраза «зчатого подружжям», але не уточнюється, чи кожен з подружжя обов’язково має надати свій репродуктивний матеріал для зачаття, чи буде достатньо репродуктивного матеріалу лише одного з подружжя.

Частина 3 ст. 123 СК України закріплює, що подружжя визнається батьками дитини, народженої дружиною після перенесення в її організм ембріона людини, зачатого її чоловіком та іншою жінкою в результаті застосування ДРТ [6]. Вказана норма регулює визначення походження дитини при штучному заплідненні з використанням жіночого донорського матеріалу, але не врегульовує випадку із застосуванням чоловічого донорського матеріалу.

Тому положення цієї норми щодо визначення походження дитини є неоднозначними, оскільки при їх застосуванні можуть виникати непорозуміння.

Крім визначення походження дитини, важливим є питання, чи має право чоловік оспорювати своє батьківство у випадку використання ДРТ. Чинне українське законодавство такого не допускає.

Так, відповідно до ч. 5 ст. 136 СК України, «не має права оспорювати батьківство особа, записана батьком дитини, якщо в момент реєстрації себе батьком дитини вона знала, що не є її батьком, а також особа, яка дала згоду на застосування ДРТ відповідно до частини першої статті 123 СК України» [6].

Важливо звернути увагу, що на практиці трапляються випадки, коли сурогатна мати відмовляється передавати дитину подружжю або подружжя розлучається ще до народження дитини. У такому випадку виникає питання щодо того, хто буде записаний батьками дитини.

Законодавством не передбачено, щоб сурогатна мати могла залишити дитину собі та зареєструвати її у органах державної реєстрації актів цивільного стану, тому що право на визнання батьками дитини, народженої при застосуванні ДРТ, залишається тільки за подружжям.

Тобто, сурогатна мати не має права відмовлятися передавати дитину подружжю, адже за чинним сімейним законодавством України діє презумпція батьківства подружжя.

Однак на практиці трапляються випадки, коли сурогатна матір не надає згоди на запис потенційних батьків батьками дитини.

Як приклад наведемо рішення Шевченківського районного суду міста Києва у справі № 2610/22368/2012 від 25 липня 2013 року. У даній справі сурогатна матір позивається до закладу охорони здоров'я, в якому було проведено ДРТ, та до потенційних батьків, якими є подружжя, громадяни Італії, про визнання правочину недійсним. В обґрунтування своїх позовних вимог сурогатна матір зазначає, що потенційні батьки не виконали умови договору, не подали до органів РАЦС нотаріально посвідчену згоду сурогатної матері на реєстрацію потенційних батьків батьками дітей та не провели реєстрацію їх батьками народжених нею дітей.

Суд встановив, що 20 листопада 2009 року між подружжям, закладом охорони здоров'я та сурогатною матір'ю було укладено договір щодо здійснення ДРТ шляхом застосування сурогатного материнства, згідно з п. 1 якого предметом даного договору є виношування вагітності, що настала після перенесення в порожнину матки сурогатної матері ембріонів, отриманих у результаті проведення процедури запліднення із використанням яйцеклітини та спермій, що належать потенційним батькам.

Сурогатна матір після народження дітей не надала нотаріально посвідчену згоду на запис батьками дітей подружжя, не передала дітей батькам, але натомість звернулася до Відділу ДРАЦС Барського районного управління юстиції Вінницької області та, не повідомляючи про те, що діти народжені внаслідок застосування сурогатного материнства, подала заяву про реєстрацію її матір'ю, а її чоловіка – батьком дітей.

Розглядаючи цю справу, Шевченківський районний суд міста Києва дійшов висновку, що позов не підлягає задоволенню, і вирішив у позові сурогатної матері про визнання правочину недійсним відмовити у повному обсязі.

Після цього сурогатна матір подала апеляцію. Апеляційний суд міста Києва своєю ухвалою від 22 січня 2014 року у справі № 22-ц/796/331/2014 р. ухвалив апеляційну скаргу сурогатної матері відхилити, а рішення Шевченківського районного суду міста Києва від 25 липня 2013 року – залишити без змін [28; 29].

З вищенаведеного вбачається, що ненадання сурогатною матір'ю згоди на запис потенційних батьків батьками дитини може призвести до дуже негативних наслідків у вигляді довготривалих судових процесів і можливості шантажування потенційних батьків сурогатною матір'ю.

Тому вважаємо, що з метою недопущення подібних ситуацій та належного регулювання відносин між учасниками ДРТ необхідно розробити ок-

ремий закон «Про допоміжні репродуктивні технології», який регулюватиме права, обов'язки та відповідальність учасників ДРТ.

Висновки. Таким чином, з огляду на вищевикладене стає зрозуміло, що незважаючи на законодавчо встановлену можливість застосування в Україні ДРТ, чинне українське законодавство має певні прогалини у сфері досліджуваних відносин, зокрема: немає законодавчого визначення понять «сурогатна матір», «сурогатне материнство» та «потенційні батьки»; немає чіткого врегулювання питання застосування ДРТ для самотніх осіб, тобто тих, які не перебувають у шлюбі; не визначені права, обов'язки та відповідальність учасників ДРТ тощо.

У зв'язку із цим, задля усунення вищевказаних прогалин та недоліків, пропонуємо закріпити у чинному законодавстві України визначення понять «сурогатне материнство», «сурогатна матір» та «потенційні батьки», із чітким зазначенням їх прав, обов'язків та відповідальності.

Окрім цього, вважаємо за потрібне закріпити на законодавчому рівні можливість для осіб, що не перебувають у шлюбі, вдатися до застосування допоміжних репродуктивних технологій.

Також пропонуємо визначити на законодавчому рівні правовий режим ембріона людини і розробити норми щодо його захисту.

Отже, враховуючи викладене, вважаємо, що в Україні існує потреба доповнення й удосконалення вже існуючих у цій галузі норм, а також прийняття окремих законів (наприклад, Закону України «Про допоміжні репродуктивні технології») – задля належного та всеохоплюючого регулювання відносин у сфері застосування ДРТ.

Список літератури:

1. Головащук А. П. Цивільно-правове регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2017. 258 с.
2. Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів СРСР у питаннях, що стосуються жінок, сім'ї і дитинства: Закон СРСР від 22.05.1990 р. № 1501-І. Відомості Верховної Ради СРСР. 1990. № 23. Ст. 422.
3. Про шлюб та сім'ю: Кодекс України від 20 червня 1969 р. № 2006-VII (назва в ред. Закону № 2488-12 від 23.06.1992. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2006-07>
4. Мироненко В. П., Пилипенко С. А. Сімейне право України : підручник для студ. вищ. навч. закладів / за заг. ред. В. П. Мироненко. Київ: Правова єдність, 2008. 477 с.
5. Цивільний кодекс України: Закон України № 435-IV від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.
6. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.
7. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.
8. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>
9. Про Національну програму «Репродуктивне здоров'я 2001–2005»: Указ Президента України № 203/2001 від 26.03.2001 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/203/2001>
10. Про затвердження Державної програми «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року»: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2006 р. № 1849. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1849-2006-%D0%BF>
11. Аблятіпова Н. А. Проблеми сурогатного материнства в Україні. Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. Одеса : Одеська нац. юрид. академія, 2009. Вип. 51. С. 167-173.

12. Розгон О. Сурогатне материнство: проблеми правового та договірного регулювання. Мала енциклопедія нотаріуса. 2010. № 3 (51). URL: <http://yurradnik.com.ua/zhurnal-men/rubrikator/rubrika-zhurnalu-men/?term=54>
13. Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення: Проект Закону України № 5105 від 10.02.2004 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=17135
14. Про регулювання питань щодо допоміжного материнства та забезпечення державними гарантіями рівних прав та можливостей матерів: Проект Закону України № 4647 від 11.06.2009 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=35510
15. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмежень у використанні допоміжних репродуктивних технологій : Пропозиції Президента України до Закону від 12.12.2012 р. № 0989. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44968
16. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
17. Свитнев К. М. Сурогатне материнство і подружній статус. Жіночий лікар. Київ, 2011. № 1. С. 34-37.
18. Головащук А. П. Допоміжні репродуктивні технології як спосіб реалізації права на материнство. Верховенство права, законність та права людини: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 28–29 черв. 2012 р.). Київ : Центр правових наук. досліджень, 2012. С. 31-32.
19. Про права дитини: Конвенція ООН від 20.11.1989 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021
20. Байбороша Н. С. Право одиноких мужчин и женщин на реализацию программы сурогатного материнства. Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез Міжнар. наук. конф. «Сьомі осінні юридичні читання»: у 4 ч., (Хмельницький, 28–29 листоп. 2008 р.). Хмельницький : Хмельницький ун-т управління та права, 2008. Ч. 3: Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес. С. 19-22.
21. Свитнев К. Н. Вспомогательные репродуктивные технологии: правовые коллизии. Правовые вопросы в здравоохранении. 2011. № 5. С. 52-59.
22. Свитнев К. Н. ВРТ и право на материнство. Медицинское право. 2010. № 3. С. 5-9.
23. Свитнев К. Н. Право на продолжение рода при помощи ВРТ. Юридические гарантии и этические аспекты. Медицинское право и биоэтика – гарантии обеспечения права граждан на охрану здоровья : сб. трудов Всероссийской науч.-практ. конф. (Казань, 3-4 июня 2011 г.). Казань, 2011. С. 234-239.
24. Коренга Ю. В. Аналіз основних понять сурогатного материнства. Часопис Академії адвокатури України. 2012. № 2 (15). URL: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2012-2/12kuvpsm.pdf>
25. Про затвердження Правил реєстрації актів громадянського стану в Україні: Наказ Міністерства юстиції України від 18.10.2000 р. № 52/5 (zareestrovаний в Міністерстві юстиції України 18.10.2000 р. за № 719/4940). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00>
26. Венедіктова І. В. Правове регулювання послуг з сурогатного материнства за чинним законодавством України. Medix. Anti-Aging. Антиэйджинг. Антистаріння : журнал укр. лікарської еліти (ТОВ «Медікс»). Київ, 2010. № 3 (15). С. 62-63.
27. Журавльов Д. «Сурогатне материнство» має право на захист нотаріусом. Юридичний журнал. 2008. № 12. С. 111-112.
28. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 25 липня 2013 р., судова справа № 2610/22368/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32701643>
29. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 22 січня 2014 р., судова справа № 22-ц/796/331/2014. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37344992>

Стаття надійшла до редакції: 23.05.2019 р.

Л. П. Мартынюк

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ
ВСПОМОГАТЕЛЬНЫХ РЕПРОДУКТИВНЫХ ТЕХНОЛОГИЙ
В УКРАИНЕ: ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ**

Резюме

Статья посвящена изучению основных проблемных аспектов практического применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Определены пробелы и неточности в действующем законодательстве Украины, которое регулирует отношения, возникающие в области применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Проведен анализ судебной практики рассмотрения дел в области отношений, возникающих вследствие применения вспомогательных репродуктивных технологий.

Ключевые слова: вспомогательные репродуктивные технологии, родители, суррогатная мать.

L. P. Martunyuk

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

**LEGAL REGULATION OF THE USE OF ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNOLOGIES IN UKRAINE: PROBLEM ASPECTS**

Summary

The article is devoted to the definition of the main problem aspects in the field of the use of assisted reproductive technologies.

It was made an analysis of the norms of the current legislation of Ukraine, the result of which revealed gaps in the legislation and legal regulation of relations in the field of assisted reproductive technologies.

Problems of practical settlement of relations in the field of the use of assisted reproductive technologies are investigated through the prism of judicial practice, conflicts of legislation, as well as notes of the authors who specialize in the field of these relations.

Key words: assisted reproductive technologies, parents, surrogate mother.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І КРИМІНОЛОГІЯ

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166785
УДК 343.3/.7

І. В. Сервецький

доктор юридичних наук, доцент
Національна академія Служби безпеки України,
кафедра спеціальних дисциплін
вул. М. Максимовича, 22, Київ, 03022, Україна

Ю. Ю. Чуфрін

здобувач
Національна академія управління,
кафедра кримінального права та кримінального процесу
вул. Ушинського, 15, Київ, 03151, Україна

СУТНІСТЬ ПРОФЕСІЙНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

У статті розкрито поняття «професійна злочинність», «злодій у законі», «рецидив», виділено ознаки професійної злочинності. Проаналізовано поняття «мафія». Зазначено, що мафіозне утворення створюється і діє за принципом сім'ї, із близьких людей, де метою є збагачення, набуття власності, нерухомості та здобуття інших пільг і переваг над конкурентами.

Зроблено висновок про те, що сьогоденна злочинність є не тільки протиправною поведінкою окремих членів організованих груп, організацій, мафіозних та олігархічних утворень, але й найнебезпечнішою професійною злочинною діяльністю.

Ключові слова: професійна злочинність, мафія, рецидив, організація, «злодій у законі».

Постановка проблеми. Професійна злочинність у світі виникла ще у середньовіччі. Перша згадка про неї з'явилася у період царювання Людовика XIV. У Франції існувала так звана Асоціація Жебраків, члени якої жили за рахунок вчинених злочинів. Асоціація перебувала в Парижі, маючи відділення у провінції, а також у багатьох інших містах. На той час вона вже мала ієрархічну організацію. Але зазначимо, що професійна протиправна діяльність тісно пов'язана з засобами виробництва, але все ж таки, на нашу думку, первинним було удосконалення способів і засобів накопичення матеріальних благ, а потім удосконалювались способи їх незаконного вилучення особами, які вели професійну протиправну діяльність.

Носіями кримінальної субкультури були і будуть громадяни, які ведуть антисуспільний спосіб життя, дотримуються кримінальних традицій та

правил, породжують бажання користуватись чужим майном, цінностями, і при цьому не бути викритими правоохоронними органами. Все це спонукало і спонукає злочинців йти на ризик та вчиняти злочини, використовуючи при цьому кримінальні навички, не повторюючи попередніх помилок, з метою уникнення заходів кримінально-правового характеру, набуваючи професійних антисуспільних знань.

Правоохоронні органи, своєю чергою, накопичують досвід боротьби зі злочинністю, використовують новітні технології й надалі інтелектуально будучи випереджати кримінальні структури.

Разом з тим, проблема професійної злочинності недостатньо розроблена, бо кримінологія була «партійною наукою» і не допускала й думки про те, що при комуністичному режимі може існувати професійна злочинність.

Проблеми професійної злочинності в різні часи вивчали такі зарубіжні та вітчизняні науковці, як М. М. Гернет, В. М. Кудрявцев, Г. Тард, Е. Феррі, Г. Ф. Хохряков, О. В. Шеслер, а також інші кримінологи, криміналісти, соціологи, психологи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій у сфері протидії організованій злочинності, а саме, праць Ю. А. Вакутіна, М. П. Водька, О. І. Гурова, І. М. Даньшина, О. О. Дульського, С. В. Дьякова, В. І. Литвиненка, В. Д. Пахомова, свідчать, що уніфікованого визначення «професійна організована злочинність» як явища не існує.

Мета статті полягає в аналізі теоретичних положень професійної злочинності, яка складається з одинаків, членів організованих «мафіозних» та «олігархічних» угруповань.

Виклад основного матеріалу. Насамперед зазначимо, що поняття «професія», тобто рід занять, трудової діяльності, що вимагає певних знань і навичок і є для будь-кого джерелом існування [1, с. 332], є запозиченим з латинської мови терміном *profesio* (вияв; офіційне оголошення, заява; офіційно зазначене заняття, пов'язане з дієсловом *profiteer* – відкрито заявляю, оголошую, називаю своєю спеціальністю) [2, с. 612]. Тобто професія передбачає заняття роботою (професією) особи, яка володіє комплексом спеціальних теоретичних знань і практичних навичок, отриманих у результаті спеціальної підготовки, досвіду роботи тощо [1, с. 332].

Отже, професійна діяльність людини зазвичай є основним джерелом доходу, що передбачає характер і зміст роботи або службових функцій, інструментів або предметів праці, роботи, що виконується.

З розвитком продуктивних сил суспільства ускладнюються засоби і технології виробництва. Багато професій поділяється на спеціальності, тим самим робота стає більш творчою і змістовною, що призводить до поступової ліквідації відмінностей між психічною і фізичною працею, на перше місце виходить поняття «спеціаліст» [1, с. 332]. Зауважимо, що спеціальність (лат. *specialis*) – особливий, призначений для якоїсь мети, що належить до суспільно-корисної області знань, навчання і професії [2, с. 332], а професіонал – це кваліфікований фахівець, майстер своєї справи [3, с. 772].

Слід зазначити, що таке визначення терміну «професіонал» стосується, як правило, праці, яка поділяється на суспільно корисну працю – трудова діяльність окремих індивідів, трудових колективів, сукупного працівника, спрямована на створення необхідних і корисних благ для задоволення потреб суспільства та сукупність економічних відносин, – та суспільно-некорисну працю.

Функції суспільної праці можна поділити на:

- працю як засіб життя, як спосіб і міру задоволення потреб людини;
- працю як основу існування суспільства, джерело багатства, фактор суспільного процесу;
- працю як чинник розвитку самої людини, як сферу формування особистості.

Праця має своїм результатом здобуття джерел існування, тобто отримання заробітної плати – винагороди, обчисленої, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу. Розмір заробітної плати залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та господарської діяльності підприємства [4].

Суспільно-некорисна праця має незаконно здобуті статки, тобто предикатний злочин (будь-який злочин, у результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в статті 9 Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів), що означає будь-який злочин, у результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в статті 6 Конвенції.

Кожна сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для уповноваження судів або інших компетентних органів видавати розпорядження про надання банківських, фінансових або комерційних відомостей, або про їх арешт з метою здійснення заходів, зазначених у статтях 3, 4 та 5 Конвенції. У ст. 9 Конвенції вказано, що кожна сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинними відповідно до її внутрішнього законодавства у випадку умисного вчинення:

а) перетворення або передачі майна, з усвідомленням того, що таке майно є доходом, з метою приховування або маскуванню незаконного походження майна або з метою сприяння будь-якій особі, причетній до вчинення предикатного злочину, в уникненні правових наслідків її дій;

б) приховування або маскуванню справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, стану, переміщення, прав стосовно майна або власності на нього, з усвідомленням того, що таке майно є доходом; та з урахуванням її конституційних принципів і основних засад її правової системи;

в) набуття майна, володіння ним або його використання, з усвідомленням під час одержання того, що таке майно є доходом;

г) участі у вчиненні, об'єднання або змови з метою вчинення, замаху на вчинення, пособництва, підмови, сприяння й надання порад стосовно вчинення будь-якого зі злочинів, установлених відповідно до цієї статті [5].

Сьогодні професійна й організована злочинність [6] тісно взаємопов'язані між собою, але все ж професійну можна поділити на:

1) одинаків – професійних злочинців (рецидивіст, особливо небезпечний рецидивіст (за минулим КК України), злодії в законі [7] тощо);

2) групову професійну злочинну діяльність (корисливо-насильницького спрямування);

3) організовану злочинність (кримінального, економічного, соціального та політичного спрямування), таку як «злочинна організація» «терористична організація», «мафія», олігархічна злочинність тощо.

Таким чином, професійна, як і організована, злочинність потребує ретельного юридичного вивчення та аналізу, з метою успішного попере-

дження, запобігання та викриття осіб, які готують та вчиняють суспільно небезпечні злочини.

На початку 80-х р. ХХ ст. збільшилась кількість корисливо-насильницьких злочинів, що безпосередньо призвело до зростання кількості рецидивної злочинності.

Поняття «рецидив» від лат. *recidivus* означає повернення, повторення якого-небудь явища після його зникнення. «Рецидив злочинів» визначено в теорії кримінального права й закріплено ст. 34 Кримінального кодексу України (КК України) [6]. Також слід зауважити, що у ст. 34 КК України закріплено поняття саме легального рецидиву, тобто пов'язаного з наявністю судимості за раніше вчинений умисний злочин [6].

Рецидивом злочинів, зокрема, визнається факт вчинення особою, яка має судимість, нового умисного злочину. Для рецидиву характерною є риса наявності відповідного зв'язку між попереднім і новим злочином. Цей зв'язок очевидний, якщо новий злочин вчиняється протягом відносно незначного терміну після засудження за попереднє діяння (дію або бездіяльність).

Сукупність усіх рецидивних злочинів, вчинених протягом певного проміжку часу, представляє собою рецидивну злочинність як складову всієї злочинності в державі.

Рецидивні злочини становлять підвищену суспільну небезпеку. Особи, які їх вчиняють, покладаючись на свій професійний досвід, діють більш уміло та рішуче, спричиняючи значну шкоду громадянам, суспільству та державі. Залежно від характеру злочинів, рецидив поділяється на два види: загальний і спеціальний рецидив. Загальний рецидив – це такий вид рецидиву, до якого входять різномірні злочини, тобто не тотожні за родовим або безпосереднім об'єктом, і ті, що мають різні форми вини; а спеціальним є рецидив, який містить тотожні або однорідні злочини, тобто такі, що мають подібні безпосередні об'єкти і вчинені при одній і тій самій формі вини.

Відомо, що рецидивіст – це особа, яка вчинила рецидивний злочин. Особистість злочинця-рецидивіста характеризують ознаки, що, своєю чергою, притаманні й звичайному злочинцю. У рецидивістів відсутні позитивне ставлення до соціальних і моральних цінностей у суспільстві; повага до оточуючих, до сім'ї; замість гуманності – безсердечність, неповага до людини; жорстокість по відношенню до оточуючих поєднується в них із самолюбством, відсутністю критичності до себе.

До числа найбільш професійних злочинців належала більша частина особливо небезпечних рецидивістів. У ст. 26 КК України визначено поняття «особливо небезпечний рецидивіст»: за вироком суду ним може бути визнана особа, яка раніше була засуджена до позбавлення волі за особливо небезпечний злочин проти держави, бандитизм, грабежі та розбійні напади тощо [7].

На думку О. А. Колганова [8], негативний стан соціально-економічної системи призвів до збільшення кількості посягань на державну власність та інші корисливо-насильницькі злочини, що підривають основу національної безпеки [9].

Збільшення кількості рецидивної злочинності, своєю чергою, призводить до появи спеціального та особливо небезпечного рецидиву, який ставить на вершину криміналітету «злочинів у законі».

«Злочин у законі» («злочин» або «законник») (рос. «вор в законе», «вор» або «законник») [10] – титул деяких членів злочинного світу, які належать

до його еліти і користуються значним авторитетом [11]. «Злодії у законі» – це специфічне явище у кримінальному світі, що не має аналогів у світовій кримінальній практиці [10], яке утворилося у 1930-х роках і характеризується наявністю жорсткого кодексу кримінальних традицій, а також виключним рівнем закритості й конспіративності [11].

Переважає більшість так званих «злочинців у законі» перебували в Росії та Грузії, але у зв'язку з тим, що в цих країнах належність до «злочинців у законі» переслідується законом, то більшість із них переховуються в Україні.

Так, у Грузії з 2005 року прийнято спеціальний Закон, відповідно до якого у Кримінальному кодексі Грузії з'явилась окрема стаття 223 «Злочин в законі, належність (членство) до злочинського миру» [12]. У 2009 році в Російській Федерації відповідно до Закону була викладена в новій редакції стаття 210 КК РФ, яка передбачає настання відповідальності особи, що займає вище становище в злочинній ієрархії, а саме, «злочин в законі» [13].

В Україні також була спроба прийняти відповідні зміни в КК, у зв'язку із чим у 2013 році було розроблено Проект Закону України про доповнення до Кримінального кодексу України положеннями про відповідальність «злочинців у законі» та осіб, що належать до злочинського світу. Відповідно до положень цього проекту, КК України мав би бути доповнений ст. 256-1, яка мала б визначити сутність «злочинського світу» та статус «злочинця в законі» як особи вищого становища в злочинній ієрархії, яка відповідно до визначених у злочинному світі (злочинному середовищі) спеціальних правил поведінки в будь-яких формах організовує та/або керує злочинським світом (користується авторитетом серед злочинців, надає їм доручення, що сприяють досягненню цілей, організовує злочинські розбори, бере участь у зібранні (сходках) «злочинців в законі» тощо) [14]. У квітні цього ж року вказаний законопроект було відхилено Верховною Радою України.

Злочинський закон має декілька основних положень, обов'язкових до виконання «правильними» людьми, що входять до даної субкультури. Всього існує 7 таких положень [15]:

- дотримання і підтримка «злочинської ідеї»;
- чесність по відношенню один до одного;
- залучення до свого середовища нових членів, переважно молодих;
- неприпустимість співпраці з правоохоронними органами;
- заборона на заняття політичною діяльністю;
- встановлення влади злочинців у законі у ВТТ і СІЗО;
- обов'язкове вміння грати в карти.

Окрім вище перелічених законів є додаткові закони (поняття), серед них – відхилення від злочинського закону карається дуже жорстко і невідворотно.

Для злочинців у законі передбачено три види «санкцій», які можуть бути винесені тільки на основі рішення злочинської сходки в результаті так званої «правилки», на якій схід злочинців у законі визначає, чи були порушені злочинські закони і яке покарання належить понести особі, якщо порушення було [15].

Специфічним є такий вид об'єднання злочинців, як спільноти «злочинців у законі». Ці активні злочинці є лідерами «свого», особливого злочинного світу, носіями стійких і разом з тим таких, що піддаються модифікації кримінальних традицій. Якщо раніше поняття «злочинців у законі» асоціювалося в основному з фігурою професійного злочинця, що спеціалізується на

систематичному вчиненні насамперед кишенькових злочинів, то зараз це часто респектабельна ділова людина, що володіє рестораном, магазином, станцією техобслуговування автомобілів, бензоколонкою, центром дозвілля, казино, продовольчим або промтоварним ринком, яка роз'їжджає з охоронцями на іномарках, що має кілька квартир у престижних районах, дачу тощо.

Кваліфікуючими ознаками такого складу злочину є суспільна небезпечність діяння особи, яка його вчиняє. Л. Кругліков, О. В. Васильєвський, Т. О. Леснієвські-Костарева та В. О. Навроцький визначають кваліфікуючі ознаки як передбачені у законі обставини, характерні для злочинів відповідного виду, що відображають значно змінений порівняно з основним складом злочину ступінь суспільної небезпечності вчиненого й особи винного та впливають на кваліфікацію злочину й міру відповідальності. На думку О. М. Войтюк, кваліфікуючі ознаки – це один зі способів посилення суворості покарання [16].

Певним кроком у підвищенні професійної злочинності є групова злочинність.

За визначенням Алексеевої А.І., «поняттям групової злочинності охоплюються випадки спільного вчинення злочинів двома або більше особами (співучасті). Співучасниками злочину поряд з виконавцем є організатор, підбурювач та посібник. Спільна злочинна діяльність має певні традиції, ступінь розвитку. До її простих видів відносяться випадки вчинення злочинів двома і більше виконавцями без попередньої змови і вчинення злочинів особами, які заздалегідь домовилися про це. Кваліфіковані види співучасті пов'язані з діяльністю організованих злочинних груп і злочинних співтовариств (організацій)» [17, с. 195].

Як видно з наведеного висловлення, групова злочинна діяльність володіє підвищеною суспільною небезпекою, «бо у процесі її здійснення відбувається об'єднання зусиль двох і більше осіб заради досягнення злочинного результату, який міг би і не настати, якщо б вони діяли поодиноці. Деякі злочини можуть відбуватися тільки як групові, наприклад, бандитизм, масові заворушення, участь у незаконному збройному формуванні. Для інших злочинів (видів, підвидів злочинності) характерна досить висока частка співучасті (злочинність неповнолітніх, деякі різновиди шахрайства)» [17, с. 195].

Групова злочинність може істотно відрізнитись у своїх різновидах залежно від мети створення, часу існування, кількості учасників, їх ролі в групі та інших факторів. Необхідно відзначити, що сама природа групової злочинної поведінки створює в багатьох випадках сприятливі умови для використання в попереджувальних цілях оперативно-розшукових засобів і методів. Відомо чимало випадків, коли своєчасне прийняття оперативними апаратами заходів щодо усунення умов, які сприяють вчиненню злочинів (посилення охорони об'єкта посягання, забезпечення безпеки потенційної жертви тощо), сприяло не тільки відмові від конкретного злочинного наміру, але і розпаду кримінальної групи.

Терористичні злочини не були характерні для України до 2014 року. Так, за статистичними даними, у провадженні слідчих Служби безпеки України в період 2001–2013 років перебувало лише 57 кримінальних справ (проваджень) про злочини, пов'язані з тероризмом, розпочатих за різними частинами ст.ст. 258–258-5 КК України [18]. Кількість кримінальних про-

ваджень, направлених до суду з обвинувальними висновками чи актами, становила 14 справ, тобто 24,5% від загальної кількості.

На кінець 2013 року у провадженні слідчих підрозділів Служби безпеки України залишалося 5 кримінальних проваджень зазначеної категорії (9%).

Проте за останні три роки ситуація значно погіршилася. Так, упродовж 2013–2015 років за кримінальними правопорушеннями терористичної спрямованості до Єдиного реєстру досудових розслідувань внесено: 2013 – ст. 258 – 4, 2014 – 1499, 2015 – 1295, 2016 – 1865, 2017 – 1385, 2018 – 950 справ.

Своєю чергою, збільшення кількості рецидивної злочинності призводить до зміни її якісної сторони, зокрема переходу до організованих форм, про що свідчить не лише реставрація угруповань «злочинців у законі», але й виникнення нових видів кримінальних об'єднань, таких як «злочинна організація», «терористична організація», «мафія», «олігархія».

Організована злочинність як один з найбільш складних і найнебезпечніших видів професійної злочинності має ряд суттєвих особливостей. Насамперед для неї характерні наявність об'єднань осіб для систематичного заняття злочинами, стійкість злочинних груп, налагоджена система зв'язків їх учасників, розподіл між ними ролей, ієрархічна система взаємин. У порівняно простих організованих злочинних формуваннях відносини учасників будуються за схемою: ватажок – рядові виконавці (як правило, всього від 3 до 10 осіб), причому роль кожного, як правило, заздалегідь визначена. Типовими видами злочинних занять для таких груп є крадіжки, шахрайство, грабежі, розбої, часом бандитизм.

Важливо відзначити, що ст. 28 КК України не надає визначення організованого злочинного угруповання, яке як поняття було використано в Законі України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» [19]. Проте, «організована злочинна група має визначені ознаки, що дозволяють відмежувати її від інших форм спільного вчинення злочинів декількома особами (такими як співучасть без попередньої змови)... основною ознакою організованої злочинності є функціонування організованих співтовариств. Організованість – одна з найважливіших ознак розглянутого виду кримінальної діяльності. При тлумаченні організованої злочинності слід спиратись на сутність слова «організація» [20, с. 118].

За визначенням тлумачного словника: «організація (від лат. – організовую, повідомляю) означає об'єднання осіб, які спільно реалізують певну програму або ціль і діють на основі визначених процедур і правил» [1]. Як відзначалось нами раніше, «у загальноприйнятому змісті слово «організація» розуміється як: 1) внутрішня упорядкованість, погодженість, взаємодія більш-менш диференційованих і автономних частин цілого, обумовлена його побудовою; 2) сукупність процесів чи дій, що ведуть до утворення та удосконалювання взаємозв'язків між частинами цілого; 3) об'єднання людей, що спільно реалізують визначену програму чи прагнуть до раніше поставленої мети і діючих на основі визначених правил і процедур» [20, с. 118].

Аналіз змісту ч. 4 ст. 28 КК України дає змогу вивести наступні кваліфікуючі ознаки злочинів, що вчиняються злочинною організацією:

- 1 – стійкий характер;
- 2 – ієрархічність внутрішніх взаємовідносин;

- 3 – об'єднання групи осіб (п'ять і більше);
- 4 – наявність попередньої змови членів, що зорганізувалися;
- 5 – наявність в якості мети скоєння тяжких або особливо тяжких злочинів;
- 6 – можливість керівництва злочинною діяльністю інших осіб;
- 7 – координація злочинної діяльності інших осіб;
- 8 – безпосереднє забезпечення функціонування злочинної організації;
- 9 – забезпечення функціонування інших злочинних угруповань [6, ст. 28].

Злочинна організація є не лише найбільш професійною формою кримінальної структури, вона також є найбільш небезпечною з них через інтеграцію можливостей державних службовців, керівників фінансово-економічних структур та організованих злочинних угруповань з метою отримання надприбутків, економічної та політичної влади, доступу до основних ресурсів в державі та ін. Цій формі злочинності притаманні такі основні ознаки: «наявність ієрархічно складної, із суворим підпорядкуванням знизу догори, функціонально-спеціалізованої структури, яка включає, як правило, керівне ядро, управлінців, консультантів, економістів, фінансистів, виконавців, у тому числі власну службу безпеки, бойовиків, кілерів тощо; наявність міцної економічної основи, яку утворюють власні та підконтрольні структури (суб'єкти) “тіньового” та офіційного секторів економіки, а також накопичені в результаті їх діяльності значні фінансово-матеріальні ресурси; широке використання корумпованих зв'язків серед посадових осіб органів державної влади й управління, керівників галузей економіки, банківських і фінансових структур, правоохоронних і контролюючих органів; фінансування, створення і використання для лобювання своїх злочинних інтересів громадсько-політичних організацій, партій, рухів, засобів масової інформації, депутатських фракцій і окремих депутатів; постійна тенденція до розширення сфер впливу та монополізму, здатність заради цього економічно або фізично усувати будь-яких конкурентів, використовуючи для цього свій економічний потенціал, корумповані зв'язки в державному апараті, а також можливості організованих злочинних угруповань (шантаж, вбивства, терористичні акти із застосуванням зброї та вибухівки тощо); міжрегіональний і транснаціональний характер діяльності» [20, с. 124-125].

Найвищою формою професіональності організованої злочинності є мафіозна структура. В окремому дослідженні нами вже було встановлено, що «поняття “мафія” (італ. *maf(f)ia*) – таємна організація, що виникла у XVIII ст. на Сицилії, спочатку як форма організованої самооборони проти загарбників, а потім упродовж століть сформувалася, удосконалювалась як самостійна структура, тобто класичне мафіозне утворення» [21, с. 118].

Особливим різновидом «мафіозного утворення», яке мало місце в Україні, «нами ще у 2000 р. було названо “мафіозна поросль” – це молоде покоління, добре освічене, безмежно віддане своїм ідейним наставникам, що пережило крах своїх кумирів та, втративши право на привілеї, набравшись досвіду на цьому, маючи власність, жорстоко експлуатує громадян, чинить свавілля над людьми, доводить до повного зубожіння населення та зневіри в ринкові відносини, нав'язує антисуспільну мораль, безкарність, демонструє зневагу до державних інституцій» [22, с. 450-451].

Слід зазначити, що «мафіозне утворення створюється і діє за принципом сім'ї, із близьких людей, де метою є збагачення, набуття власності,

нерухомості та здобуття інших пільг і переваг над конкурентами. Тут доречним буде пояснення слова “мафія” – сім’я як первинний та основний осередок суспільства. Сім’ю складають особи, які спільно проживають, пов’язані спільним побутом, мають взаємні права та обов’язки. Як відомо, сім’я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства» [21, с. 119].

Сьогодні можна стверджувати про те, що в Україні сформувались «мафіозні утворення», під назвою «Українська мафія», члени яких безжалісно експлуатують громадян, природні ресурси країни, розтлівають молодь, активно протидіють державним органам. Лідери таких мафіозних утворень для того, щоб зміцнити свій вплив, стали обростати зв’язками серед представників органів влади, вербувати і брати на «повне утримання» родичів, дружин, дітей, працівників різних міністерств, відомств, і в першу чергу – правоохоронних органів тощо.

Отже, «події, які відбулися в Україні, переконливо свідчать про те, що в Україні було сформовано класичне мафіозне утворення на прикладі “сім’ї Януковича”. Більше того, такі “мікромафіозні утворення” були створені у всіх сферах суспільного життя, де їх керівники перебували, перебувають на службі, обіймаючи високі посади і одночасно є керівниками мафіозних утворень» [21, с. 124].

З історії відомо, що негласні «закони» мафії, такі як омерта, виникли через втрату довіри населення до законної влади, почуття безпорадності перед можновладцями. Закони мафії дозволяли пригніченим людям із бідних регіонів Сицилії зберегти свою гідність, пропонували певну стабільність та структуру у взаємовідношенні між членами різних підпільних та злочинних угруповань.

Як нами відзначалось вище, однією з найбільш складних форм паразитування на суспільних інтересах є олігархія. За визначенням, яке міститься в тлумачному словнику, «олігархія – це форма владарювання, тип політичного режиму, це влада кількох, небагатьох» [23 с. 559]. «Так само як монархія – влада одного, поліархія – влада багатьох, олігархія (грецьк. *oligarchia*, від *oligos* – нечисленний і *arche* – влада) – влада небагатьох, недемократичний різновид правління, що забезпечує панування вузького кола найбагатших осіб, а також владна еліта, яка найчастіше репрезентує й очолює олігархічне правління. В усіх цих термінах визначальними є кількість володарів (один, багато, кілька) та саме слово “володарювання” (старогрецьке *archein*). Це означає, що без політичного панування олігархів не буває, тому не слід їх плутати з багатими бізнесменами або просто підприємцями. Тільки ті багатії, які намагаються встановити “диктатуру небагатьох” (явну чи позалаштункову), є олігархами. Олігарх – це не просто багата людина, а один із небагатьох можновладців, що правлять у своїх приватно-групових інтересах, причому в основному або виключно силовими і протиправними методами» [24, с. 201].

Особливістю сучасних олігархів є те, що завдяки концентрації в їх руках економічних, інформаційних, політичних ресурсів вони здійснюють значний вплив на функціонування всіх, перш за все – вищих органів державної влади, активно сприяють утворенню великих монополій, зосереджують у своїх руках банківські капітали, перетворюючи їх з основних гравців ринку на «кишенькові» організації. В окремому дослідженні, при-

святичену поняттю олігархії та її суспільної небезпеки, нами вже відзначались основні аспекти виникнення та розвитку т. зв. фінансово-промислових монополій: «...оскільки великі промислові підприємства потребували великих, як правило довгострокових кредитів, забезпечити які могли тільки великі банки. І ця обставина прискорила об'єднання багатьох банків, тобто централізацію їх капіталів та виникнення банківських монополій. Банківські монополії зосередили у своїх руках основну масу вільних грошових коштів суспільства, а отже, монополізували кредит. Це примушувало промислові монополії зміцнювати зв'язки з великими банками шляхом купівлі їх акцій і придбання таким чином місць у правліннях банківських монополій. Проникнувши у сферу кредиту і кредитних монополій, промислові капіталісти почали вкладати туди свої капітали й визначати політику великих банків. Поряд з цим відбувся і зворотній процес – проникнення капіталу банківських монополій у промислові монополії... З метою присвоєння частини монополіно-високого промислового прибутку вони скуповували акції промислових монополій і ставали їх співвласниками й співкерівниками. Поряд з цим, великі банки брали участь в організації нових промислових корпорацій і одержували великі прибутки від засновництва. Отже, мало місце взаємне проникнення, злиття і зрощення монополістичного банківського капіталу з монополістичним промисловим капіталом і утворення фінансового капіталу» [24, с. 202].

Слід зауважити, що шляхи боротьби з олігархією як найбільш складною та багатоаспектною формою професійної злочинності й досі не вироблені в нашій державі, незважаючи на довгий період її існування. Так, відомий економіст Лановий В. ще в 2012 році відзначав два основних напрямки боротьби з олігархами: 1) позбавлення їх політичного впливу на владу та суспільство шляхом запровадження жорстких санкцій за корупційні відносини в парламенті, нелегальне фінансування передвиборчих кампаній, підкуп виборців та ін.; 2) позбавлення матеріальної основи функціонування корупційно-олігархічного бізнесу (перехід до розробки урядових програм і планів, виходячи з інтересів розвитку всієї національної економіки, а не окремих лобістських груп та їхніх проєктів; відновлення прозорості приватизаційних конкурсів; обмеження розміру пакета акцій (не більше, ніж 10–15%), який може отримати одна особа під час приватизації державних підприємств та ін.» [25]. Так само відзначає і експерт Харківської правозахисної групи Б. Захаров: «щоб створити вільні конкурентні ринкові відносини замість корупційних, потрібні лібералізація, дерегуляція, прозорі механізми державного управління і поступова зміна суспільних традицій. Треба зруйнувати порочну соціальну змову олігархів з найбіднішими і укріпити середній клас. Репресивні механізми в цьому ланцюгу антикорупційних реформ займають останнє місце і мають застосовуватися за порушення вже нових правил» [26].

Висновки. Враховуючи викладене, можна сформулювати поняття професійної злочинності: це суб'єкти, які в процесі протиправної діяльності набули певних навичок, знань та вмінь і мають самостійний, сталий і систематичний злочинний промисел, або використали професійні знання задля вчинення суспільно небезпечних злочинів для отримання основного або додаткового доходу.

Таким чином, професійна злочинність має такі ознаки:

Професійна злочинність має переважно більш стійкий характер. Професійні злочинці упродовж всього життя з певними переривами вчиняють злочини. Це по суті злочинний промысел.

Професійні злочинці вчиняють відповідні злочини та набувають певної спеціалізації.

Вчинення однорідних злочинів дає їм певні переваги та набуття «кваліфікації».

Злочинний промысел дає професійним злочинцям фінансові переваги.

Професійні злочинці прагнуть підтримувати зв'язки з кримінальним середовищем.

Професійні злочинці встановлюють специфічну субкультуру і є носіями злочинних традицій, звичаїв, кримінальних форм поведінки, тому що це відповідає їхньому статусу і приносить матеріальний прибуток.

Професійними можна вважати і разові злочини, які вчиняються особами, що не були судимими, але для вчинення злочинів використали професійні знання.

Професійна, мафіозна злочинність мають значні грошові фонди («общаки»), з яких частина грошей призначається на надання допомоги заарештованим членам таких угруповань, їхнім сім'ям, а частина витрачається на підкуп посадових осіб та реалізацію злочинних акцій.

Отже, сьогодення злочинність – це не тільки протиправна поведінка окремих членів організованих груп, організацій, мафіозних та олігархічних утворень, але й найнебезпечніша професійна злочинна діяльність окремих небезпечних злочинців, «злочинців в законі» тощо.

Список літератури:

1. Новий тлумачний словник української мови: У 3-х томах. К.: «Аконіт», 2001. Т.1, С. 559.
2. Етимологічний словник української мови: у 7 т. [ред. кол: О. С. Мельничук (голов. ред.) та ін.]. К.: Наук. думка, 1983. Т. 4. С. 512.
3. Словник іншомовних слів: 23 тис. слів та термінологічних словосполучень / [уклад. Л. О. Пустовіт та ін.]. К.: Довіра, 2000. С. 772.
4. Про оплату праці: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1995, № 17. Ст. 121.
5. Конвенція про арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, м. Страсбург, 8 листопада 1990 року / Статус Конвенції див. Конвенцію ратифіковано із заявами і застереженнями Законом №738/97-ВР від 17.12.97). Дата підписання: 29 травня 1997 р.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25. Ст. 131.
7. Кримінальний кодекс України від 28.12.1960 р. Відомості Верховної Ради України. 1961. № 2. Ст. 14.
8. Колганов О. А. Професійна злочинність у II половині XX століття. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип.1, том. 3. С. 42-45.
9. Про Національну безпеку України : Закон України. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2018. № 31. Ст. 241.
10. Скобляков П. А. Вор в законе. / МВД России : энциклопедия. Olma MediaGroup, 2002. С. 90-91.
11. Александров Ю. К. Очерки криминальной субкультуры. Москва., 2002.148 с. М.: Права человека, 2012. 152 с.
12. Уголовный кодекс Грузии : Закон Грузии от 22/07/1999. Законодательный Вестник Грузии (ЗВГ). 41(48). 13/08/1999. URL: / <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426> (дата звернення: 20.04.2019).

13. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ. Уголовное законодательство Российской Федерации. URL: www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ (дата звернення: 20.04.2019).
14. Проект Постанови про відхилення проекту Закону України про доповнення до Кримінального кодексу України положеннями про відповідальність «злочинів в законі» та осіб, що належать до злочинського миру. 9 квітня 2013 г. Проект Постанови про відхилення проекту Закону України. URL: rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc_3511=46523 (дата звернення: 20.04.2019).
15. Сидоров А. А. Великие битвы уголовного мира. История профессиональной преступности в Советской России. В 2-х т. (1999). М.: Русский бестселлер, 2005. 347 с.
16. Войтюк О. М. Уголовно-правовые способы ужесточения наказания : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Тюмень, 2009. С. 7.
17. Алексеева А. І. Криминологія: курс лекцій. «Щит-М», 1999. 340 с.
18. Про боротьбу з тероризмом. Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 25. Ст. 180.
19. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю. Закон України. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 35. Ст. 358.
20. Сервецький І. В., Чуфрін Ю. Ю. Кримінальна відповідальність за вчинення злочину групою осіб, організованою групою та злочинною організацією. Юридична наука. 2015. № 3. С. 114-128.
21. Сервецький І. В., Чуфрін Ю. Ю. Щодо поняття та змісту «українська мафія». Юридична наука. 2015. № 5. С. 118-126.
22. Сервецький І. В. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією в Україні – умова розвитку економічних відносин: теоретичний аспект. Правосуддя – гарант законності у сфері економічних правовідносин. Науково-дослідний інститут «Проблем людини» Вищий арбітражний суд України, Донецька обласна адміністрація. Під ред. Комарової А. І. Київ, 2000. Т. 21. С. 552.
23. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Г. Бусел]. К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.
24. Сервецький І. В. Поняття олігархії та її суспільна безпека. Юридична наука. 2016. № 4. С. 196-207.
25. Лановий В. Український бізнес – афера століття. Олігархат VS вільне підприємництво. Тиждень@tyzhdenUA. 24 грудня 2012. URL: tyzhden.ua/Economics/66366 (дата звернення: 20.04.2019).
26. Захаров Б. Боротьба з корупцією і знецінення України. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи. URL: <http://khp.org/index.php?id=1510167130> (дата звернення: 20.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 21.04.2019 р.

И. В. Сервецкий

Национальная академия Службы безопасности Украины,
кафедра специальных дисциплин
ул. М. Максимовича, 22, Киев, 03022, Украина

Ю. Ю. Чуфрин

Национальная академия управления,
кафедра уголовного права и уголовного процесса
ул. Ушинского, 15, Киев, 03151, Украина

СУЩНОСТЬ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ПРЕСТУПНОСТИ

Резюме

В статье раскрыто понятие «профессиональная преступность», «вор в законе», «рецидив», выделены признаки профессиональной преступности. Проанализировано понятие «мафия». Отмечено, что мафиозное образование создается и действует по принципу семьи, из близких людей, где целью является обогащение, приобретение собственности, недвижимости и получения других льгот и преимуществ над конкурентами.

Сделан вывод о том, что сегодняшняя преступность является не просто противоправным поведением отдельных членов организованных групп, организаций, мафиозных и олигархических образований, но и опасной профессиональной преступной деятельностью.

Ключевые слова: профессиональная преступность, мафия, рецидив, организация, «вор в законе».

I. V. Servetskiy

National Academy of Security Service of Ukraine,
The Department of special disciplines
M. Maksimovicha str., 22, Kyiv, 03022, Ukraine

Yu. Yu. Chufirin

Applicant of the National Academy of Management,
The Department of Criminal Law and Criminal Procedure
Ushynskogo str., 15, Kyiv, 03151, Ukraine

THE ESSENCE OF PROFESSIONAL CRIME

Summary

The article describes the concept of “professional crime”, “thief in law”, “relapse”, features of professional criminality. The concept of “mafia” is analyzed. It is noted that the mafia education is created and operates on the principle of family, from close people, where the purposes enrichment, acquisition of property, real estate and obtain ingot her privileges and advantages over competitors.

It is concluded that today’s crimes not only a nun law full behavior of certain members of organized groups, organizations, mafia and oligarchic entities, but also the most dangerous professional criminal activity.

Key words: professional crime, mafia, relapse, organization, “thief in law”.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166128

УДК 341.48: 341.45: 341.645

Т. С. Садова

аспірантка

Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ РИМСЬКОГО СТАТУТУ В КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

У статті проведено аналіз норм Кримінального кодексу України стосовно тяжких міжнародних злочинів, які підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Досліджено співвідношення міжнародного та внутрішнього кримінального права через механізм національно-правової імплементації. Автором надані рекомендації щодо заповнення прогалин у Кримінальному кодексі України та його удосконалення. Як наслідок – визначена необхідність в імплементації норм Римського статуту.

Ключові слова: імплементація, Римський статут, Міжнародний кримінальний суд, Кримінальний кодекс України.

Постановка проблеми. Євроінтеграція України вимагає перевірки деяких засад національного кримінального законодавства, оскільки Кримінальний кодекс України (далі – ККУ) має прогалини та в ньому знайдені невідповідності міжнародному гуманітарному праву. Такі перешкоди залишають осіб, винних у міжнародних злочинах, безкарними. Вибір ефективного способу імплементації норм Римського статуту (далі – РС) в національне кримінальне законодавство займає особливе місце серед ряду теоретичних та практичних проблем в науці міжнародного кримінального права. Актуальним є вирішення проблеми щодо співпраці України з Міжнародним кримінальним судом (далі – МКС).

Аналіз попередніх досліджень і публікацій. Дослідженням окремих питань імплементації міжнародно-правових актів у рамках національної юрисдикції займалися такі науковці, як І. П. Блищенко, А. С. Гавердовський, В. В. Гаврилова, Б. Л. Зимненко, Г. В. Ігнатенко, Р. А. Мюллерсон, А. А. Рубанова. Слід зазначити, що механізм імплементації міжнародного кримінального права в рамках національної юрисдикції залишається слабо вивченим у науці кримінального права. Тому актуальним є дослідження імплементації норм РС в національне законодавство України.

Метою статті є аналіз національного кримінального законодавства України стосовно тяжких міжнародних злочинів з метою приведення його у відповідність з міжнародними стандартами.

Виклад основного матеріалу. Основний нормативно-правовий акт МКС під назвою «Римський статут міжнародного кримінального суду» (далі – РС МКС) набрав чинності 1 липня 2002 року. Вперше в історії міжнародного кримінального судочинства було створено постійнодіючий суд. Злочини, які викликають стурбованість міжнародного співтовариства, такі як гено-

цид, агресія, злочини проти людяності та військові злочини, вчинені після 1 липня 2002 року, підпадають під юрисдикцію МКС [1, ст. 5]

На сьогоднішній момент РС ратифікували 123 держави. У провадженні МКС знаходяться розслідування щодо дев'яти країн, серед яких Грузія, Судан, Малі та Лівія. Ведеться попереднє розслідування стосовно України [2].

Ми вважаємо, що перш ніж вивчати проблему імплементації норм РС у національне законодавство, слід з'ясувати, чи існує необхідність у такій імплементації, чи є для цього правові можливості та якими будуть наслідки подібної трансформації з точки зору дотримання прав і свобод українських громадян, збереження суверенітету країни та забезпечення національної безпеки України.

Оскільки МКС здійснює свою діяльність відповідно до принципу компліментарності, кожна держава вільна визначати обсяг і сферу застосування свого кримінального права. Загалом, визначення ступеня здійснення повноважень державною судовою владою як вираження державної влади є суверенним рішенням кожної держави. Н. В. Рябко зазначає, що не дивлячись на заяву в преамбулі РС про прихильність до принципів Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), норми РС суперечать ряду загальновизнаних принципів міжнародного права, включаючи принцип невтручання у внутрішні справи держави, передбачених Статутом ООН. На думку вищевказаного автора, такий принцип порушується у зв'язку з можливістю МКС вилучати кримінальні справи з юрисдикції національних судових органів, які мають всю повноту судової влади на території своєї держави [3]. Проте в статті 1 РС вказується, що МКС доповнює національні органи кримінальної юстиції [1, ст. 1].

О. Н. Ведерникова стверджує, що дійсне значення МКС у судовій системі держав термін «доповнює» не відображає, а лише спотворює. На практиці МКС замінює національні судові органи. Такий суд діє не паралельно, а заміняє судову систему держави. Як наслідок, така діяльність загрожує державному суверенітету та підриває незалежність судової влади держави [4, с. 12-14]. Думка О. Н. Ведерникової суперечить пункту 10 преамбули та статті 1 РС. У статті 17 РС перелічуються випадки, за яких умов справа не може бути прийнята до провадження МКС. Однією з таких умов є розслідування або порушення кримінального переслідування державою, яка володіє відносно такої справи юрисдикцією. За винятком випадків, коли ця держава не бажає або не здатна проводити розслідування або порушити кримінальну справу належним чином [1, ст. 17].

Отже, МКС не порушує суверенітету держави. При цьому судова влада залишається незалежною, оскільки МКС не має права замінювати національні судові органи та будь-яким чином вмішуватися в їх діяльність до тих пір, поки кримінальна справа розглядається судовими органами країни, під юрисдикцію якої вона підпадає. Паралелізм національної та міжнародної юрисдикції вирішено для МКС у формі субсидіарності, так що національні інститути несуть головну відповідальність за переслідування міжнародних злочинів.

МКС зацікавлений у розслідуванні та визначенні покарання за злочини, передбачені статтею 5 РС, так як злочини міжнародного права не є внутрішніми справами відповідної держави, хоча і скоюються на її території. Такі злочини порушують інтереси всієї міжнародної спільноти. Кримінальна відповідальність з'являється у результаті скоєння злочину, передбаченого

нормами національного кримінального законодавства та нормами міжнародного договірної права за дії, що суперечать міжнародному праву.

Е. М. Аместістов стверджує, що держави-учасниці, приєднуючись до міжнародних статутів, конвенцій, договорів, зобов'язані взяти заходів щодо імплементації сформульованих у них норм у національне законодавство [5, с. 29]. Україна підписала РС у 2000 році. Відповідно до статті 124 Конституції України, країна може визнати юрисдикцію МКС на умовах, визначених РС, ця частина статті 124 набирає чинності з 30.06.2019 [6, ст. 124]. З огляду на майбутню ратифікацію РС, постане необхідність в імплементації його норм у національне законодавство.

Автор згоден з думкою Р. М. Нігматдінова, що імплементація повинна розумітися як одна з важливих форм взаємодії не тільки норм і принципів міжнародного та внутрішньодержавного права, і не тільки національних законодавств, але й як форма взаємовпливів правових сімей і правових культур. Багато вчених сходяться на думці, що правові терміни мають бути зрозумілі широкому колу осіб і повинні давати правильне й однакове уявлення про вказане правове явище [7, с. 21].

Досліджуючи процес імплементації міжнародно-правової норми, Т. І. Курносова розділяє імплементацію на дві основні частини. По-перше, держава може включити в своє право норми, що відсилають до норм міжнародного права, внаслідок чого останні можуть діяти всередині країни. По-друге, держава може прийняти нові норми права, змінити або скасувати вже існуючі, виконуючи приписи міжнародного права, адаптувати їх до особливостей правової системи держави [8, с. 207].

При цьому слід звернути увагу на відповідність норми, яка імплементується, правовій культурі та свідомості громадян України, оскільки така норма є частиною іншої правової культури. Щоб нові норми стосовно найсерйозніших злочинів були зрозумілі особам, що проживають на території України, вони повинні міститися в державних нормативно-правових актах. Диспозиції таких норм повинні бути простими або описовими, але не бланкетними та відсильними до міжнародно-правових актів. Оскільки особа повинна усвідомлювати, що законом дозволено, а що заборонено.

Провівши аналіз норм Кримінального кодексу України (далі – ККУ), ми дійшли до висновку, що окрім встановлення відповідальності за агресію (стаття 437 ККУ «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни»), військові злочини (розділ 19 ККУ «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби» («військові злочини») та геноцид (стаття 442 ККУ «Геноцид»), інші склади злочинів відсутні.

ККУ знайоме поняття «злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», але взагалі не знайоме – «злочини проти людяності». Звичайно, переслідування будуть здійснюватися на основі вчинення таких складів злочинів, які містяться у ККУ. Але відсутні такі склади, як переслідування груп за політичними, расовими та іншими мотивами. Загалом залишається не зрозумілим розташування розділу «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», оскільки він знаходиться в кінці кодексу.

Військові злочини передбачені у статті 438 «Порушення законів та звичаїв війни» та 439 ККУ «Застосування зброї масового знищення». Зазначені статті містять лише п'ять складів злочинів, на відміну від РС, у якому в статті 8 їх міститься п'ятдесят. ККУ визначає такі склади злочинів:

- жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням;
- вигнання цивільного населення для примусових робіт;
- розграбування національних цінностей на окупованій території;
- застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом;
- застосування зброї масового знищення.

Але ККУ також передбачає інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [9, ст. 438]. Цей факт свідчить про те, що непередбачені сорок п'ять складів злочинів будуть визнані у кримінальному законодавстві України після ратифікації Верховною Радою України РС.

Отже, ККУ не передбачає серйозних порушень законів і звичаїв, застосованих у міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права, не передбачені діяння, вчинені щодо осіб, які не беруть активної участі у військових діях, включаючи військовослужбовців, які склали зброю, і осіб, виведених зі складу в результаті хвороби, поранення, тримання під вартою або з якоїсь іншої причини [10, ст. 3].

Саме поняття «збройний конфлікт» ККУ не відоме, у кодексі використовується поняття «війна». Відповідно до четвертого принципу міжнародного права, визнаного статуттом Нюрнберзького трибуналу, та обставина, що будь-яка особа виконувала наказ свого уряду або начальника, не звільняє цю особу від відповідальності за міжнародним правом, якщо свідомий вибір був фактично для нього можливий [11]. З огляду на зазначений принцип постає питання щодо відсутності норми в ККУ стосовно відповідальності командира за дії підлеглих при виданні ним незаконного наказу.

Аналізуючи дію кримінального законодавства на осіб, які скоїли злочин за межами України, вважаємо за необхідне встановити в ККУ принцип екстериторіальної юрисдикції за скоєння міжнародних злочинів. Адже ККУ в статтях 7 та 8 передбачає випадки скоєння злочинів за межами України громадянами, особами без громадянства та іноземцями. Існує два випадки, коли іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності згідно з ККУ за скоєння злочину за межами України:

- вчинення злочину, передбаченого міжнародними договорами;
- вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину проти прав і свобод громадян України або інтересів України [9, ст. 8].

До недавнього часу скоєння на території України широкомасштабних у рамках плану і політики міжнародних злочинів вважалось неможливим, тим більше таких злочинів, як геноцид, злочини проти людяності, військові злочини та агресія. Але подання Україною ряду звернень до МКС говорить про інше. Прикладом є такі звернення, як заява України про визнання юрисдикції МКС щодо злочинів проти людяності і воєнних злочинів від 8 вересня 2015 року. Вказаною заявою Україна визнає юрисдикцію МКС. За строком дії заява є безстроковою. Таким чином, МКС матиме юрисдикцію стосовно міжнародних злочинів, незалежно від громадянства осіб, які їх скоїли, навіть за умови, що такі особи мають громадянство третіх держав [12]. Також звернення щодо незаконного примусу кримчан до служби у збройних силах Російської Федерації [13].

Висновки. Таким чином, Україна як самостійна незалежна держава повинна мати законодавство, яке б відповідало міжнародним стандартам стосовно тяжких міжнародних злочинів. Питання імплементації Україною складів злочинів, визначених у РС, займає особливе місце. МКС не зазіхає на суверенітет держав при здійсненні своєї діяльності. Оскільки визначення ступеня здійснення повноважень державною судовою владою як вираження державної влади є суверенним рішенням кожної держави. При цьому МКС лише доповнює національні органи кримінальної юстиції. При імплементації норм РС щодо тяжких міжнародних злочинів, слід звернути увагу на відповідність норми, яка імплементується, правовій культурі та свідомості громадян України. Автор пропонує внести доповнення в національне кримінальне законодавство України, а саме – до Кримінального кодексу України, злочинами проти людяності. Розтлумачити поняття «збройний конфлікт». Також постає необхідність в імплементації складів військових злочинів.

Список літератури:

1. Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588 (дата звернення: 05.02.19).
2. Генсек ООН призвал все страны мира ратифицировать Римский статут. URL: <https://news.un.org/ru/story/2017/12/1316842> (дата звернення: 05.02.19).
3. Рябко Н.В. Ратификация Россией Римского статута международного уголовного суда – угроза национальной безопасности страны. Юристъ-Правоведъ. 2014. № 6 (67). С. 29-33.
4. Ведерникова О.Н. Международное уголовное право: проблемы имплементации. Уголовное право. 2003. № 15. С. 13-14.
5. Шахунянц Е. А. Международно-правовые обязательства и внутрисударственное уголовное законодательство / отв. ред. Э.М. Аметистов. Москва : ИНИОН РАН, 1993. 82 с.
6. Конституція України : офіц. текст. Київ : КМ, 2013. 96 с.
7. Нигматдинов Р. М. Проблема правовых понятий и оценочных категорий в гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 23.
8. Курносова Т. И. Понятие и способы имплементации норм международного права в национальное законодательство. Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4. С. 203-209.
9. Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001 р. № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.
10. Об обращении с военнопленными: Конвенция (III) от 12.08.1949. URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/geneva-convention-3.htm> (дата обращения: 05.02.19).
11. Принципы международного права, признанные статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/principles.shtml (дата обращения: 05.02.19).
12. Україна визнала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду стосовно злочинів проти людяності та воєнних злочинів. URL: <https://mfa.gov.ua/ua/press-center/comments/4121-ukrajina-viznala-jurisdikciju-mizhnarodnogo-kriminalnogo-sudu-stosovno-zlochiviv-proti-lyudyanosti-ta-vojennih-zlochiviv>. (дата звернення: 05.02.19).
13. До Міжнародного кримінального суду передано звернення щодо незаконного примусу кримчан до служби у збройних силах РФ. URL: https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=239243&fp=40 (дата звернення: 05.02.19).

Стаття надійшла до редакції: 10.02.2019 р.

Т. С. Садовая

Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра общеправовых дисциплин и международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ НОРМ РИМСКОГО СТАТУТА В УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО УКРАИНЫ

Резюме

В статье исследуется влияние Международного уголовного суда на суверенитет государств в осуществлении судебными органами своей деятельности. Проведен анализ национального уголовного законодательства Украины, в частности большое внимание уделено международным преступлениям. Изучены особенности норм Римского статута. Обоснована необходимость имплементации норм Римского статута в национальное законодательство Украины. На основании проанализированного материала автор дает рекомендации по внесению изменений в Уголовный кодекс Украины.

Ключевые слова: имплементация, Римский статут, Международный уголовный суд, Уголовный кодекс Украины.

T. S. Sadovaya

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of General Law Disciplines and International Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

ROME STATUTE NORMS IMPLEMENTATION INTO THE CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE

Summary

The article examines the influence of the International Criminal Court on the sovereignty of states in the implementation of their activities by judicial bodies. The analysis of the national criminal legislation of Ukraine is made, in particular, great attention is paid to international crimes. The features of the norms of the Rome Statute are studied. The necessity of implementation of norms of the Rome Statute into the national legislation of Ukraine is substantiated. Based on the analyzed material, the author makes recommendations for amending the Criminal Code of Ukraine.

Key words: implementation, Rome Statute, International Criminal Court, Criminal Code of Ukraine.

ПРОБЛЕМИ СУДОЧИНСТВА

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166125
УДК 342.95

О. В. Гаран

доктор юридичних наук, доцент

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СПЕЦІАЛЬНІ ОЗНАКИ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У ПЛОЩИНІ КОГНІТИВНОГО КОНСОНАНСУ

Висвітлено проблеми формування теорії ознак електронних доказів та їх правова оцінка у площині інформатизації судочинства, судової реформи та запровадження електронних засобів доказування. Представлено та проаналізовано концепції, що відображають різні підходи до розуміння сутності ознак електронних доказів у адміністративному судовому процесі. Запропонована авторська класифікація ознак електронних доказів. Зроблено висновок, що сучасна теорія доказів знаходиться у стані трансформації під впливом інформатизації суспільства, проте на цьому етапі розвитку суспільства – це лише перші кроки істотних перетворень. Належне наукове осмислення ознак електронних доказів дозволить повною мірою використати правову природу електронних доказів під час розгляду та вирішення адміністративних спорів, сприятиме підвищенню рівня захисту прав та інтересів учасників адміністративного процесу.

Ключові слова: електронні докази, докази, ознаки, адміністративний судовий процес.

Постановка проблеми. Стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні від 15 травня 2013 № 386-р. (далі – Стратегія) визначає, що загальносвітовою тенденцією є трансформація індустріального суспільства у постіндустріальне, що відбувається в умовах посилення глобалізаційних процесів, розширення сфери послуг і нематеріального виробництва у результаті науково-технічного прогресу, в тому числі масштабного, глибокого та динамічного проникнення інформаційно-комунікаційних технологій в усі сфери життєдіяльності особи, суспільства, суб'єктів господарювання та держави [1].

Під впливом зазначеної Стратегії процес інформатизації українського суспільства знаходиться у стані активного становлення та гармонійного приєднання до глобального світового інформаційного простору. Тому зрозуміло, що викликом сьогодення є застосування різноманітних інфор-

маційних технологій. І як наслідок, створення нового формату існування суспільних відносин. Новий формат передбачає новий концептуальний підхід до регулювання цих відносин із врахуванням розвитку науково-технічного прогресу, удосконалення засобів зв'язку та зберігання інформації, використання комп'ютерної техніки та інформації.

Важливо визнати, що технічний прогрес впливає на усі сфери суспільного життя. Не обходить це і сферу адміністративного судочинства. Особливе місце в адміністративному судовому процесі відведено інституту доказів. Зазначений інститут зазнає суттєвих трансформацій за рахунок впливу інформаційного простору. А це сприяє появі таких засобів доказування, які враховують реалії сьогодення, тому закріплення на законодавчому рівні можливості використовувати нові види доказів свідчить про якісно новий рівень здійснення національного судочинства.

Водночас, незважаючи на тотальне впровадження інформаційно-комунікаційних технологій у всі сфери суспільних відносин, реаліями адміністративного процесуального законодавства є складність збирання, використання, оцінки та процесуального закріплення електронних доказів як рівноцінного засобу доказування в адміністративному судочинстві. Неналежне нормативне регулювання електронних доказів, наявність суперечливої судової практики щодо застосування електронних доказів під час розгляду та вирішення адміністративних справ перешкоджає ефективному використанню сучасних об'єктивних джерел інформації та стримує впровадження й розвиток сучасних інформаційно-комунікативних технологій в адміністративному судовому процесі.

Необхідність розгляду питання щодо ознак електронних доказів підсилюється і тим, що розвиток інформаційно-комунікаційних технологій вніс у процесуальну теорію доказів нові питання, на які необхідно дати відповіді. Очевидно, для вирішення даної проблеми необхідним є дослідження питання щодо ознак електронних доказів в сучасних умовах як самостійного джерела доказів у адміністративному судочинстві України, зі врахуванням основних принципів, завдань та напрямів інформатизації судочинства у площині положень Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні [1] та Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки [2].

Аналіз останніх досліджень і публікацій дозволяє стверджувати, що запропонована тема є недостатньо розробленою, хоча полеміка щодо ознак електронних доказів не є новою для науки. Проблематику, що досліджується у цій статті, розглядали О. Боннер, К. Брановицький, А. Вершиніна, С. Ворожбіт, М. Горелов, К. Драголюк [3], Г. Мойсеєнко, А. Каламайко, О. Лазько [5], Ю. Павлова [4], О. Умнова та інші.

У наукових працях В. В. Колпакова та В. В. Гордєєва закладено теоретичні основи щодо розуміння понять «докази», «доказування» [6].

Однак, комплексне дослідження питання щодо визначення правової природи та ознак електронних доказів із врахуванням реалій сьогодення відсутнє [7]. Незважаючи на визначення на законодавчому рівні поняття «електронний доказ», в учасників адміністративної справи виникають труднощі із їх поданням до суду, і тому гостро назріла потреба у додаткових наукових дослідженнях.

Актуальність наукового осмислення категорії «електронні докази» підсилюється тим фактом, що в Україні закріплена уніфікація цивільного,

адміністративного, кримінального та господарських процесів. Тому напрацювання науковців у окреслених галузях процесуального права буде дуже доречним при здійсненні досліджень у межах адміністративного судового процесу. Варто відзначити, що дослідження ознак електронних доказів у наукових працях здійснювалося фрагментарно або дуже широко, в межах загальної адміністративно-процесуальної проблематики, без урахування особливостей адміністративного судового процесу, що своєю чергою обумовлює необхідність наукового аналізу та наукового переосмислення цього питання під впливом завдань судової реформи. Наукове дослідження ознак електронних доказів є надзвичайно важливим, оскільки саме його результатом може стати створення цілісної та логічної теорії доказів, яка відіграє вирішальну роль у судовому процесі. Наявність зазначених проблем у застосуванні електронних доказів додатково привертає увагу науковців та практиків, сприяє удосконаленню інституту доказів із урахуванням викликів сьогодення.

Метою статті є систематизація теоретичних засад щодо розуміння ознак електронних доказів у площині когнітивного консонансу в Україні, а також визначення пріоритетних векторів реалізації інституту доказів взагалі та електронних доказів зокрема, враховуючи існуючі доктринальні положення й норми діючого законодавства.

Виклад основного матеріалу. Для висвітлення питання, пов'язаного із визначенням ознак електронних доказів у площині когнітивного консонансу, по-перше – необхідно розкрити зміст терміну «когнітивний консонанс», по-друге – терміну «електронні докази», по-третє – висвітлення ознак електронних доказів.

Отже, термін «когнітивний консонанс» передбачає погодженість у свідомості людини різної інформації про один і той самий об'єкт, явище, процес або подію.

Термін «електронні докази» є новим для національного законодавства, але у світовій практиці вживається вже давно у вигляді терміну «повідомлення даних» (англ. *data message*). Так, стаття 2 Типового закону про електронну торгівлю трактує «повідомлення даних» як інформацію, підготовлену, відправлену, отриману або збережену за допомогою електронних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними [8]. Важливо зазначити, що використання електронних доказів у формі електронного документу широко застосовується у практиці Європейського суду з прав людини. Наприклад, у справах «P. and S. v. Poland» (від 30.10.2012), «Eon v. France» (від 14.03.2013), «Shuman v. Poland» (від 03.06.2014).

Водночас українське законодавство трактує електронні докази як інформацію в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, які мають значення для справи (ч. 1 ст. 99 КАСУ) [9].

До електронних доказів належать:

- електронні документи (текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо);
- веб-сайти (сторінки). Наприклад, згідно пункту 3 статті 1 Закону України «Про електронні довірчі послуги», веб-сайт – сукупність програмних засобів, розміщених за унікальною адресою в обчислювальній мережі, у тому числі в мережі Інтернет, разом з інформаційними ресурсами, що

перебувають у розпорядженні певних суб'єктів і забезпечують доступ юридичних і фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів та інших інформаційних послуг через обчислювальну мережу;

- повідомлення (текстові, мультимедійні та голосові);
- метадані (вони характеризують або пояснюють інші дані, наприклад, заголовок, дата, індекс, предмет і ключові слова, формат, джерело, мова, сфера користування, структура таблиць або зведених даних, штрих-код тощо);
- бази даних та інші дані в електронній формі.

Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII [10] уніс революційні новації до всіх процесуальних кодексів, зокрема до Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ).

До революційних новацій КАСУ можна віднести розширення засобів доказування шляхом включення до переліку доказів електронних доказів.

Відповідно до Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII та КАСУ, електронні докази – це один із засобів доказування, а доказами в адміністративному судочинстві є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи [9].

Частина 2 статті 72 КАСУ закріплює правовий статус електронних доказів: вони мають таку саму юридичну силу, що і письмові та речові докази, висновки експертів, показання свідків.

Хоча даний вид доказів було закріплено лише у кінці 2017 року, він має дуже великий потенціал, враховуючи інформатизацію суспільства та усіх публічних процесів. Дослідження ознак електронних доказів дозволяє зробити висновок про тенденцію збільшення частки використання електронних доказів у адміністративному процесі останнім часом та про подальше посилення цієї тенденції.

На практиці такий вид доказів може використовуватись у формі аудіо-, відеозаписів, документів бухгалтерської та податкової звітності, що створені, передані, отримані в електронній формі, роздруківок інтернет-сторінок, СМС-листування, листування електронною поштою, публікації в соціальних мережах і т. п.

Аналізуючи наукову літературу та законодавство, можна визначити основні ознаки електронних доказів як окремого засобу доказування. Перш за все слід відзначити, що ці ознаки можна умовно поділити на дві групи:

- а) загальні ознаки доказів, притаманні усім засобам доказування;
- б) спеціальні ознаки електронних доказів, притаманні лише цьому виду доказів.

Поділ ознак електронних доказів на загальні та спеціальні має як теоретичне, так і практичне значення.

До загальних ознак, наприклад, можна віднести те, що для застосування в доказовому процесі електронні докази повинні бути належними (докази, які містять інформацію щодо предмета доказування), допустимими (докази, які отримані без порушення встановленого законом порядку), достовірними (докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи) та достатніми (докази, які у своїй сукупності дають змогу дійти

висновку про наявність або відсутність обставин справи, які входять до предмету доказування) та ін.

Багато дослідників вважають, що до спеціальних ознак електронних доказів належать чотири основних, але полеміка ведеться щодо визначення сутності цих ознак. До них можна віднести:

- 1) відсутність матеріальної форми;
- 2) необхідність використання програмних та технічних засобів для дослідження електронного доказу;
- 3) наявність технічного носія інформації;
- 4) специфічний процес створення та зберігання інформації, який надає можливість легко змінювати носія без втрати змісту, і навпаки, надає можливість внесення змін до змісту без залишення слідів на носієві.

Дослідник А. Ю. Каламайко виділяє такі ознаки електронних доказів:

- 1) неможливість безпосереднього сприйняття інформації, що обумовлює необхідність використання технічних та програмних засобів для одержання відомостей;
- 2) наявність технічного носія інформації;
- 3) можливість легко змінювати носій без втрати змісту;
- 4) відсутність поняття «оригіналу» електронних засобів доказування в силу повної ідентичності електронних копій;
- 5) наявність специфічних «реквізитів», так званих метаданих – інформації технічного характеру, яка закодована всередині файлів [11].

Варто визнати, що перераховані вище ознаки не дозволяють охопити увесь спектр особливостей прояву електронних доказів та розуміння їх правової сутності, тому доцільно перелік зазначених ознак розширити.

На нашу думку, можна виокремити дев'ять спеціальних ознак електронних доказів:

- 1) при їх створенні та відтворенні обов'язково використовуються спеціальні технічні засоби та системи. Із даною ознакою пов'язано декілька питань, на яке чинне законодавство не дає чітко визначених відповідей: «Як суд досліджуватиме і оцінюватиме електронні докази?» (суд не наділений спеціальними повноваженнями та знаннями); «Яким є порядок залучення спеціаліста для оцінки електронних доказів?»; «Яким є порядок залучення експерта для оцінки електронних доказів?» та інші.

Частково отримати відповіді на поставлені вище питання можна буде після внесення змін до процесуальних кодексів та удосконалення інструкції з діловодства в адміністративних судах. Адже відповідно до цих інструкцій документи, отримані електронною поштою без електронного цифрового підпису або каналами факсимільного зв'язку, не належать до офіційних.

Разом із тим, звернення до матеріалів судової практики свідчить про необхідність уточнення цієї дефініції. Наприклад, враховуючи положення Ухвали Верховного Суду від 12.04.2018 у справі №800/295/17 [12]. Тому використання електронних доказів у судовій практиці уособлює цілий етап втілення судової реформи в державі, хоча і викликало неоднозначну оцінку науковців та практиків.

Одним із засобів використання електронних доказів без підпису є скріншот [3]. Скріншот – це знімок з екрану комп'ютера, телефону або іншого пристрою, який відображає відповідну веб-сторінку в момент фіксації цього зображення. Наприклад, скріншоти веб-сторінок у якості доказу

в суді можуть використовуватися для фіксування: факту розміщення в Інтернеті інформації, яка не відповідає дійсності й порушує виключні права; підтвердження факту розміщеної в Інтернеті інформації, яка порушує авторські права; підтвердження факту неналежного виконання або невиконання договірних зобов'язань другою стороною у справі; іншої юридично значимої інформації, розміщеної в мережі.

Хоча категорія «електронний доказ» офіційно закріплена на законодавчому рівні, але під час її дослідження та оцінки виникає багато питань. До основних проблем, які виникають в судовій практиці, можна віднести:

а) фіксацію конкретної «редакції» інформації, що міститься в певних видах доказів (наприклад, інформація з веб-сайта), оскільки вона може бути видалена, змінена автором, зберігачем чи користувачем. Сьогодні це питання вирішується за допомогою судової експертизи Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності при Міністерстві юстиції України. Проте «експертна фіксація», як це наразі вирішується на практиці, не гарантує виключення чи усунення будь-яких сумнівів із приводу того, що конкретний «експерт» її зафіксував правильно без зловживань і будь-яких змін. У звичайному режимі доказового процесу перевірити це практично неможливо;

б) точну ідентифікацію особи, яка створила певний електронний доказ. Досить складно ідентифікувати особу, яка створила та/або поширила негативну інформацію в мережі Інтернет. Наприклад, в адміністративній справі №826/19865/13-а, яку розглядав Окружний адміністративний суд міста Києва, одним з основних доказів, на яких базувалася позиція позивача, була роздруківка зображення та фотознімків зі сторінки у Фейсбуці. Суд став на бік відповідача й залишив позов без задоволення. У рішенні від 14.12.2013 сказано: позивач не надав доказів, які підтверджували б, що сторінка у Фейсбуці створена та підтримується саме відповідачем або його довіреними особами [12].

Суд також зазначив, що у Фейсбуці може зареєструватися будь-яка особа та під будь-яким ім'ям. Отже, може створити та підтримувати сторінку від імені відповідача, зокрема шляхом розміщення інформації та фотознімків. Встановлення ж такої особи під час розгляду справи є неможливим.

Поступово електронні ресурси стають основним джерелом інформації, підтвердженням чому є досвід технологічно розвинутих країн. Так, однією з найвідоміших судових справ, де саме інформація в електронній формі відіграла вирішальну роль, стала справа за антимонопольним позовом уряду США проти компанії «Майкрософт». Під час її розгляду електронні поштові повідомлення були ефективно використані для того, щоб зменшити довіру суду до показань свідків [11].

2) При перенесенні з одного пристрою на інший електронні докази не втрачають свої характеристики, тобто їм притаманна ознака багаторазового відтворення певної інформації. Наприклад, при відтворенні інформації різними способами (копіювання, передачі через Інтернет та тому подібних), вона тотожна оригіналу. Відповідно до частини 5 статті 99 КАСУ, якщо подано копію (паперову копію) електронного доказу, суд за клопотанням учасника справи або з власної ініціативи може витребувати у відповідної особи оригінал електронного доказу. Якщо оригінал електронного доказу не подано, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність копії (паперової копії) оригіналу, такий доказ не береться судом до уваги

(Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 18.04.2018 р. № 826/97/18) [14].

Але дана позиція національного законодавства не узгоджується із європейським законодавством. Так, стаття 46 Регламенту (ЄС) № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради від 23 липня 2014 року «Про електронні ідентифікаційні та довірчі послуги для електронних транзакцій на внутрішньому ринку та скасування Директиви 1999/93/ЄС» [15] зазначає, що електронному документу не може бути відмовлено в юридичній дії та прийнятності як доказу у судових процесах виключно на тій підставі, що він є в електронному вигляді.

3) Одночасне існування оригіналу в багатьох місцях – зазначена ознака обумовлена існуванням єдиного інформаційного простору з великою об'єднаною базою даних і розвинутою системою комунікацій.

4) Електронні докази спочатку існують у нематеріальному вигляді, і лише при необхідності можуть бути переведені в інші засоби доказування (наприклад, показання свідків та інші).

Петренко В. С. зазначає, що до основних ознак електронного документу як засобу доказування можна віднести відсутність зв'язку з конкретно визначеним матеріальним носієм, оскільки технічні засоби дозволяють копіювати такий документ необмежену кількість разів, користуватися ним у будь-який час, що не притаманно іншим засобам доказування [16].

Відповідно до частини 3 статті 99 КАСУ, учасники справи мають право подавати електронні докази в паперових копіях, посвідчених у порядку, визначеному законом. Паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом. Не чітке розуміння сутності цієї ознаки породжує питання: «Як надійно та правильно зберегти й надати суду електронний доказ?».

5) Можливість впливу на інформацію на відстані. Так, із стрімким розвитком інформаційних технологій ризик впливу збільшується, а в деяких випадках і виникає можливість знищення інформації. Тобто, із сучасним рівнем розвитку інформаційних технологій нескладно «створити» потрібний електронний доказ за допомогою спеціальних програм, з одного боку. З другого, виникає проблема ідентифікації особи, яка є автором і поширювачем того чи іншого електронного документу, що може бути визнаний електронним доказом. Ці питання у галузі використання електронних даних у адміністративному процесі є невирішеними. Особливо в контексті публікацій у соціальних мережах.

6) Правове регулювання окремих сторін категорії «електронний доказ» здійснюється великою кількістю спеціальних нормативних актів – це шоста ознака електронних доказів. До основних нормативних актів, що впливають на правову природу електронних доказів в Україні, можна віднести: Цивільний кодекс України [17]; Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг» [18]; «Про захист інформації в автоматизованих системах» [19]; «Про стандартизацію» [20]; «Про науково-технічну експертизу» [21]; «Про Національний банк України» [22] та інші.

7) Електронні докази можуть містити найрізноманітнішу інформацію – звукову, аудіо-візуальну, текстову, графічну та будь-яке їх поєднання.

Наприклад, можливості письмових доказів є значно меншими, так як вони можуть містити лише текстову і графічну інформацію та будь-яке їх поєднання.

8) Правова природа електронних доказів знаходиться у постійній трансформації. Дана ознака обумовлена факторами технічного та наукового прогресу.

9) Можливість збереження електронних доказів безстроково. Дана ознака є характерною для електронних доказів та обумовлена нематеріальною природою електронних доказів. Наприклад, строк збереження письмових доказів обмежений та обумовлений їх фізичними та хімічними властивостями. З часом окремі докази втрачають «свій зовнішній вигляд, якість, а тому й доказову ознаку. На відміну від будь-якого іншого доказу, електронний доказ може зберігатися незмінним стільки, наскільки це може бути потрібним [16].

Зазначений вище перелік спеціальних ознак електронних доказів не є вичерпний. Але може бути у нагоді при визначенні загальної концепції та засад використання електронних доказів в адміністративному судовому процесі, їх видів, визначенні проблем правового регулювання та знаходження шляхів їх вирішення, для аналізу змін та тенденцій сучасної теорії доказування у світлі інформатизації судочинства та запровадження електронних засобів доказування.

Висновки. Підсумовуючи, слід зауважити, що інформаційні відносини розвиваються надзвичайно динамічно майже у всіх сферах суспільного життя, а тому система судочинства має відповідати вимогам часу. Основними тенденціями сучасності є великий вплив на усі суспільні відносини електронних джерел інформації. Тому законодавче закріплення електронних доказів на національному рівні, безумовно, є позитивним кроком, який визначає новий етап у доказовому процесі та надає додаткові можливості учасникам судового процесу захищати свої права в суді.

Електронні докази – самостійна категорія доказів, які почали застосовуватися в українському законодавстві з кінця 2017 року. Їм притаманні ознаки двох видів, зокрема: а) ознаки, які притаманні усім доказам, та б) специфічні ознаки, які притаманні електронним доказам.

Виділення двох груп ознак електронних доказів розширює процесуальні можливості учасників адміністративного судового процесу та переводить доказовий процес на сучасний рівень.

До спеціальних ознак електронних доказів можливо віднести такі ознаки: 1) при їх створенні та відтворенні обов'язково використовуються спеціальні технічні засоби та системи; 2) при перенесенні з одного пристрою на інший електронні докази залишаються незмінними; 3) одночасне існування оригіналу в багатьох місцях; 4) існування у нематеріальному вигляді; 5) можливість впливу на інформацію на відстані; 6) правове регулювання здійснюється великою кількістю нормативних актів; 7) електронні докази можуть містити найрізноманітнішу інформацію; 8) правова природа електронних доказів знаходиться у постійній трансформації; 9) можливість збереження електронних доказів є безстроковим. Використання електронних доказів у адміністративних судах є не лише кроком вперед, воно свідчить про наближення національного судочинства до сучасних міжнародних стандартів.

Належне наукове осмислення ознак електронних доказів дозволить повною мірою використовувати їх правову природу під час розгляду й вирішення адміністративних спорів і сприятиме підвищенню рівня захисту прав та інтересів учасників адміністративного процесу.

Список літератури:

1. Стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.05.2013 № 386-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws> (дата звернення: 25.04.2019).
2. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015> (дата звернення: 25.04.2019).
3. Драголюк К. Как использовать скриншоты в качестве доказательств в суде. Я и Закон. 27.12.2018. URL: <https://yaizakon.com.ua/kak-ispolzovat-skrinshot-v-kachestve-dokazatelstva-v-sude/> (дата звернення: 25.04.2019).
4. Павлова Ю. С. Поняття та правова природа електронних доказів у цивільному процесуальному праві. Актуальні проблеми держави і права, 2017, С. 102-109. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9261/Павлова%20Ю.%20С.%20Поняття%20та%20правова%20природа%20електронних%20доказів%20в%20теорії%20цивільного%20процесуального%20права.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 25.04.2019).
5. Lazko O. M. Prospects for the development of electronic (technical) means of proof in the civil process of Ukraine. European perspectives. 2015. № 1. P. 125-129.
6. Колпаков В. К., Гордеев В. В. Докази та доказування в адміністративному судочинстві: монографія. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2009. 128 с.
7. Мойсеєнко Г. В. Опіючі поняття в адміністративному судочинстві України. URL: http://phd.znu.edu.ua/page/dis/07/Moiseienko_diss.pdf (дата звернення: 25.04.2019).
8. Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (1996, 16 December). URL: <https://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-162.htm> (дата звернення: 25.04.2019).
9. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 26.04.2019).
10. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради. 2017. № 48. Ст. 436. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 25.04.2019).
11. Каламайко А. Ю. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання в цивільному процесі. Право та інновації. 2015. 2(10). С. 127-132.
12. Ухвала Верховного Суду від 12.04.2018 у справі № 800/295/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1> (дата звернення: 05.04.2019).
13. Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 14.12.2013 по адміністративній справі № 826/19865/13-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1> (дата звернення: 25.04.2019).
14. Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 18.04.2018 р. № 826/97/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1> (дата звернення: 25.04.2019).
15. Про електронні ідентифікаційні та довірчі послуги для електронних транзакцій на внутрішньому ринку та скасування Директиви 1999/93 / ЄС: Регламент (ЄС) № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради від 23 липня 2014 року. URL: <https://czo.gov.ua/news-details?id=244> (дата звернення: 25.04.2019).
16. Петренко В. С. Електронні докази як елемент інформаційних технологій у цивільному судочинстві. Young Scientist. 2018. № 1 (53), January. С. 111-115.
17. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/435-15> (дата звернення: 25.04.2019).
18. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (дата звернення: 25.04.2019).

19. Про захист інформації в автоматизованих системах: Закон України від 05.07.1994 № 80/94-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 31. Ст. 286 (дата звернення: 25.04.2019).
20. Про стандартизацію: Закон України від 05.06.2014 № 1315-VII. Відомості Верховної Ради. 2014. № 31. Ст. 1058. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1315-18> (дата звернення: 25.04.2019).
21. Про наукову і науково-технічну експертизу: Закон України від 10.02.1995 № 51/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 9. Ст. 56. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/51/95-вр> (дата звернення: 25.04.2019).
22. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 № 679-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14> (дата звернення: 25.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 27.04.2019 р.

О. В. Гаран

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ПЛОСКОСТИ КОГНИТИВНОГО КОНСОНАНСА

Резюме

Освещены проблемы формирования теории признаков электронных доказательств и правовая оценка их в плоскости информатизации судопроизводства и судебной реформы, внедрения электронных средств доказывания. Представлены и проанализированы концепции, отражающие различные подходы к пониманию сущности признаков электронных доказательств в административном процессе.

Предложена авторская система классификации признаков электронных доказательств.

Сделан вывод, что современная теория доказательств находится в состоянии трансформации, под влиянием информатизации общества, однако на данном этапе развития общества – это лишь первые шаги существенных преобразований. Но должным образом научное осмысление признаков электронных доказательств позволит в полной мере использовать правовую природу электронных доказательств при рассмотрении и решении административных споров, что будет способствовать повышению уровня защиты прав, интересов участников административного процесса.

Ключевые слова: электронные доказательства, доказательства, признаки, административный судебный процесс.

O. V. Haran

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

SPECIAL CHARACTERISTICS OF ELECTRONIC EVIDENCE IN PLANE OF COGNITIVE CONSONANCE

Summary

The problems of the formation of the theory of signs of electronic evidence and their legal assessment in the plane of informatization of legal proceedings, judicial reform and the introduction of electronic means of proof are covered. Concepts are presented and analyzed, reflecting various approaches to understanding the essence of electronic evidence in the administrative process.

The author proposes a classification system for signs of electronic evidence.

It is concluded that the modern theory of evidence is in a state of transformation under the influence of the informatization of society, but at this stage in the development of society these are only the first steps of significant transformations. But due to a scientific understanding of the signs of electronic evidence, it will allow to fully use the legal nature of electronic evidence when considering and resolving administrative disputes, which will

contribute to improving the level of protection of the rights and interests of participants in the administrative process.

The problems of forming the theory of signs of electronic evidence and their legal estimation in the area of informatization of court proceedings, judicial reform and introduction of electronic evidence means are covered. Concepts representing different approaches to understanding the essence of evidence of electronic evidence in an administrative court process are presented and analyzed.

Proposed author's system of evidence of electronic evidence as a specific means of proof.

It is concluded that the modern theory of evidence is in a state of transformation under the influence of informatization of society, but at this stage of development of society – these are only the first steps of significant transformations. However, proper scientific understanding of the evidence of electronic evidence will allow the full use of the legal nature of electronic evidence in the consideration and resolution of administrative disputes and will promote an increase in the level of protection of rights and interests of participants in the administrative process.

Key words: electronic evidence, evidence, signs, administrative litigation.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166126
УДК 342.9

К. В. Кравченко

аспірант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ ІНСТИТУТУ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В МЕЖАХ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОВОГО ПРОЦЕСУ ДО ВИМОГ СЬОГОДЕННЯ

Стаття присвячена висвітленню актуальних питань, пов'язаних із адаптацією інституту апеляційного провадження у межах адміністративного судового процесу через призму інформатизації суспільства, з точки зору пошуку ефективних засобів комплексної правової модернізації захисту прав людини за рахунок посиленого судового контролю за діяльністю судів першої інстанції.

Акцентована увага на основних напрямках модернізації апеляційного провадження в Україні, до яких можна віднести гармонізацію, трансформацію та уніфікацію.

Ключові слова: адміністративний судовий процес, інститут апеляції, апеляційні суди, законодавство, апеляційна скарга.

Постановка проблеми. В епоху системних перетворень усіх сфер суспільного життя, реформи істотно вплинули на адміністративний судовий процес взагалі та інститут апеляційного провадження зокрема.

Модернізація інституту апеляційного провадження обумовлена багатьма детермінантами. До основних можна віднести чотири: інтеграційні та глобалізаційні процеси; інформатизація національного суспільства, економічна криза в Україні та проведення правової реформи.

Важливе місце серед зазначених чинників належить інтеграційним та глобалізаційним процесам, які опосередковано впливають на розвиток національної судової системи за рахунок того, що вони встановлюють міжнародні стандарти, яких необхідно дотримуватися, та сприяють застосуванню міжнародного досвіду в національній практиці. Наслідком такого впливу є посилення та прискорення трансформаційних процесів у судовій системі України та окремих її ланках.

Важливою детермінантою трансформації судового процесу є формування прискореними темпами інформаційного суспільства. А це передбачає широке застосування новітніх інформаційних систем і технологій у всіх напрямках суспільної діяльності. Звісно, цей процес не міг оминати стороною й судову систему України.

Завдяки прийняттю Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні [1] та Стратегії реформування судоустрою, судочинства й суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки [2], були визначені основні орієнтири розвитку та модернізації судового процесу взагалі та інституту

апеляційного провадження зокрема. Наприклад, запуск у тестовому режимі системи «Електронний Суд» (так званий *e-court*) переводить судову систему на більш високий рівень здійснення правосуддя, з урахуванням міжнародних стандартів здійснення судочинства. Таким чином, враховуючи об'єктивну правову реальність і, відповідно, нагальну необхідність у таких змінах, можна вважати, що використання *e-court* у апеляційному провадженні в адміністративних судах є рухом уперед та сприяє наближенню національного адміністративного судочинства до передових міжнародних стандартів.

Водночас, наявність економічної кризи обумовлює необхідність подолання наслідків недостатності фінансових ресурсів за рахунок якісного оновлення національної судової системи та ефективного здійснення судочинства. Наприклад, шляхом використання інформаційних технологій в судовому процесі. Також, успішна реалізація судової реформи передбачає адаптацію судової системи до нових стандартів, які значною мірою детерміновані зростанням ролі прав людини у системі координат «держава-індивід».

Важливе місце у правовому механізмі захисту прав людини належить інституту апеляційного провадження. Науковий інтерес до цього правового явища зумовлений, передусім, розумінням того, що на стадії апеляції посилюється безпосередній вплив на дотримання законності й рівень захисту прав, свобод та інтересів громадян.

Безумовно, «осучаснення» інституту апеляційного провадження є позитивним кроком, який визначає новий етап у розвитку апеляції та надає додаткові можливості учасникам судового процесу захищати і відстоювати свої права в адміністративному суді.

Усе вищезазначене визначає необхідність формування цілісного бачення перебігу змін і обумовлює створення відповідного правового підґрунтя для розвитку інституту апеляційного провадження в адміністративному судочинстві з урахуванням викликів сьогодення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дозволяє стверджувати, що запропонована тема є недостатньо розробленою, хоча полеміка щодо сутності інституту апеляційного провадження не є новою для науки.

Проблематику, що досліджується у цій статті, розглядали О. Акімов (2016 р.) [3], М. Глуховець (2013 р.) [4], Р. Кайдашев (2016 р.) [3], О. Константій (2016 р.) [5], Р. Кукурудз (2010 р.) [6], О. Лощихін (2016 р.) [3], Т. Мінка (2015 р.) [7], С. Потапенко (2010 р.) [8], Є. Яковенко (2011 р.) [9] та інші.

З наведеного видно, що основний масив досліджень було зроблено до революційної зміни процесуального законодавства, обумовленого Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [10] (далі – Закон № 2147-VIII), а тому ці наукові напрацювання певною мірою не узгоджуються з новими реаліями життя.

Окремі питання щодо апеляційного провадження висвітлювали Ю. Битяка, В. Бевзенко, С. Ківалов, А. Комзюк, О. Кузьменко, Т. Коломонець, Р. Мельник, О. Пасенюк та інші. Але цього не достатньо, адже сучасні буремні реформи сприяли виникненню великої кількості проблем щодо

правового регулювання апеляційного провадження в межах адміністративного судочинства.

Метою статті є здійснення систематизації теоретичних засад розвитку інституту апеляції у межах адміністративного судового процесу в Україні та визначення пріоритетних векторів модернізації, враховуючи наявні теоретико-доктринальні положення та норми діючого законодавства.

Виклад основного матеріалу. В. Шамрай зазначає, що в сучасних умовах основними формами розвитку правових систем є їх гармонізація, трансформація та уніфікація, що безпосередньо відображає суттєвий процес впливів глобалізації на галузевий розвиток ... права [11]. Інститут апеляційного провадження вписується в сучасний контекст правосуддя шляхом одночасного поєднання трьох напрямків модернізації – гармонізації, трансформації та уніфікації.

Наприклад, Закон № 2147-VIII [10] закріплює новий вектор розвитку правосуддя – уніфікацію судових процесів.

Положення Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України передбачають запровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (далі – ЄСІТС). Застосування ЄСІТС сприятиме покращенню взаємозв'язків між судами, між судом та учасниками судового процесу, а також безпосередньо між самими учасниками судового процесу.

Застосування словосполучення «сприятиме» обумовлено тим, що з 1 березня 2019 року розпочалася дослідна експлуатація системи у складі вісьмох підсистем (модулів): Єдиний контакт-центр судової влади України; Єдина підсистема управління фінансово-господарськими процесами; Офіційна електронна адреса (Електронний кабінет); Офіційний веб-портал «Судова влада України»; Єдиний державний реєстр судових рішень; Підсистема «Електронний суд»; Модуль «Автоматизований розподіл»; Модуль «Судова статистика» [14]. У повному обсязі Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система повинна запрацювати через 90 днів, тобто з 1 червня 2019 року.

Для того, щоб система виконувала поставлені перед нею завдання (оперативне здійснення документообігу між усіма учасниками судового процесу, між судами, між судом і учасниками процесу; фіксування судового процесу в судовому засіданні в режимі відео конференції та т. п.), необхідна реєстрація офіційних електронних адрес у ЄСІТС.

Чинним законодавством передбачено дві форми реєстрації – обов'язкова та добровільна.

Законодавець пішов шляхом закріплення переліку осіб, які обов'язково повинні зареєструвати офіційні електронні адреси в ЄСІТС. До таких осіб належать: нотаріуси, адвокати, суб'єкти владних повноважень, приватні виконавці, суб'єкти господарювання. Усі інші здійснюють реєстрацію офіційних електронних адрес добровільно.

Особам, які зареєструвалися в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі і є учасниками судового процесу, суд вручає документи у справах виключно в електронній формі, шляхом їх надсилання на офіційну електронну адресу особи.

Наступною новелою процесуального законодавства є закріплення подання процесуальних та інших документів, вчинення процесуальних дій

в електронній формі виключно за допомогою ЄСІТС, з використанням особистого електронного цифрового підпису (далі – ЕЦП) [15]. Отримання особистого ЕЦП здійснюється в Акредитованому центрі сертифікації ключів (АЦСК).

Варто зазначити, що тенденція до уніфікації Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України прослідковується і в питанні щодо подання до суду представником процесуальних документів у електронній формі, що передбачає подання довіреності або ордеру в електронній формі, підписаних ЕЦП [15].

Наступним прикладом уніфікації трьох кодексів можна назвати ситуацію, коли реєстрація в ЄСІТС не позбавляє особу права на подання документів до суду в паперовій формі. Але якщо особа подала апеляційну скаргу в електронній формі, то і весь «пакет документів» (клопотання, письмові докази та т. п.) необхідно подавати виключно в електронній формі, крім випадків, передбачених законодавством.

Наступною важливою новелою, яка в повному обсязі запрацює з 01.06.2019 року, є те, що суд буде проводити розгляд справи за матеріалами судової справи в електронній формі. Тобто всі документи, які є у справі, переводяться у електронну форму та приєднуються до «електронної судової справи». Безперечно, усі зазначені вище новели є позитивними, адже переведення більшої частини адміністративного судочинства у площину віртуального простору, обмеженого ЄСІТС, дозволить більш ефективно виконувати завдання адміністративного судочинства, передбачені ч. 1 ст. 2 КАСУ [13].

Переведення адміністративного судочинства (і в тому числі інституту апеляційного провадження) у форму електронного судочинства сприятиме підвищенню довіри до судової системи та підвищенню рівня здійснення правосуддя завдяки наступному:

а) спрощенню доступу до справи учасників судового процесу та ознайомленню із матеріалами справи – результатом цього є створення умов для оперативного розгляду апеляційної скарги;

б) переведенню більшості відносин між учасниками справи у інформаційний простір ЄСІТС, що сприятиме зменшенню емоційного, організаційного, фінансового навантаження на учасників справи, і як наслідок, оптимізації фінансових та емоційних витрат;

в) використанню всіма учасниками судового процесу інформаційно-комунікативних систем сприятиме скороченню часу на обмін інформацією, на розгляд справи, тобто скороченню часових затрат.

Наприклад, збільшення оперативності розгляду справи обумовлено багатьма чинниками. До них можна віднести: заощадження часу в зв'язку з переданням матеріалів від одного суду до іншого; оперативна можливість одночасного ознайомлення з матеріалами справи усіма учасниками судового процесу та швидкого реагування на нові факти по справі; доступ до тексту судового рішення через ЄСІТС; одержання судових повісток за допомогою SMS-повідомлень; отримання інформації про стан проходження справи у суді України за допомогою офіційного веб-порталу «судова влада України»; одержання копій судових рішень та т. п.

Однією з ключових змін в інституті апеляційного провадження є більш широке запровадження процедур розгляду справи без виклику сторін у су-

дове засідання [13]. Все більше справ суди почнуть розглядати віддалено, сторони почнуть довіряти судам, а суди будуть довіряти доказам, які подаються сторонами. Це дозволить забезпечити як зменшення навантаження на судову систему, так і зручність судового розгляду для сторін.

Модернізація інституту апеляційного провадження пов'язана не тільки із застосуванням інформаційно-телекомунікативних технологій.

Трансформація інституту апеляційного провадження здійснюється у декількох напрямках.

По-перше, реорганізація судів апеляційної інстанції та їх системи. На даний час стаття 292 КАСУ закріплює систему судів апеляційної інстанції з урахуванням ст. 124 Конституції України [16], ст.ст. 14, 26 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [17], ст. 23 КАС України.

Дана система включає такі складові: апеляційні адміністративні суди в апеляційних округах (ч. 1 ст. 292 КАСУ); Верховний Суд у випадках, передбачених законодавством (ч. 2 ст. 292 КАСУ); Велика Палата Верховного Суду у випадках, передбачених законодавством (ч. 3 ст. 292 КАСУ).

Необхідно звернути увагу, що на підставі Указу Президента України №455/2017 «Про ліквідацію апеляційних адміністративних судів та утворення апеляційних адміністративних судів в апеляційних округах» [18] зареєстровано сім із восьми апеляційних адміністративних судів у апеляційних округах, окрім четвертого апеляційного адміністративного суду в апеляційному окрузі, що включає Автономну Республіку Крим і місто Севастополь, з місцезнаходженням у місті Севастополі.

Істотно на формування системи апеляційних адміністративних судів вплинула ліквідація вищих спеціалізованих судів та повернення до трьохрівневої системи судоустрою на чолі з Верховним Судом.

По-друге, прослідковується трансформація порядку здійснення апеляційного провадження. Наприклад, кардинально змінився порядок подання апеляційної скарги. Частина 1 статті 297 КАС України передбачає новий порядок подання апеляційної скарги – вона подається безпосередньо до суду апеляційної інстанції. Раніше апеляційна скарга подавалася через суд першої інстанції [12]. Зазначене нововведення суттєво заощаджує дорогоцінний час та кошти апелянта, а також людські ресурси судової установи. Дана новела обумовлена наявністю електронної форми адміністративної справи, функціонуванням окремих елементів системи «електронний суд» та запровадженням ЄСІТС.

Слід звернути увагу, що законодавством збільшено строки апеляційного оскарження судових рішень. Частина 1 статті 295 КАС України закріплює норму, що апеляційна скарга на рішення суду подається протягом тридцяти днів, на ухвалу суду – протягом п'ятнадцяти днів з дня його (її) проголошення [13].

Якщо в судовому засіданні було оголошено лише вступну та резолютивну частину рішення (ухвали) суду, або розгляду справи в порядку письмового провадження, зазначений строк обчислюється з дня складення повного судового рішення.

До новел процесуального законодавства можна віднести положення, передбачені ч. 1 ст. 293 КАС України щодо можливості оскарження в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції, а не постанови, як було в попередній редакції КАС України [12]. Статус рішення суду першої інстанції законодавець визначив у п. 13 ч. 1 ст. 4 КАС України, зазначивши,

що судовим рішенням суду першої інстанції, в якому вирішуються позовні вимоги, є рішення суду [13].

Наступним напрямком трансформації інституту апеляційного провадження є посилення значення правової позиції, закріпленої в постановові Верховного Суду/Верховного Суду України (далі – ВС/ВСУ). Тобто, хоча законодавець прямо не зазначив, що раніше прийняті постанови ВС/ВСУ є обов'язковими, однак передбачається, що можливість відступу від них надається лише Верховному Суду. А тому виникають норми, за яких: а) відступити від правових позицій, викладених у постановові Верховного Суду/Верховного Суду України, можна виключно на етапі розгляду справи в суді касаційної інстанції шляхом її передання на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої палати Верховного Суду; б) суд першої або апеляційної інстанції не має права відступати від правової позиції, викладеної в постановові ВС/ВСУ. Таким чином, закріпивши положення про необхідність врахування судами позицій ВС, а також не злишивши можливості відступу від таких позицій, законодавець намагається мінімізувати дискрецію судів нижчих інстанцій за однотипними справами та окремими правовими колізіями [19].

Водночас подібний стан речей свідчить про те, що апеляційні суди втрачають функцію формування єдиної судової практики застосування законодавства при вирішенні адміністративних справ адміністративними судами першої інстанції і дана функція передається Верховному Суду. Це дозволяє знизити рівень подвійних стандартів, застосування яких було обумовлено тим, що однотипні справи могли вирішуватись по-різному, в залежності від складу суду, часу прийняття рішення та інших обставин.

У статті розглянуто основні, але не всі актуальні питання, які сприяють «осучасненню» інституту апеляційного провадження в адміністративному судочинстві.

Висновки. Важливою складовою механізму реалізації права людини на судовий захист є забезпечення апеляційного оскарження в адміністративних судах.

Інститут апеляційного провадження на даний час знаходиться в процесі докорінних змін під впливом чотирьох детермінант – інтеграційних та глобалізаційних процесів, інформатизації суспільства, економічної кризи та судової реформи.

Найбільший вплив на інститут апеляційного провадження здійснює формування інформаційного суспільства в Україні. Даний формат організації та проведення апеляційного провадження істотно змінює як систему апеляційних адміністративних судів, так і порядок апеляційного провадження. Наслідками докорінної модернізації інституту апеляційного провадження є підвищення довіри до адміністративного суду завдяки справедливому правосуддю; спрощення доступу до нього; підвищення оперативності перегляду судових рішень; та підвищення рівня економічності процедури перегляду судових рішень судів першої інстанції та інше.

Список літератури:

1. Стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні: Затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15.05 2013 № 386-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws> (дата звернення: 21.04.2019).

2. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки : Указ Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015> (дата звернення: 26.04.2019).
3. Кайдашев Р., Лоцихін О., Акімов О. Теоретико-методологічні аспекти перегляду судових рішень в апеляційному впровадженні в адміністративному процесі України : навч. посіб. К.: ДП «Вид. дім «Персонал», 2016, 124 с.
4. Глуховеря М. М. Апеляційне провадження в системі проваджень адміністративного судового процесу. Форум права. 2013. № 3. С. 114-118. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_3_21.pdf. (дата звернення: 26.04.2019).
5. Константи́й О. В. Інститут апеляції в адміністративному судовому процесі. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 5. URL: http://www.par.in.ua/5_2016/61.pdf (дата звернення: 26.04.2019).
6. Кукурудз Р. О Апеляція в адміністративно-юрисдикційному процесі: питання теорії та практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Класичний приватний університет. Запоріжжя, 2010. 23 с.
7. Мінка Т. П., Глуховеря М. М. Апеляційне провадження в адміністративному судочинстві України: монографія. Дніпропетровськ, 2015, 196 с.
8. Потапенко С. В. Диспозитивність як принцип адміністративного процесу України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Харківський нац. ун-т внутрішніх справ, Харків, 2010. 20 с.
9. Яковенко Є. О. Реалізація конституційного права особи на апеляційне оскарження судових рішень в порядку адміністративного судочинства. Вісник Академії митної служби України: Серія «Право». 2011. № 2(7).
10. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів від 03.10.2017 № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради. 2017. № 48. Ст. 436. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 26.04.2019).
11. Шамрай В. Методологічні засади впливу сучасних процесів глобалізації на розвиток конституційного права. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/5/35.pdf> (дата звернення: 26.04.2019).
12. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV (в редакції від 03.08.2017 року) URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>(дата звернення: 27.04.2019).
13. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV (в редакції від 04.11.2018 року) URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 27.04.2019).
14. ДСА України оголосила про створення та функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. URL: <https://court.gov.ua/press/general/611254/> (дата звернення: 26.04.2019).
15. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (дата звернення: 27.04.2019).
16. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: // <http://www.rada.gov.ua> (дата звернення: 26.04.2019).
17. Про судоустрій і статус суддів від 02.06.2016 № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради. 2016. № 31. Ст. 545. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 26.04.2019).
18. Про ліквідацію апеляційних адміністративних судів та утворення апеляційних адміністративних судів в апеляційних округах: Указ Президента України від 29 грудня 2017 року № 455/2017. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/4552017-23394> (дата звернення: 26.04.2019).

19. Правові позиції Верховного Суду: дискреція судів нижчих інстанцій. URL: <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/pravovi-pozytsiyi-verkhovnogo-sudu-dyskretsia-sudiv-nyzhchukh-instantsiy/> (дата звернення: 26.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 28.04.2019 р.

К. В. Кравченко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АДАПТАЦИИ ИНСТИТУТА
АПЕЛЛЯЦИОННОГО ПРОИЗВОДСТВА В РАМКАХ
АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА
С УЧЕТОМ ТРЕБОВАНИЙ СЕГОДНЯШНЕГО ДНЯ**

Резюме

Статья посвящена освещению актуальных вопросов, связанных с адаптацией института апелляционного производства в рамках административного судебного процесса в плоскости информатизации общества, с точки зрения поиска эффективных средств комплексной правовой модернизации защиты прав человека за счет усиления судебного контроля за деятельностью судов первой инстанции.

Акцентировано внимание на основных направлениях модернизации апелляционного производства в Украине, таким как гармонизация, трансформация и унификация.

Ключевые слова: административный судебный процесс, институт апелляции, апелляционные суды, законодательство, апелляционная жалоба.

K. V. Kravchenko

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

**CURRENT ISSUES OF ADAPTATION OF THE INSTITUTE
OF APPEALS PRODUCTION WITHIN THE FRAMEWORK
OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCESS TAKING
INTO ACCOUNT THE REQUIREMENTS OF THE DAY**

Summary

The article is devoted to highlighting topical issues related to the adaptation of the institute of appeal proceedings within the administrative judicial process in the field of informatization of society from the point of view of finding effective means of comprehensive legal modernization of the protection of human rights by strengthening judicial control over the activities of the courts of first instance.

Attention is focused on the main directions of modernization of appeal production in Ukraine, such as: harmonization, transformation and unification.

Key words: administrative litigation, institute of appeal, appellate courts, legislation, appeal.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).167315
УДК 342.56:81'253-056.263

В. В. Сліпенюк

аспірант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СУРДОПЕРЕКЛАДАЧ У ПРОЦЕСІ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ВИКОРИСТАННЯ В СУДОЧИНСТВІ РІДНОЇ МОВИ АБО МОВИ, ЯКУ ОСОБА РОЗУМІЄ

У статті досліджується правова основа участі сурдоперекладача при здійсненні судочинства в Україні та його правовий статус. Проаналізовано особливості залучення сурдоперекладача в судовий процес та звернено увагу на проблематику порядку і розміру компенсації витрат та виплати винагороди за надання послуг сурдоперекладу у судовому процесі. Окрім процесуальних питань участі сурдоперекладача в судовому процесі також було досліджено специфіку здійснення судового сурдоперекладу та визначено організаційні умови для його ефективності.

Ключові слова: право на справедливий суд; право на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє; сурдопереклад; перекладач; судовий процес.

Постановка проблеми. Значну частину населення кожної держави складають особи, що мають важкі форми втрати слуху. Згідно даних Всесвітньої організації охорони здоров'я, у світі близько 275 мільйонів осіб мають помірні або важкі порушення слуху [18]. В Україні інформації про точну кількість людей з вадами слуху немає, однак обласні й територіальні організації «Українського товариства глухих» об'єднують понад 50 тисяч громадян України з порушеннями слуху та мови, які є повноцінними її громадянами, що постійно реалізують свої конституційні права та обов'язки [24]. Зазначені особи вступають у різного роду правовідносини та, як наслідок, можуть потребувати судового захисту. З метою забезпечення повноцінної участі у суспільному житті осіб із важкими формами втрати слуху, Генеральною Асамблеєю ООН 20.12.1993 року було видано Резолюцію 48/96 «Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів», в п. 7 якої вказується на необхідність забезпечення таких осіб послугами сурдоперекладу [3]. На виконання зазначених правил при здійсненні судочинства українським законодавцем закріплено норми про участь сурдоперекладача у судовому процесі, яка має свою специфіку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження специфіки участі сурдоперекладача у судовому процесі було здійснено в працях таких учених, як О. Горлачов, В. Комаров, В. Кройтор, В. Тертишников, М. Штефан, М. Ясинюк та інших. Разом з тим, вказані праці лише частково розкривали специфіку сурдоперекладу у конкретному виді судочинства

та не пов'язували його з конституційним правом особи на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє. Крім того, у зв'язку зі зміною процесуального законодавства більшість наукових результатів зазначених вчених потребує подальшого розвитку та уточнення.

Мета статті. Метою статті є дослідження особливостей участі сурдоперекладача в судовому процесі як гарантії реалізації особою конституційного права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку вона розуміє.

Виклад основного матеріалу. Визнаючи загальність, неподільність, взаємозалежність і взаємопов'язаність усіх прав і основоположних свобод людини, а також необхідність гарантувати особам з інвалідністю повне користування ними без дискримінації, наша держава 16.12.2009 року ратифікувала Конвенцію про права осіб з інвалідністю [2] та Факультативний протокол до неї від 13.12.2006 року, що стали частиною національного законодавства [4].

Окремі положення вищезазначеного міжнародного договору проголошують рівність осіб з інвалідністю перед законом та встановлюють доступ таких осіб до правосуддя, зокрема передбачаючи процесуальні та відповідні вікові корективи, які полегшують виконання ними своєї ефективної ролі прямих і опосередкованих учасників на всіх стадіях юридичного процесу [2, 4]. Для реалізації вказаних прав Факультативним протоколом до Конвенції про права осіб з інвалідністю передбачене використання перекладача зі спеціальної лінгвістичної мови (жестової мови) – сурдоперекладача, діяльність якого поширюється і на судовий процес.

Положення вищевказаного міжнародного договору знайшли своє відображення і на національному рівні, зокрема в Конституції України [1, ст. 10; 1, ст. 11; 1, ст. 21; 1, ст. 24] та в низці процесуальних нормативно-правових актів. Так, участь сурдоперекладача при реалізації конституційного права особи на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку вона розуміє, закріплено в Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України) [10, ст. 75], Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України) [6, ст. 71], Господарському процесуальному кодексі України (далі – ГПК України) [5, ст. 72] та Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) [9, ст. 68].

Разом з тим, Закон України «Про Конституційний Суд України» та Постанова Конституційного Суду України «Про Регламент Конституційного Суду України» (далі – Регламент), а також Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КупАП) не містять спеціальної норми, що регулює участь сурдоперекладача під час здійснення конституційних проваджень та проваджень у справах про адміністративні правопорушення, однак містять норми щодо залучення перекладача у випадку нерозуміння особою мови судочинства, що, на нашу думку, поширюється й на випадки залучення сурдоперекладача [12, ст. 74; 16, ст. 66; 8, ст. 274].

При цьому варто зазначити, що не зважаючи на методологічну та методичну різницю в здійсненні такого перекладу, вказані норми не розкривають специфіку участі сурдоперекладача, що, на нашу думку, може негативно відобразитись як на реалізації конституційного права особи на використання в судочинстві рідної мови, або мови, яку вона розуміє, так і на забезпеченні права на справедливий суд.

Як зазначає О. С. Горлачов, «сурдопереклад – це спосіб передачі інформації особам з вадами слуху за допомогою дактильного та міміко-жестового мовлення; процес перетворення мовленнєвого повідомлення з вербальної, акустичної форми в невербальний, дактильно-міміко-жестовий код. Суб'єктом здійснення такої діяльності є сурдоперекладач, тобто особа, яка володіє дактильним та міміко-жестовим мовленням і здійснює переклад на дактильне та міміко-жестове мовлення словесного інформаційного повідомлення з будь-якої національної мови і навпаки» [20].

У Класифікаторі посад робітників і службовців ця спеціальність позначається як «перекладач-дактилолог», тобто перекладач з мови спілкування, яка основана на дактильно-жестовій азбуці [21].

Розглядаючи специфіку участі сурдоперекладача у судовому процесі, перш за все варто розглянути його процесуальний статус.

Як вірно відзначає Н. О. Бондаренко, «більшість сучасних дослідників розглядають поняття «правового статусу» з точки зору системи санкціонованих законодавством прав, свобод, обов'язків особи та її відповідальності перед суспільством» [17, с. 35].

З огляду на сутність професії сурдоперекладача, під його правовим статусом як учасника судового процесу, на нашу думку, слід розуміти передбачену чинним законодавством сукупність прав, гарантій, обов'язків та відповідальності сурдоперекладача під час здійснення судочинства.

Права сурдоперекладача як учасника судового процесу є аналогічними правам перекладача з недержавної мови. Зокрема, положеннями ГПК України, ЦПК України та КАС України передбачено, що сурдоперекладач має право ставити питання з метою уточнення перекладу, відмовитися від участі у судовому процесі, якщо він не володіє достатніми знаннями мови, необхідними для перекладу, а також має право на оплату виконаної роботи та на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду [5, ст. 72; 10, ст. 75; 6, ст. 71].

Крім того, відповідно до положень КПК України, при здійсненні кримінального судочинства сурдоперекладач також має право знайомитися з протоколами процесуальних дій, в яких він брав участь, і подавати до них зауваження та заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом [9, ст. 68].

Подібно до норм галузевого процесуального законодавства визначено права сурдоперекладача під час здійснення конституційного провадження. Зокрема, як вбачається із Регламенту, перекладач має право ставити запитання з метою уточнення перекладу та відмовитися від участі у конституційному провадженні, якщо він не володіє достатніми знаннями мови або техніки спілкування з глухими, німими або глухоніми, необхідними для перекладу [16, ст. 66].

Разом з тим, КУпАП не містить окремих деталізованих положень про права сурдоперекладача під час здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення, натомість лише зазначається право на відшкодування у встановленому порядку витрат, що їх вони зазнали у зв'язку з явкою до суду, а також вказується, що за ними зберігається у встановленому порядку середній зарібок за місцем роботи за час їх відсутності у зв'язку з явкою до суду [8, ст. 275].

Що стосується обов'язків, то відповідно до ГПК України, ЦПК України та КАС України – сурдоперекладач повинен з'являтися до суду за

його викликом, здійснювати повний і правильний переклад, посвідчувати правильність перекладу своїм підписом на процесуальних документах, що вручаються сторонам у перекладі на їхню рідну мову або мову, якою вони володіють [5, ст. 72; 10, ст. 75; 6, ст. 71].

Нормами КПК України також передбачено, що при здійсненні кримінального судочинства сурдоперекладач зобов'язаний заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених цим Кодексом, та не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час провадження, і які стали відомі у зв'язку з виконанням професійних обов'язків [9, ст. 68].

Що стосується обов'язків сурдоперекладача під час здійснення конституційного провадження, то варто зауважити, що відповідно до положень Регламенту перекладач зобов'язаний з'являтися на запрошення Суду на засідання Колегії, засідання чи пленарне засідання Сенату або Великої палати, здійснювати повний і правильний переклад, засвідчувати правильність перекладу своїм підписом у процесуальних документах, які надаються учасникам конституційного провадження у перекладі їхньою рідною мовою або мовою, якою вони володіють [16, ст. 66].

КУпАП визначає обов'язки сурдоперекладача під час здійснення проваджень у справах про адміністративні правопорушення доволі лаконічно та вказує, що перекладач зобов'язаний з'явитися на виклик органу (посадової особи) і зробити повно й точно доручений йому переклад [8, ст. 274].

Невід'ємним елементом процесуального статусу сурдоперекладача є відповідальність за порушення ним обов'язків при здійсненні сурдоперекладу в судовому процесі. Аналізуючи чинне законодавство, можна дійти до висновку, що нині за порушення своїх обов'язків при реалізації особою права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку вона розуміє, перекладач може бути притягнутий за завідомо неправильний переклад, зроблений під час здійснення судового процесу, та за відмову без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків у суді до кримінальної відповідальності, а також до адміністративної відповідальності за злісне ухилення від явки в суд [7, ст. 384; 7, ст. 385; 8, ст. 185-3; 16, ст. 66].

Разом з тим варто зазначити, що не дивлячись на те, що норми КУпАП не містять вказівку на відповідальність сурдоперекладача за порушення ним обов'язків під час сурдоперекладу при здійсненні проваджень у справах про адміністративні правопорушення, на нього поширюються загальні норми, які передбачають кримінальну та адміністративну відповідальність за вищевказані дії.

Що стосується особливостей залучення сурдоперекладача до судового процесу, то варто зазначити, що з аналізу процесуальних норм можна зробити висновок про те, що він допускається ухвалою суду за клопотанням учасника справи або призначається з ініціативи суду [5, ст. 72; 10, ст. 75; 6, ст. 71; 9, ст. 68; 8, ст. 274].

Водночас окрему увагу слід звернути на особливості залучення сурдоперекладача до конституційного провадження. Зокрема, як вказується у Законі України «Про Конституційний Суд України» та Регламенті, перекладач допускається до участі у конституційному провадженні ухвалою Сенату або Великої палати, постановленою до початку розгляду справи

за клопотанням учасника конституційного провадження, який не володіє державною мовою або має вади слуху чи мовлення. Цікавим є те, що такі учасники конституційного провадження можуть запропонувати Суду кандидатуру перекладача, надавши документи на підтвердження його кваліфікації [12, ст. 74; 16, ст. 66].

Слід зазначити, що до недавнього часу в Україні був відсутній реєстр перекладачів жестової мови (далі – Реєстр), що ускладнювало залучення сурдоперекладача до судового процесу та в деяких випадках зумовлювало порушення конституційного права особи на використання в судочинстві мови, яку вона розуміє.

З аналізу Єдиного державного реєстру судових рішень вбачається, що існують випадки, коли сурдоперекладачами виступають родичі учасників судочинства, які не розуміють термінології й мають лише базові знання слів. Прикладом цьому слугує Постанова Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 18.11.2018 року у справі № 559/2482/18, з якої вбачається, що перекладачем у правопорушника була власна донька, оскільки відповідного фахівця в Дубенському районі не було, а саме спілкування відбувалось шляхом листування [24].

У Постанові Кабінету Міністрів України «Деякі питання залучення перекладачів (сурдоперекладачів) для забезпечення надання безоплатної вторинної правової допомоги» від 24.06.2016 року № 401 зазначається, що для забезпечення надання безоплатної вторинної правової допомоги суб'єктам права на таку допомогу, які є глухими, німими або глухонімими, відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу», центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги на підставі укладених договорів щодо надання послуг перекладу, у тому числі з фізичними особами-підприємцями/юридичними особами, згідно із вимогами цивільного законодавства, залучається сурдоперекладач [13].

Єдиний державний реєстр судових рішень містить чималу судову практику щодо доручень судів Регіональним центрам з надання безоплатної вторинної правової допомоги залучити сурдоперекладача до судового процесу. Як приклад, ухвалою Валківського районного суду Харківської області від 30.01.2019 року у справі № 615/637/18 директору Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у Луганській та Харківській областях доручено призначити особі захисника та залучити сурдоперекладача й забезпечити їх прибуття до суду [25]. Крім того, непоодинокими є випадки доручень судів залучити перекладача з Центру української жестової мови [26].

На сьогоднішній день Українським товариством глухих створено Реєстр перекладачів жестової мови (далі – Реєстр), який успішно функціонує та за допомогою якого створена можливість залучення до судового процесу атестованого сурдоперекладача.

Вищезазначений Реєстр містить відомості виключно про перекладачів жестової мови, які пройшли атестацію в Українському товаристві глухих на рівень володіння жестовою мовою. Згідно даного Реєстру, лише окремим перекладачам жестової мови надано право перекладу в юридичній сфері. Станом на травень 2019 року переклад в юридичній сфері можуть здійснювати 100 перекладачів жестової мови, які представляють обласні організації Українського товариства глухих (далі – УТОГ) на всій території України [23].

Зокрема, суди, здійснюючи призначення сурдоперекладача для участі в судовому процесі, можуть звертатися до обласних організацій УТОГ для забезпечення явки перекладача жестової мови в судові засідання. Як приклад, ухвалою Заводського районного суду м. Запоріжжя від 07.02.2019 року за справою № 332/368/19 керівництву Запорізької обласної організації Українського товариства глухих доручено забезпечити явку сурдоперекладача в судові засідання [22].

Зазначені в Реєстрі перекладачів жестової мови проходять атестацію відповідно до Положення про атестацію перекладачів жестової мови, затвердженого Постановою президії ЦП УТОГ № 222 від 30.08.2016 року (далі – Положення), відповідно до якого, «атестація перекладачів жестової мови – це система заходів, спрямована на всебічне комплексне оцінювання їх жестової та словесної комунікативних компетенцій, що є основою перекладацької діяльності, за якими визначаються відповідність перекладача жестової мови займаній посаді, рівень його кваліфікації, присвоюється кваліфікаційна категорія» [15].

Відповідно до Положення, Центральна атестаційна комісія має право розглядати та приймати рішення про допуск перекладача жестової мови до здійснення професійної діяльності у юридичній сфері (нотаріальні, слідчі дії, участь у судових засіданнях тощо) із наданням відповідного документа [15].

Таким чином, перекладач, який пройшов атестацію та має право здійснення професійної діяльності у юридичній сфері, відповідно до своїх умінь та навичок здатний забезпечити якісний переклад та сприяти дотриманню прав особи, яка потребує такого перекладу.

Варто зауважити, що питання професійного рівня сурдоперекладача потребує особливої уваги. Як вірно вказує О. С. Горлачов, «сурдоперекладач має володіти дактильним (унормований, стандартний набір відповідно до певної вербальної мови рухових або статичних знаків за участю пальців та кисті руки (рук), який є незмінним для позначення певної літери української мови) та міміко-жестовим (система кінетичних знаків, що передають характерологічні особливості предметів, явищ оточуючої дійсності за допомогою визначених структурних елементів) мовленням» [19, с. 148]. До того ж, як вбачається з процесуального законодавства, кваліфікація такого перекладача повинна підтверджуватись відповідним документом, виданим у порядку, встановленому законодавством [5, ст. 72; 10, ст. 75; 6, ст. 7; 9, ст. 68].

Також при залученні сурдоперекладача варто звертати увагу й на рівень володіння мовою жестів учасника справи з вадами слуху, оскільки, як вірно підмітив М. М. Ясинок, «якщо глухонімий володіє міміко-жестовою і дактильною мовою, варто запросити двох перекладачів: одного, який володіє дактильною мовою, іншого – міміко-жестовою. У такий спосіб суд має можливість більш послідовно і детально допитати глухонімого» [29, с. 108]. Якщо ж особа з важкою формою втрат слуху не розуміє загальноприйнятих жестів і знає тільки міміко-жестовий словник окремої особи, то повинно підійматись питання й про її залучення в якості спів-сурдоперекладача.

Важливим питанням у забезпеченні участі сурдоперекладача в судовому засіданні є оплата його послуг. Як вбачається з Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Інструкції про порядок і розміри

компенсації (відшкодування) витрат та виплати винагороди особам, що викликаються до органів досудового розслідування, прокуратури, суду або до органів, у провадженні яких перебувають справи про адміністративні правопорушення, та виплати державним спеціалізованим установам судової експертизи за виконання їх працівниками функцій експертів і спеціалістів» від 01.07.1996 року № 710 (далі – Інструкція), розмір винагороди перекладача, якщо виконана робота не є його службовим обов'язком, становить: за годину надання послуг з усного перекладу – 15 відсотків прожиткового мінімуму для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року; надання послуг з письмового перекладу у кількості 1860 друкованих знаків разом із пробілами – 10 відсотків прожиткового мінімуму для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року. Загальний розмір виплати не може перевищувати трикратного розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб [14].

Станом на 01.01.2019 року прожитковий мінімум для працездатних осіб становить 1921 гривню [11], а отже 1 година усного перекладу сурдоперекладачем коштує 288 гривень 15 копійок, натомість надання послуг з письмового перекладу коштує 192 гривні 10 копійок. Максимальна сума за здійснення сурдоперекладу може скласти 5763 грн.

Однак на сьогоднішній день такий розмір виплати винагороди сурдоперекладачам не відповідає реальній вартості цих послуг, що ускладнює їх залучення та негативно впливає на реалізацію особами із вадами слуху конституційного права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє. Крім того, норми вищевказаного нормативно-правового акту не передбачають сурдоперекладачеві компенсацію витрат, пов'язаних із явкою в судові засідання, що особливо актуально для сурдоперекладачів, які направляються обласним УТОГ для здійснення перекладу в районний суд.

Тому судді для забезпечення конституційного права особи з вадами слуху на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку вона розуміє, самостійно визначають розмір винагороди, що є значно вищим, ніж зазначено в п. 6-1 вищевказаної Інструкції. Зокрема, як вбачається з ухвали Приморського районного суду м. Одеси від 04.10.2018 року у справі № 522/19538/17ГУ КДС України в Одеській області, суд зобов'язав здійснити оплату за надані послуги перекладу жестовою мовою із розрахунку за 6 годин праці у сумі 3 000 гривень [28].

Слід зазначити, що кошти на оплату послуг залученого судом сурдоперекладача стягуються із Державної судової адміністрації України за рахунок коштів державного бюджету України.

Окрім юридичних питань специфіки участі сурдоперекладачів у судовому процесі, на нашу думку, варто звернути увагу й на певні організаційні моменти.

Як вірно вказує М. М. Ясинок, «наявність фізичних недоліків у німих, глухих, глухонімих і визначає специфіку їх психологічної діяльності: вона характеризується особливістю сприйняття обставин та їх відтворення, особливістю мислення та передачі світовідчуття при спілкуванні» [29, с. 108]. Крім того, таким особам притаманна підозрілість та недовірливість, тому сурдоперекладачу важливо встановити з ними психологічний контакт до початку судового засідання.

З метою ефективної участі сурдоперекладача в судовому процесі, в залі судових засідань варто створити відповідні умови, зокрема, гарне освітлення для видноти жестів та простір для зручного, чіткого та повного вираження жестів.

Під час здійснення судового процесу за участі сурдоперекладача слід робити короткі перерви, оскільки постійна концентрація такої особи на жести та міміку особи із важкими вадами слуху втомлює зір та гальмує мислення, що може призвести до неправильного, неточного перекладу, що своєю чергою порушує конституційне право особи на використання в судочинстві рідної мови, або мови, яку вона розуміє. Також доволі важливим є те, що у зв'язку з особливостями мови жестів, сурдоперекладач по можливості має утримуватись від використання складних та термінологічних слів, а учасники судового процесу мають за необхідності ставити уточнюючі питання та уникати двозначних висловлювань.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене та враховуючи взяті Україною зобов'язання із забезпечення реалізації особами права на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку вони розуміють, держава повинна сприяти можливості залучення сурдоперекладачів до судового процесу та гарантувати якісне й неупереджене виконання останніми своїх обов'язків. На сьогоднішній день не існує єдиного та чіткого механізму залучення сурдоперекладача до судового процесу, що в деяких випадках зумовлює взагалі відсутність якісного та професійного перекладу для особи, яка цього потребує. Разом з тим, створення Реєстру перекладачів жестової мови сприяє процесу утворення практики залучення сурдоперекладачів, які пройшли відповідну атестацію та мають право на здійснення професійної діяльності у юридичній сфері. Високий рівень підготовки перекладача жестової мови лише підтверджуватиме та гарантуватиме конституційне право на використання в судочинстві рідної мови або мови, яку особа розуміє, а також забезпечить реалізацію права особи на справедливий суд. Крім того, держава повинна створювати комфортні умови для осіб, які мають проблеми зі слухом та мовою з урахуванням специфіки сурдоперекладу, а саме, забезпечувати належне освітлення залів судових засідань та надавати простір для здійснення міміко-жестового перекладу.

Список літератури:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Конвенція про права осіб з інвалідністю від 13.12.2006 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g71 (дата звернення: 01.05.2019 р.).
3. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів» від 20.12.1993 року № 48/96. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_306 (дата звернення: 01.05.2019 р.).
4. Факультативний протокол до Конвенції про права осіб з інвалідністю від 13.12.2006 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g72 (дата звернення: 01.05.2019 р.).
5. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.
7. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-Х. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. додаток до № 51. Ст. 1122.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88
10. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.
11. Про державний бюджет України на 2019 рік : Закон України від 23 листопада 2018 року № 2629-VII.1 Відомості Верховної Ради. 2018. № 50. Ст. 400.
12. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13 липня 2017 року № 2136-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 35. Ст. 376.
13. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання залучення перекладачів (сурдоперекладачів) для забезпечення надання безоплатної вторинної правової допомоги» від 24 червня 2016 року № 401. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/401-2016-%D0%BF> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
14. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Інструкції про порядок і розміри компенсації (відшкодування) витрат та виплат винагороди особам, що викликаються до органів досудового розслідування, прокуратури, суду або до органів, у провадженні яких перебувають справи про адміністративні правопорушення, та виплати державним спеціалізованим установам судової експертизи за виконання їх працівниками функцій експертів і спеціалістів» від 1 липня 1996 року № 710. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/710-96-%D0%BF> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
15. Положення про атестацію перекладачів жестової мови, затверджене Постановою президії ЦП УТОГ № 222 від 30.08.2016 року. URL: <https://utog.org/jestova-mova/atestaciu-perekladachv-44-polozhennya-pro-atestaciu-perekladachv-zhestovoyi-movi.html> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
16. Про Регламент Конституційного Суду України: Постанова Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 року № 1-пс/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0001710-18> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
17. Бондаренко Н. О. Конституційно-правовий статус особи: теоретико-практичні засади. Форум права. 2016. № 4. С. 35-40.
18. Глухота і порушення слуха: статистика ВООЗ. URL: http://www.who.int/features/factfiles/deafness/01_ru.html (дата звернення: 01.05.2019 р.)
19. Горлачов О. С. Психологічні особливості здійснення сурдоперекладу в навчальній діяльності та мікросоціумі осіб із вадами слуху. Соціальна робота в Україні: теорія і практика. Науково-методичний журнал. К. : ВГО «ЛСПУ», 2014. № 3-4. С. 146-153.
20. Горлачов О. С. Сурдоперекладач як умова поінформованості осіб з вадами слуху у сучасному соціумі URL: http://www.newlearning.org.ua/system/files/sites/default/files/zagruzheni/gorlachov_oleksandr_2017.pdf (дата звернення: 01.05.2019 р.)
21. Класифікатор посад робітників і службовців. URL: https://hrliga.com/docs/327_KP.htm (дата звернення: 01.05.2019 р.)
22. Постанова Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 18 листопада 2018 року у справі № 559/2482/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77817017> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
23. Реєстр діючих перекладачів жестової мови глухих URL: https://ki.arbitr.gov.ua/userfiles/file_269.pdf (дата звернення: 01.05.2019 р.)
24. Україна в III тисячолітті. Традиції. Інновації. Інвестиції – УКРАЇНСЬКЕ ТОВАРИСТВО ГЛУХИХ. URL: <https://who-is-who.ua/main/page/ukrinvest2008/100/315> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
25. Ухвала Валківського районного суду Харківської області від 30 січня 2019 року у справі № 615/637/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79565033> (дата звернення: 01.05.2019 р.)
26. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 29 жовтня 2018 року у справі № 752/17310/17 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77522517> (дата звернення: 01.05.2019 р.)

27. Ухвала Заводського районного суду м. Запоріжжя від 07.02.2019 року по справі №332/368/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79765381> (дата звернення: 01.05.2019 р.).
28. Ухвала Приморського районного суду м. Одеси від 04 жовтня 2018 року у справі № 522/19538/17 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76975402> (дата звернення: 01.05.2019 р.).
29. Ясинок М. М. Участь глухонімих у цивільному процесі. Право і безпека. 2006. № 5'3. С. 107-109.

Стаття надійшла до редакції: 03.05.2019 р.

В. В. Слипенюк

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**СУРДОПЕРЕВОДЧИК В ПРОЦЕССЕ РЕАЛИЗАЦИИ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ
В СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РОДНОГО ЯЗЫКА ИЛИ ЯЗЫКА,
КОТОРЫЙ ЛИЦО ПОНИМАЕТ**

Резюме

В статье автором исследовано международное закрепление прав лиц с недостатками слуха и их воплощение в национальном законодательстве Украины, рассмотрены понятия сурдоперевода и сурдопереводчика. Автором выделены права, обязанности и ответственность сурдопереводчика при обеспечении им реализации конституционного права лиц с недостатками слуха на использование в судопроизводстве родного языка или языка, который они понимают. Кроме того, проанализированы особенности привлечения сурдопереводчика в судебный процесс Центрами по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи и с помощью Реестра переводчиков жестового языка, рассмотрены особенности аттестации переводчиков жестового языка. Также автор обращает внимание на проблематику порядка и размера компенсации расходов и выплаты вознаграждения за предоставление услуг сурдоперевода в судебном процессе. Кроме процессуальных вопросов участия сурдопереводчика в судебном процессе также была исследована специфика осуществления судебного сурдоперевода и определены организационные условия для его эффективности.

Ключевые слова: право на справедливый суд, право на использование в судопроизводстве родного языка или языка, который лицо понимает, сурдоперевод, переводчик, судебный процесс

V. V. Slipeniuk

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Constitutional Law and Justice
Frantsuzkiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**SIGN LANGUAGE INTERPRETER IN THE PROCESS
OF IMPLEMENTING THE CONSTITUTIONAL RIGHT
TO USE MOTHER TONGUE OR LANGUAGE, WHICH
PERSON UNDERSTANDS, IN THE COURT PROCEEDING**

Summary

In the article the author researched the international affirmation of the rights of persons with hearing impairments and their implementation in the national legislation. The concepts of sign language interpretation and sign language interpreters are opened. The author distinguishes the rights, duties and liability of the sign language interpreter during the implementation of the constitutional right of hearing impaired persons to use their mother tongue or the language which they understand. In addition, the peculiarities

of the sign language interpreter's involvement into the litigation by centers for the provision of free secondary legal aid and through the Register of Sign Language Interpreters were analyzed; peculiarities of certification of sign language interpreters were demonstrated. The author also paid attention to the problems of the order and amount of expenses' compensation and payment of remuneration for the provision of sign language interpretation services in the litigation. In addition to the procedural issues of the sign language interpreter's participation in the litigation, the specificity of the judicial sign language interpretation's realization in the litigation was also explored and the organizational conditions for its effectiveness were determined.

Key words: a right to fair trial, the right to use in the legal proceedings the mothertongue or language that the person understands, a sign language interpretation, an interpreter, a litigation.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170524
УДК 351.815

С. М. Мельник

кандидат юридичних наук
Військово-юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, начальник
вул. Пушкінська, 77, Харків, 61000, Україна

АДМІНІСТРУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ І ОБОРОНОЗДАТНОСТІ У ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ (НА ПРИКЛАДІ ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ, ПОЛЬЩІ)

У статті висвітлюються питання щодо адміністрування національної безпеки і обороноздатності у таких зарубіжних державах, як Франція, Німеччина, Польща. Зазначається, що адміністрування національної безпеки і обороноздатності являє собою управлінський вплив посадових осіб і органів влади, які у відповідності до законодавства уповноважені приймати рішення про організацію діяльності суб'єктів військового управління задля успішного виконання покладених на них завдань і функцій. Традиційним для держав Європи є те, що державне адміністрування питань забезпечення національної безпеки і підтримання високого рівня обороноздатності держави покладається на суб'єкти військового управління. Головним суб'єктом є збройні сили (армія).

Ключові слова: національна безпека, обороноздатність, суб'єкти військового управління, збройні сили.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими і практичними завданнями. Ступінь небезпеки викликів і загроз, які сьогодні постали перед Україною, вимагають від усіх елементів сектору безпеки й оборони оперативної, результативної і злагодженої діяльності. Своєю чергою, однією із заповнених ефективності функціонування силового блоку держави щодо виконання законодавчо передбачених завдань і функцій є запозичення і впровадження позитивного зарубіжного досвіду. У зазначеному контексті важливим завданням вітчизняної юридичної науки є комплексна наукова розробка аспектів, які характеризують адміністрування національної безпеки й обороноздатності у зарубіжних державах, які є політичними союзниками і партнерами України.

Базові програмні документи у сфері забезпечення національної безпеки й оборони, такі як Концепція розвитку сектору безпеки й оборони України,

а також Стратегічний оборонний бюлетень, передбачають, що налагодження співпраці із зарубіжними правоохоронними органами та військовими структурами, які забезпечують обороноздатність і державну безпеку, є важливими умовами зміцнення національної системи безпеки та підтримання обороноздатності [1], [2]. Беручи до уваги те, що в останні роки Україна бере активну участь у європейських і загальносвітових військово-політичних практиках, спрямованих на забезпечення миру і безпеки, все важливішого значення набуває вивчення та запозичення позитивного зарубіжного досвіду організації діяльності органів військового управління держав Європейського Союзу. Відповідно, **метою статті** є висвітлення досвіду адміністрування національної безпеки й обороноздатності, який накопичили органи військового управління Франції, Німеччини, Польщі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Системний аналіз напрацювань науковців, у центрі уваги яких стояли питання забезпечення національної безпеки й обороноздатності (В. Богущкий, Є. Григоренко, М. Тищенко, О. Устименко), дозволяє констатувати фрагментарність доктринальної розробки аспектів адміністрування забезпечення національної безпеки й оборони у зарубіжних державах. Це підтверджує науково-практичну доцільність висвітлення означених питань.

Виклад основного матеріалу. Адміністрування національної безпеки й обороноздатності являє собою управлінський вплив посадових осіб і органів влади, які у відповідності до законодавства уповноважені приймати рішення про організацію діяльності суб'єктів військового управління задля успішного виконання покладених на них завдань і функцій. Традиційним для держав сучасного світу є те, що державне адміністрування питань забезпечення національної безпеки і підтримання високого рівня обороноздатності держави покладається на суб'єкти військового управління. М. Тищенко та В. Богущкий під «суб'єктами» військового управління пропонують розуміти конкретні органи військового управління, їх посадові особи, які виконують управлінські функції та наділені для цього відповідними повноваженнями [3, с. 69]. Базовою складовою системи суб'єктів військового управління є збройні сили (армія) держави, а також органи забезпечення національної (державної) безпеки.

На сьогодні **Франція**, як ніяка інша держава Європи, накопичила значний власний досвід організації та діяльності органів військового управління як суб'єктів забезпечення національної безпеки й обороноздатності республіки. Система забезпечення національної безпеки і підтримання обороноздатності у Франції є відносно консервативною, але багатоступеневою. Це пояснюється тим, що, по-перше, республіканські органи забезпечення державної безпеки в своїй основі сформувалися ще у позаминулому столітті й становлять змішану модель військово-поліцейської діяльності; по-друге, основу правової регламентації забезпечення безпеки Франції складає Ордонанс 1959 р. «Про національну оборону»; по-третє, значна частина діяльності органів, уповноважених забезпечувати безпеку й обороноздатність республіки, спрямована на прогнозування можливих ситуацій і загроз, що вказує на превентивну спрямованість системи оборонного планування та забезпечення державної безпеки.

На сьогодні основи політики з національної безпеки і оборони формулюються у «Білій книзі з оборони», яка видається з 1994 р. У відповідності до положень цього документа, основними загрозами національній безпеці

Франції є тероризм, регіональний і національний екстремізм, торгівля наркотиками, неконтрольоване поширення інформації. Протидія зазначеним негативним явищам здійснюється з метою захисту трьох груп національних інтересів республіки: життєво важливих інтересів, стратегічних інтересів та інтересів, пов'язаних зі статусом Франції як світової держави [4].

Збройні Сили Франції та розвідувальні органи функціонують у відповідності до Кодексу оборони 2000 р. Структурно вони складаються з Сухопутних військ (включають в себе морські з'єднання, Іноземний Легіон, легку авіацію), Національного військового флоту (включаючи повітряні сили на флоті), Військово-повітряних сил (включаючи сили протиповітряної оборони), Національної жандармерії Франції (виконує поліцейські функції у невеликих за чисельністю містах та функції військової поліції), Медичної служби Збройних сил Франції. Кожен різновид збройних сил керується штабом армії, який підпорядкований уряду.

Розвідувальні органи Франції являють собою досить розгалужену систему інституцій: Директорат безпеки оборони (військова контррозвідка), Генеральний директорат зовнішньої безпеки, Управління військової розвідки, Головне управління внутрішньої розвідки. Комплектують органи розвідки як офіцерами-військовослужбовцями, так і цивільними особами. Спектр завдань розвідувальної організації Франції є широким: збір і систематизація інформаційних даних з метою оперативного відвернення загроз національній безпеці, врегулювання кризових ситуацій і конфліктів різного характеру і загрози, інформування вищих посадових осіб держави про найбільш актуальні питання військової готовності та національної безпеки держави. В основі функціонування розвідувальних служб Франції лежить ймовірне прогнозування загроз задля вчасного реагування на них. В останні роки у Франції спостерігається тенденція до збільшення штатної чисельності розвідувальних служб та розширення кошторису їх утримання [5].

У сусідній з Францією *Німеччині*, яка є політичним і економічним «локомотивом» ЄС, сформувалася одна із найбільш ефективних моделей адміністрування національної безпеки й обороноздатності. На території держави сконцентрована велика кількість фінансових центрів, промислових кластерів глобального загальноєвропейського значення. На Німеччину приходить 30% економічної потужності ЄС, а за рівнем ВВП держава тривалий час входить до першої п'ятірки світових лідерів [6]. Беручи до уваги важливість збереження таких показників, держава докладає максимум адміністративних зусиль для забезпечення державного суверенітету, державної безпеки, внутрішньої стабільності та правопорядку.

Перед безпосереднім аналізом діяльності суб'єктів військового управління у напрямі забезпечення національної безпеки відзначимо, що історично політика Німеччини у сфері безпеки ґрунтувалася на пріоритеті забезпечення національних інтересів німців з урахуванням геополітичної обстановки у світі. Крім цього, політика Німеччини у сфері безпеки має на меті також захист загальноєвропейських цінностей ЄС, зміцнення військово-політичного союзу з США, залучення східноєвропейських держав до реалізації політики колективної регіональної безпеки, захист світового економічного порядку.

Основними засадами організації системи адміністрування діяльності суб'єктів військового управління, що забезпечують національну безпеку

ку, є диференціація розвідувальної, контррозвідувальної та поліцейської діяльності, чітка нормативна регламентація компетенції кожного органу, чіткий субординаційний механізм координації структур військового управління. Окрім цього слід вказати, що Німеччина традиційно є державою «поліцейської традиції», де на поліцейські структури суспільство покладає значні сподівання. Не випадково у Конституції Німеччини («Основний Закон ФРН») 1949 р. кілька разів зустрічається термін «поліція» і закріплено основи правового статусу кримінальної поліції, яка виконує значний спектр функцій щодо забезпечення національної безпеки і відвернення внутрішніх загроз обороноздатності [7]. Крім цього, задля недопущення небезпеки, яка загрожує основам конституційного ладу ФРН або одній із земель, федеральний уряд може використати збройні сили для підтримання поліції та федеральної прикордонної охорони для протидії загрозам національній безпеці. До того ж передбачено спеціальний порядок адміністративного підпорядкування федеральному уряду сил безпеки землі, якій загрожує небезпека, у випадку, якщо земля не може впоратися з небезпекою власними силами.

Також визначальною особливістю системи адміністрування національної безпеки й оборони у Німеччини є те, що приватні компанії та корпорації, яким за законодавством дозволено мати власні служби безпеки, зобов'язані брати участь у протидії різного роду загрозам державної безпеки та стабільності. Це розглядається як своєрідна форма соціальної відповідальності бізнесу, якому держава створює максимально сприятливі умови для розвитку.

Сьогодні систему органів, які забезпечують безпеку і обороноздатність Німеччини, складають розвідувальні органи (федеральна розвідувальна служба і відомство розвідки бундесверу), органи контррозвідки (відомство з охорони Конституції, відомство з охорони Конституції в землях, воєнна контррозвідка, спеціальні підрозділи та групи прикордонної охорони МВС), особливі формування Відомства кримінальної поліції у федерації та землях, служби безпеки Міністерства економіки, інших міністерств, крупних компаній і фірм. Окрім цього, збройні сили (Бундесвер) також виконують низку функцій, спрямованих на забезпечення не лише обороноздатності держави, а й національної безпеки. Головними суб'єктами управлінського адміністрування їх діяльності є Федеральний Канцлер, Федеральна Рада безпеки, Міністерство оборони, штаб-квартира Федерального відомства кримінальної поліції. Своєю чергою, контроль за військовою організацією здійснюють кілька інституцій: уповноважений з координації діяльності спеціальних служб, Комітет статс-секретарів у справах секретних служб і безпеки, федеральний уповноважений із захисту даних осіб, Постійний міжвідомчий комітет з питань безпеки в спецслужбах, відомчі комітети та відділи МВС і Міністерства оборони. Система адміністрування діяльності суб'єктів військового управління у напрямі забезпечення національної безпеки й обороноздатності довела свою ефективність і стала гарантією успішного вирішення завдань внутрішнього і зовнішнього розвитку держави.

Республіка Польща, як найближчий партнер України і член Європейського Союзу, за останнє десятиліття також досягла значних успіхів у налагодженні менеджменту військово-безпекової діяльності. Адміністрування функціонування суб'єктів військового управління у контексті забезпечення національної безпеки здійснюється в межах реалізації двох напрямів

державної політики – стратегічного керівництва обороною республіки та Системою антикризового реагування. Обидва напрями реалізуються у межах «Політично-стратегічного плану оборони Республіки Польща», який регламентує головні завдання та функціональні обов'язки всіх державних установ щодо забезпечення національної безпеки й оборони країни [8]. Також за останні двадцять сім років у Польщі приймалося кілька стратегічних документів з питань оборони. На сьогодні є чинною Стратегія національної безпеки Республіки Польща, яку було прийнято та затверджено Радою міністрів у 2014 р. [9]. Документ передбачає такі основні пріоритети забезпечення національної безпеки: створення безпечної середовища для громадян, підтримка оборонних стратегічних партнерів у реагуванні на загрози за межами кордонів їх держав, оборонна підтримка НАТО, підвищення ефективності регулювання ООН у галузі контролю над озброєнням та роззброєнням, підтримання ОБСЄ на європейському рівні.

Найвищими за статусом суб'єктами військового управління є Президент Польщі, Рада міністрів, Комітет Ради міністрів з питань оборони, Рада національної безпеки, Міністерство національної оборони, Генеральний штаб Війська Польського, Генеральне командування видів збройних сил, Оперативні командування видів збройних сил. Слід зазначити, що Міністерство оборони має особливий статус, адже через нього Президент республіки здійснює керівництво військовою організацією держави, а також воно виконує широкий спектр функцій щодо вирішення військово-оборонних завдань і завдань у сфері національної безпеки. Зокрема, міністерство уповноважено брати на себе керівництво місцевими органами виконавчої влади з питань обороноздатності держави у мирний та особливий період, а також налагоджувати взаємодію держави та інститутів громадянського суспільства у питаннях національної безпеки й оборони.

Особливістю сучасної системи адміністрування національної безпеки й оборони Польщі є те, що завдання щодо відвернення військових загроз і загроз національній безпеці є безпосереднім обов'язком вищого політичного керівництва держави і спеціалізованих органів, між якими існує чіткий адміністративно-управлінський зв'язок. У відповідності до Стратегії національної безпеки, після глави держави і уряду збройні сили є основним органом протидії загрозам національної безпеки, який входить до головної підсистеми управління національною безпекою у випадку воєнної загрози. Потім за значимістю йде Бюро національної безпеки, що має оперативно реагувати на виклики в особливий період і співпрацює з оборонним відомством. У мирний період питаннями безпеки та підтримання готовності опікується урядовий центр безпеки.

Висновки. Беручи до уваги викладене вище, можемо констатувати, що у зарубіжних державах Європейського континенту суб'єкти військового управління відіграють магістральну роль у вирішенні завдань забезпечення національної безпеки і оборони. Дослідження моделей адміністрування діяльності військової організації у Франції, Німеччині, Польщі дозволяє зауважити, що у кожній із вказаних держав система управління національною безпекою і обороною має певні особливості, що обумовлено історичними умовами державотворення. Разом із тим, є очевидним, що збройні сили є основою для розбудови інституційного апарату забезпечення обороноздатності та державної безпеки. Саме тому у державах Європейського Союзу найважливішим завданням політичного керівництва є формування

ефективної системи управління національною армією та вироблення оптимальних організаційно-правових механізмів участі збройних сил у протидії загрозам і ризикам національній безпеці й обороні, максимальної інтеграції урядових структур державного управління і військової організації. Наукова розробка цих питань вітчизняними фахівцями у подальшому стане гарантією послідовності та виваженості реформування системи забезпечення національної безпеки, підтримання високого рівня обороноздатності України у подальшому.

Список літератури:

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 4 березня 2016 року «Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України»: Указ Президента України від 14.03.2016 р. № 92/2016. Офіційний веб-сайт Верховної ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92/2016> (дата звернення 25.05.2019).
2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про Стратегічний оборонний бюлетень України»: Указ Президента України від 06.06.2016 р. № 240/216. Офіційне інтернет-представництво Президента України. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2402016-20137/> (дата звернення: 22.05.2019).
3. Тищенко М. М., Богуцький В. В., Григоренко Є. І. Військова адміністрація: навч. посіб.: за заг. ред. М. М. Тищенка. 2-ге видання, переробл. та доповн. Х.: Право, 2014. 364 с.
4. Політика національної безпеки Франції: навчальні матеріали он-лайн. URL: https://pidruchniki.com/14210923/politologiya/politika_natsionalnoi_bezpeki_frantsiyi (дата звернення: 22.01.2019).
5. Projet de loi de finances pour 2014: D fense: environnement et prospective de la politique de d fense. Senat.fr. URL: <http://www.senat.fr/rap/a13-158-5/a13-158-55.html#toc72> (дата звернення: 24.05.2019).
6. Германия похвасталась профицитом бюджета 2012. Интернет-видання «Записи об офшорах. Офшорные новости и практические офшорные решения». URL: https://offshore.su/blog/offshore_news/germaniya-roxvastalas-proficitom-byudzheta-2012.html (дата звернення: 20.05.1019)
7. Конституция ФРГ. Конституции зарубежных государств: учебн. пособие. Под ред.. В.В. Маклакова. М.: «Бек», 2002. 592 с.
8. Устименко О. В. Реформування системи стратегічного керівництва обороною Республіки Польща: досвід для України. Вісник НАДУ при Президентіві України (Серія «Державне управління»). 2017. № 3. С. 61 (60-65).
9. Strategia bezpiecze stwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej. 2014. URL: <https://www.bbn.gov.pl/ftp/SBN%20RP.pdf> (дата звернення: 23.05.2019)

Стаття надійшла до редакції: 26.05.2019 р.

С. Н. Мельник

Военно-юридический институт

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого
ул. Пушкинская, 77, Харьков, 61024, Украина

АДМИНИСТРИРОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ И ОБОРОНОСПОСОБНОСТИ В ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВАХ (НА ПРИМЕРЕ ФРАНЦИИ, ГЕРМАНИИ, ПОЛЬШИ)

Резюме

В статье освещаются вопросы относительно администрирования национальной безопасности и обороноспособности в таких зарубежных государствах, как Франция, Германия, Польша. Отмечается, что администрирование национальной безопасности и обороноспособности представляет собой управленческое влияние должностных лиц и органов власти, которые в соответствии с законодательством уполномочены принимать решения об организации деятельности субъектов военного управления ради успешного выполнения возложенных на них заданий и функций. Традиционным для государств Европы является то, что государственное администрирование вопросов обеспечения национальной безопасности и поддержания высокого уровня обороноспособности государства возлагается на субъекты военного управления. Главным таким субъектом являются вооруженные силы (армия). Акцентируется внимание на том, что модели администрирования деятельности военной организации в европейских государствах имеют определенные особенности, что обусловлено историческими условиями создания государства. Обосновывается, что в странах Европейского Союза важнейшим заданием политического руководства есть формирование эффективной системы управления национальной армией и выработка оптимальных организационно-правовых механизмов участия вооруженных сил в противодействии угрозам и рискам национальной безопасности и обороне, максимальной интеграции правительственных структур государственного управления и военной организации.

Ключевые слова: национальная безопасность, обороноспособность, субъекты военного управления, вооруженные силы.

S. N. Melnyk

The Military Law Faculty of

Yaroslav Mudryi National Law University

Pushkinskaya str., 77, Kharkiv, 61024, Ukraine

ADMINISTRATION OF NATIONAL SECURITY AND DEFENSE CAPABILITY IN FOREIGN STATES (ON THE EXAMPLES OF FRANCE, GERMANY, POLAND)

Summary

The article covers the issues concerning to the administration of national security and defense capability in such foreign states as France, Germany, Poland. It is noted, that the administration of national security and defense capabilities is an administrative impact of the officials and authorities who, on

accordance with the law, are authorized to make decisions on the organization of activities of the military administration subjects for the successful performance of tasks and functions entrusted to them. Traditionally, in the states of Europe state administration of issues of ensuring national security and maintaining a high level of defense capability of the state are entrusted to the subjects of military administration.

The main subject is the armed forces (the army). It is emphasized, that the models of administration of military organization activities in European states have certain features due to historical conditions of state formation. It is grounded, that in the states of the European Union the most important task of political leadership is the creation of effective system of the national army command and the development of optimal organizational and legal mechanisms for participation of the armed forces in countering threats and risks to national security and defense, the maximum integration of governmental structures of state administration and military organization.

Key words: national security, defense capability, subjects of military administration, armed forces.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170521
УДК 343.131.5

Алиев Айдын Джамиль оглу,
доктор философии по праву (Ph.D), доцент
Институт Права и Прав человека
Национальной Академия Наук Азербайджана,
отдел «Уголовное право и уголовный процесс»,
старший научный сотрудник
просп. Г. Джавида, 125, Баку, AZ1073, Азербайджанская Республика

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ АДВОКАТОМ ПРАВА НА ВСТРЕЧУ С ПОДЗАЩИТНЫМ, НАХОДЯЩИМСЯ ПОД СТРАЖЕЙ (ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ АЗЕРБАЙДЖАН)

Статья посвящена проблемам реализации права адвоката на беспрепятственные встречи со своим доверителем по законодательству Азербайджанской Республики. В результате проведенного исследования автор приходит к выводу, что правила пропуска адвокатов в места временного содержания, следственные изоляторы и учреждения по отбыванию наказания для встречи со своими подзащитными, и условия работы с ними не отвечают требованиям, обеспечивающим выполнение принципов законности, равенства всех перед законом, гуманизма и уважения человеческого достоинства. В связи с вышесказанным выдвигается ряд предложений по совершенствованию правовых норм, регламентирующих право адвоката на беспрепятственные встречи с доверителем, содержащимся в условиях принудительной изоляции.

Ключевые слова: защитник, подзащитный, встреча с подзащитным, следственный изолятор, учреждение по отбыванию наказания.

Постановка проблемы. Конституцией Азербайджанской Республики гарантируется получение каждым квалифицированной юридической помощи, а в предусмотренных законом случаях – оказываемой за счет государства. Там же устанавливается, что каждое лицо с момента задержания, заключения под стражу, предъявления обвинения со стороны компетентных государственных органов в совершении преступления, имеет право пользоваться помощью защитника [3, с. 20-21].

В ходе уголовного преследования дознаватель, следователь, прокурор и суд обязаны принять меры к обеспечению права потерпевшего, подозреваемого или обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи, обеспечить осуществление ими своей защиты лично или через выбранного ими защитника либо, в случае отсутствия у них достаточных средств для оплаты услуг защитника, получить бесплатную юридическую помощь [6, с. 47-48].

Функция защиты, осуществляемая в уголовном процессе Азербайджанской Республики, будучи одним из видов правозащитной деятельности

имеет основополагающее практическое значение. Так как именно право-защитная деятельность, осуществляемая в уголовном процессе, напрямую связана с защитой человеческих ценностей, таких как свобода, честь и достоинство, имеющих значение для каждого гражданина.

Необходимо отметить, что правозащитная деятельность защитника, будучи полезной для гражданского общества, способствует также выявлению ряда проблемных вопросов морально-этического и процессуального характера.

Анализ последних исследований и публикаций. Проблема значения института адвокатуры и права на квалифицированную помощь защитника в уголовном процессе стала актуальной для Азербайджанской Республики лишь в последние десятилетия. Наиболее весомый вклад в исследование указанных вопросов внесли такие ученые, как И. Д. Джамалов, А. И. Мустафаева, Д. И. Сулейманов, Т. Ф. Раджабова и др. Вместе с тем, все еще остается нерешенным ряд проблем, направления развития определены не четко, существующие пробелы и противоречия уголовно-процессуального законодательства затрудняют, а в ряде случаев и исключают надлежащее исполнение декларированных целей и задач относительно обеспечения права на защиту.

Целью статьи является рассмотрение основных положений, регламентирующих право лица, содержащегося под стражей, на квалифицированную правовую помощь, а также анализ недостатков соответствующих норм и проблем реализации данного процессуального права.

Изложение основного материала. Известно, что исключительно адвокат может представлять интересы подозреваемого или обвиняемого по уголовным делам, осуществлять представительство в Верховном Суде Азербайджанской Республики интересов лица, подавшего кассационную жалобу (дополнительную кассацию) или заявление о рассмотрении судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам по гражданским делам, а также заявителя, подавшего жалобу в Конституционный суд в связи с нарушением его прав и свобод [2, с. 3].

Понятие функции защиты, а также права и обязанности защитника, определяются статьями 7.0.27 и 92.9-92.11 Уголовно-процессуального Кодекса Азербайджанской Республики. Согласно статье 7.0.27 указанного Кодекса, *«защита – процессуальная деятельность, которая осуществляется в целях опровержения или смягчения обвинения, выдвинутого против лица, подозреваемого в совершении предусмотренного уголовным законом деяния, защиты его прав и свобод, а также восстановления нарушенных прав и свобод лица, незаконно подвергнутого уголовному преследованию»* [6, с. 40].

Несмотря на то, что уголовно-процессуальный статус адвоката (в дальнейшем – защитника), т. е. его права и обязанности, на первый взгляд подробно регламентируются в законодательстве, на практике возникает ряд проблем с осуществлением этих прав и обязанностей, что в свою очередь создает искусственные трудности по обеспечению на нужном уровне права на защиту каждого, предусмотренного статьей 61 Конституции Азербайджанской Республики.

Известно, что защитник имеет право встречаться с подзащитным наедине и проводить конфиденциальные свидания без ограничения количества и продолжительности бесед [6, с. 124]. Практика показывает, что осуще-

ствление указанного права сталкивается с некоторыми проблемами. Одна из таких проблем связана со сложностями проведения конфиденциальных встреч в помещениях органов, осуществляющих уголовное преследование, или в местах временного содержания под стражей (следственных изоляторах), в которых защитнику необходимо познакомиться и установить первые контакты с предполагаемым подзащитным.

Согласно статье 153.2.5. УПК Азербайджанской Республики, «сотрудники органа, осуществляющего уголовное преследование, или администрация мест временного содержания под стражей обязаны с момента задержания обеспечить подозреваемому/обвиняемому возможность иметь личные и конфиденциальные свидания с его адвокатом или законным представителем в достойной обстановке и под надзором». Однако в реальности исполнение этой нормы закона сталкивается с большими трудностями, так как в органах, осуществляющих уголовное преследование, не предусматриваются специальные помещения, позволяющие проведение подобных встреч. Как правило, свидание осуществляется в рабочем кабинете следователя с сильным ограничением времени в связи с рабочим графиком последнего. Поэтому неуместно говорить здесь об обеспечении права иметь с подзащитным личные и конфиденциальные свидания без ограничения количества и продолжительности бесед. А нормативное положение «*иметь свидания наедине и ... под надзором*» звучит абсолютно нелогично [6, с. 192].

Другая причина, создающая препятствия оказанию юридической помощи подозреваемым и обвиняемым, связана с предвзятым подходом к данному вопросу должностных лиц следственных органов, а также наличием бюрократических барьеров для встречи адвоката с подозреваемым или обвиняемым. В некоторых случаях указанные должностные лица для замедления, затруднения первой встречи и знакомства адвоката с подозреваемым (обвиняемым), насколько это возможно, прибегают к различным незаконным методам. Так, в ходе предварительного расследования по уголовному делу, проведенного Управлением по расследованию тяжких преступлений Генеральной Прокуратуры Азербайджанской Республики, возбужденного по факту убийства гражданина «Н», следователи, входящие в следственно-оперативную группу, не принимали адвокатов через дежурных полицейских, несущих службу в дежурной части управления, ссылаясь на указания руководства, требовали представить адвокатский ордер для допуска к защите дежурному в приемной Генеральной Прокуратуры Азербайджанской Республики. В результате чего адвокаты могли встретиться с подзащитными только спустя 2-3 дня. К этому моменту вопрос избрания меры пресечения содержания под стражей уже решался с участием приглашенного адвоката по усмотрению следователя. Наверное, нет необходимости комментировать подобную тактику – что это означает и с какой целью применяется. Следует отметить, что указанное преступление так и осталось нераскрытым, несмотря на обнадеживающие заявления соответствующих должностных лиц [5].

Известно, что в период предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовного дела защитник допускается в следственный изолятор для встречи с подзащитным только по разрешению следователя и судьи. Поэтому защитник вынужденно обращается к соответствующему должностному лицу, которое, подготовив разрешительное письмо для встречи защитника с подзащитным, направляет его в следственный

изолятор. Поступление указанного письма в следственный изолятор, соответствующая регистрация, доклад руководству, поступление в специальную часть следственного изолятора и другие связанные с этой процедурой вопросы занимают определенное время. Таким образом, встреча защитника с подзащитным становится возможной только через несколько дней. Допуск защитников в следственный изолятор по разрешению следователя или судьи в уголовно-процессуальном законодательстве не предусматривается. Наоборот, в статьях 85.2.3 и 86.2.3 УПК Азербайджанской Республики обеспечение с момента задержания и исполнение лицом помощи защитника определяется как обязанность дознавателя и следователя [6, с. 97, 101, 102]. Однако в действительности указанная обязанность превращается в «разрешительное право» соответствующих должностных лиц. Отсюда и напрашивается вывод, что встреча защитника с подзащитным в следственном изоляторе затрудняется с помощью бюрократических препятствий, что негативно сказывается на эффективности защиты.

Согласно статье 407.2. УПК Азербайджанской Республики, итоговое решение суда апелляционной инстанции вступает в законную силу немедленно с момента его провозглашения. После этого осужденный, в отношении которого вступил в законную силу обвинительный приговор, направляется в соответствующее учреждение для отбывания наказания. Порядок встречи адвокатов с осужденными в учреждениях отбывания наказания регламентируется статьями 81.7.-81.9. и 140.6. Кодекса Азербайджанской Республики об исполнении наказаний. Согласно статье 81.7., «для получения юридической помощи на основании заявления самих осужденных, близких родственников или их законных представителей, осужденным предоставляются свидания с адвокатами, а также с другими лицами, имеющими право на осуществление этой помощи» [4]. Как усматривается, в числе лиц, имеющих право обращаться с просьбой о предоставлении свидания, адвокат не предусматривается. Это заставляет защитника столкнуться с очередным бюрократическим препятствием, не предусмотренным законом, так как адвокату необходимо обращаться в письменной форме в Пенитенциарную службу (*службу исполнения наказаний*) Министерства Юстиции Азербайджанской Республики, чтобы получить разрешение на встречу с подзащитным в исправительном учреждении. Раньше письменное обращение адвоката или адвокатской структуры подавалось непосредственно в Пенитенциарную службу, там же становилось возможным получить ответ на обращение. В настоящее время требуется подавать указанное обращение по почте. Однако даже этим не исчерпываются искусственно создаваемые бюрократические препятствия, с которыми сталкивается адвокат. Так, адвокату или адвокатской структуре не сообщается о результатах рассмотрения указанного обращения. Только после многочисленных телефонных звонков сообщается, что разрешительное письмо на встречу с осужденным направлено в соответствующее учреждение отбывания наказания, и необходимо обратиться к руководству указанного учреждения. Трудно понять причину, по которой адвокаты подвергаются таким незаконным унижительным бюрократическим процедурам, когда вопрос о предоставлении свидания осужденному, находящемуся в том или ином учреждении отбывания наказания, с родственниками или другими лицами разрешается руководством соответствующего учреждения.

Еще одной проблемой для адвоката, желающего встретиться с осужденным в учреждении отбывания наказания, является положение статьи 81.9. Кодекса Азербайджанской Республики об исполнении наказаний относительно требования «удостоверить личность и компетенцию». Сотрудники Пенитенциарной службы Министерства Юстиции Азербайджанской Республики, допуская расширительное толкование слов «удостоверяющий личность и компетенцию», требуют от адвоката, обратившегося для получения разрешения на встречу с конкретным осужденным, прилагать к обращению копии заключенного с осужденным (или его близким родственником) договора об оказании юридической помощи или адвокатского ордера, а также удостоверения личности и удостоверения адвоката. Прежде всего должны отметить, что представление копии договора об оказании юридической помощи, заключенного с осужденным (его близкими родственником) или адвокатского ордера в Пенитенциарную службу либо в учреждение отбывания наказания не предусмотрено в законе, следовательно, подобное требование является противозаконным. Как определено в статье 92.7. УПК Азербайджанской Республики, защитник должен представить «...органу, осуществляющему уголовное преследование, документ, удостоверяющий его личность и право на осуществление адвокатской деятельности на территории Азербайджанской Республики, а также ордер адвокатской структуры» [6, с. 124]. А единственным документом, удостоверяющим личность и одновременно право адвоката осуществлять адвокатскую деятельность, является удостоверение адвоката. О чем свидетельствует содержание вышеуказанной статьи, где отдельно подчеркивается *ордер адвокатской структуры*. Именно поэтому в орган, осуществляющий уголовное преследование от адвоката, осуществляющего функцию защиты, требуется предоставить удостоверение адвоката и ордер. При посещении места временного содержания и следственного изолятора предъявление адвокатом своего служебного удостоверения считается достаточным. Представление договора (или его копии) об оказании юридической помощи, заключенного между адвокатом и осужденным (его близким родственником) какому-либо другому органу, учреждению или организации, не предусмотрено законом и является недопустимым, так как подобный договор содержит некоторые сведения, относящиеся к адвокатской тайне. С другой стороны, в некоторых случаях после рассмотрения дела в апелляционной инстанции, при необходимости составления кассационной жалобы и продолжения защиты в кассационной инстанции, возникает необходимость заключения с осужденным нового договора об оказании юридической помощи. В отдельных случаях после рассмотрении дела в апелляционной инстанции осужденный не находит нужным подачу кассационной жалобы. Однако по истечении некоторого времени он принимает решение о подаче кассационной жалобы и заключении для этого договора об оказании юридической помощи с прежним или же другим адвокатом. В определенных случаях близкие родственники осужденного проявляют инициативу по подаче кассационной жалобы и продолжении защиты осужденного в кассационной инстанции. Конечно, в таких случаях адвокат может принять на себя обязательства об оказании юридической помощи только после встречи с осужденным и выяснения его позиции по данному вопросу.

Также следует отметить, что несмотря на положение статьи 10.2.9 Кодекса Азербайджанской Республики об исполнении наказаний и о праве

осужденного на получение юридической помощи, ни в указанном Кодексе, ни в Правилах внутреннего распорядка учреждений по отбыванию наказаний, ни в других нормативных документах четкой процедуры встречи адвоката с осужденным и обеспечения ему конфиденциального свидания нет.

Вышеуказанное свидетельствует о том, что адвокаты, имеющие право встретиться с подзащитным наедине и проводить с ним конфиденциальные свидания без ограничения количества и продолжительности бесед, в реальности, т.е. в местах временного содержания, следственных изоляторах и учреждениях отбывания наказаний, сталкиваются с некоторыми искусственно созданными проблемами и даже подвергаются унижающим их личность процедурам.

Несмотря на то, что защитник не может быть отождествлен с личностью подозреваемого или обвиняемого и характером разбираемого с его участием уголовного дела [6, с. 121], в реальности допускаются подобные отношения и обстоятельства., например: применение ограничения при допуске адвоката в места временного содержания, следственные изоляторы и учреждения по отбыванию наказания с портфелем, папкой и т. п., содержащими документы и письменные принадлежности, или процедура осмотра содержания указанных вещей; требование о сдаче мобильного телефона рядовому солдату, проходящему службу на контрольно-пропускном пункте; а также запрет прохода адвоката в учреждение с техническими средствами, предназначенными для фиксации информации (ноутбуками, диктофонами и др.), подтверждают все вышесказанное. Надо отметить, что следователи и прокуроры не подвергаются таким унижительным процедурам.

Вывод. Все вышесказанное позволяет сделать вывод, что реальное положение с допуском адвокатов в места временного содержания, следственные изоляторы и учреждения по отбыванию наказания и условия работы с подзащитными не отвечают требованиям по обеспечению соблюдения принципов справедливости, равенства всех перед законом, гуманизма и уважения человеческого достоинства.

На наш взгляд, для устранения вышеуказанных бюрократических проблем необходимо внести ряд дополнений и изменений в соответствующие кодексы и нормативно-правовые акты Азербайджанской Республики:

– в Уголовно-процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики – законодательной нормы, обязывающей дознавателя, следователя и судью (суд) извещать руководство соответствующего места временного содержания, следственного изолятора или учреждения по отбыванию наказания, о личности адвоката конкретного подозреваемого, обвиняемого или подсудимого, содержащихся в соответствующем учреждении, немедленно после предъявлении адвокатского ордера;

– в Уголовно-процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики, Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний, Правила внутреннего распорядка мест временного содержания, следственных изоляторов и учреждений по отбыванию наказаний – нормы, запрещающей проведение осмотра портфеля, сумки, папки и других предметов адвоката в органах, осуществляющих уголовное преследование, местах временного содержания, следственных изоляторах и учреждениях по отбыванию наказания;

– в Уголовно-процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики, Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний, Правила внутреннего распорядка мест временного содержания, следственных изоляторов и учреждений по отбыванию наказания – нормы, определяющей право адвоката, явившегося на встречу с подзащитным, проход в помещения органов, осуществляющих уголовное преследование, места временного содержания и следственных изоляторов, а также учреждений по отбыванию наказания с такими техническими средствами, как ноутбук, диктофон и др., необходимыми для оказания правовой помощи;

– в Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний – законодательной нормы, предусматривающей предоставление свидания адвоката с осужденным, находящимся в учреждении по отбыванию наказания, на основании непосредственного обращения адвоката к руководству соответствующего учреждения;

– в Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний – законодательной нормы, определяющей право предоставления удостоверения адвоката как документа, удостоверяющего его личность и право на осуществление адвокатской деятельности на территории Азербайджанской Республики, а также запрещающей требования от адвоката предъявления договора об оказании правовой помощи конкретному осужденному, или адвокатского ордера, или копии указанных документов;

– внесение изменения в пункт 6.2. Правил внутреннего распорядка мест временного содержания под стражей, определяющего обязанность адвоката, желающего получения встречи с задержанным или арестованным, предъявления удостоверения адвоката и ордера, исключение из текста указанной нормы слова «ордер».

Считаем, что внесение в соответствующие кодексы и правила указанных дополнений и изменений послужит обеспечению на должном уровне права каждого на получение высококвалифицированной правовой помощи, предусмотренной статьей 61 Конституции Азербайджанской Республики, и повышению эффективности правозащитной деятельности адвокатуры одного из важнейших институтов гражданского общества.

Список литературы:

1. Вали Ширпур. Вопросы процессуального статуса защитника в уголовном процессе. *Актуальные вопросы судебной экспертизы, криминалистики и криминологии* : сборник научных работ (Институт судебной экспертизы). Баку, 2011. № 55. С. 257-263.
2. Об адвокатах и адвокатской деятельности : Закон Азербайджанской Республики от 28 декабря 1999 года № 783-IQ с посл. изм. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30608603#pos=0;100 (дата обращения: 28.04.2019).
3. Конституция Азербайджанской Республики. Баку : «ХугугЯйынЕви», 2016. 92 с.
4. Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420206 (дата обращения: 28.04.2019).
5. Уголовное дело № 98579/2009 следственного управления по делам о тяжких преступлениях Генеральной Прокуратуры Азербайджанской Республики; Приговор Военного Суда Азербайджанской Республики по делам о тяжких преступлениях от 01.11.2010 года № 1(091)-26/2010.
6. Уголовно-процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики. Баку : «ХугугЯйынЕви», 2014. 568 с.

Стаття надійшла до редакції: 30.04.2019 р.

Алієв Айдін Джаміль оглу

Інститут права і прав людини

Національної Академії Наук Азербайджану,

відділ «Кримінальне право і кримінальний процес»

просп. Г. Джавіда, 125, Баку, AZ1073, Азербайджанська Республіка

**ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ АДВОКАТОМ ПРАВА
НА ЗУСТРІЧ З ПІДЗАХИСНИМ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ПІД ВАРТОЮ
(ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РЕСПУБЛІКИ АЗЕРБАЙДЖАН)**

Резюме

Стаття присвячена проблемам реалізації права адвоката на безперешкодні зустрічі зі своїм довірительом за законодавством Азербайджанської Республіки. У результаті проведеного дослідження автор приходить до висновку, що правила пропуску адвокатів у місця тимчасового утримання, слідчі ізолятори й установи з відбування покарань для зустрічі зі своїми підзахисними та умови роботи з ними не відповідають вимогам, які мають забезпечувати дотримання принципів законності, рівності всіх перед законом, гуманізму та поваги до людської гідності. У зв'язку з вищесказаним висувається низка пропозицій з удосконалення правових норм, що регламентують право адвоката на безперешкодні зустрічі з довірительом, який знаходиться в умовах примусової ізоляції.

Ключові слова: захисник, підзахисний, зустріч з підзахисним, слідчий ізолятор, установа по відбуванню покарання.

Aydin Jamil oglu Aliyev

Institute on Law and Human Rights of

Azerbaijan National Academy of Sciences,

The Department of Criminal law and Criminal procedure

H. Javid ave., 115, Baku, AZ1073, Azerbaijan

**SOME PROBLEMS OF FULFILLING ON THE RIGHT
OF A LAWYER TO MEET WITH THE DEFENDED CLIENT
IN CUSTODY (BY LAW OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN)**

Summary

The article is devoted to the problems of the realization of the right of a lawyer to unhindered meetings with his principal under the legislation of the Republic of Azerbaijan. As a result of the study, the author concludes that the rules for admitting lawyers to temporary detention facilities, pre-trial detention centers and penal institutions to meet with their clients and the conditions of work with them do not meet the requirements, ensure the implementation of the principles of legality, equality of all before the law, humanism and respect for human dignity, and therefore puts forward a number of proposals to improve the legal norms governing the right of a lawyer to unhindered meetings with the principal contained in conditions of forced isolation.

Key words: defender, defended person, meeting with the defended person, remand prison, penal institution.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166130
УДК 349.6: 341.1

О. В. Толкаченко

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КУЛЬТИВУВАННЯ ГМО В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У статті досліджуються питання, пов'язані зі становленням законодавства Європейського Союзу та формуванням національного законодавства Німеччини на базі загальноєвропейських норм щодо використання, вивільнення, відстеження, безпечного поводження, транспортування ГМО тощо. Наводиться та аналізується визначення генетично модифікованих організмів, яке закріплено у різних актах законодавства Європейського Союзу. Розглядаються особливості імплементації загальноєвропейських норм до законодавства Німеччини, а також питання щодо ролі громадських об'єднань Німеччини у процесі регулювання та контролю ГМО.

Ключові слова: генетично модифіковані організми (ГМО), культивування, правове регулювання, імплементація, принцип обережності.

Постановка проблеми. Технології розвиваються, і генетично модифіковані організми (далі – ГМО) поступово долучаються до обороту, стаючи предметом суспільних відносин, у силу чого постає питання про необхідність нормативно-правового врегулювання порядку їх створення і застосування. Природа ГМО, їх вплив на довкілля і людський організм не вивчені повною мірою. Існують реальні передумови вважати, що ГМО є небезпечними для життя і здоров'я. Проте, з точки зору науково-технічного прогресу створення і використання ГМО є значним досягненням науки, здатним змінити багато соціально-економічних процесів у світі. У контексті процесів глобалізації, тенденцій уніфікації законодавства на міжнародному рівні, зокрема у стратегічних сферах, пов'язаних з життям і здоров'ям людини та впливом на довкілля, правове регулювання запровадження ГМО у більшості країн світу будується на однакових принципах, проте, реалізується за допомогою різних правових механізмів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями правового регулювання створення, маркування, застосування та обігу ГМО займалися такі науковці, як А. П. Гетьман, В. М. Єрмоленко, С. І. Бугера, В. І. Лозо, Я. Б. Блюм, Г. М. Коваль, М. О. Медведєва, Л. В. Стутинська-Струк, Е. Пальмер та інші вітчизняні й зарубіжні вчені. Але значна частина питань, які стосуються імплементації загальноєвропейських норм у національне законодавство, ще потребує подальшого розвитку і дослідження. Тому є загальною необхідністю у вивченні законодавства ЄС та Німеччини, як країни, що формує національне законодавство на базі загальноєвропейських норм.

Мета статті. Зважаючи на обраний Україною курс на євроінтеграцію, на законодавчому рівні розробляються стратегії зближення українського і

європейського законодавства. Проте варто враховувати, що законодавство на загальноєвропейському рівні встановлює загальні принципи і мінімальні вимоги у сфері запровадження ГМО, при цьому зобов'язує членів ЄС розробити національні механізми з імплементації загальноєвропейських норм. Нижче на прикладі Німеччини буде показано, як саме національне законодавство формується на базі європейського законодавства. У подальших дослідженнях планується розглянути, як цей процес реалізується в Україні.

Виклад основного матеріалу. Законодавство ЄС спрямоване на забезпечення розвитку сучасних біотехнологій і, зокрема, ГМО, в безпечних умовах [1].

Основоположним нормативно-правовим актом ЄС у сфері регулювання ГМО є Директива 2001/18/ЄС про навмисне вивільнення у довкілля ГМО, що набрала чинності 17.04.2001 р. Загальний період імплементації Директиви членами ЄС становив 3 роки (2001–2004).

Пункт 2 ст. 2 Директиви вперше на загальноєвропейському рівні встановив поняття «ГМО»: «ГМО – організм, за винятком людини, в якому генетичний матеріал було змінено способом, який не є природним, шляхом спарювання і/або природної рекомбінації».

Згідно з Директивою, способами генної модифікації вважаються:

(1) техніки рекомбінантних нуклеїнових кислот, у результаті яких створюються нові комбінації генетичного матеріалу шляхом включення молекул нуклеїнової кислоти, створених поза організмом, у вірус, бактеріальний плазмід або в іншу векторну систему, та їх впровадження в організм господаря, в якому вони не могли виникнути природним чином, але можуть продовжити свій розвиток (розмноження);

(2) техніки, що передбачають пряме впровадження в організм спадкового матеріалу, підготовленого поза організмом, включаючи мікро-ін'єкції, макро-ін'єкції та мікро-інкапсуляції;

(3) злиття клітин (протопластів) або гібридизація, коли живі клітини з новими комбінаціями спадкового генетичного матеріалу формуються шляхом злиття двох або більше клітин з використанням методів, що не зустрічаються в природних умовах [2].

При цьому прямо закріплено, що способами геномодифікації не є: 1) екстракорпоральне запліднення; 2) природні процеси, такі як кон'югація, трансдукція, трансформація; 3) поліплоїдна індукція; 4) мутагенез; 5) злиття клітин (у тому числі злиття протопластів), рослинних клітин організмів, здатних обмінюватися генетичним матеріалом за допомогою традиційних методів селекції [2].

Одним з найбільш важливих положень Директиви 2001/18/ЄС є встановлення принципу обережності, який відповідно до ч. 1 ст. 4 зобов'язує всі держави-члени ЄС забезпечити належні заходи щодо уникнення впливу на людське здоров'я і навколишнє середовище, яке може бути здійснено у зв'язку з навмисним вивільненням ГМО. При вивільненні або розміщенні на ринку ГМО проводяться процедури оцінки ризиків, як на загальноєвропейському, так і на національному рівнях, після чого приймається рішення про дозвіл або заборону використання ГМО. Оцінка ризиків проводиться окремо щодо кожного конкретного випадку, пов'язаного з ГМО, а не в цілому для ГМО продуктів. При появі інформації про наявність будь-яких ризиків оборот ГМО припиняється або припиняється негайно [2].

Дія даної Директиви спрямована на забезпечення ефективності та прозорості процедури надання згоди на навмисне вивільнення і розміщення на ринку ГМО. Також вона обмежує термін дії такої згоди 10 роками з можливістю продовження і встановлює обов'язковий моніторинг після розміщення ГМО на ринку.

З моменту прийняття даної Директиви стали обов'язковими маркування ГМО та відкриті консультації щодо ГМО, які надаються компетентними науковими інституціями щодо впливу ГМО на людське здоров'я та навколишнє середовище [2].

Важливим нововведенням стало створення Реєстрів з метою систематизації інформації про ГМО. Правила ведення таких реєстрів було закріплено у 2004 р. Рішенням Комісії ЄС 2004/204/ЄС.

Директива 2001/18/ЄС надала право країнам ЄС посилювати або забороняти вивільнення ГМО, які, за їхньою оцінкою, становлять ризик для людського здоров'я та довкілля. У 2015 р. з прийняттям Директиви 2015/412 були значно розширено підстави застосування подібних заборон та обмежень на національному рівні, зокрема в якості таких підстав стали виступати: місто- і державне планування, землекористування, соціально-економічний вплив, фермерська політика та культурні традиції, громадська безпека [3]. З внесенням таких змін ряд членів ЄС негайно направили у Комісію повідомлення про заборону вирощування ГМО на їх території, серед них: Франція, Німеччина, Польща, Австрія, Італія, Угорщина, Греція, Словенія, Литва, Латвія.

Регламент (ЄС) № 1829/2003 Європейського Парламенту та Ради з генетично модифікованих харчових продуктів і кормів, прийнятий 22.09.2003 р., при визначенні поняття «ГМО» посилається на вищевказану Директиву 2001/18/ЄС. Однак, у офіційній анотації Регламенту наводиться інше визначення «ГМО» – як організму, генетичний матеріал якого було змінено способом генної інженерії, що включає гени, які при нормальних умовах включати не повинен.

При цьому, згідно ст. 12 та ст. 24 Регламенту, не вважаються ГМО харчові продукти і корми та не підлягають маркуванню, якщо вміст ГМО не перевищує 0,9% такого продукту за умови, що це є ненавмисним або технічно неминучим [4].

Регламент ЄС 1830/2003 щодо відстеження й етикетування ГМО та відстеження продовольчих і кормових продуктів, вироблених із ГМО, який набрав чинності 07.10.2003 р., встановив, що всі вироблені з ГМО продукти повинні бути марковані та мати унікальний ідентифікатор, який присвоюється Комісією ЄС. Згідно ст. 11, відповідальність за порушення правил використання ГМО встановлюється на національному рівні з обов'язковим повідомленням Комісії ЄС [5].

Директива № 2009/41/ЄС про використання ГМ-мікроорганізмів (ГММ) у замкнутій системі, що набрала чинності 10.06.2009 р., встановила: порядок повідомлення про використання ГММ; механізм оцінки ризиків обмеженого використання ГММ, що виділив 4 види ризику (незначний, низький, середній, високий), в залежності від якого визначається порядок отримання дозволу уповноважених органів ЄС на подальше використання ГММ. Згідно п. а, б ст. 2 Директиви, під «ГММ» розуміються бактерії, віруси та гриби, чий генетичний матеріал змінено способом, який не зустрічається в природних умовах шляхом злиття та/або природної рекомбінації [6].

Значною мірою законодавство ЄС про ГМО визначено домовленостями у рамках міжнародного співробітництва ЄС.

13.06.1992 р. підписано ЄС (21.03.1994 р. набула чинності) Конвенцію про біологічну безпеку ООН, яка спрямована на врегулювання питань, пов'язаних з використанням генетичних ресурсів. 24.05.2000 р. ЄС і 14 його держав-членів підписали (25.06.2002 р. набув чинності) Картахенський протокол ООН з біобезпеки. Протокол спрямований на забезпечення безпечного поводження, транспортування та використання живих ГМО, які можуть мати несприятливий вплив на біологічне розмаїття, у тому числі на людське здоров'я. Під поняттям «живий модифікований організм» розуміється будь-який живий організм, що містить нову комбінацію генетичного матеріалу, отриману внаслідок використання сучасної біотехнології [7].

З метою приведення у відповідність законодавства ЄС до вимог Картахенського протоколу, 15.06.2003 р. було прийнято Регламент (ЄС) № 1946/2003 про транскордонне переміщення ГМО, який встановив процедуру експорту ГМО і систему повідомлення та обміну інформацією з країнами – не членами ЄС.

У контексті Регламенту, під «ГМО» розуміються організми, до яких застосовувалася генна терапія, що штучним чином змінило їх генетичний склад, давши їм нові властивості, наприклад, опірність рослин до спеки, комах та хвороб.

У Регламенті розрізняються поняття «ГМО, призначені для умисного вивільнення у навколишнє середовище» (польові дослідження, культивування, імпорт або трансформація ГМО у промислові продукти) і «ГМО, призначені для продуктів харчування або корму, чи для переробки продуктів». Комісія ЄС або член ЄС при прийнятті рішення про експорт ГМО у треті країни зобов'язані повідомляти Інститут посередництва з біобезпеки (Biosafety Clearing House). Члени ЄС кожні 3 роки зобов'язані подавати до Комісії звіт про виконання вимог даного регламенту [8].

У 2011 р. ЄС підписав (у 2013 р. ратифікував) Нагойсько-Куала-Лумпурський додатковий протокол про відповідальність і відшкодування до Картахенського протоколу з біобезпеки, в якому конкретизовано міжнародні правила і процедури реагування на збитки, заподіяні переміщенням через міжнародні кордони ГМО [9].

17.11.2003 р. ЄС приєднався до Кодексу Аліментаріус ООН (звід харчових міжнародних стандартів), прийнятих спільно з Продовольчою і сільськогосподарською міжнародною організацією та Всесвітньою організацією охорони здоров'я, який встановив принципи та порядок оцінки безпеки харчових продуктів, що містять ГМО та/або отриманих з рекомбінантної ДНК рослин, тварин і мікроорганізмів.

Також більшість країн ЄС є учасниками Організації економічного співробітництва та розвитку, а ЄС має статус спостерігача. Питання, пов'язані з ГМО, зокрема з безпеки харчових продуктів і кормів, розглядаються у рамках Робочої групи з гармонізації нормативного регулювання у сфері біотехнологій [10].

Як було сказано вище, на базі європейського законодавства формуються національні законодавства Європейських країн. І Німеччина не виняток. При цьому Німеччина вважається однією з держав з найбільш суворими вимогами щодо культивування та використання ГМО в Європі [11].

Основним законом Німеччини у сфері регулювання ГМО є Закон «Про генну інженерію», прийнятий у 20.06.1990 р. Поняття «ГМО» і способи геномодифікацій, які встановлені у Законі, дублюють положення Директиви 2001/18/ЄС. Закон регулює питання створення і випуску ГМ-рослин і тварин, проте не регулює питання вмісту ГМО у продуктах харчування і кормах, фармацевтичних продуктах. Положення Закону охоплюють 2 цілі: мінімізувати ризики використання ГМО та забезпечити умови дослідження ГМО у лабораторіях [12].

Також встановлено відповідальність за шкоду, нанесену ГМО. Сума відшкодування збитків обмежена 85 млн. євро, а особи, відповідальні за роботу дослідного і виробничого обладнання, зобов'язані застрахувати свою відповідальність або забезпечити її державною гарантією. Відповідальність передбачена також у разі ненавмисного забруднення прилеглих об'єктів. Так, якщо ГМ-рослини вплинуть на сусідні поля, то рослини на таких полях повинні бути знищені (згідно з правилами про несанкціоноване вивільнення ГМО), закріплена презумпція вини рослинника [12].

На виконання закону «Про генну інженерію» прийнято цілий ряд підзаконних нормативно-правових актів:

- Постанова про рівні та заходи безпеки операцій з генної інженерії від 24.10.1990 р.;
- Постанова про консультації від 24.10.1990 р. (проведення громадських слухань, процедура оскарження рішень щодо ГМО);
- Постанова про документи, необхідні для подачі заяв і повідомлень та авторизації від 24.10.1990 р. (щодо навмисного вивільнення ГМО);
- Положення про правила ведення записів (реєстрів) у сфері генної інженерії від 24.10.1990 р.;
- Федеральна постанова про збори від 09.10.1991 р. (Про порядок нарахування і розмір мита у сфері обороту ГМО);
- Положення про участь у генній інженерії від 17.05.1995 р. (про участь Ради, Комісії ЄС, членів ЄС і сторін Угоди про ЄЕЗ при отриманні дозволу на вивільнення ГМО та розміщення на ринку);
- Постанова про підготовку планів про вжиття зовнішніх надзвичайних заходів та про вимоги щодо інформування, звітування та повідомлення від 10.12.1997 р.;
- Постанова про вирощування ГМ-рослин від 07.04.2008 р. (встановлює принципи комерційного вирощування ГМ-зерна).

22.06.2004 р. було прийнято Акт про імплементацію актів Європейської комісії або ЄС у сфері генної інженерії та маркування продовольчих продуктів, створених без використання ГМО [13].

Уповноваженим державним органом у сфері контролю за культивуванням та обігом ГМО є Федеральна служба Німеччини з захисту прав споживачів та безпеки продуктів харчування, створена у 2004 р. У 2005 р. у рамках діяльності служби було створено Реєстр розміщення ГМО у Німеччині, в якому міститься інформація про культивування та експериментальний випуск ГМО, зокрема, про територіальне розташування земельної ділянки (кадастровий номер, розмір), дата повідомлення і інформація про ГМО. Інформація з реєстру знаходиться у вільному доступі. Також Реєстр на договірній основі надає послугу фермерам з негайного повідомлення, у разі розміщення на сусідніх полях ГМО [13].

У Німеччині комерційне вирощування ГМО не проводиться з 2012 р., а вільний випуск ГМО з 2013 р. Остання ГМ картопля (0,3 га) і ГМ цукровий буряк (0,5 га) були висаджені в експериментальних цілях у 2012 р. Комерційне вирощування ГМ кукурудзи MON 810 було заборонено у квітні 2009 р. У період з 2010 по 2011 рр. було висаджено 15 га ГМ картоплі «Амфлора», поки у 2013 р. Суд ЄС не заборонив її культивування. Станом на липень 2016 р. 215 регіонів і 347 муніципалітетів у Німеччині заявили, що є зонами, вільними від ГМО [14].

Великий вплив на регулювання обігу ГМО мають об'єднання фермерів і громадські організації, які виступають не тільки з соціальними програмами, а й ініціюють судові розгляди.

Одним з найбільш цікавих і знакових стала справа Карла Хайнца Баблок та інших проти Федерального округу Баварії. У 2005 р. бджолярі заявили про збитки, заподіяні зараженням меду і пилку ГМО, так як на сусідній земельній ділянці (муніципальної власності) здійснювалося експериментальне вирощування ГМ-кукурудзи. Баварський Вищий Адміністративний Суд звернувся за роз'ясненнями до Суду ЄС, який постановив, що такий мед є продуктом, «який містить ГМО», а пилки – продуктом, «який вироблений з ГМО». Так, для розміщення на ринку меду і пилки, бджолярі, незалежно від того, навмисно чи випадково ГМО потрапили у продукти, зобов'язані пройти процедуру авторизації або знищити продукцію. Суд встановив, що бджолярі мають право отримати повну компенсацію за збитки, понесені у зв'язку з попаданням ГМО у мед і пилки [15].

У Німеччині користується авторитетом Громадська організація «Харчові продукти без генотифікацій» («VLOG»), яка отримала право на видачу ліцензій на використання марки «OhneGenTechnik», тобто «Без ГМО», яка підтверджує, що продукти харчування не містять ГМО. Також організація надає окрему ліцензію на марку «Схвалено VLOG». З 2010 р. сукупно нею було видано 420 ліцензій [16].

Висновки. Підводячи підсумок вищесказаного, слід зазначити, що тривалий час ГМО впливають на навколишнє середовище та здоров'я людини, при цьому залишаючись мало вивченими, у зв'язку з цим більшість країн намагаються уникнути культивування ГМО на своїй території. Проаналізувавши нормативно-правові акти Європейського Союзу треба зауважити, що у законодавстві ЄС спостерігаються різні підходи до визначення ГМО. У 2015 р. Європейській Союз, керуючись принципом обережності, закріпив право членів відмовитися від ГМО, у тому числі від тих, що дозволені на загальноєвропейському рівні. Більшість країн ЄС не забарилися скористатися таким правом, при цьому Німеччина не стала винятком.

Німеччина – держава ЄС, у якій встановлено один з найбільш розвинених механізмів регулювання та контролю ГМО. Важливу роль у цьому процесі відіграють громадські об'єднання фермерів, які беруть активну участь у лобюванні ініціативи щодо визнання Німеччини як території, вільної від ГМО. У відкритому доступі на офіційних урядових сайтах Німеччини міститься інформація про культивування ГМО за різні періоди, яка подається в інтерактивній формі.

У Німеччині процес законодавчого врегулювання культивування та обігу ГМО було почато на 20 років раніше, ніж в Україні, що пояснює більшу ефективність механізму контролю в Німеччині у даній сфері. В основі нормативно-правового регулювання як у Німеччині, так і в Україні лежать

поняття і принципи, закріплені в законодавстві ЄС. Однак в Україні досі залишаються невирішеними питання щодо реалізації законодавчих принципів регулювання ГМО, які будуть розглянуті у подальших дослідженнях.

Список літератури:

1. GMO legislation of the European Union: European Commission. URL: http://ec.europa.eu/food/plant/gmo/legislation_en (date of access: 21.04.2019).
2. Directive (EU) 2001/18/EC dd. 12.03.2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC. Official Journal L. 106. 17.04.2001. P. 0001-0039.
3. Directive (EU) 2015/412 dd. 11.03.2015 amending Directive 2001/18/EC as regards the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory. OJ L. 68. 13.03.2015. P. 1-8.
4. Regulation (EC) No.1829/2003 dd. 22.09.2003 on genetically modified food and feed. Official Journal L. 268. 18/10/2003. P. 1-23.
5. Regulation (EC) No.1830/2003 dd. 22.09.2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms and amending Directive 2001/18/EC. OJ L. 268. 18.10.2003. P. 24-28.
6. Directive 2009/41/EC dd. 06.05.2009 on the contained use of genetically modified microorganisms. OJ L. 125. 21.5.2009. P. 75-97.
7. Cartagena protocol on biosafety to the convention on biological diversity. Official Journal L. 201. 31/07/2002. P. 50-65.
8. Regulation (EC) No.1946/2003 dd. 15.07.2003 on transboundary movements of genetically modified organisms. OJ L. 287. 5.11.2003. P. 1-10.
9. Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety. OJ L. 46. 19.2.2013. P. 4-7.
10. International affairs of the EU in the field of GMOs. Official web site of the European Commission. URL: http://ec.europa.eu/food/plant/gm/international_affairs_en (date of access: 21.04.2019).
11. Palmer E. Restrictions on Genetically Modified Organisms : Germany. March 2014. The Law Library of Congress. URL: <https://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/germany.php> (date of access: 21.04.2019).
12. Gentechnikgesetz [Genetic Engineering Act], repromulgated Dec. 16, 1993, BGBl. I at 2066. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gentg/index.html> (date of access: 21.04.2019).
13. National regulations // Federal Office of Consumer Protection and Food Safety: Genetic engineering – check carefully, approve safely. URL: http://www.bvl.bund.de/EN/06_Genetic_Engineering/08_LegalFramework/01_Germany/legal_basis_national_node.html (date of access: 21.04.2019).
14. Gentechnikfreien Regionen in Deutschland. URL: <http://www.gentechnikfreie-regionen.de/> (date of access: 21.04.2019).
15. Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) in Case C-442/09: Karl Heinz Bablok and Others v. Freistaat Bayern dd. 06.09.2011. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109143&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=780715#Footnote* (date of access: 21.04.2019).
16. Verb and Lebensmittel ohne Gentechnik (VLOG – Industry Association Food without Genetic Engineering). URL: <http://www.ohnegentechnik.org/index.php?id=1121> (date of access: 21.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 22.04.2019 р.

Е. В. Толкаченко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КУЛЬТИВИРОВАНИЯ ГМО В СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Резюме

Предметом исследования в статье является законодательство ЕС в сфере культивирования, использования, применения и т. д. ГМО, а также выработка норм национального законодательства Германии на базе общеевропейских норм. По результатам исследования установлено, что немецкое законодательство содержит более суровые требования культивирования ГМО и устанавливает ответственность за вред, причиненный ГМО. При этом одну из главных ролей в механизме правового регулирования и контроля играют общественные объединения Германии.

Ключевые слова: генетически модифицированные организмы (ГМО), культивирование, правовое регулирование, имплементация, принцип предосторожности.

O. V. Tolkachenko

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

LEGAL REGULATION OF GMO CULTIVATION IN THE EU COUNTRIES

Summary

The subject of research in this article is legislation of EU in the field of cultivation, usage, appliance etc. of GMO products, as well as creation of the national legislation principles in Germany based on all-European principles. According to the results of the research it's stated that German legislation contains stricter requirements to the GMO cultivation and establishes responsibility for the damage, which was caused by GMO products. Herewith the social unions of Germany play one of the main roles in the legal regulation and control.

Key words: genetically modified organisms (GMO), cultivation, legal regulation, implementation, precautionary principle.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).166127
УДК 347.4

М. Р. Лавриненко

випускник аспірантури

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра цивільно-правових дисциплін

вул. Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ) НЕРУХОМОГО МАЙНА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ, РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА ФРАНЦІЇ

Статтю присвячено дослідженню особливостей укладення договору найму (оренди) нерухомого майна в Україні, Російській Федерації та Франції. Також звертається увага на новели французького законодавства, що стосуються укладення договору, у світлі реформи договірної права 2016 року.

Ключові слова: укладення договору найму (оренди) нерухомого майна, порядок укладення договору, оферта та акцепт.

Постановка проблеми. Цивільно-правовий договір (як підстава виникнення зобов'язання, юридичний факт (правочин) та правовий засіб регулювання суспільних відносин) є динамічним явищем, що проходить кілька стадій свого розвитку. При цьому, первинною та ключовою стадією є укладення договору.

Незважаючи на певну стабільність у правовому регулюванні договірних відносин, теоретики та практики продовжують працювати над актуальними проблемами договірної права, намагаючись удосконалити правові конструкції, у тому числі й щодо порядку укладення цивільно-правових договорів. Вагому роль у таких наукових пошуках відіграє досвід зарубіжних країн.

З огляду на вищезазначене, у цьому дослідженні планується здійснити порівняльно-правовий аналіз порядку укладення договору найму (оренди) нерухомого майна в українському, російському та французькому цивільному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичну основу даного дослідження становлять праці українських, російських та французьких вчених, які вивчали проблеми договірної права, зокрема й щодо укладення договорів. До таких науковців належать: С. М. Бервено, С. О. Бородовський, В. В. Денисюк, В. В. Луць (представники України); М. І. Брагінський, В. В. Груздев, І. Б. Новицький, Є. Є. Шевченко (представники Російської Федерації); Y. Buffelan-Lanor, L. Jules De La Morandiere, Clement François (представники Франції).

Водночас, у працях вчених-цивілістів не приділялось окремої уваги питанню укладення договору найму (оренди) нерухомого майна за законодавством України, Російської Федерації та Франції у порівняльно-правовому аспекті, що свідчить про актуальність цього дослідження.

Метою статті є з'ясування особливостей порядку укладення договору найму (оренди) нерухомого майна за цивільним законодавством України, Російської Федерації та Франції.

Виклад основного матеріалу. При укладенні будь-якого цивільно-правового договору важливо дотримуватись певних процедур, оскільки від цього залежить чинність договору як правочину.

Слово «процедура» походить від латинського «procedo», що в перекладі означає «проходжу, просуваюся» [21, с. 289]. В українському та російському тлумачних словниках термін «процедура» з'явився шляхом запозичення його франкомовної трансформації – «procedure», що має таке ж значення [11, с. 156].

Що стосується лексичних значень поняття «процедура», то їх є кілька. Так, наприклад, процедура – це: а) офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь [14, с. 63]; б) всяка тривала, послідовна справа, порядок, обряд [8, с. 526].

З юридичної точки зору поняття «процедура» розглядають як порядок, наступність, послідовність у вчиненні відповідних дій для досягнення певного результату [22, с. 185], або ж офіційно встановлений або прийнятий за звичаєм порядок, послідовність дій для здійснення або оформлення будь-яких справ [23, с. 470].

Отже, процедурою є офіційно визначений порядок вчинення певних дій.

Порядок дій при укладанні договору найму (оренди) нерухомого майна в Україні, Російській Федерації (далі – РФ) та Франції (після реформи договірних права 2016 року) [28] закріплено у нормах цивільного законодавства. Зокрема, для його укладення застосовуються: загальні положення про укладення цивільно-правових договорів, що закріплені у Главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», Главі 58 «Найм (оренда)», Главі 59 «Найм (оренда) житла» Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року (далі – ЦК України); положення Глави 28 «Укладення договору» Цивільного кодексу Російської Федерації (частина перша) від 30 листопада 1994 року (далі – ЦК РФ, частина перша), та Глави 34 «Загальні положення про оренду» Цивільного кодексу Російської Федерації (частина друга) від 26 січня 1996 року, далі – ЦК РФ (частина друга); норми Титулу III «Джерела зобов'язань» та Титулу VIII «Про договір найму» Книги Третьої «Про різні способи набуття права власності» Цивільного кодексу Франції від 21 березня 1804 року (далі – ЦК Франції).

Також у кожному конкретному випадку сторони повинні враховувати спеціальні положення цивільного законодавства України, РФ та Франції, які мають значення при укладенні договору найму (оренди) окремих видів нерухомого майна (наприклад, залежно від форми власності на майно та сторін, що укладають договір).

Так, в Україні такі спеціальні норми містяться у Главі 58 «Найм (оренда)», Главі 59 «Найм (оренда) житла» ЦК України, у нормах Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 року, Житлового кодексу України від 30 червня 1983 року, у нормах спеціального Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 року, Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 року та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01 липня 2004 року.

У Російській Федерації спеціальні положення про укладення договору найму (оренди) окремих видів нерухомого майна закріплені у параграфі 4

«Оренда будівель та споруд», параграфі 5 «Оренда підприємств» Глави 34 «Загальні положення про оренду» та у Главі 35 «Найм житлового приміщення» ЦК РФ (частина друга), у Земельному кодексі Російської Федерації від 25 жовтня 2001 року, у Федеральному Законі «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно» від 13 липня 2015 року.

У Франції таке спеціальне правове регулювання передбачено у статтях Розділу I «Про загальні правила щодо найму будинків і сільськогосподарського майна», Розділу II «Про спеціальні правила найму житлових приміщень» та Розділу III «Про спеціальні правила сільськогосподарської оренди» Глави II «Про майновий найм» Титулу VIII «Про договір найму» Книги Третьої ЦК Франції, а також у статтях Закону «Про покращення відносин у сфері оренди та внесення змін до Закону 86-1290» від 6 липня 1989 року, Закону «Про доступ до житла та оновлення міст» від 26 березня 2014 року, Закону «Про перспективи сільського господарства, продовольства та лісового господарства» від 24 березня 2014 року та у положеннях Сільськогосподарського кодексу Франції від 1 грудня 1979 року.

При укладенні договору найму (оренди) нерухомого майна (як і будь-якого іншого цивільно-правового договору) важливим є свідоме прагнення сторін вступити в договірні правовідносини та, відповідно, набути права й обов'язки.

Категорії «воля» і «волевиявлення» – це завжди індивідуальний психологічний процес кожного з учасників договору, який не може «зливатися» в одній дії різних осіб. Як зазначав В. Ойгензіхт, воля – це «психічне регулювання поведінки, яке полягає у детермінованому і мотивованому бажанні досягти поставленої мети, у виборі рішення, розробленні шляхів, способів і застосуванні зусиль для їх здійснення» [12, с. 121-122].

У французькому праві воля є проявом психологічної саморегуляції особи, а волевиявлення – її зовнішнім вираженням. Вважається, що воля повинна бути реальною, серйозною, усвідомленою і вільною, а особа при цьому має мати намір укласти правочин. Для настання юридичних наслідків воля повинна бути виражена. З цього приводу Ю. Буффелан-Ланор стверджує, що волевиявлення складається з двох елементів: обдуманії дії та вираження її ззовні [3, с. 200].

Російський вчений І. Б. Новицький вважає, що у договорі відображається узгоджена воля сторін. Автор В. С. Єм розглядає укладення договору як єдиний вольовий акт, а науковець В. В. Груздев відзначає, що договір виникає як результат співпадіння воль. Певною мірою вищевикладені міркування були спростовані М. І. Брагінським, який писав, що немає необхідності протиставлення зазначених позицій (узгодженості волі, єдиного вольового акту чи співпадіння воль), оскільки з однієї сторони там, де є співпадіння волі сторін – акцентують увагу на сутності угоди, а з іншої сторони – там, де є єдиний вольовий акт, мова йде про надання договору зовнішньої форми [20, с. 3].

Цікаво, що французьке право не вживає термінів «співпадіння волі і волевиявлення». Замість цього французька доктрина говорить про взаємну згоду сторін здійснити операцію. Така згода є істотним елементом угоди в силу принципу автономії волі сторін. Цей принцип полягає в тому, що особи мають право здійснювати будь-які юридичні угоди, і ці угоди матимуть юридичну силу. Л. Жюлле де ла Морандьєр вказує, що «їх наслідки матимуть силу тому, що їх бажали особи, які вчинили угоду» [3, с. 201].

Таким чином, у цивільному праві України, РФ та Франції при укладенні договору найму (оренди) нерухомого майна важливим є процес формування волі та її відтворення в умовах договору як домовленості, що складається із зустрічно спрямованих і взаємоузгоджених волевиявлень сторін.

Не менш важливим при укладенні договору найму (оренди) нерухомого майна є *принцип свободи договору*, який полягає у вільному виборі сторін вступати в договір і визначати його зміст [15, ст. 1.1.].

Правові засади цього принципу містяться у статях 3, 6, 627 ЦК України. Так, статтею 627 ЦК України встановлено, що відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості [19, ст. 627].

Відповідно до статті 421 ЦК РФ (частина перша), громадяни та юридичні особи вільні в укладенні договору. Примушування до укладення договору не допускається, за винятком випадків, коли обов'язок укласти договір передбачений ЦК, законом або добровільно прийнятим зобов'язанням. Сторони можуть укласти договір як передбачений, так і не передбачений законом або іншими правовими актами, а також можуть укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів, передбачених законом або іншими правовими актами (змішаний договір). Умови договору визначаються на розсуд сторін, крім випадків, коли зміст відповідної умови передбачено законом чи іншими правовими актами [7, ст.ст. 421-422].

Починаючи з першої половини ХХ століття принцип свободи договору було нормативно закріплено у цивільних кодексах багатьох європейських країн, у тому числі й у Кодексі Наполеона.

Зокрема, ЦК Франції закріплював принцип свободи у ст. 1134, в якій йшлося, що угоди, укладені належним чином, мають силу закону для тих, хто їх уклав [4, с. 200]. Однак урядом Франції було ухвалено Постанову № 2016-131 від 10 лютого 2016 року «Про реформу договірного права, загальний режим та підтвердження зобов'язань» (далі – Постанова про реформу договірного права Франції), що відобразилось й на вищезазначеній статті [28]. А саме, попередня редакція ст. 1134 тепер з внесеними змінами закріплена у ст.ст. 1102-1104 ЦК Франції.

Нові правила, що набрали чинності з 1 жовтня 2016 року, змінили не стільки суть принципу свободи договору, положення про який відтворено майже дослівно, тільки із заміною слова «угоди» на «договори» у статті 1102: «Кожен має право укладати чи не укладати *договори*, вибирати свого контрагента і визначати зміст і форму договору в межах, встановлених законом», скільки розширили значення принципу добросовісності у договірному праві. Так, стаття 1104 ЦК Франції визначає, що договори повинні узгоджуватись, укладатись і виконуватись добросовісно, і це є імперативною нормою. Отже, нині у цивільному праві Франції сторони зобов'язані не тільки виконувати договір добросовісно (як про це раніше йшлося в ч. 2 ст. 1134 ЦК Франції), але й вести переговори щодо його укладення, і як результат – добросовісно його укладати.

Насправді, більшість внесених змін до ЦК Франції стала лише законодавчим закріпленням судової практики у цій сфері.

Щодо цього, у юридичній літературі неодноразово зустрічались застереження про певне обмеження принципу свободи договору у цивільному праві [18, с. 147].

На нашу думку, можна виділити наступні елементи свободи договору в українському, російському та французькому цивільному праві: по-перше, сторони можуть укладати або не укладати договір; по-друге, мають вільний вибір контрагента; по-третє, визначають умови договору (у тому числі можливість укласти договір як передбачений, так і непередбачений законом, однак у межах чинного законодавства).

Особливу увагу варто звернути на положення ЦК Франції, що стосуються обов'язку розкриття інформації кожним учасником переговорів, що має визначальне значення для згоди інших учасників, та тієї, що стосується змісту договору [25, ст. 1112-1]. Наприклад, при укладенні договору найму житлового приміщення орендодавець зобов'язаний надати повну інформацію про стан майна, про всі можливі його недоліки, шумоізоляцію, місцезнаходження об'єкту та сусідів, або наміри щодо майбутнього розпорядження цим майном, що може вплинути на строк найму.

Важливість встановленого обов'язку щодо розкриття інформації на стадії переговорів підкреслюється введенням правила, що сторони не можуть ні обмежити його, ні звільнитись від цього обов'язку (абз. 5 ст. 1112-1 ФГК). Крім того, порушення обов'язку може стати підставою для визначення договору недійсним відповідно до статті 1130 ЦК Франції, тобто тоді, коли ненадання інформації свідчить про недосягнення сторонами згоди, оскільки присутні помилка та обман [13, с. 81-82].

Порядок укладення договору, на думку вітчизняного вченого С. М. Бервено, є визначеною законом системою дій учасників договірних відносин і важливою складовою частиною договірного права. Способами укладання договору є нормативно врегульована система здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору [1, с. 164-165].

Російський автор А. Г. Бикова вважає, що порядок укладення договору – це передбачені правовими нормами послідовність і способи оформлення договірних відносин, де способом є певного роду дії, за допомогою яких досягається взаємоузгодженість волі сторін [9, с. 306].

Автор погоджується та вважає найбільш повним визначенням порядку укладення цивільно-правового договору, яке наводить український цивіліст С. О. Бородовський: «Порядок укладення цивільно-правового договору слід розуміти як передбачену правовими нормами юридично-логічну послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків, здійснену на основі дій осіб, звернених назустріч одна одній та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору [2, с. 184].

У договірному праві найбільш чітко проявляються диспозитивні начала, що стосується також і визначення кількості стадій договірного процесу. Разом з тим, у науковій літературі України, РФ та Франції можна зустріти різні погляди щодо переліку стадій укладення цивільно-правового договору. До прикладу, російські дослідники В. Г. Вердников та В. І. Скарго пропонують такі стадії укладення договору: 1) переддоговірні контакти сторін; 2) пропозиція укласти договір (оферта); 3) прийняття пропозиції укласти договір (акцепт); 4) вирішення переддоговірного спору [20, с. 6-7].

Дещо іншої позиції притримується російський науковець В. В. Вітрянський, який пропонує виділяти наступні стадії укладення договору: 1) переддоговірні контакти сторін (переговори); 2) оферта; 3) розгляд оферти; 4) акцепт оферти [5, с. 170].

Ідентично з попередньою точкою зору висловлюється український вчений В. В. Денисюк, який до стадій укладення договору відносить: 1) переддоговірні контакти сторін (переговори); 2) оферту; 3) розгляд оферти; 4) акцепт оферти [9, с. 306-307; 16, с. 7].

Французький науковець Клеман Франсуа стверджує, що формування цивільно-правового договору складається з таких стадій: 1) переговори; 2) оферта та прийняття; 3) пакт про переваги й односторонню обіцянку; 3) укладення договору в електронному вигляді (стосується не всіх договорів) [24].

Отже, у цивільному праві України, РФ та Франції ключовими стадіями укладення договору найму (оренди) нерухомого майна є оферта (пропозиція) та акцепт (прийняття).

Однак не менш цікавим, на наш погляд, є питання про переговори при укладенні договору та про переддоговірну відповідальність.

На міжнародному рівні правове регулювання відносин між сторонами майбутнього договору, що виникають на стадії переддоговірних контактів, містяться у положеннях Принципів міжнародних комерційних договорів від 01.01.1994 р. (Принципи УНІДРУА), де йдеться про те, що сторона вільна проводити переговори та не несе відповідальності за недосягнення домовленості. Однак сторона, що веде або перериває переговори недобросовісно, є відповідальною за збитки, заподіяні іншій стороні [9, с. 307].

Вагомим для цілей цього дослідження є також досвід РФ щодо регулювання переговорів при укладення договорів.

Так, Федеральним Законом від 08.03.2015 р. № 42-ФЗ «Про внесення змін в частину першу Цивільного кодексу Російської Федерації», ЦК РФ (частина перша) було доповнено статтею 434.1 «Переговори про укладення договору». Схоже до положень, відображених у вищенаведених Принципах, стаття 434.1 регламентує, що громадяни та юридичні особи вільні у проведенні переговорів про укладення договору, самостійно несуть витрати, пов'язані з їх проведенням, і не відповідають за те, що угоди не досягнуто. Однак вони повинні дотримуватись принципу добросовісності; не вступати у переговори у разі, якщо одна зі сторін явно немає наміру укладати договір з іншою стороною. Сторона, яка веде або перериває переговори про укладення договору недобросовісно, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані цим збитки. У статті закріплено відповідальність за порушення обов'язку дотримання конфіденційності щодо інформації, отриманої в ході переговорів [7].

Абсолютною новелою для французького цивільного права стала поява ст.ст. 1112-1112-2 щодо переддоговірної відповідальності при веденні переговорів (Підрозділ 1 «Переговори» Розділу I «Укладення договору» Титулу III «Джерела зобов'язання» ЦК Франції) [25]. До 16 лютого 2015 року мова про таку відповідальність уже активно велась у судових інстанціях. Так, французька судова практика свідчить про існування на стадії переговорів відповідальності, коли на сторони покладаються певні обов'язки вести себе чесно і добросовісно, тому, якщо контрагент вступає у переговори, не маючи серйозних намірів укласти договір, така поведінка в окремих випадках

може розцінюватись як делікт з обов'язком відшкодувати завдані збитки, однак винна поведінка сторони при переговорах має бути очевидною та безспірною. Наприклад, ще в 1972 році Касаційний суд Франції поклав на відповідача деліктну відповідальність за порушення принципу добросовісності на стадії переддоговірних відносин [20, с. 31].

Українське цивільне законодавство не містить спеціального положення про переддоговірну відповідальність на стадії переговорів, а чинна стаття 649 ЦК України про вирішення переддоговірних спорів носить формальний характер. Унаслідок цього існують певні ризики – недобросовісна поведінка однієї зі сторін на стадії переговорів – особливо, коли мова йде про укладення договорів найму (оренди) нерухомого майна. Зважаючи на досвід РФ та Франції, та з метою удосконалення цивільного законодавства України у частині укладення договорів, у тому числі й договору найму (оренди) нерухомого майна, вважаємо, що законодавцю необхідно закріпити у ЦК України статтю, яка б відповідала дійсності та сприяла якісним переговорам про укладення договору між сторонами, та закріпила переддоговірну відповідальність.

До 2016 року ЦК Франції не містив жодної статті про процес укладення договору, що свідчило про значний розрив із сучасним цивільним законодавством країн Європи, де у більшості всі стадії формування договору детально регламентовані законом. У нових нормах ЦК Франції про укладення договору знайшли своє місце правила про оферту і акцепт (ст. 1113-1122).

Отже, сьогодні у цивільному праві країн, що аналізуємо, договір найму (оренди) нерухомого майна укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною [19, ч. 2 ст. 638; 7, ч. 2 ст. 432; 25, ст. 1113]. Слід зазначити, що сторонами договору найму (оренди) нерухомого майна є орендодавець (наймодавець) та орендар (наймач). Відповідно, кожна зі сторін може бути ініціатором укладення договору найму (оренди) нерухомого майна, направивши пропозицію (оферту) іншій стороні.

Оферта (від лат. *offero* – пропоную) – це пропозиція укласти договір, яка містить всі його істотні умови [2, с. 62]

При укладенні договору найму (оренди) нерухомого майна в Україні, РФ та Франції оферта обов'язково має містити: 1) істотні умови договору найму (оренди) нерухомого майна; 2) намір особи, яка зробила пропозицію укласти договір найму (оренди), вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття іншою стороною [19, ст. 641; 7, ст. 435; 25, ст. 1114].

Згідно з українським та російським законодавством, акцептом є відповідь сторони, якій адресована оферта, про її прийняття, що є згодою на укладення договору найму (оренди) нерухомого майна [19, ст. 642; 7, ст. 438]. За загальним правилом акцепт повинен бути повним та безумовним. Відповідно до статті 1118 ЦК Франції, акцепт – це прояв волі автора бути пов'язаним умовами пропозиції.

Відповідно до статті 205 ЦК України, правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі, при цьому сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом.

Втім, українське цивільне законодавство регламентує, що договори найму (оренди) нерухомого майна укладаються у письмовій формі [19, ч. 1 ст. 793, ч. 1 ст. 811; 17, ч. 1 ст. 14; 10, ст. 61, ст. 144, ст. 158].

Крім того, законодавство регламентує, що державній реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень підлягають: право постійного користування, право оренди (суборенди) земельної ділянки [17, ч. 5 ст. 6; 16, ст. 4]; право користування (найму, оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки [16, ст. 4; 19, ст. 794]. Також договір найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладений строком на три роки і більше підлягає нотаріальному посвідченню [19, ст. 793]. Нотаріальне посвідчення договору оренди землі є добровільним та може здійснюватися за бажанням однієї зі сторін договору [17, ст. 14].

За загальним правилом у цивільному праві РФ, договір оренди, що укладений на строк більше року, якщо хоча б одна зі сторін договору є юридичною особою, незалежно від строку, повинен бути укладений у письмовій формі. Це стосується, зокрема, договору оренди будівлі або споруди та договору найму житла [6, ст. 651, ст. 674].

Договір оренди нерухомого майна підлягає державній реєстрації [6, ст. 609]. А саме закон встановлює, що договір оренди будівлі або споруди та договір найму житла, укладені на строк не менше року, підлягають державній реєстрації в порядку, встановленому законом про реєстрацію прав на нерухоме майно [6, ст. 651, ст. 674].

На відміну від українського та російського цивільного права, французьке цивільне право передбачає укладення договору найму як у письмовій, так і в усній формі [25, ст. 1714].

Згідно зі ст. 1714 ЦК Франції, будинки та сільськогосподарське майно можна наймати в письмовій та усній формі, крім випадків, що стосуються сільськогосподарського майна, коли застосовуються спеціальні правила про найм сільськогосподарських земель, та у випадках отримання власником ділянки орендної плати у формі частини врожаю.

Як правило, договори оренди земель сільськогосподарського призначення укладаються у письмовій формі [26, ст. L 411-4] і підлягають обов'язковій реєстрації. Тільки після реєстрації договору оренди орендар отримує право на податкові пільги.

Водночас абз. 2 статті L 411-4 Сільського кодексу Франції закріплює можливість укладення цього договору і в усній формі [26].

В цілому, на відміну від України, де реєстрація договору оренди землі є обов'язковою, у Франції реєстрація може здійснюватися на добровільній основі [29, с. 15]. Однак у випадку укладення договору на строк, що перевищує 12 років, сторони повинні завірити договір оренди у нотаріуса [27].

Висновки. Таким чином, у цивільному праві України, РФ та Франції при укладенні договору найму (оренди) нерухомого майна важливим є процес формування волі та її відтворення в умовах договору як домовленості, що складається із зустрічно спрямованих і взаємоузгоджених волевиявлень сторін.

На нашу думку, вагомим з теоретичної та практичної точок зору є закріплення, внаслідок реформи договірної права 2016 року, у Цивільному кодексі Франції розділу, присвяченого порядку укладення цивільно-правових договорів.

Ключовими стадіями укладення договору найму (оренди) нерухомого майна у цивільному праві України, Російської Федерації та Франції є оферта (пропозиція) та акцепт (прийняття).

Вважаємо, що до особливостей укладення договору у французькому цивільному праві належить нормативне закріплення норм про обов'язок розкриття інформації кожним учасником переговорів, що має визначальне значення для згоди інших учасників та тієї, що стосується змісту договору.

Автор пропонує, зважаючи на досвід РФ та Франції, та з метою удосконалення цивільного законодавства України у частині укладення договорів, у тому числі й договору найму (оренди) нерухомого майна, закріпити у ЦК України статтю щодо переговорів про укладення договору та переддоговірної відповідальності сторін.

Список літератури:

1. Бервено С. М. Проблеми договірної права: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
2. Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Прикарпатський національний ун-т ім. Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2005. 211 с.
3. Вершинина Е. В., Стахеева Ю. А. Условия действительности сделки в России и Франции: сравнительно-правовой анализ. Вестник МГИМО-Университета. 2013. № 5. С. 197-207. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/usloviya-deystvitelnosti-sdelki-v-rossii-i-frantsii-sravnitelno-pravovoy-analiz> (дата звернення: 29.04.2019).
4. Гражданское право Франции. Перевод с французского. Т. 2 / Л. Жюлио де ла Морандьер; Пер., вступ. ст.: Флейшиц Е. А. М.: Иностран. лит., 1960. 728 с.
5. Гражданское право : учебник. Суханов Е. А. Т. 2. Полутом 1. М.: Бек, 1999. 704 с.
6. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ. Официальный сайт компании «Консультант Плюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/(дата обращения: 29.04.2019).
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ. Официальный сайт компании «Консультант Плюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/(дата обращения: 29.04.2019).
8. Даль В. И. Толковый словарь живого великого русского языка: в 4 т. / В. И. Даль. М.: Рус. Яз., 1980. Т. 3. 588 с.
9. Денисюк В. В. Порядок укладення цивільно-правового договору. Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 64. С. 305-312. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ardp_2012_64_43 (дата звернення: 29.04.2019).
10. Житловий кодекс Української РСР: Закон УРСР від 30.06.1983 року № 5464-X. Відомості Верховної Ради. 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.
11. Кузьменко О. В. Теоретичні засади адміністративного процесу: монографія. К.: Атіка, 2005. 352 с.
12. Луць В. В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору. Приватне право. 2013. № 1. С. 118-128. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/prpr_2013_1_13 (дата звернення: 29.04.2019).
13. Маковская А. А. Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 8. С. 76-101.
14. Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т. (42000 слів). 2-ге вид., випр. К.: «Аконіт», 2005. Т. 3. 862 с.
15. Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920 (дата звернення: 29.04.2019).

16. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 51. Ст. 553.
17. Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 46–47. Ст. 280.
18. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Том I. Основы: Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000. 480 с.
19. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 29.04.2019).
20. Шевченко Е. Е. Заключение гражданско-правовых договоров: проблемы теории и судебно-арбитражной практики. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 312 с.
21. Шкільний словник іншомовних слів / укладач О. Давидова. Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. 432 с.
22. Юридична енциклопедія / ред. Ю. С. Шемшученко [та ін.]; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К.: «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5. 736 с.
23. Юридичні терміни: тлумачний словник / [В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.]; за ред. В. Г. Гончаренка. К.: Либідь, 2003. 320 с.
24. François C. «Présentation de la nouvelle section 1 “La conclusion du contrat”, La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1. URL: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1> (дата звернення: 29.04.2019).
25. Code civil of France 21.03.1804. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (дата звернення: 29.04.2019).
26. Code rural de la pêche maritime. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071367&dateTexte=20080505> (Last accessed: 29.04.2019).
27. La forme du bail. URL: <http://www.modef40.fr/Infos-pratiques/Statut-du-fermage/La-forme-du-bail> (date of access: 29.04.2019).
28. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte> (date of access: 29.04.2019).
29. Rental Market Regulations for Agricultural Land in EU Member States and Candidate Countries. URL: <https://www.ceps.eu/publications/rental-market-regulations-agricultural-land-eu-member-states-and-candidate-countries> (дата звернення: 29.04.2019).

Стаття надійшла до редакції: 18.05.2019 р.

М. Р. Лавриненко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ОСОБЕННОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРА НАЙМА (АРЕНДЫ)
НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
УКРАИНЫ, РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ФРАНЦИИ**

Резюме

Статья посвящена исследованию особенностей заключения договора найма (аренды) недвижимого имущества в Украине, Российской Федерации и Франции. Также обращается внимание на новеллы французского законодательства, касающиеся заключения договора, в свете реформы договорного права 2016 года.

Ключевые слова: заключение договора найма (аренды) недвижимого имущества, порядок заключения договора, оферта и акцепт.

M. R. Lavrynenko

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

**CHARACTERISTICS OF CONCLUSION OF A LEASE CONTRACT
OF REAL ESTATE UNDER THE LAW OF UKRAINE,
RUSSIAN FEDERATION AND FRANCE**

Summary

The article is devoted to the study of the peculiarities of the conclusion of a lease contract of real estate in Ukraine, Russian Federation and France. Also, attention is drawn to the stories of the French legislation relating to the conclusion of a treaty in the light of the reform of the contractual law of 2016.

Key words: conclusion of a lease contract of real estate, the order of conclusion of a contract, offer and acceptance.

DOI 10.18524/2304-1587.2019.1(34).170643
УДК 347.5.05(477:73)

Ю. Є. Борисова

аспірант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА США

Стаття містить аналіз основних положень цивільного права України та США про підстави виникнення деліктних зобов'язань. Оскільки у цивільному праві обох країн поняття деліктного зобов'язання пов'язане з поняттям деліктної відповідальності, визначається співвідношення вказаних понять.

Акцентується увага на особливостях виникнення окремих видів деліктних зобов'язань, зумовлених специфікою регулювання деліктних відносин у деяких штатах США.

Ключові слова: делікт, деліктне зобов'язання, деліктна відповідальність, юридичний факт, правопорушення.

Постановка проблеми. У сучасній юридичній науці все більшого значення набувають порівняльно-правові дослідження, предметом яких є особливості правового регулювання окремих видів суспільних відносин у різних країнах. Значний інтерес становлять наукові праці, в яких досліджуються правові явища та інститути, що належать до різних правових сімей.

Стаття 15 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) закріплює право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства [12].

Одним із найефективніших цивільно-правових засобів захисту прав та інтересів особи є відшкодування шкоди (збитків), що здійснюється в рамках охоронних цивільних правовідносин, до яких належать і деліктні зобов'язання.

Сучасне цивільне право переважної більшості країн світу під впливом глобалізації зазнає певних змін. Не є винятком і деліктне право (як частина цивільного права). Проте, на відміну від інших сфер цивільно-правового регулювання, норми, що регулюють відшкодування шкоди, як правило зберігають особливості, сформовані в окремих країнах протягом тривалих історичних періодів. Зазначене твердження є справедливим як щодо деліктного права України, так і щодо деліктного права США.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, що охоплюються предметом даного дослідження, вивчали такі науковці-правознавці, як Н. Ю. Голубєва, С. Д. Гринько, І. С. Канзафарова, Т. С. Ківалова, О. О. Отраднава, С. В. Соловйова, Р. Б. Шишка та ін.

Метою даної статті є визначення підстав виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України та США, а також з'ясування їх особливостей.

Вклад основного матеріалу. Незважаючи на відмінність методологічних підходів до визначення поняття цивільно-правової відповідальності (на що у своїй докторській дисертації звертала увагу І. С. Канзафарова [4, с. 86]), як у цивільному праві України, так і у цивільному праві США поняття деліктної відповідальності пов'язується із поняттям деліктних зобов'язань.

Так, наприклад, О. О. Отраднава звертає увагу на те, що поняття «зобов'язання із заподіяння шкоди» та категорія «відповідальність за заподіяння шкоди» в літературі та на практиці часто застосовуються як тотожні. Це отримало відображення і в ЦК України, глава 82 якого має назву «Відшкодування шкоди», а перша стаття цієї глави (1166) присвячена загальним підставам відповідальності за заподіяну шкоду [5, с. 61].

На думку О. О. Отраднової, «оскільки ми розглядаємо правовідношення, що виникає внаслідок заподіяння шкоди, через поняття “зобов'язання”, логічно було б і поняття «цивільно-правова відповідальність» розглядати саме через призму зобов'язання. Зокрема, деліктна відповідальність – це частина змісту деліктного зобов'язання, а саме – це обов'язок відповідальної особи відшкодувати потерпілому заподіяну шкоду. Якщо йдеться про заподіяння моральної шкоди, доречним буде застосування терміна “компенсувати” замість “відшкодувати”. Обов'язок відповідальної особи забезпечується державним примусом, тобто в разі невиконання обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду добровільно, відповідальна особа може бути примушена до його виконання в судовому порядку. Отже, цивільно-правову деліктну відповідальність можна визначити як забезпечений державним примусом обов'язок відповідальної особи відшкодувати (компенсувати) заподіяну потерпілому шкоду» [5, с. 63].

Як бачимо, О. О. Отраднава розглядає деліктну відповідальність як «частину змісту деліктного зобов'язання». Але таку наукову позицію поділяють не всі вітчизняні науковці.

Так, наприклад, Р. Б. Шишка звертає увагу на те, що існує потреба «розмежування виконання деліктного зобов'язання та власне цивільно-правової відповідальності, що, на жаль, так і не проведено у главі 82 ЦК України» [13, с. 208]. Зазначена глава називається «Відшкодування шкоди», хоча більш правильною була б назва «Відшкодування збитків і шкоди», а в її основній ст. 1166 ЦК України вже йдеться саме про «відповідальність» за заподіяння шкоди. «У гл. 82 ЦК України від назви глави до її основної статті відбулася якісна зміна сутності правовідношення, і воно змінило свою властивість із деліктного зобов'язання одразу до відповідальності, що принаймні потребує додаткового обґрунтування чи нового теоретичного підґрунтя» [13, с. 212].

Враховуючи вищезазначене, Р. Б. Шишка акцентує увагу на тому, що «розробники проекту ЦК і законодавці розцінювали ці відносини так само як і при прийнятті ЦК Української РСР 1963 р., де відшкодування шкоди було передбачено гл. 40 ЦК УРСР як відповідальність. Тим була повторена принципова помилка, яка полягає у тому, що у разі, коли деліквент добровільно відшкодує збиток чи компенсує моральну шкоду, то він вважається підданим цивільно-правовій відповідальності. Іншими словами, він сам себе засудив (цивільно-правова, як будь-яка інша відповідальність, виходить від держави), привів її у виконання, що належить до виключної компетенції держави і, що саме цікаве, застосував сам до себе примус.

Недоречність чи помилковість такої конструкції більш чим очевидна і це потребує виправлення» [13, с. 212].

Наведені вище думки є яскравим свідченням дискусійності питання про поняття цивільно-правової відповідальності в цілому і деліктної відповідальності як її виду зокрема. Поряд із цим, ми бачимо, що у будь-якому разі між поняттями «деліктна відповідальність» та «деліктне зобов'язання» існує зв'язок, який проявляється в тому числі й у підставах деліктної відповідальності та підставах виникнення деліктних зобов'язань.

Варто зазначити, що при дослідженні поняття та підстав виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України вітчизняні науковці часто звертаються до положень римського приватного права, що цілком логічно, враховуючи значення останнього для формування основних інститутів цивільного права країн романо-германської правової сім'ї.

Так, вітчизняний цивіліст С. Д. Гринько констатує, що «найпершими зобов'язаннями римського приватного права з часу їх виникнення були делікти. Це пов'язано з тим, що в стародавні часи держава взагалі переважно не втручалася у відносини між приватними особами. Захист своїх інтересів був справою самих потерпілих» [3, с. 170].

Делікт у римському праві – це протиправна дія, правопорушення. Залежно від наслідків, пов'язаних із деліктами, останні поділялися на публічні (*delicta publica*) і приватні (*delicta privata*). Публічні делікти порушували інтереси держави в цілому і були підвідомчі кримінальному суду. Приватні делікти кваліфікувалися як замах на інтереси тільки приватних осіб і розглядалися цивільним судом. При цьому грошові штрафи, на стягнення яких були спрямовані позови в останньому випадку, надходили потерпілому і стягувалися в загальному порядку, встановленому для вирішення майнових спорів. У тому ж порядку розглядалися і справи про ті *delicta privata*, за які у найдавніші часи передбачалось тілесне покарання [7, с. 489-503].

Необхідно звернути увагу на те, що у Стародавньому Римі чітко розмежування деліктів на публічні та приватні відбулося лише у період імперії. До того часу «суворої різниці між ними не проводилося» [3, с. 172].

С. Д. Гринько, посилаючись на думку Н. Рождественського [8, с. 285], стверджує, що в «етимологічному розумінні слово *delictum* означає будь-яке недозволене діяння, яким порушується звичайне чуже право, і в цьому діянні можна звинуватити винного на тій підставі, що він його вчинив умисно (*dolose*) або внаслідок протизаконної необережності (*culpose*)» [3, с. 172].

«Джерелом зобов'язань» були лише приватні делікти. Але це відбулося лише тоді, коли законом було заборонено помсту. Після цього приватне правопорушення вже не мало іншого наслідку, ніж відшкодування збитків, на відміну від публічного, що переслідувалося державою та передбачало публічність покарання [3, с. 173-174].

І. Б. Новицький та І. С. Перетерський акцентують увагу на тому, що, незважаючи на те, що з часів Законів XII таблиць і до періоду імперії римська система приватних деліктів зазнала значних змін, і вироблені претором і юристами положення поступово пом'якшили казуїстичний характер найдавнішого права в цій галузі, проте римське право ніколи не виробило загального принципу, у силу якого підлягало б відшкодуванню будь-яка майнова шкода, заподіяна протиправною дією. Навпаки, діяння визнава-

лося деліктом лише при існуванні відповідної особливої норми про даний рід діянь, – якщо воно було віднесено до числа деліктів законом або преторським правом [7, с. 489-503].

На відміну від римського приватного права, сучасне деліктне право України ґрунтується на принципі генерального делікту. І це є істотною відмінністю правового регулювання деліктних відносин у Стародавньому Римі та у сучасній Україні. Але, на нашу думку, можна помітити явну схожість підходів до регулювання деліктних відносин у Стародавньому Римі та у США.

Як відомо, інститут деліктних зобов'язань (практично у незмінному вигляді) був реципований у цивільне право США з англійського права, де свого часу була сформована так звана «сингулярна система деліктів», що охоплювала велику кількість цивільних правопорушень з різним фактичним складом. Але, як вірно зазначає С. В. Соловйова, вже на початку ХХ ст. ця система не відповідала потребам розвитку економічних відносин. Суди не могли забезпечити захист і охорону прав учасників цивільних правовідносин без розширеного тлумачення і застосування старих деліктів до нових конфліктних ситуацій, що виникали в економічній дійсності, яка змінювалась. Поряд із цим, у США відбувався процес розвитку законодавчої сфери регулювання відносин із завдання шкоди та поступового зменшення ролі норм загального права у регулюванні деліктних відносин. А це, своєю чергою, сприяло пошукам єдиних критеріїв і узагальнюючого визначення поняття деліктних зобов'язань [9, с. 120]. Хоча необхідно зазначити, що у підсумку таке загальне визначення не було розроблено. Не наводиться воно й у Зводі деліктного права США [1].

Російський науковець С. В. Соловйова пояснює це тим, що історично поняття правопорушення було розроблено для цілей кримінального переслідування, а фундаментальних наукових праць з теорії права (в силу нерозвинутості цієї галузі юридичних знань в Англії та США) не існувало. Це призвело до того, що розмежування понять «злочин» та «цивільне правопорушення» здійснювалось лише судами. На кримінально-правове походження делікту вказує і те, що до цього часу збереглись однакові назви деяких деліктів і кримінальних злочинів (наприклад, «battery» – завдання тілесних ушкоджень) [9, с. 121].

Але у сучасному праві США існує чітке розмежування злочинів та деліктів. Яскравим свідченням цього є правило, згідно з яким у США, на відміну від багатьох інших країн, цивільно-правовий позов про відшкодування шкоди не може бути приєднаним до кримінальної справи. Потерпілий має пред'явити окремий цивільний позов [6, с. 692].

На відміну від цивільного права США, в Україні (як і в інших країнах, що утворилися після розпаду колишнього Радянського Союзу) проблематика підстав цивільно-правової відповідальності в цілому і деліктної відповідальності як її виду зокрема, так само як і підстав виникнення деліктних зобов'язань, ретельно вивчалась науковцями-правознавцями. Проте до цього часу окремі аспекти зазначеної проблематики, як і раніше, мають дискусійний характер. Значною мірою це зумовлено дискусійністю та неоднозначним розумінням поняття цивільно-правової відповідальності як такої (і деліктної – як виду останньої), про що вже зазначалось вище.

Так, Р. Б. Шишка, виходячи з того, що у Главі 82 ЦК України по суті ототожнюються деліктне зобов'язання та деліктна відповідальність, вка-

зує на те, що «перше може бути виконане <...> добровільно і це не є цивільно-правовою відповідальністю», яка «може бути покладена тільки судом і виконана державною виконавчою службою» [10, с. 850]. На його думку, «для переростання деліктного зобов'язання у деліктну відповідальність <...> потрібна додаткова умова, яка є накопичувальним юридичним складом», що охоплює низку юридичних фактів, починаючи від «звернення потерпілого чи інших управнених осіб у суд з позовом про притягнення до цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди і примусове її відшкодування» і закінчуючи примусовим виконанням «рішення про притягнення до цивільно-правової відповідальності органом Державної виконавчої служби України» [10, с. 850-851].

Вважаємо, що наведена вище думка Р. Б. Шишки в цілому вписується в існуючі теоретичні уявлення про момент виникнення правоохоронних відносин, згідно з якими «єдиним фактором, що забезпечує трансформацію початкового правового зв'язку, який виникає з моменту вчинення правопорушення, у «повноцінні» правоохоронні відносини, є початок здійснення суб'єктами (юрисдикційним органом і правопорушником) дій, спрямованих на реалізацію їх суб'єктивних прав та юридичних обов'язків» [14, с. 31-34]. Проте у даному разі необхідно враховувати, що ці уявлення в цілому відображають особливості виникнення охоронних правовідносин у публічно-правовій сфері, а не приватно-правовій, де можливе добровільне виконання обов'язку з відшкодування шкоди. А отже, наведене вище твердження Р. Б. Шишки потребує додаткової аргументації.

Хоча в цілому Р. Б. Шишка поділяє позицію інших вітчизняних цивілістів, згідно з якою всі зобов'язання (у тому числі деліктні) виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України, які за своєю природою є юридичними фактами. Виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди ґрунтується на факті завдання цієї шкоди. «Оскільки завдана шкода може мати майновий характер чи бути тільки моральною, то згідно з п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК припускається два різновиди підстав виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди: а) завдання майнової (матеріальної) шкоди; б) завдання моральної шкоди іншій особі. Таким чином, підставами виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди визнаються факти завдання шкоди майну фізичної або юридичної особи чи завдання моральної шкоди» [11, с. 488].

Як бачимо, за законодавством України підставами виникнення деліктних зобов'язань є певні юридичні факти. Аналогічне твердження буде справедливим і щодо підстав виникнення деліктних зобов'язань за правом США.

При цьому необхідно враховувати, що у цивільному праві обох країн факт завдання шкоди має юридичне значення і, відповідно, стає підставою для виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду лише тоді, коли він відповідає певним вимогам, які називаються «умовами відшкодування шкоди». У деліктному праві США ще використовується термін «ознаки делікту».

У цивільному праві України зазначені умови поділяються на загальні та спеціальні. Загальними є: протиправність поведінки, наявність шкоди, причинний зв'язок між протиправною поведінкою і шкодою, наявність вини. Їх наявність, за загальним правилом, вимагається завжди (хоча закон встановлює і винятки, зокрема – щодо наявності вини). Спеціальні

умови є додатковими до загальних. Їх наявність вимагається лише у встановлених законом випадках.

У цивільному праві США загальними умовами є: зовнішній прояв вольової поведінки заподіювача у формі дії або бездіяльності, протиправність і шкодоносність поведінки, наявність шкоди, причинний зв'язок між зазначеною поведінкою і шкодою, наявність вини, караність поведінки.

Що стосується «спеціальних умов» («ознак делікту»), то у США, де існує сингулярна система деліктів, саме вони визначають особливості того чи іншого делікту. Крім того, варто зазначити, що у США від наявності певних умов залежить віднесення делікту до того чи іншого виду. Так, наприклад, залежно від ступеня вини заподіювача шкоди, делікти поділяються на умисні, скоєні з необережності та такі, що передбачають відповідальність без вини. Незважаючи на відносну «нерозвиненість» теорії цивільного права у США (порівняно з Україною), американські фахівці здійснювали спроби сформулювати загальне визначення поняття «делікт», яке б містило конститутивні ознаки, властиві всім видам деліктів. Але ці спроби виявилися марними, оскільки в американському деліктному праві не існує єдиної доктрини всіх цивільних правопорушень. Хоча у законодавстві окремих штатів закріплено певні узагальнені поняття.

Так, наприклад, у Цивільному кодексі штату Каліфорнія (далі – ЦК Каліфорнії) закріплено загальне визначення поняття цивільного правопорушення, згідно з яким деліктом є порушення обов'язку, що виник не з договору. За порушення обов'язку, що виник не з договору, мірою відшкодування, крім випадків, де цим кодексом прямо встановлено інше, є сума, що компенсує всю шкоду, безпосередньо завдану таким порушенням, незалежно від того, є вона очікуваною чи ні (§ 3333) [2]. Крім того, необхідно звернути увагу на те, що § 3281 ЦК Каліфорнії закріплює право будь-якої особи вимагати відшкодування завданої їй шкоди неправомірними діями чи бездіяльністю [2].

Існування в одному кодексі двох наведених вище норм права є свідченням того, що у Каліфорнії встановлена змішана система деліктних зобов'язань, яка поєднує принцип генерального делікту та деліктну відповідальність за завдання шкоди у кожному конкретному випадку. Така система властива ще кільком штатам, але у цілому, як вже зазначалось, у США традиційно застосовується сингулярна система деліктів.

Висновки. Підсумовуючи зазначимо, що, незважаючи на певні відмінності та особливості правового регулювання деліктних зобов'язань в Україні та США, підставами виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві обох країн є факти завдання шкоди майну фізичної або юридичної особи, або завдання моральної шкоди. При цьому у цивільному праві обох країн факт завдання шкоди має юридичне значення і, відповідно, стає підставою для виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду лише тоді, коли він відповідає певним вимогам, які називаються «умовами відшкодування шкоди» (у США – «ознаками делікту»).

Список літератури:

1. Restatement of the Law, Second, Torts: The American Law Institute. URL: https://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_.htm (дата звернення: 25.04.2019).
2. The Civil Code of the State of California. URL: <https://law.justia.com/codes/california/2017/code-civ/> (дата звернення: 25.04.2019).

3. Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція: монографія; за наук. ред. Є. О. Харитоновна. Хмельницький: Хмельн. ун-т управління та права, 2012. 724 с.
4. Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. К.: ЦДП НАНУ, 2007. 453 с.
5. Отрадна О. О. Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України: навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2009. 240 с.
6. Правовая система США. 3-й выпуск. М.: Новая юстиция, 2007. 1216 с.
7. Римское частное право: учебник / Под ред. И. Б Новицкого и И. С. Перетерского. М.: Новый Юрист, 1998. 512 с.
8. Рождественский Н. Римское гражданское право: Изложенное по Маккельдею: [в 2 т.]. Санкт-Петербургъ: Типографія Карла Крайя, 1830. Т. 2: Особенная часть. 528 с.
9. Соловьева С. В. Основные институты обязательственного права правовой системы США: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007. 225 с.
10. Цивільне право України: підручник. 2-е вид., перероб. і доп. У 2 частинах / За ред. проф. Р. Б. Шишки (кер. авт. кол.), ч. 2. Особлива. К.: Ліра-К, 2018. 996 с.
11. Цивільне право України: підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2007. Т. 2. 552 с.
12. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 25.04.2019).
13. Шишка Р. Б. Цивільно-правова відповідальність і деліктне зобов'язання. Збірник наукових праць Ірпінської фінансово-юридичної академії (право). 2013. Вип. 2. С. 206-216.
14. Юриста О. Динаміка правоохоронних відносин. Право України. 2001. № 2. С. 31-34.

Стаття надійшла до редакції: 30.04.2019 р.

Ю. Е. Борисова

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ДЕЛИКТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ И США

Summary

В статье проведен анализ основных положений гражданского права Украины и США об основаниях возникновения деликтных обязательств. Поскольку в гражданском праве обеих стран понятие деликтного обязательства связано с понятием деликтной ответственности, определено соотношение указанных понятий.

Изучены юридические факты, на основании которых возникают деликтные обязательства. Выявлены особенности возникновения отдельных видов деликтных обязательств, обусловленные тем, что в США, наряду с существованием системы сингулярных деликтов, законодательство отдельных штатов устанавливает и общие нормы, которые могут применяться к любому гражданскому правонарушению.

Ключевые слова: деликт, деликтное обязательство, деликтная ответственность, юридический факт, правонарушение.

Y. E. Borisova

Odesa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

THE BASES OF OCCURENCE OF DELICTUAL OBLIGATIONS IN CIVIL LAW OF UKRAINE AND THE USA

Summary

In the article the analysis of basic provisions of civil law of Ukraine and the USA about the bases of occurrence of delictual obligations is carried out. As in civil law of both countries the concept of the delictual obligation is connected with a concept of the tort liability, the correlation of the specified concepts is defined.

There are studied the legal facts, on the basis of which delictual obligations occur. There are revealed the features of occurrence of separate types of delictual obligations caused by the fact that in the USA, along with existence of a system of singular delicts, the legislation of separate states establishes also the general norms which can be applied to any civil offense.

Key words: delict, delictual obligation, tort liability, legal fact, offense.

Українською, російською та англійською мовами

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 11463-336Р від 07.07.2006 р.

Журнал є фаховим виданням з юридичних наук
(наказ МОН України № 1021 від 07.10.2015 р.)

Рекомендовано до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова.
Протокол № 9 від 28 травня 2019 р.

Адреса редколегії:
65082, м. Одеса, вул. Дворянська, 2
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Відповідальна за випуск особа: *А. В. Левенець*

Підписано до друку 30.05.2019 р. Формат 70x108/16
Ум. друк. арк. 17,5. Зам. № 126 (157). Тираж 100 прим.

Видавництво і друкарня ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №1044 від 17.09.02)
м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25.
Тел. (048) 795-91-60.
e-mail: fenix-izd@ukr.net www: law-books.od.ua